



**UNIVERSIDADE EDUARDO MONDLANE
FACULDADE DE DIREITO
LICENCIATURA EM DIREITO**

TRABALHO DE FIM DE CURSO

**A Responsabilidade Civil dos progenitores por Inadimplemento do Dever de Afecto:
Abandono Afectivo**

Autor:

José Geraldo Manhiça

Supervisor:

Dr. Manuel Didier Malunga

Maputo

2024



UNIVERSIDADE EDUARDO MONDLANE
FACULDADE DE DIREITO
LICENCIATURA EM DIREITO

TRABALHO DE FIM DE CURSO

**A Responsabilidade Civil dos progenitores por Inadimplemento do Dever de Afecto:
Abandono Afectivo**

Trabalho de Fim do Curso, elaborado pelo licenciando José Geraldo Manhiça sob orientação do Dr. Manuel Didier Malunga e apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane como requisito parcial para a obtenção do grau de Licenciatura em Direito.

Autor: José Geraldo Manhiça

Supervisora: Dr. Manuel Didier Malunga

Maputo

2024

DECLARAÇÃO DE AUTENTICIDADE

Eu, José Geraldo Manhiça, declaro por minha honra, que o presente Trabalho de Fim do Curso é da minha autoria, elaborado em conformidade com o Regulamento para a obtenção do grau de Licenciatura em Direito, vigente na Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane. Declaro a originalidade do seu conteúdo, sendo todas as fontes devidamente citadas nas notas e na bibliografia.

Declaro ainda que, este trabalho não foi apresentado em nenhuma outra instituição para a obtenção de qualquer grau académico.

Autor

José Geraldo Manhiça

Maputo, Fevereiro de 2024

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à eterna menina dos meus olhos, Eugenia Tinga.

AGRADECIMENTOS

Agradecer a Deus pelo dom da vida e todos os seus feitos em minha vida.

Aos meus pais, Geraldo António Manhiça e Eugenia Tinga e avó, Isaura Machava (*in memoriam*) pela educação, criação, paciência e por todo sacrifício feito em prol da minha educação.

Aos meus miúdos, Kelven Manhiça, Geraldo Júnior e Edmilson Manhiça pelo apoio, carinho e motivação dada ao longo dos anos, para além da ajuda dada na formulação d'algumas frases do presente trabalho.

À Helena Manhiça Fringe, Alfariz Fringe, Dírcia Manhiça Mabecuane, António Mabecuane e António N. Manhiça, pelo apoio dado e sacrifício feito em prol desta licenciatura.

À Erica Princesa, minha luz mais luzente, pelo apoio material e emocional, encorajamento e a doce lição sobre o amor.

Aos bons amigos que a Faculdade de Direito me presenteou, vai a minha gratidão pelos momentos partilhados nessa caminhada, particularmente, à Margarida Buque, Virgínia Come, Edgar Teia e Anísio Chiote, companheiros das trincheiras.

A todo o corpo docente da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, pela inspiração, educação moral e social, pelas ferramentas e conhecimentos partilhados durante o processo de formação.

Especial agradecimento ao meu Supervisor, Dr. Didier Malunga, a quem nutro elevado estima pela sua paixão pelo Direito, em especial Direito de Registos e Notariados e forma de lecionar e por ter aceitado supervisionar o presente trabalho.

Por último e não menos importante, a todos e todas que contribuíram directa e indirectamente para a realização do presente trabalho.

Meu muito obrigado!

EPÍGRAFE

“As raízes não mentem, mas os valores se invertem”

(Autor desconhecido)

RESUMO

O presente TFC discute a responsabilidade civil dos progenitores por inadimplemento do dever de afecto: abandono afectivo. Ao contrário de todos os ramos de Direito, o Direito da Família é o que mais mutabilidade sofre por ser dependente da evolução social. Efectivamente, verifica-se nos últimos anos uma profunda demanda judicial, nos países estrangeiros, de responsabilidade civil dos progenitores por abandono afectivo ou por dano moral decorrente do cumprimento defeituoso do dever de afecto, no âmbito das responsabilidades parentais. Na nossa pesquisa procuramos entender a viabilidade da responsabilidade civil dos progenitores por incumprimento do dever de afecto: abandono afectivo. Para o efeito, nos propusemos a discutir o tema em três capítulos, nomeadamente: o primeiro capítulo relativo ao instituto da Responsabilidade Civil no Direito Civil; no segundo capítulo abordamos o Dever de Afecto e o Abandono Afectivo; no terceiro e último capítulo discutimos a Responsabilidade Civil dos Progenitores por Inadimplemento do Dever de Afecto: Abandono Afectivo, constituindo o âmago da nossa pesquisa.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Dever de afecto; Abandono afectivo; Poder Parental, Responsabilidade Civil dos Progenitores.

ABSTRACT

This TFC discusses the Civil Liability of parents for non-compliance with the Duty of Affection: Emotional Abandonment. Unlike all branches of Law, Family Law suffers the most changeability as it is dependent on social evolution. In fact, in recent years there has been a profound judicial demand, in foreign countries, for the civil liability of parents for emotional abandonment or for moral damage arising from the defective fulfillment of the duty of affection, within the scope of parental responsibilities. In our research we seek to understand the feasibility of parents' civil liability for failure to fulfill their duty of affection: Affective Abandonment. To this end, we set out to discuss the topic in three chapters, namely: the first chapter relating to the institute of Civil Liability in Civil Law; in the second chapter we address the Duty of Affection and Affective Abandonment; in the third and final chapter we discuss the Civil Liability of Parents for Failure to Comply with the Duty of Affection: Affective Abandonment, constituting the core of our research.

Keywords: Civil Responsibility; Duty of Affection; Affective abandonment; Parental Power; Civil Responsibility of Parents.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Al.	Alínea
Art (s)	Artigo (s)
CADBC	Carta Africana sobre os Direitos e Bem-Estar das Crianças
CC	Código Civil
CONUDC	Convenção das Nações Unidas sobre Direito das Crianças
CP	Código Penal
CRM	Constituição da República de Moçambique
Cfr	Confira
LF	Lei da Família
LOTM	Lei da Organização Tutela de Menores
LPDC	Lei de Promoção dos Direitos das Crianças
Pág (s)	Página (s)
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TS	Tribunal Supremo
TSR	Tribunal Superior de Recursos
VOL	Volume

Glossário

Apud: Citado por;

Conditio sine qua non: Condição sem a qual;

Ibidem: Mesmo autor mesma obra;

Idem: Mesmo autor;

Op Cit: Obra Citada;

Índice

DECLARAÇÃO DE AUTENTICIDADE	i
DEDICATÓRIA	ii
AGRADECIMENTOS	iii
EPÍGRAFE	iv
RESUMO.....	v
ABSTRACT.....	vi
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS.....	vii
1. INTRODUÇÃO.....	3
Capítulo I: Responsabilidade Civil- Generalidades	6
1.1. Conceito	6
1.2. Responsabilidade civil vs responsabilidade penal.....	7
1.3. Classificação da responsabilidade civil.....	8
1.4. Responsabilidade civil por factos ilícitos.....	8
1.4.1. Pressupostos da responsabilidade civil	8
1.4.2. Facto voluntário	9
1.4.3. Ilicitude	10
1.4.4. Dano: patrimonial e moral	10
1.4.5. Culpa.....	11
1.4.6. Nexo de causalidade	12
1.5. Responsabilidade civil contratual vs Responsabilidade extracontratual	12
1.6. A admissão de uma “terceira via” da responsabilidade civil: teoria do risco	13
1.7. A responsabilidade civil pelo risco vs responsabilidade civil pelo sacrifício	13
1.7.1. Fundamentos	13
1.8. Reparação.....	13
Capítulo II: O dever de afecto: Abandono afectivo	15
2.1. Noção	15

2.2. Natureza Jurídica.....	17
2.2.1. Obrigação moral vs Obrigação jurídica	18
2.3. Consequências do incumprimento do dever de afecto: abandono afectivo	19
2.4. Regime jurídico do dever de afecto.....	21
2.4.1. Na ordem jurídica internacional.....	21
2.4.2. Na ordem jurídica interna	21
Capítulo III: Responsabilidade Civil dos Progenitores por Inadimplemento do dever de afecto: abandono afectivo	23
3.1. O poder parental	23
3.2. A responsabilidade civil dos progenitores por inadimplemento do dever de afecto.	29
3.3. Análise da questão a nível da jurisprudência	33
Conclusões e Recomendações	35
Referências bibliográficas.....	37

1. INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Fim do Curso (TFC) se subordina ao tema: “**Responsabilidade Civil dos progenitores por Inadimplemento do Dever de Afecto: O Abandono Afectivo**”, e é desenvolvido com vista a obtenção do grau de licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane.

Nas relações jurídico-familiares os progenitores encontram-se vinculados a observância de um núcleo de obrigações que visam proteger a personalidade jurídica física e moral dos filhos. Esses deveres integram ao âmbito do exercício do poder parental que, nos termos do artigo 293/1 da Lei da Família, consiste no especial dever que incumbe aos pais de, no superior interesse dos filhos, garantir a sua proteção, saúde, segurança e sustento, orientando a sua educação e promovendo o seu desenvolvimento harmonioso. O poder familiar corresponde aos direitos titulados pelos pais em relação aos filhos, tais como o de dirigir-lhes a criação e educação, impor obediência e respeito, tê-los em sua companhia e guarda¹. Assim, esse poder tem como foco o melhor interesse da criança e adolescente e, não mais a supremacia da vontade do pai, chefe da sociedade².

Apesar de o poder parental configurar nos direitos exercidos pelos pais sobre os filhos, impõe ainda assim algumas obrigações, tal como o dever de afecto, pelo que nenhum dos pais pode se eximir das suas responsabilidades parentais em nenhuma circunstância. Assim, ao não prestar afecto aos filhos há cometimento de ilicitude por parte daquele que por lei se encontra adstrito a proceder de forma diferente. Deste modo, no exercício do poder parental, os progenitores agem tendo em vista o princípio do superior interesse da criança e o princípio da Paternidade responsável³.

O superior interesse do menor deve constituir o parâmetro do exercício do poder parental, integrando também tudo o que permite o seu normal crescimento e desenvolvimento harmonioso, como é a educação, convivência com o irmão, descanso, alimentação, segurança, saúde, etc⁴.

¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil: Família e Sucessões, 5ª edição, rev. Actual. Editora Saraiva, São Paulo, 2012, pág. 423.

² MADALENO, Roldf. Direito da Família, 8ª edição, rev., actual., e ampl., Editora Forense, Rio de Janeiro 2018, pág. 902.

³ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito de Família. 8ª edição, Vol. 6, Atlas Editora, São Paulo, 2008, pág. 7.

⁴ Processo n° 318/13, Regulação do Exercício do Poder Parental, Nampula, 2014.

O abandono afectivo é entendido como a ausência, negligência ou distanciamento parental em relação aos seus filhos, privando-os do convívio, do cuidado, e afecto parentais⁵. Daqui resulta que o abandono afectivo nasce do inadimplemento dos deveres parentais.

Este tema julga-se pertinente na medida em que a responsabilidade civil constitui uma das principais formas de constituição das obrigações, baseada no princípio do ressarcimento dos danos⁶. Para além de, nos tempos hodiernos tornar-se cada vez mais candente a questão de quebra de laços entre pais e filhos, por conta e culpa daqueles.

Outrossim, a falta de afecto parental intencional ou não (sem culpa) decorrente da negligência no exercício do poder parental, bem como, o não exercício do poder parental gera, muitas vezes, danos na esfera jurídica de quem deveria receber esse afecto, mormente filhos. Tais danos podem levar a constituição de uma obrigação alicerçada no princípio do ressarcimento dos danos.

Ademais, nos termos da Constituição da República, as crianças têm direito à protecção e aos cuidados necessários para o seu bem-estar⁷. A protecção da criação e os seus cuidados são em primeira linha obrigação dos seus progenitores, pois estes exercem o poder parental sobre os filhos (artigo 318/1 da LF). Esta protecção e esses cuidados têm em vista a protecção da personalidade jurídica das crianças.

Ora, a razão que está em volta da escolha do debate da responsabilidade civil dos progenitores resulta do facto de que os progenitores assumem a responsabilidade de cuidado e afecto e, por isso, devam ser responsabilizados por não exercício ou exercício irresponsável, enquanto entes responsáveis pela construção da personalidade jurídica dos filhos.

A realização da presente pesquisa pretende responder o seguinte problema jurídico: Podem os progenitores ser civilmente processados e responsabilizados pelos filhos em caso de incumprimento do dever de afecto?

Com a realização deste pretende-se alcançar, primeiro, como geral compreender a responsabilidade civil dos progenitores por inadimplemento do dever de afecto: abandono afectivo e como objectivos específicos discutir a responsabilidade civil no Direito

⁵ MENDES, Josimar Antônio de Alcântara, et al. Abandono Afetivo Parental: uma (re)visão crítica, narrativa-sistemática da literatura psico-jurídica em português// parental 'affective abandonment': a critical, narrative-systema, Setembro 2021. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.7213/psicolargum39.105.AO13>, acesso 5 de Dezembro 2022.

⁶ LEITAO, Luís Manuel Teles Menezes. Direito das Obrigações, 8ª edição, vol. I, Almedina Editora, Lisboa, 2009, pág. 283.

⁷ Cfr. Art. 47/1 da CRM.

Moçambicano; Conhecer o fundamento jurídico da responsabilidade civil dos progenitores;
Identificar o âmbito de actuação dos progenitores no exercício do poder parental;
Compreender o dever de afecto e analisar a responsabilidade civil dos progenitores por falta de afecto.

Para a elaboração do presente trabalho, privilegiar-se-á o recurso aos métodos monográficos de investigação indirecta, consubstanciando na análise bibliográfica com recurso a manuais, monográficas e dissertações de mestrado e artigos de internet e interpretação da legislação vigente no país.

Capítulo I: Responsabilidade Civil- Generalidades

O capítulo que agora se inicia tem por objecto o tratamento do instituto da responsabilidade civil no âmbito do direito moçambicano, contudo, o estudo desta figura demanda a análise do tratamento doutrinal dispensado a mesma.

Assim, iniciaremos a nossa discussão, abordando em termos gerais o conceito da responsabilidade civil, seguido da distinção entre a responsabilidade civil e responsabilidade penal e, em última instância, trataremos especificamente dos pressupostos da responsabilidade civil.

1.1. Conceito

A sociabilidade do Homem impõe-lhe que estabeleça relações sociais que podem ter ou não relevância para o Direito, isto devido a sua incapacidade de auto-suficiência. Estas relações quando relevantes para o Direito fazem emergir na esfera jurídica dos sujeitos de Direito, obrigações. O Direito, enquanto complexo de normas que regula a sociedade, impõe que a inobservância de certas condutas positivas ou negativas que consubstancia num acto ilícito, acarreta a necessidade de responsabilização quando desta ilicitude haja dano. A actuação (jurídica) das pessoas pode atingir o interesse de outrem, causando-lhe danos; quando tal aconteça, o causador do dano deve reparar o mal sofrido pela vítima_ nisto consiste a responsabilidade civil⁸.

Deste modo, de acordo com o Mota Pinto, designa-se por “*responsabilidade civil a necessidade imposta pela lei a quem causa um prejuízo a outrem de colocar o ofendido na situação que estaria sem a lesão*”⁹, esta necessidade funda-se no princípio do ressarcimento dos danos. Perfilha de igual entendimento o professor Menezes Leitão, pois também conceitualiza a responsabilidade civil como sendo o conjunto de factos que dão origem a obrigação de indemnizar os danos sofridos por outrem¹⁰. Por sua vez, o professor Flávio Tartuce entende que a responsabilidade civil emerge em face de não cumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida¹¹.

⁸ FERNANDES, Luís A. Carvalho (2009) *Teoria Geral do Direito Civil*, 5ª edição revista e actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, pág. 97.

⁹ PINTO, Carlos Alberto da Mota (2005) *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição, Coimbra Editora, Pág. 128.

¹⁰ LEITAO, Luís Manuel Teles Menezes, (2009) *Direito das Obrigações*, vol. I, 8ª edição, Livraria Almedina, Lisboa, Pág. 283.

¹¹ TARTUCE, Flávio (2020) *Manual de Direito Civil*, 10ª edição, revista, actualizada e ampliada, Editora Método, São Paulo, Pág. 702

A responsabilidade civil actua através do surgimento da obrigação de indemnização, isto é, visa tornar *indemne* o lesado, colocando-o na situação em que estaria sem a ocorrência do facto danoso¹².

A reconstituição da situação em que o lesado estaria sem a infracção deve em princípio ter lugar mediante uma reconstituição natural, quando a reconstituição natural não seja possível, suficiente ou for demasiada onerosa, a reposição da situação em que estaria o lesado sem o facto danoso terá lugar mediante uma indemnização em dinheiro (restituição ou execução por equivalente)¹³.

Deste modo, a responsabilidade civil consiste numa fonte de constituição da obrigação de indemnizar o dano sofrido por outrem, alicerçada no princípio do ressarcimento dos danos. O seu regime jurídico vem consagrado no Código Civil, concretamente nos artigos 483º, 799º e 564º todos do Código Civil, doravante designado por CC.

1.2. Responsabilidade civil vs responsabilidade penal

Ao lado da responsabilidade civil existe a responsabilidade penal, também, designada responsabilidade criminal. Embora não se insira no tema da presente pesquisa, para efeito da completude da definição, impõe-se-nos a sua abordagem ainda que de forma superficial.

Diferente da responsabilidade civil que, conforme anteriormente referido, consiste na obrigação de indemnizar o dano causado por conduta ilícita ou lícita, praticada ao arrepio das normas legais ou contratuais que o agente causou a outrem ou terceiro, a responsabilidade penal, por sua vez, “*consiste na obrigação de reparar o dano causado na ordem jurídica da sociedade, cumprindo a pena ou a medida estabelecida na lei*”¹⁴. A pena, diversamente da responsabilidade civil, não visa restabelecer os interesses privados da pessoa ofendida. Traduz-se na produção de um mal a sofrer pelo agente criminoso, com a finalidade de retribuir o mal causado à sociedade com a infracção (retribuição), de intimidar as outras pessoas, mostrando-lhes como a sociedade reage ao crime (prevenção geral) e de impedir o próprio infractor de cometer novas infracções, segregando-o do convívio social ou aproveitando a reclusão para uma actividade regeneradora (prevenção especial)¹⁵.

¹² PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Op. Cit.*, Pág. 128.

¹³ *Ibidem*, pág. 128.

¹⁴ Cfr. art. 28 da Lei nº 24/2019, de 24 de Dezembro que aprova o Código Penal.

¹⁵ *Ibidem*, Pág. 131.

1.3. Classificação da responsabilidade civil

A imputação do dano a quem o provocou não se processa sempre da mesma forma, ou dito de outra forma, o fundamento para que certa pessoa seja responsabilizado civilmente por determinado prejuízo pode alicerçar-se em factos diversos, designadamente, o contrato, exercício legítimo de direito e tantas outras situações. É nesse sentido que se fala da classificação da responsabilidade civil.

Segundo Menezes Leitão, a responsabilidade civil pode ser classificada em responsabilidade civil por culpa, pelo risco ou pelo sacrifício, consoante o título de imputação do dano da esfera do lesado para outrem. Na responsabilidade civil por culpa, que é a regra geral (art. 483º/1 do CC), a responsabilização do agente pressupõe uma censura moral da sua conduta, que leve uma censura ao seu comportamento. A responsabilidade civil pelo risco, admitida só nos casos previstos nos arts. 483º/2 e 499º todos do CC, prescinde desse juízo de desvalor, efectuando-se a imputação de acordo com os critérios objectivos de distribuição do risco. Já na responsabilidade civil pelo sacrifício também prescinde-se do juízo de desvalor da conduta do agente, sendo a imputação do dano baseada numa compensação ao lesado, justificado pelo prejuízo suportado¹⁶. Na mesma esteira, Antunes Varela entende que a responsabilidade civil pode provir da falta de cumprimento das obrigações emergentes dos contratos, de negócios unilaterais ou da lei (responsabilidade contratual), outrossim, da violação de direitos absolutos ou da prática de certos actos que, embora lícitos, causam prejuízo a outrem (responsabilidade extracontratual)¹⁷.

Para além da classificação atrás aludida, a responsabilidade civil pode ainda ser classificada em delitual (extradelitual) e responsabilidade civil obrigacional (contratual). Na primeira situação, trata-se da violação de normas genéricas de respeito, de normas gerais destinadas à protecção doutrem ou práticas delituais específicas. Situação diferente ocorre na responsabilidade obrigacional que resulta de incumprimento de obrigações¹⁸.

1.4. Responsabilidade civil por factos ilícitos

1.4.1. Pressupostos da responsabilidade civil

O artigo 483º do CC consagra o princípio geral da responsabilidade civil subjectiva, fazendo depender a constituição da obrigação de indemnizar da existência de uma conduta do agente

¹⁶ LEITAO, Luís Manuel Teles Menezes, *Op. Cit*, Pág. 283.

¹⁷ VARELA, Antunes (1994) *Das Obrigações*, Vol II, Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade Nova De Lisboa, pág. 519-520.

¹⁸ *Ibidem*, Pág. 284.

(facto voluntário), a qual represente a violação de um dever imposto pela ordem jurídica (ilicitude), sendo censurável (culpa), a qual tenha provocado danos (dano), que sejam consequências dessa conduta (nexo de causalidade entre o facto e o dano)¹⁹. Surgem deste modo os seguintes pressupostos da responsabilidade civil subjectiva: facto voluntário do agente; ilicitude; culpa; dano; e nexo de causalidade entre o facto e o dano. Cada um dos pressupostos desempenha um papel especial na complexa disciplina das situações geradoras do dever de reparação do dano²⁰.

1.4.2. Facto voluntário

O facto voluntário do lesante consiste no comportamento dominável ou controlável pela vontade, porquanto, somente quanto a factos dessa índole têm cabimento a ideia da ilicitude, o requisito da culpa e a obrigação de reparar o prejuízo nos termos em que a lei impõe²¹. Disto não resulta que o comportamento do agente tenha de ser intencional sequer que consista numa actuação, mas sim, que exista uma conduta que lhe possa ser imputada em virtude de estar sob o controle da sua vontade²². Por conseguinte, todos os factos que se encontrem fora do domínio objectivo da vontade do agente não configuram factos voluntários.

De acordo com o Menezes Leitão, o facto pode revestir duas formas, nomeadamente, a acção (artigo 483º do CC) e a omissão (artigo 486º do CC)²³. A primeira forma que o facto reveste, traduz-se no comportamento positivo que importa a violação de um dever geral de abstenção, do dever de não ingerência na esfera de acção do titular do direito absoluto e, na segunda, no comportamento negativo quando haja dever jurídico especial de praticar um acto que possivelmente teria impedido a consumação do dano.

Porque não existe um dever genérico de evitar a ocorrência de danos para outrem, uma vez que a vida em sociedade se tornaria (se fosse) impossível devido a multiplicação exponencial da ingerência na esfera jurídica alheia, para que determinada pessoa seja responsável por omissão pelos danos sofridos por outrem se exige um dever jurídico específico, que o torne garante da não ocorrência desse dano²⁴. Esse dever jurídico específico pode emergir do contrato ou pode ser mesmo imposto por lei.

¹⁹ *Ibidem*, Pág. 287.

²⁰ Antunes Varela, *Op Cit*, pág. 525.

²¹ *Ibidem*, pág. 527.

²² LEITAO, Luís Manuel Teles Menezes, *Op Cit*, Pág. 287.

²³ *Ibidem*, pág. 288.

²⁴ *Idem*.

1.4.3. Ilícitude

Nos pressupostos da responsabilidade civil temos a ilícitude revela-se na anti-juridicidade do facto, isto é, corresponde ao desvalor jurídico do acto praticado pelo agente que configura violação ou lesão dos bens jurídicos prosseguidos pelo Direito (intenção de praticar a lesão no ilícito doloso, ou violação do dever objectivo de cuidado no ilícito negligente). Deste modo, não há ilícito sempre que o comportamento do agente, conquanto representar uma lesão de bens jurídicos, não prossiga qualquer fim proibido por lei²⁵.

Tal como ocorre na conduta humana, a ilícitude também assume certas formas de verificação ou ocorrência. Assim, pode ocorrer por violação de um direito de outrem, violação da lei que protege interesses alheios²⁶. Na mesma linha de entendimento, o professor Menezes Leitão, ensina que a ilícitude pode ocorrer por violação de direitos subjectivos sendo abrangidos nessa situação direitos sobre bens pessoais, direitos absolutos como os direitos reais, os direitos de propriedade intelectual que se encontrem tutelados pela responsabilidade civil e, por violação de normas de protecção, integrando-se nessa situação normas que, apesar de ser destinadas à tutela de interesses particulares, exclusiva ou juntamente com o interesse público, não atribuem aos titulares desses direitos verdadeiros direitos subjectivos, por não lhe atribuírem em exclusivo o aproveitamento de um bem²⁷.

Finalmente, no que importa a ilícitude se torna importante referir que vezes há em que a violação ou lesão de direitos e interesses alheios se torna lícita, quando a conduta do agente se integre no âmbito da causa de exclusão de ilícitude ou da sua justificação, nomeadamente, quando se trate de uma lesão que ocorra nos casos de exercício de um direito, cumprimento de um dever, legítima defesa, acção directa, estado de necessidade e do consentimento do lesado.

1.4.4. Dano: patrimonial e moral

O dano constitui a *conditio sine qua non* da responsabilidade civil, porquanto, por mais que a conduta do agente seja censurável, se não houver nenhuma lesão ou nenhum dano se verificar não há lugar a responsabilidade civil.

O vocábulo “dano” é polissémico, ou seja, assume vários sentidos, todavia, em termos técnico-jurídicos, o dano traduz-se na frustração de uma utilidade que era objecto de tutela

²⁵ LEITAO, Luís Manuel Teles Menezes, *Op Cit*, Pág. 292.

²⁶ Antunes Varela, *Op Cit*, págs. 533-536.

²⁷ LEITAO, Luís Manuel Teles Menezes, *Op Cit*, Págs. 292-296.

jurídica²⁸. O professor Pereira Coelho, por seu turno, advoga que, por dano “*entender-se-ia o prejuízo sofrido pelo lesado em bens que no momento do facto ilícito existiam já no seu património. As perdas seriam os lucros frustrados_ a não entrada no património do lesado de certos valores que nele ingressariam, se não fosse a lesão*”²⁹.

O dano sofrido pelo lesado pode assumir diversas modalidades, nomeadamente, pode ser real quando se trate de perda *in natura* que o lesado sofre em decorrência de facto que o direito ou a norma violada protegem. Dito de outra forma, traduz-se na lesão causada no interesse juridicamente tutelado, que reveste muitas vezes a forma de destruição, subtracção ou deterioração de certa coisa, corpórea ou incorpórea; patrimonial que é o reflexo do dano real sobre a situação patrimonial do lesado. No dano patrimonial integram-se os danos emergentes e os lucros cessantes; pode ainda ser não patrimonial (dano moral) os que não são susceptíveis de avaliação pecuniária, integrando à esfera moral do indivíduo.³⁰

Olhando para o modo como certos bens são atingidos pelo facto ilícito e a ocorrência da lesão, pode-se afirmar que os danos também são directos e/ou indirectos.

1.4.5. Culpa

De acordo com o preceituado no artigo 483º do CC, a responsabilidade civil, por regra, ocorre quando o agente tenha actuado com “dolo ou nera culpa”, disto resulta que a culpa constitui um dos pressupostos da responsabilidade civil. Por culpa deve-se entender, segundo o professor Menezes Leitão, o juízo de censura ao agente por ter adoptado a conduta que adoptou, quando de acordo com o comando legal estaria obrigado a adoptar conduta diferente³¹. Avança ainda o professor Menezes Leitão advogando que a culpa deve ser entendida em sentido normativo como a omissão da diligência que seria exigível ao agente de acordo com o padrão de conduta que a lei impõe.

Por conseguinte, a culpa corresponde ao desvalor jurídico do comportamento do agente que, no momento do cometimento do acto ilícito conhecesse ou devesse conhecer. Porque a imputabilidade corresponde ao pressuposto da culpa, quando esta não tenha lugar, fica o agente isento de responsabilidade.

O professor Mota Pinto ensina que a culpa traduzida na reprovação da conduta desrespeitadora dos interesses tutelados pelo direito, pode resultar de uma situação de

²⁸ *Ibidem*, pág. 334.

²⁹ Pereira Coelho *apud* Antunes Varela *Op Cit*, pág. 597.

³⁰ Antunes Varela, *Op Cit*, págs. 598

³¹ LEITAO, Luís Manuel Teles Menezes, *Op Cit*, Pág. 344

intenção de causar o dano violando a proibição (dolo) ou de omissão de deveres de cuidado, de diligência ou perícia exigíveis para evitar o dano (negligência ou mera culpa)³², o que significa que essas são as duas modalidades da culpa: o dolo e a negligência.

1.4.6. Nexo de causalidade

Diz-se nexos de causalidade a relação intrínseca entre a conduta do agente e o dano provocado por essa conduta. Disto resulta que nem todos os factos podem ser imputados ao agente, se não resultarem da sua conduta. Deste modo, questiona-se quais danos devem ser imputados a alguém para o fim de indemnizar quem os sofreu?

Em resposta a pergunta suscitada anteriormente, a doutrina apresenta cinco (5) teorias que estabelecem os critérios da verificação do nexos de causalidade, designadamente, a teoria da equivalência das condições; teoria da última condição; teoria da condição eficiente; teoria da causalidade adequada; e teoria do fim da norma violada³³.

Das teorias supra referidas, vamos ater-nos somente a teoria da causalidade adequada, pois é a maioritariamente defendida a nível doutrinal. De acordo com esta teoria, para que exista nexos de causalidade entre o facto e o dano não é suficiente que o facto tenha sido em concreto causa do dano, em termos de *conditio sine qua non*, mas sim, é também necessário que, em abstracto, seja este facto também adequado a produzi-lo, segundo o curso normal das coisas³⁴. A averiguação da adequação abstracta do facto a produzir o dano faz-se por avaliação posterior (*prognose póstuma*), admitindo a ocorrência de circunstâncias anormais. Esta teoria subjaz no artigo 563º do CC.

1.5. Responsabilidade civil contratual vs Responsabilidade extracontratual

A distinção da responsabilidade civil em contratual e extracontratual prende-se a fonte do surgimento da obrigação de indemnizar, sito é, quando haja falta culposa de cumprimento da obrigação aposta em um contrato está-se diante da responsabilidade civil contratual, também designada obrigacional³⁵ e, quando resulte da violação de um dever geral de abstenção diz-se que a responsabilidade civil é extracontratual, outrossim, designada delitual. A responsabilidade civil obrigacional tem o seu regime jurídico nos artigos 798º do Código

³² PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Op. Cit*, Pág. 130.

³³ LEITAO, Luís Manuel Teles Menezes, *Op Cit*, Pág. 344.

³⁴ Almeida Costa *apud* LEITAO, Luís Manuel Teles Menezes, *Op Cit*, Pág. 347.

³⁵ A designação “responsabilidade civil contractual” é severamente criticada pela doutrina, pois entende-se que a forma correcta e acertada seria designá-la de responsabilidade civil obrigacional e não àquela, porquanto, englobar-se-ia não só as violações dos deveres contratuais, mas também, os deveres resultantes dos comandos legais. Assim, a inobservância de uma obrigação (obrigação em sentido técnico) legal resultando em dano acarreta a responsabilidade civil obrigacional.

Civil e a responsabilidade civil extracontratual (extra-obrigacional) segue o regime jurídico constante do artigo 483º do mesmo instrumento legal.

1.6. A admissão de uma “terceira via” da responsabilidade civil: teoria do risco

Na dicotomia entre a responsabilidade civil obrigacional e responsabilidade civil extracontratual, surge uma nova categoria de responsabilidade civil, para abranger situações específicas que, conquanto constituam um *plus* relativamente a protecção da responsabilidade civil delitual não chegam, sequer a constituir obrigação em sentido técnico³⁶. Assim, a terceira via da responsabilidade abrange situações anteriores e posteriores ao estabelecimento e extinção dos vínculos jurídicos, designadamente, a responsabilidade pré-contratual, a *culpa pos pactum finitum*, o contrato com eficácia de protecção para terceiros e a relação corrente de negócios.

1.7. A responsabilidade civil pelo risco vs responsabilidade civil pelo sacrifício

1.7.1. Fundamentos

Ora, temos vindo a discorrer em torno da responsabilidade civil que se funda na violação de uma obrigação ou de um dever geral de abstenção contraposto a um direito absoluto. Urge neste momento tecer alguns considerandos em torno de outras situações que podem fundamentar a responsabilidade civil para além das situações anteriormente referidas.

A responsabilidade civil, conforme ensina o professor Menezes Leitão, pode ter por fundamento o risco, isto é, a pessoa que cria uma certa zona de perigo deve ser responsabilizado pelo risco que esse perigo representa³⁷, situação prevista de forma taxativa pelo nosso legislador, nos termos do artigo 483º /2 do CC.

Uma outra situação que pode fazer emergir na esfera jurídica de determinada pessoa a obrigação de indemnizar o dano sofrido por outrem é o sacrifício, que são as situações em que lei prevê o direito à indemnização a quem viu os seus direitos sacrificados em resultado de uma actuação lícita em resultado de fazer prevalecer um direito ou interesse de valor superior.

1.8. Reparação

O escopo fulcral que se pretende com a transferência do dano de quem o sofreu para quem o provocou, isto é, da responsabilidade civil é que àquele que o provocou proceda a

³⁶ LEITAO, Luís Manuel Teles Menezes, *Op Cit*, Págs. 352-353.

³⁷ *Ibidem*, pág. 365.

reconstituição da situação que existiria se não tivesse tido lugar a lesão e, isto processa-se por meio de dever de indemnizar regulado nos arts 562º e seguintes do CC, relativo as modalidades das obrigações. De acordo com o que vai preceituado no artigo supra, a reparação pode ser feita através de reconstituição natural e sendo esta impossível através da determinação de um *quantum* em pecúnia que contemple os danos emergentes e os lucros cessantes (art. 562º conjugado com o art. 566º/1 do todos do CC). Sobre as modalidades da reparação, o professor Mota Pinto, ensina que a indemnização em dinheiro cobre os danos patrimoniais sofridos pelo lesado, aqueles que são susceptíveis de avaliação pecuniária e os danos não patrimoniais, porque insusceptíveis de avaliação pecuniária, a atribuição de soma em dinheiro corresponde a uma compensação³⁸.

³⁸ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Op. Cit*, Pág. 129.

Capítulo II: O dever de afecto: Abandono afectivo

Depois de no capítulo anterior termos tratado dos aspectos gerais da responsabilidade civil, o capítulo que agora se inicia está reservado à análise de um dos pontos centrais deste TFC, o dever de afecto constitui uma obrigação estritamente moral ou existe fundamentação jurídica para impor responsabilidades legais. Entretanto, cumpre em primeira mão fazer uma breve abordagem sobre o dever de afecto e o abandono afectivo de modo a compreender se existe algum valor jurídico, para em segundo plano discutirmos a questão fulcral do nosso capítulo.

2.1. Noção

As relações jurídico-familiares são marcados por um complexo de poderes e deveres que assistem os seus membros, dentre os quais encontramos o dever de afecto que quando não observado devidamente pode ou não resultar no abandono afectivo.

De acordo com Maria Berenice Dias, o afecto constitui um dos princípios que deve reger as relações de família, ressaltando a dignidade dos seus membros, por isso, o Estado tem imposto direitos sociais e individuais com vista a garantir a dignidade a todos³⁹. Por seu turno, Celso Antônio Bandeira de Mello escreve que o afecto encontra-se ligado aos princípios da solidariedade e da dignidade humana⁴⁰. Assim, o afecto deve ser visto como um princípio inerente às relações jurídico-familiares ao lado dos demais princípios que regulam as relações de Direito Privado.

Para a compreensão do que seja o dever de afecto e o abandono afectivo, urge, outrossim, chamar a colação o princípio da paternidade responsável que “*traz à tona a responsabilidade individual e social de que os pais priorizem o bem-estar de seus filhos, seja pelo aspecto social, moral, psicológico, financeiro e físico*”⁴¹. É nos parâmetros dos princípios anteriormente referidos que se discute a questão do dever de afecto e do abandono afectivo e não, no campo sentimental. Isto é, trata-se na presente pesquisa dos termos “dever de afecto” e “abandono afectivo” no plano normativo, que releva para o Direito.

³⁹ Maria Berenice Dias *apud* SILVA, Heleno Florindo da Silva & FABRIZ, Daury César. *A Família e o Afecto: O Dever Fundamental dos Pais em dar Afecto aos Filhos como Mecanismo de Protecção da Dignidade Humana*, pág. 5, Abril de 2014. Disponível em: www.derechoycambiosocial.com, visitado a 13 de Janeiro de 2024.

⁴⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello *apud* CARDIN, Valéria Silva Galdino & FROSI, Vitor Eduardo. *O afecto como Valor Jurídico*, Junho de 2010, pág. 5. Disponível em: www.googleacedmico.com, visitado a 13 de Janeiro de 2024.

⁴¹ CARNEIRO, Larissa Alves, *Responsabilidade Civil: Abandono Afectivo Parental e a Monetização do Afecto*, Trabalho de Conclusão de Curso, Centro de Ciências Jurídicas, apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco e orientado pelo Professor Doutor Leônio José Alves da Silva, Recife, 2022, pág. 24.

Deste modo, não se discute aqui o sentimento de amor, pois, é este imensurável, impossível de quantificação e de exigibilidade jurídica, mas sim, de afecto abarcado pelo âmbito jurídico, possível de reclamação jurídica, uma vez que é concebido como a imposição legal de cuidado, que se traduz na forma de criação, educação e companhia com a prole⁴².

Dito isto, o dever de afecto pode ser compreendido como sendo a obrigação que incide aos progenitores de, no superior interesse dos filhos, proceder aos cuidados, criação, direcção, convivência e basear as suas relações paterno-filiais na compreensão e no diálogo, de forma a corresponder às necessidades afectivas e de desenvolvimento físico e moral harmonioso dos respectivos filhos. Por conseguinte, o abandono afectivo é entendido como a ausência, negligência ou distanciamento parental em relação aos seus filhos, privando-os do convívio, do cuidado e afecto parentais⁴³, resultando que o abandono afectivo emerge do inadimplemento dos deveres parentais. O abandono afectivo consiste, deste modo, na violação dos direitos inerentes aos filhos e a deficiente realização da afectividade em decorrência do mau exercício do poder familiar por parte dos progenitores.

Acerca do abandono afectivo, Juliana Meneses Pinheiro, sabiamente adverte que o mesmo “*não significa falta de amor de um pai com o filho e sim falta de cuidado, criação e convivência. Não há como obrigar o pai a amar um filho, mas a legislação lhe assegura um direito de ser cuidado*”⁴⁴. Reforçando este pensamento, Anderson Screiber escreve:

O interesse por trás da demanda de abandono afetivo, portanto, não é, como muitas vezes se diz equivocadamente, um interesse construído sobre a violação de um dever de amar ou de dar afeto, mas um interesse fundado no dever normativo expresso dos pais de educarem e criarem seus filhos⁴⁵.

Portanto, o abandono afectivo está intrinsecamente ligado ao comportamento negativo (omissão) dos progenitores na conjuntura legal de cumprimento dos seus deveres parentais

⁴² MEDINA, Valeria Julião Silva & VIEIRA, Diego Fernandes, Abandono Afetivo e os Direitos de Personalidade: uma Leitura em Face da Necessidade Probatória dos Danos e o Dever de Convivência Familiar, *in Revista Brasileira de Direito Civil Belo Horizonte*. V. 31, n 3, ano Julho/Setembro de 2022, Pág. 9.

⁴³ MENDES, Josimar Antônio de Alcântara, *et al.* Abandono Afetivo Parental: uma (re)visão crítica, narrativa sistemática da literatura psico-jurídica em português// parental ‘affective abandonment’: a critical, narrative system, Setembro 2021. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.7213/psicolargum39.105.AO13>, visatado no dia 5 de Dezembro 2022.

⁴⁴ PINHEIRO, Juliana Meneses, *Responsabilidade Civil Pelo Abandono Afetivo*, Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à Universidade São Judas Tadeu e orientado pelo professor Aarão Miranda Da Silva, São Paulo, 2022, Pág. 16.

⁴⁵ Anderson Screiber *apud* MEDINA, Valeria Julião Silva & VIEIRA, Diego Fernandes, *Op Cit*, pág. 43.

com vista ao desenvolvimento físico e moral da prole ou, ainda, ao cumprimento defeituoso do dever do afecto que consubstancie na exposição dos filhos ao perigo.

2.2. Natureza Jurídica

O que se pretende ao discutir a natureza jurídica do dever de afecto é determinar se constitui um valor jurídico ou meramente valor moral e a ser valor jurídico seria da categoria de princípio jurídico ou de obrigação jurídica.

A doutrina jurídica divide-se sobre o entendimento da natureza jurídica, dentre os que reconhecem no afecto a força normativa, elevando-o a categoria de princípio jurídico implícito do direito da família, destacam-se Cláudia Maria da Silva, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Maria Berenice Dias, Paulo Lôbo e Rodrigo da Cunha Pereira e dos que têm percepção diferente, isto é, que encaram o afecto como simples sentimento tendo apenas um valor moral citam-se os seguintes autores: Walsir Edson Rodrigues Júnior, Renata Barbosa de Almeida, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, Breno Mendes Forel Muniz Vianna e Ana Carolina Brochado Teixeira.

Para Rolf Madaleno, a afectividade não pode ser excluída dos vínculos de filiação e parentesco existente na família, sendo decorrente da liberdade de cada um de se afeiçoar ao outro, mas também, um elemento sacrossanto da sobrevivência humana a interacção do afecto e, conseqüentemente há responsabilidade civil pela ausência do afecto⁴⁶. Por sua vez, Paulo Lôbo e Maria Berenice Dias concebem o afecto como sendo um princípio jurídico implícito na constituição através da aplicação dos princípios da igualdade nas relações familiares e da dignidade da pessoa humana, pois possibilita o respeito aos direitos fundamentais presentes nas relações familiares de igualdade entre irmãos adotados e biológicos⁴⁷. Tomando parte nessa discussão, Valéria Cardin e Vitor Frosi entendem que “*o afeto está relacionado com a dignidade, porque promove a formação do indivíduo, seja moral, seja social, seja psicologicamente, e impulsiona a autoestima. Por isso é tão importante nas relações familiares*”⁴⁸.

Opondo-se a concepção do afecto como um princípio, mas sim, como sendo um valor moral ou sentimento que não merece tutela jurídica, Cláudia Viegas e Leonardo Macedo Poli

⁴⁶ SILVA, Danielle Caroline Campelo (2019) Direito e afetividade: uma análise do abandono afetivo após o julgamento do REsp 1.159-242/SP [recurso eletrônico], Fi Editora, Porto Alegre, Pág. 75.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ CARDIN, Valéria Silva Galdino & FROSI, Vitor Eduardo, *O Afeto como Valor Jurídico*, Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010, pág. 5. Disponível em: www.cielo.com.br, acesso aos 05 de Janeiro de 2014.

advogam que não há possibilidade de admitir que o afecto seja um princípio jurídico, pois enquanto normas, são dotados de imperatividade, susceptíveis, deste modo, de ser impostos coercivamente, recusando a espontaneidade, presente no afecto, como característica principal⁴⁹.

Na mesma linha de pensamento, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald reconhecem o afecto como um elemento sacrossanto para o Direito da Família, todavia, refutam a sua categoria de princípio. Nas suas palavras:

Afasta-se, portanto, uma suposta caracterização do afeto como um princípio jurídico do Direito das Famílias. Ora, se princípio fosse, o afeto seria exigível, na medida em que todo princípio jurídico tem força normativa e, por conseguinte, obriga e vincula sujeitos. Assim sendo, a afetividade permeia as relações jurídicas familiares, permite decisões e providências nelas baseadas (como a concessão de guarda para quem demonstra maior afetividade ou mesmo reconhecimento de uma filiação em decorrência de sua presença). Contudo, não se pode, na esfera técnica do Direito, impor a uma pessoa dedicar afeto (amor, em última análise) a outra⁵⁰.

Apesar da forte negação do valor jurídico do afecto, perfilha-se da corrente que vê o afecto como um valor jurídico, pois a sua consagração na LF exprime a obrigatoriedade do mesmo, caindo por terra o argumento segundo o qual o afecto é espontâneo e, por isso, meramente valor moral. Ademais, encontra-se em vários instrumentos jurídicos inúmeros direitos e deveres que constituem corolário do princípio da afectividade.

2.2.1. Obrigação moral vs Obrigação jurídica

Uma outra discussão acesa acerca do abandono afectivo incide em determinar se o direito violado (dever de afecto) constitui uma obrigação meramente moral ou obrigação jurídica, pelo que mais uma vez a doutrina e a jurisprudência (estrangeira) tem tido entendimentos diferentes existindo uns que entendem considerar o afecto como afectividade_ no sentido das condutas de cuidado, educação e convivência que podem ser exigidas_ e outros que entendem

⁴⁹ SILVA, Danielle Caroline Campelo *Op Cit*, Pág. 76.

⁵⁰ *Idem*.

o considerar equivalente ao amor e carinho, com os quais não há o que fazer, pois não é passível de imposição a um indivíduo⁵¹.

Entendemos, porém, que a resposta ao problema de saber se o dever de afecto constitui uma obrigação moral ou uma obrigação jurídica passa pela leitura do que se entende por obrigação jurídica e obrigação moral à luz do quadro legal. O CC no livro inerente as obrigações faz uma distinção entre a obrigação (em sentido técnico-jurídico) e obrigação natural onde integram as obrigações moral e social e, de acordo com o preceituado no artigo 402º do CC, a obrigação natural consiste num mero dever de ordem moral e social, cujo cumprimento não é judicialmente exigível, mas corresponde um dever de justiça, diferente da obrigação em sentido técnico-jurídico que se traduz no vínculo jurídico através do qual alguém fica adstrito a realizar uma prestação a favor de outrem⁵².

A obrigação jurídica é ela exigível ou passível de reclamação judicial e corresponde a uma prestação. Ora, se o dever de afecto constitui a obrigação que incide aos progenitores de cuidar, educar e conviver com os filhos é de se concluir que este seja uma obrigação jurídica, pois, pode se exigir em juízo a sua observância.

2.3. Consequências do incumprimento do dever de afecto: abandono afectivo

O inadimplemento do dever de afecto ou o seu cumprimento defeituoso, outrossim, o abandono afectivo acarreta vários danos na esfera jurídica de quem se encontra no polo oposto do dever.

Os efeitos do abandono afectivo, para além, daquilo que se pensa, pode repercutir-se na esfera física e/ou moral dos filhos. De acordo com Isadora Viera os danos resultantes do abandono afectivo podem se manifestar de múltiplas formas, a depender das condutas realizadas a título do exercício parental negligente e da percepção dos filhos quanto a essa conduta. Destarte, essas lesões podem repercutir tanto na integridade física, social e psíquica dos vitimados⁵³. Avança apontando como consequências do abandono afectivo as dificuldades de desenvolvimento da linguagem, cognição e a capacidade social e emocional

⁵¹ Cordeiro & Gomes *apud* JÚNIOR, Hélio Cardoso de Miranda & MARCOS, Cristina Moreira *A noção de afeto no direito de família: diálogo com a psicopatologia e a psicanálise*, *Rev. Latinoam. Psicopat. Fund.*, São Paulo, 25(3), 510-532, set. 2022, pág. 6. Disponível em: <http://dx.org/10.1590/1415-4714.2022v25n3p510.2>, visado a 3 de Janeiro de 2024.

⁵² Cfr. art. 397º do CC.

⁵³ VIEIRA, Isadora de Oliveira Santos, *Abandono Afectivo: Formas de Prevenção aos Danos Causados aos Filhos pela Omissão Parental*, Dissertação de Mestrado, apresentada à Universidade Federal de Viçosa, no Programa de Pós-Graduação em Economia Doméstica, Minas Gerais, 2020, Pág. 30.

das crianças, propiciando o desencadeamento de dificuldades afectivas, académicas, de socialização, tampouco distúrbios comportamentais e de personalidade.

Na mesma esteira, Fiamenghi Jr. Aponta o abandono afectivo como o factor de desenvolvimento de transtornos de ansiedade, depressão, delinquência juvenil e ideação de suicídio em adolescentes e adultos⁵⁴. Perfilham de igual entendimento J. Oliveira, Barbosa e Fernandes.

Pronunciando sobre os efeitos do abandono afectivo, Dias entende que o incumprimento do dever de afecto compromete o desenvolvimento emocional dos filhos, trazendo reflexos permanentes na sua vida.

O conceito actual de família é centrado no afecto como elemento agregador, e exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade. A grande evolução das ciências que estudam o psiquismo humano acabou por desencarar a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio de pessoas em formação. [...]. Assim, a convivência dos pais com os filhos não é um direito, é um dever. Não há o direito de visitá-lo, há 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 vida⁵⁵.

Posto isto, percebe-se que o incumprimento do dever de afecto e abandono afectivo pelos progenitores provoca danos na esfera jurídica dos filhos, alguns irreversíveis e, por conseguinte, faz emergir na esfera daqueles a obrigação jurídica de indemnizar os danos provocados pela sua conduta omissiva.

⁵⁴ BARBOSA, Emanuele Gondim *et. al*, *Abandono Afetivo e Responsabilidade Civil dos Genitores*, Artigo apresentado à Instituição de Ensino Superior Universidade Potiguar da rede Ânima Educação, págs. 19-20 disponível: <https://repositorio.animseducacao.com.br>, 2023.

⁵⁵ SANTOS, Isabelle Climaco dos & REIS, Rosane de Deus Santana dos, *O Dano Decorrente Da Responsabilidade Civil Por Abandono Afetivo Paterno*, Revista Ibero- Americana de Humanidades, Ciências e Educação- REASE, São Paulo, v.9.n.10. out. 2023. ISSN - 2675 – 3375, pág. 5.

2.4. Regime jurídico do dever de afecto

2.4.1. Na ordem jurídica internacional

No panorama internacional, sumariamente, o dever de afecto encontra-se em vários instrumentos jurídicos dos quais o Estado Moçambicano se vinculou, dentre os quais destaca-se a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança⁵⁶ (CONUDC) e a Carta Africana dos Direitos e Bem-Estar da Criança⁵⁷.

2.4.2. Na ordem jurídica interna

O dever de afecto integra ao conjunto dos direitos dos filhos e crianças contraposto aos deveres dos pais para com àqueles, por isso, o seu regime jurídico no ordenamento jurídico interno consta da Constituição da República⁵⁸ (CRM) e dos instrumentos jurídicos que regulam as relações paterno-filiais e a protecção e promoção dos direitos das crianças.

Compulsando a Lei da Família⁵⁹ encontra-se no artigo 301 a regulamentação da afectividade, que se limita em anunciar que a *“afectividade é o dever que assiste aos pais de basear as relações paterno-filiais na compreensão e no diálogo, de forma a corresponder às necessidades afectivas e de desenvolvimento harmonioso dos respectivos filhos. Acerca da afectividade a lei da família limita-se apenas em enunciar o anteriormente exposto, não se pronunciando sobre o âmbito do mesmo e as formas de assegurar o cumprimento deste dever.*

Para além, da sua consagração na Lei da Família, este dever encontra-se, também, consagrado em outros instrumentos jurídicos tais como na Lei nº 7/2008 de 9 de Julho (Lei de Promoção e Protecção dos Direitos da Criança_ abreviadamente designada LPPDC), ainda que não de forma expressa. Porquanto, o instrumento jurídico acima referido não dispensa um dispositivo legal ao tratamento do dever de afecto ou afectividade como o faz a LF. Todavia, regula alguns direitos que em contraposição integram ao conteúdo do dever de afecto, designadamente, o direito à família e ao acompanhamento familiar (artigos 26 e 28, respectivamente), direito ao contacto com os pais (art. 29), direito ao respeito, à dignidade e à integridade (art. 23), bem como algumas obrigações que são, no fundo, manifestações do dever do afecto, por exemplo, o dever especial dos pais de garantir o desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social da criança (art. 39), todos da LPPDC.

⁵⁶ Aprovada pela Resolução nº 19/90 do Conselho de Ministros.

⁵⁷ Aprovada pela Resolução nº 20/98 do Conselho de Ministros.

⁵⁸ De acordo com o artigo 47 nº 1 da Constituição da República, “as crianças têm direito à protecção e aos cuidados necessários para o seu bem-estar”, essa protecção de que a Constituição da República se refere dá azo a existência de um leque de legislação infraconstitucional com a pretensão de concretização da norma supra.

⁵⁹ Lei nº 22/2019 de 11 de Dezembro.

Estranhamente, a Lei nº 8/2008 de 15 de Julho que estabelece a Organização Tutelar de Menores é omissa nesta questão, não prevendo quais providências a ser tomadas pelos filhos menores em caso de inadimplemento do dever em análise.

Capítulo III: Responsabilidade Civil dos Progenitores por Inadimplemento do dever de afecto: abandono afectivo

A finalidade do Direito, enquanto ciência reguladora de comportamentos humanos é assegurar a protecção dos direitos e as garantias individuais de modo que não haja violações ilícitas não censuradas pela ordem jurídica. Neste capítulo vai-se perscrutar a (im)possibilidade da responsabilidade civil dos progenitores por abandono afectivo, para tal, começar-se-á por tecer considerações em torno do poder parental e por fim ao núcleo da discussão.

3.1. O poder parental

a) Conceito

O instituto ora em análise é doutrinariamente designada de múltiplas formas. Alguns entendem designá-lo poder familiar, maioritariamente a doutrina brasileira, outros designam-no de responsabilidade parental, outros ainda, o denominam pátrio poder ou poder parental. Seja qual for a designação, uma ou outra, estamos sempre em sede do mesmo instituto jurídico, hodierna e comumente designado poder parental (pelo menos na nossa legislação).

De acordo com Álvaro Azevedo o poder parental “*é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a protecção destes*”⁶⁰, Concordando com este, o professor Silvio Rodrigues acrescenta que “*o fato de a lei impor deveres aos pais, com o fito de proteger aos filhos, realça o carácter de munus público do poder familiar. E o torna irrenunciável*”⁶¹. Por seu turno, Arnaldo Rizzardo ensina que o poder parental não é o exercício de um poder ou uma supremacia, mas de um encargo imposto pela paternidade e maternidade, decorrente da lei. Destarte, entende o “*pátrio poder como o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais com relação aos filhos menores e não emancipados, com relação à pessoa destes e a seus bens*”⁶².

Ana Sofia Gomes, pronunciando-se sobre a noção das responsabilidades parentais ensina que “*As responsabilidades parentais, enquanto poder/dever de educação dos filhos, de conteúdo*

⁶⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça, (2019) *Curso de Direito Civil: Direito da Família*, 2ª edição, Editora Educação, São Paulo, Vol. 6, pág. 407.

⁶¹ Silvio Rodrigues *apud* AZEVEDO, Álvaro Villaça *Op Cit*, pág. 407.

⁶² Arnaldo Rizzardo *apud* VENOSA, Sílvio de Salvo (2017) *Direito Civil: Família*, Vol. 5, 17ª edição, Editora Atlas, LTD, pág. 320.

funcional e carácter altruísta, exercido pelos pais no interesse dos filhos, não são uma mera faculdade, uma possibilidade concedida pela lei aos progenitores de uma criança”⁶³.

Deste modo, o poder parental consiste num complexo de poderes-deveres que recai sobre os progenitores de proteger e dar direcção aos filhos menores e não emancipados, assegurando o seu bem-estar material e moral, com vista ao seu desenvolvimento harmonioso e realização dos mesmos enquanto seres humanos e sociais.

Finalmente, a LF não oferece um conceito do que seja o poder parental, todavia, fixa o conteúdo que integra ao poder parental. Nestes termos, o art. 293 da LF determina que o poder parental consiste no especial dever que incumbe aos pais de, no superior interesse dos filhos, garantir a sua protecção, saúde, segurança e sustento, orientando a sua educação e promovendo o seu desenvolvimento harmonioso. O regime jurídico do instituto *sub judice* encontra-se nos arts 292- 338 todos da LF.

b) Natureza jurídica do poder parental

Na doutrina, não existe consenso entre os mais diversos autores, no tocante a natureza jurídica do poder parental, alguns entendem-no como um direito subjectivo e outros como um poder funcional.

De acordo com o professor Jorge Pinheiro, as responsabilidades parentais constituem uma situação jurídica complexa, que agrega situações jurídicas que podem elas próprias ser objecto de qualificação jurídica, não sendo de excluir a possibilidade de as situações componentes assumirem uma natureza que não é entre si uniforme, todavia, essa heterogeneidade não inviabiliza a determinação dogmática unitária da natureza jurídica das responsabilidades parentais⁶⁴. Assim, pronunciando-se sobre este quesito, os professores Castro Mendes e Teixeira de Sousa entendem que o “*poder parental é uma situação jurídica complexa, em que avulta alguns poderes funcionais e alguns direitos, mas ao lado de puros e simples deveres*”⁶⁵ e, por sua vez, Jorge Miranda que refuta a ideia de uma construção unitária sobre a natureza jurídica do poder parental, entende que se deve olhar para a questão

⁶³ Ana Sofia Gomes *apud* FEVEREIRO, Andreia Filipa Vicente, *A Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais em Caso de Divórcio*, Dissertação de Mestrado apresentada no Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa, pág. 14.

⁶⁴ PINHEIRO, Jorge Duarte (2008) *Direito da Família Contemporâneo*, 2ª edição, reimpressão, AAFDL Editora, Lisboa, pág. 302.

⁶⁵ Castro Mendes e Teixeira de Sousa *apud* PINHEIRO, Jorge Duarte *Op Cit*, pág. 302.

sobre dois prismas, nomeadamente, o interno onde o poder parental constituiria um direito subjectivo e o externo que se traduziria em um poder funcional⁶⁶.

Os autores que concebem o poder parental como sendo um direito subjectivo *suis generis* têm em assente o interesse do progenitor que se realiza durante o exercício do mesmo, não se configurando como um mero funcionário. Contudo, sabiamente o professor Jorge Pinheiro refuta esta posição argumentando que “*a relevância (secundária) do interesse dos pais não basta para enquadrar o poder parental na categoria de direitos subjectivos, porquanto, este deve ser exercido obrigatoriamente pelo seu titular sendo o não exercício inadmissível e punível*”⁶⁷.

O conceito de responsabilidades parentais exprime de forma mais clara a natureza funcional dessas responsabilidades e o carácter vinculado do seu exercício, reconhecendo melhor a realidade plural que agrega o seu exercício e a sua titularidade e centralizando a atenção naqueles cujos direitos se querem salvaguardar e que são as crianças⁶⁸.

Posto isto, apesar dessa divisão doutrinária quanto a natureza jurídica do poder parental em direito subjectivo e poder funcional, percebe-se que no exercício do poder parental não há liberdade de actuação ou permissão, elemento sacrossanto do direito subjectivo, pelo que constitui por excelência um autónomo poder funcional⁶⁹, perfilhando desta posição os professores Fátima Duarte e Rosa Martins.

Ademais, a LF no art. 297 veda qualquer possibilidade de renúncia ao poder parental o que consubstancia numa evidência inequívoca da retirada da liberdade de actuação dos titulares deste poder, pelo que, por estas e outras razões somos levados a concluir que o poder parental tem natureza de poder funcional.

c) Conteúdo do poder parental

Dispõe o art. 293, nº 1 da LF que compete aos pais “*o dever de, no superior interesse dos filhos, garantir a sua protecção, saúde, segurança e sustento, orientando a sua educação e promovendo o seu desenvolvimento harmonioso*” e, contrapostos a esta situação, os filhos

⁶⁶ *Idem*.

⁶⁷ PINHEIRO, Jorge Duarte *Op Cit*, pág. 303.

⁶⁸ FEVEREIRO, Andreia Filipa Vicente *Op Cit*, Pág. 21.

⁶⁹ O professor Mota Pinto escreve que “por existir uma vinculação ao exercício dos poderes respectivos, não são autênticos direitos subjectivos os chamados poderes-deveres ou poderes funcionais que integram ao poder parental”, PINTO, Carlos Alberto da Mota *Op Cit*, Pág. 169-170.

encontram-se vinculados ao dever de obediência aos pais⁷⁰. Este poder-dever é ele irrenunciável e intransmissível e deve ser exercido de forma altruísta no interesse dos filhos, tendo em vista o seu integral e harmonioso desenvolvimento físico, intelectual e moral⁷¹. Conforme ensina Bárbara Gonçalves, o poder parental se caracteriza ainda pela indisponibilidade, não podendo os progenitores dispor dele e a irrenunciabilidade em virtude do seu carácter *intuitu personae*⁷².

O conteúdo do poder parental pode ser visto de dois modos, designadamente, num relativamente à pessoa dos filhos e o outro relativo aos bens dos filhos.

Relativamente à pessoa dos filhos o poder parental contém os seguintes poderes-deveres: educação, formação do carácter e da personalidade, afectividade, convívio familiar, vigilância, assistência e auxílio (Cfr., arts. 299 e ss da LF). Esses poderes-deveres obrigam os pais a manter contacto com os filhos e permitir que os filhos mantenham contactos com outros entes familiares, outrossim, a transmitir-lhes valores e contribuir na construção da sua personalidade, física ou moral. Segundo o professor Álvaro Azevedo o incumprimento desses deveres, mormente dever moral de dar instrução primária ao filho menor, pode vir a configurar crime de abandono intelectual⁷³, pelo que se deve encará-los como verdadeiras vinculações jurídicas.

No que toca ao património dos filhos, o poder parental atribuí aos pais também poderes-deveres de administrar os bens dos filhos até à maioridade destes, devendo tal administração ser responsável e com o mesmo cuidado com que administram o seu património (art. 314/LF).

Conquanto haja permissão legal (via da regra) de os pais administrarem os bens dos filhos, a lei exclui alguns bens da administração daqueles, designadamente, bens do filho provenientes de sucessão da qual os pais tenham sido excluídos por indignidade ou deserdação⁷⁴; bens que o filho haja recebido por doação ou sucessão contra a vontade dos pais⁷⁵; bens deixados ou

⁷⁰ PINHEIRO, Jorge Duarte *Op Cit*, pág. 307.

⁷¹ NEVES, José Moreira das & MARTINS, Norberto (2007) *Direito da Família e dos Menores*, INA Editora, pág. 80.

⁷² GONÇALVES, Bárbara Filipa Baptista (2016) *o Exercício das Responsabilidades Parentais*, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Pág. 14.

⁷³ AZEVEDO, Álvaro Villaça, *Op Cit*, Pág. 410-412.

⁷⁴ Cfr. Art. 304/1, al. a) da LF.

⁷⁵ Cfr. Art. 304/1, al. b) da LF.

doados ao filho com exclusão de administração dos pais⁷⁶ e bens adquiridos pelo filho maior de dezasseis anos em resultado do seu trabalho⁷⁷.

Os actos de alienação dos bens dos filhos ou outros que causem prejuízo ao seu património, embora não integrem ao âmbito dos bens que se encontram fora da administração dos pais, a sua prática carece de autorização judicial (cfr. art. 305 da LF). Caso os pais que se encontrem a administrar os bens dos filhos pratiquem tais actos ao arrepio do comando supra, são esses actos anuláveis (cfr., art. 310/1 da LF), como também, são passíveis de confirmação judicial *a posteriori*, segundo o preceituado no art. 311 da LF.

d) Titularidade e exercício do poder parental

O poder familiar é titulado pelo pai e mãe, em conjunto, e a ele submete-se o filho, enquanto for menor. Trata-se, portanto, de um poder indelegável_ salvo parcialmente entre os que o titulam_ que a lei concede aos pais para que possam dispor de instrumentos para o adequado cumprimento de sua importante tarefa de preparar o filho para a vida⁷⁸.

Esse poder é, de acordo com art. 318, nº 1 da LF, exercido por ambos os pais na constância do casamento ou da união de facto. Todavia, de acordo com professor Jorge Pinheiro “*quando se trate de situação de ruptura da vida em comum dos pais ou de nunca viverem juntos, consagra-se o princípio do exercício conjunto mitigado das responsabilidades parentais*”⁷⁹. Isto significa que em caso de divórcio ou cessação da união de facto o exercício do poder parental não cabe exclusivamente ao progenitor a quem o filho é confiado aguarda, mas sim a ambos o que comumente se designa por exercício conjunto das responsabilidades parentais⁸⁰.

⁷⁶ Cfr. Art. 304/1, al. c) da LF.

⁷⁷ Cfr. Art. 304/1, al. c) da LF.

⁷⁸ COELHO, Fábio Ulhoa (2012) *Direito Civil: Família e Sucessões*, Vol. 5, 5ª edição, revista e actualizada, Editora Saraiva, São Paulo, Pág. 417.

⁷⁹ PINHEIRO, Jorge Duarte *Op Cit*, pág. 325.

⁸⁰ O professor Jorge Pinheiro chama atenção para o não uso equivocado das expressões “guarda comum” e “exercício comum das responsabilidades parentais”. A expressão “guarda” não significa responsabilidades parentais, porém, corresponde um de entre vários poderes contidos nas responsabilidades parentais (...) um pai a quem não confiado a guarda da criança pode exercer as responsabilidades parentais. O exercício das responsabilidades parentais abrangerá então os poderes que não sejam incompatíveis com o poder de guarda que incumbiu a outrem. O uso do vocábulo “guarda-conjunta” para designar o exercício conjunto das responsabilidades parentais, ainda que menor resida com um dos pais, socorre-se de um sentido amplo da palavra guarda. Nessa acepção a palavra guarda identifica-se com função parental. Tendo em conta o critério da residência do menor, em sentido amplo, a guarda pode ser física (e legal) ou só legal. Se houver exercício conjunto das responsabilidades parentais, a guarda física pertence ao pai cuja residência foi fixada como residência habitual do menor enquanto outro compete somente a guarda legal.

Por conseguinte, estabelece-se, como regime regra, o exercício conjunto destas responsabilidades, quanto às questões de particular importância na vida do filho, mesmo que se verifique uma situação de ruptura familiar. Isto equivale dizer que, independentemente do tipo de união que se estabeleça, as responsabilidades parentais, no tocante a estas questões, são exercidas por ambos os progenitores⁸¹ como se retira da leitura do art. 318, nº 2 conjugado com o art. 322, todos da LF. A intenção do legislador, com a criação deste regime jurídico, é de responsabilizar ambos os progenitores pelo exercício deste poder funcional de carácter altruísta, no interesse da criança, conferindo relevância à natureza igualitária de ambos⁸².

A excepção à regra anterior é efectuada através dos mecanismos judiciais, sendo o impulso levado a cabo por um dos progenitores quando não haja entendimento entre ambos sobre o exercício do poder parental (Cfr. art. 322, nº 6 da LF), devendo nestes casos o tribunal decidir sobre quem exercerá o poder parental, obedecendo sempre o princípio do superior interesse da criança. Apesar de a lei permitir que o exercício do poder parental seja decidido por acordo entre os progenitores (Cfr. art. 322, nº 1 da LF) e o tribunal poder decidir sobre quem exercerá o poder parental (art. 322, nº 6), isto não significa, porém, que quando se trate de questões de especial importância o progenitor a quem a guarda e o poder parental foi confiado pelo tribunal decidirá de forma unilateral, porquanto, trata-se de uma imposição legal e que se encontra fora da autonomia privada dos progenitores. Deste modo, quanto às questões de particular importância, a lei não admite qualquer margem de autonomia aos progenitores, tratando-se de uma imposição legal, o exercício conjunto deste poder funcional relativamente a esta questão⁸³.

Finalmente, a LF no art. 323, nº 1 alude a situação de o menor ser confiado a uma terceira pessoa ou a uma instituição e nesses casos, os poderes e deveres funcionais que forem exigidos para o desempenho das suas funções são exercidos por estas e àqueles que não se encontram abrangidos pelo referido anteriormente e se tratar de casos de constância de casamento ou da união de facto são exercidos por ambos os progenitores, salvo decisão judicial em contrário e, quando se tratar de situação de divórcio, separação ou anulação do casamento ou de cessação da união de facto o poder parental é exercido pelo progenitor

⁸¹ ALMEIDA, Joana Cristina Coelho dos Santos, (2019) *O Exercício das Responsabilidades Parentais por Terceiros e a Relevância da Afectividade no seu Contexto*, dissertação apresentada à Faculdade de Direito de Lisboa da Universidade de Lisboa, Pág. 21.

⁸² ALMEIDA, Joana Cristina Coelho dos Santos, *Op Cit* Pág. 21.

⁸³ *Ibidem*, pág. 24.

sobrevivo ou fica determinado pelo acordo dos progenitores (Cfr. art. 323, nsº 2 e 3 conjugado com os arts. 321 e 322 todos da LF).

3.2. A responsabilidade civil dos progenitores por inadimplemento do dever de afecto

Nos capítulos e tópicos anteriores temos vindo a tratar as questões relativas à responsabilidade civil e ao dever de afecto: abandono afectivo. Neste momento, torna-se *mister* descurar em torno da responsabilidade civil dos progenitores por inadimplemento do dever de afecto: abandono afectivo.

A problemática que nos propusemos a resolver neste momento é um tanto quanto que polémica, pois, *“a aplicação das regras referentes à responsabilidade civil ao direito da família é uma questão, ainda, muito polémica, principalmente no que se refere à possibilidade de indemnização por danos morais nos casos de abandono afetivo”*⁸⁴, devido as particularidades que permeiam o Direito da Família, contudo, a forma genérica de que cura o CC da responsabilidade civil não obsta a sua aplicação neste seguimento de Direito.

Segundo os considerandos anteriores, há responsabilidade civil sempre que os seus pressupostos se revelem preenchidos, designadamente, o facto voluntário do agente; ilicitude; culpa; dano; e nexó de causalidade entre o facto e o dano. De acordo com Bezerra *“na seara do Direito de Família, e particularmente quando se investiga a possibilidade de sanção pecuniária por abandono afetivo, a ação contrária ao direito consubstancia-se na inobservância dos deveres legais e constitucionais referentes ao cuidado e afeto que deve existir entre pais e filhos”*⁸⁵.

A possibilidade de sancionar civilmente os progenitores por inadimplemento do seu dever de afecto e/ou abandono afectivo é ainda hoje uma questão que levanta posições antagónicas estrangeiras, havendo total silêncio entre nós, quer ao nível doutrinal quer ao nível jurisprudencial, havendo alguns que entendam que não é possível responsabilizar civilmente os progenitores por abandono afectivo, pois tratar-se-ia de uma questão sentimental, por isso, não passível de reclamação jurídica e outros com posicionamento contrário entendendo que não se trata de sentimentos dos progenitores para os filhos, mas sim da relação entre eles,

⁸⁴ FIGUEIREDO, Elizabeth Federal (2013) Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo, Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, Niterói, Pág. 45.

⁸⁵ BEZERRA, Maria Eunice Corrêa (2017) Aplicação da Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo, Monografia apresentada à Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília Brasília, Pág. 48.

destacando-se os cuidados e a afectividade como sendo uma das obrigações que incidem sobre eles decorrentes do poder parental.

De acordo com Isabelle Santos e Rosane dos Reis:

Embora haja divergências, é evidente que o abandono afetivo pode ter consequências à luz da Responsabilidade Civil. No entanto, é essencial que se preencham os requisitos necessários para sua caracterização. A mera ausência de afeto não é suficiente; é preciso demonstrar que a criança ou adolescente sofreu danos que afectaram seu desenvolvimento físico, moral ou psicológico. É importante destacar que a indemnização não tem o objectivo de substituir o afecto e os cuidados que faltaram à criança durante seu crescimento, já que o judiciário não pode criar sentimentos que são naturais nas relações humanas. Em vez disso, busca-se amenizar os sentimentos de perda, dor, angústia e sofrimento, bem como compensar qualquer dano causado pelo abandono, com a intenção de prevenir casos semelhantes no futuro⁸⁶.

Cristiano Cessatari por sua vez entende que a responsabilidade civil dos progenitores pode ser tanto subjectiva quanto que objectiva, desde que se trate de abandono afectivo presumido ou não, chamando a colação a situação das crianças que nascem sem a presunção de paternidade proveniente do matrimónio ou união de facto, tendo sido os seus direitos de filiação cerceados⁸⁷. Nas suas palavras:

Dessa forma, quem não foi registrado pelo pai (só tem a mãe em seu registro), ou não foi registrado pela mãe (só tem o pai no registro), ou não foi registrado por ambos, possui, por esse fato, a possibilidade de pleitear uma indenização, sem a necessidade de provar culpa, pela objectivação da responsabilidade civil, pois como vimos anteriormente, o abandono afectivo é presumido quando a pessoa não foi registrada pelo pai, pela mãe ou por ambos.

⁸⁶ SANTOS, Isabelle Climaco dos & REIS, Rosane de Deus Santana dos, *Op Cit*, pág. 13.

⁸⁷SILVA, Danielle Caroline Campelo *Op Cit*, Pág. 93.

Presumindo-se o abandono afetivo na ausência ou defeito (só ter um genitor[a]) no registro, a responsabilidade civil é objetiva, e o dano moral pleiteado é presumido, ou seja, não precisa ser provado pelo autor, mas como a presunção é relativa poderá o réu fazer prova em contrário, por exemplo, provando que ele foi criado por outra pessoa, formando com ela uma parentalidade socioafetiva, e que nenhum sofrimento ou abalo ela sentiu ao longo da sua vida⁸⁸.

Na mesma linha de pensamento os professores Maria Berenice Dias e Rolf Madaleno, entendem que o direito à convivência familiar está fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana, no princípio do melhor interesse da criança, que merece prioridade pelo Estado, sociedade e a família. Para eles, dispõe no dever que os pais têm de criarem seus filhos em meio familiar, para que possa ser assegurado à criança e ao adolescente um desenvolvimento pleno da sua personalidade, desdobrando o direito à convivência, surgindo o dever de visitas ao filho⁸⁹.

Espíndula Moreira e Maria Juracy Filgueiras Toneli advogam que a ausência de cumprimento do dever de cuidado, não estreita os laços afetivos, gerando responsabilidade aos progenitores:

O afeto é construído como autoridade no âmbito do Direito em geral, “vai além do sentimento, e está diretamente relacionado à responsabilidade e ao cuidado... por isso pode se tornar uma obrigação jurídica e ser fonte de responsabilidade civil” (Pereira, 2012, p. 8). É com base nessa construção técnica - que estabelece a afetividade como cuidado - que é possível atribuir responsabilidade aos pais para além da obrigação alimentar e exigir sanções ao seu exercício, quando considerado inadequado⁹⁰.

Em sentido oposto, temos igualmente vários autores que defendem não haver qualquer antijuridicidade no inadimplemento do dever de afecto, porquanto, sendo o afecto algo de foro íntimo, na percepção desses autores, torna-se impossível ao Direito impor a

⁸⁸ SILVA, Danielle Caroline Campelo *Op Cit*, Pág. 94.

⁸⁹ *Ibidem*, pág. 98.

⁹⁰ SILVA, Danielle Caroline Campelo *Op Cit*, Pág. 98.

coercibilidade do mesmo, por conseguinte, não há lugar a responsabilidade civil por violação do dever de afecto, dentre eles destacam-se os professores Ana Carolina Brochado Teixeira, Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior.

Ana Carolina Brochado Teixeira entende que a “*falta de afeto, o abandono afetivo, o desamor, não são condutas antijurídicas que mereçam reparação ou sanção, pois o Direito apenas consegue alcançar condutas externas e objetivas. Se há desamor entre cônjuges, companheiros, pais e filhos, etc., tal conduta só merece reprimenda moral*”⁹¹. Avança referindo que é inquestionável que a ausência de afecto está revertida de censura social, pois, em grande parte das sociedades espera-se que os pais dispensem afecto pelos filhos, tendo grande reprovação social quando isto não ocorre.

Na mesma esteira, Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior, questionam qual seria o comando imposto na norma legal pelo incumprimento desse dever [...] seria a de amar o filho? O dever jurídico imposto consistiria em demonstrar amor? Respondendo a essas questões entendem que a ausência de afecto é uma conduta de reprovação social, pois, há violação de um valor moral, porém, não ilícito juridicamente, pois não existe violação de um dever jurídico, e sim, de um dever moral que não pode ser tutelado pela ordem jurídica, revelando-se suficiente a ordem moral. Nas suas palavras:

Quando, a partir dos deveres impostos pela autoridade parental, admite-se que, entre as responsabilidades do pai está a de amar e demonstrar afeto em relação ao filho, se trilha caminho que não deve ser percorrido pelo Direito, por se tratar de questão intimamente relacionada a sentimentos profundos que permeiam a convivência entre pais e filhos⁹².

Embora haja divergência a nível doutrinal sobre a responsabilidade civil dos progenitores por abandono afectivo ou violação do dever de afecto, é evidente que o incumprimento do dever de afecto, o cumprimento defeituoso e o abandono afectivo pode gerar danos na esfera jurídica dos filhos surgindo neste momento a obrigação de indemnizar o dano em causa.

Portanto, é necessário ressaltar que o escopo por detrás da indemnização não é de substituir através da fixação de um *quantum* pelo poder judicial o afecto e os cuidados de que o filho foi privado pelo progenitor ao se eximir das suas responsabilidades parentais, mas sim, de

⁹¹ *Idem*, pág. 90.

⁹² *Idem*

amenizar o sofrimento sofrido por ele. Concomitantemente, não se está a transformar as relações jurídico-familiares, por naturezas afectivas e não patrimoniais, em relações de cunho económico, ou seja, patrimoniais. Todavia, a responsabilidade civil dos progenitores não tem lugar somente em circunstâncias que ocorra algum facto excludente de culpa que seria, neste caso, o desconhecimento da condição de progenitor e a verificação da alienação parental⁹³.

3.3. Análise da questão a nível da jurisprudência

Os tribunais estrangeiros, no seu ofício de interpretação e aplicação da lei, no interesse dos cidadãos, têm seguido soluções diferentes na resolução dessa questão. Separou-se alguns casos julgados interessantes sobre a abordagem dos tribunais superiores em casos de acções indemnizatórias interpostas contra os progenitores, por conta do abandono afectivo:

O Superior Tribunal de Justiça do Brasil instado a se pronunciar sobre a responsabilidade civil e a consequente indemnização por abandono afectivo que deriva da omissão culposa dos deveres de afecto paterno-filiais proferiu um acórdão considerado a nível doutrinal como sendo didáctico e inovador, admitindo pela primeira vez a responsabilidade civil dos progenitores por abandono afectivo. Argumentou fundamentando a sua decisão que o dever de amar constitui *ex velo* uma faculdade, entretanto, a omissão do dever biológico e jurídico de cuidado configura uma ilicitude e culpa do agente, pelo que justifica o sancionamento. Ressalta ainda que não se está a sancionar a falta de amor, mas a inobservância do dever de cuidado e a negligência da conduta do progenitor sancionado (Acórdão do Superior Tribunal de Justiça do Brasil no Recurso Especial 1. 159. 242/Sp, de 24 de Abril de 2012, relatado pela Ministra Nancy Andrighi).

Recentemente, mais uma decisão foi proferida por àquele tribunal num outro processo, que esclarece as possíveis zonas de penumbra que haviam subsistindo, relativamente a susceptibilidade de a pensão alimentícia e a perda do exercício do poder familiar afastar a obrigação de indemnizar. Entendeu o STJ que:

A possibilidade de os pais serem condenados a reparar os danos morais causados pelo abandono afetivo do filho, ainda que em carácter excepcional, decorre do fato de essa espécie de condenação não ser afastada pela obrigação de prestar alimentos e nem tampouco pela perda do poder familiar, na medida em que essa reparação possui

⁹³ FIALHO, Ana Catarina Janeiro (2014) *Da Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo*, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, pág. 44-45.

fundamento jurídico próprio, bem como causa específica e autônoma, que é o descumprimento, pelos pais, do dever jurídico de exercer a parentalidade de maneira responsável. Para que seja admissível a condenação a reparar danos em virtude do abandono afetivo, é imprescindível a adequada demonstração dos pressupostos da responsabilização civil, a saber, a conduta dos pais (ações ou omissões relevantes e que representem violação ao dever de cuidado), a existência do dano (demonstrada por elementos de prova que bem demonstrem a presença de prejuízo material ou moral) e o nexo de causalidade (que das ações ou omissões decorra diretamente a existência do fato danoso), (REsp 1698728/Ms, Rel. Ministra Nancy Andriahi, Terceira Turma, julgado em 21/09/2021, DJe 23/09/2021).

Nestes termos, embora haja actualmente alguns autores que negam a responsabilidade civil dos progenitores por entender que se estaria a atribuir valor jurídico e económico aos sentimentos, as decisões do Superior Tribunal de Justiça do Brasil, provam que não se trata de caminhos que não devam ser trilhados pelo Direito.

CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES

a) Conclusões

Chegados a este momento, algumas notas conclusivas sobre a nossa pesquisa se mostram possíveis de fazer.

No exercício do poder parental os progenitores encontram-se vinculados a deveres específicos de cuidado, criação e convívio que constituem corolários do dever de afecto, este vínculo obrigacional deriva do império da Constituição e da lei, pelo que a inobservância deste dever por parte dos progenitores constitui uma ilicitude susceptível de produzir dano.

Analisados os institutos da responsabilidade civil e o abandono afectivo, outrossim, o dever de afecto ao abrigo do Código Civil, da Lei da Família e demais legislação em vigor no ordenamento jurídico moçambicano, concluímos haver fundamento jurídico para impor responsabilidades legais decorrente do inadimplemento do dever de afecto, pois trata-se de um verdadeiro dever jurídico.

Vimos que o exercício do poder parental, apesar de ser titulado pelos progenitores, é feito no superior interesse da criança, pelo que constitui para àqueles uma obrigação e não uma faculdade. Consequentemente, os poderes-deveres de cuidado, criação, convivência e afecto incidem sobre eles tendo como escopo a construção da personalidade sadia dos filhos.

Assim, o exercício irresponsável ou simplesmente o não exercício dos poderes parentais, configurando abandono afectivo, viola o dever jurídico de afecto, qualificando-se a conduta omissiva do progenitor como acto ilícito e que produz danos na esfera jurídica dos filhos. E em decorrência dessa conduta e do dano provocado pela mesma, tornam-se os progenitores civilmente responsabilizados por inadimplemento do dever de afecto.

Da análise das diversas posições doutrinárias e jurisprudenciais, outrossim, dos instrumentos jurídicos vigentes no ordenamento jurídico moçambicano, concluímos que sim, torna-se possível responsabilizar os progenitores por inadimplemento do dever de afecto: abandono afectivo, conquanto não exista nenhuma acção interposta em tribunais nacionais. A responsabilidade civil dos progenitores surge em contraposição ao seu poder parental, salientando o carácter obrigacional do seu conteúdo.

b) Recomendações

Em resultado das conclusões acima apresentadas, solicitamos que o legislador moçambicano no âmbito do poder que a Constituição da República lhe atribui, trate da questão do dever de afecto e abandono afectivo com o devido respeito que a matéria exige, consagrando, deste modo, medidas de prevenção de violação dos direitos de personalidade dos filhos abandonados e medidas coercitivas com vista a garantir a verificação do vínculo afectivo nas relações paterno-filiais, contribuindo positivamente para o crescimento e desenvolvimento normal da criança.

Igualmente solicitamos, que crie um quadro legal que trate especificamente da responsabilidade civil por violação dos direitos e obrigações que integram o poder parental, concretamente a questão do abandono afectivo, cuidando de consagrar para além dos pressupostos gerais da responsabilidade civil, os requisitos considerados essenciais para que haja responsabilidade civil por abandono afectivo e as causas que obstam há sua verificação. Recomenda-se que o quadro legal não constitua um avanço apenas em termos substantivos, mas outrossim, que constitua um avanço ou resposta em sentido adjectivo.

À semelhança do que ocorre noutros ordenamentos jurídicos deve o legislador moçambicano criar os mecanismos de tutela efectiva do cumprimento do poder parental, pois assim se acautela preventivamente os danos provocados pelo abandono afectivo e o crescimento sadio das crianças.

Finalmente, solicitamos aos progenitores e a sociedade em geral a tomar em consideração a importância do afecto nas relações jurídico-familiares (especificamente nas paterno-filiais) com vista a protecção da personalidade psíquica das crianças.

Referências bibliográficas

1. Obras de referência

- AZEVEDO, Álvaro Villaça, (2019) *Curso de Direito Civil: Direito da Família*, Vol. 6, 2ª edição, Editora Educação, São Paulo.
- COELHO, Fábio Ulhoa (2012) *Direito Civil: Família e Sucessões*, Vol. 5, 5ª edição, revista e actualizada, Editora Saraiva, São Paulo.
- FERNANDES, Luís A. Carvalho (2009) *Teoria Geral do Direito Civil*, 5ª edição revista e actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa.
- LEITAO, Luís Manuel Teles Menezes, (2009) *Direito das Obrigações*, vol. I, 8ª edição, Livraria Almedina, Lisboa.
- MADALENO, Roldf (2018) *Direito da Família*, 8ª edição, rev., actual., e ampl., Editora Forense, Rio de Janeiro.
- NEVES, José Moreira das & MARTINS, Norberto (2007) *Direito da Família e dos Menores*, INA Editora.
- PINHEIRO, Jorge Duarte (2008) *Direito da Família Contemporâneo*, 2ª edição, reimpressão, AAFDL Editora, Lisboa.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota (2005) *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição, Coimbra Editora.
- TARTUCE, Flávio (2020) *Manual de Direito Civil*, 10ª edição, revista, actualizada e ampliada, Editora Método, São Paulo.
- SILVA, Danielle Caroline Campelo (2019) *Direito e afetividade: uma análise do abandono afetivo após o julgamento do REsp 1.159-242/SP* [recurso eletrônico], Fi Editora, Porto Alegre.
- VARELA, Antunes (1994) *Das Obrigações*, Vol. II, Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade Nova De Lisboa.
- VENOSA, Sílvio de Salvo (2017) *Direito Civil: Família*, Vol. 5, 17ª edição, Editora Atlas, LTD.
- VENOSA, Sílvio de Salvo (2008) *Direito de Família*, Vol. 6, 8ª edição, Atlas Editora, São Paulo.

2. Legislação

- Decreto-Lei n° 47344, de 25 de Novembro de 1966 que aprova o Código Civil vigente Moçambique.
- Lei n° 22/2019 de 11 de Dezembro, Lei da família.

- Lei nº 24/2019, de 24 de Dezembro, Código Penal.
- Lei nº 8/2008, de 15 de Julho, Lei da Organização Tutelar de Menores.
- Resolução nº 19/90 do Conselho de Ministros.
- Resolução nº 20/98 do Conselho de Ministros.

3. Jurisprudência

- Acórdão do Superior Tribunal de Justiça do Brasil no Recurso Especial 1. 159. 242/Sp, de 24 de Abril de 2012.
- Processo nº 318/13, Regulação do Exercício do Poder Parental, Nampula, 2014.
- REsp 1698728/Ms, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21/09/2021, DJe 23/09/2021.

4. Periódicos

- BARBOSA, Emanuele Gondim et. al, Abandono Afetivo e Responsabilidade Civil dos Genitores, Artigo apresentado à Instituição de Ensino Superior Universidade Potiguar da rede Ânima Educação, disponível: <https://repositorio.animseducacao.com.br>, 2023.
- CARDIN, Valéria Silva Galdino & FROSI, Vitor Eduardo, O Afeto como Valor Jurídico, Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Disponível em: www.cielo.com.br, acesso aos 05 de Janeiro de 2014.
- Celso Antônio Bandeira de Mello *apud* CARDIN, Valéria Silva Galdino & FROSI, Vitor Eduardo. O afeto como Valor Jurídico, Junho de 2010. Disponível em: www.googleacedmico.com, visitado a 13 de Janeiro de 2024.
- JÚNIOR, Hélio Cardoso de Miranda & MARCOS, Cristina Moreira *A noção de afeto no direito de família: diálogo com a psicopatologia e a psicanálise*, *Rev. Latinoam. Psicopat. Fund.*, São Paulo, 25(3), 510-532, set. 2022. Disponível em: <http://dx.org/10.1590/1415-4714.2022v25n3p510.2>, visitado a 3 de Janeiro de 2024.
- Maria Berenice Dias *apud* SILVA, Heleno Florindo da Silva & FABRIZ, Daury César. A Família e o Afeto: O Dever Fundamental dos Pais em dar Afeto aos Filhos como Mecanismo de Proteção da Dignidade Humana, Abril de 2014. Disponível em: www.derechocambiosocial.com, visitado a 13 de Janeiro de 2024.
- MEDINA, Valeria Julião Silva & VIEIRA, Diego Fernandes, Abandono Afetivo e os Direitos de Personalidade: uma Leitura em Face da Necessidade Probatória dos Danos

e o Dever de Convivência Familiar, *in Revista Brasileira de Direito Civil Belo Horizonte*. V. 31, n 3, ano Julho/Setembro de 2022;

- MENDES, Josimar Antônio de Alcântara, *et al.* Abandono Afetivo Parental: uma (re)visão crítica, narrativasistemática da literatura psico-jurídica em português// parental ‘affective abandonment’: a critical, narrativesystema, Setembro 2021. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.7213/psicolargum39.105.AO13>, visitado no dia 5 de Dezembro 2022.
- SANTOS, Isabelle Climaco dos & REIS, Rosane de Deus Santana dos, *O Dano Decorrente Da Responsabilidade Civil Por Abandono Afetivo Paterno*, Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação- REASE, São Paulo, v.9.n.10. out. 2023. ISSN - 2675 – 3375.

5. Diversos

- ALMEIDA, Joana Cristina Coelho dos Santos, *O Exercício das Responsabilidades Parentais por Terceiros e a Relevância da Afectividade no seu Contexto*, dissertação, na Especialidade em Ciências Jurídico-Forenses, apresentada à Faculdade de Direito de Lisboa da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019.
- BEZERRA, Maria Eunice Corrêa, *Aplicação da Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo*, Monografia apresentada à Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017.
- CARNEIRO, Larissa Alves, *Responsabilidade Civil: Abandono Afetivo Parental e a Monetização do Afeto*, Trabalho de Conclusão de Curso, Centro de Ciências Jurídicas, apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2022.
- FEVEREIRO, Andreia Filipa Vicente, *A Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais em Caso de Divórcio*, Dissertação de Mestrado, na especialidade em ciências jurídico-processuais, apresentada no Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2014.
- FIALHO, Ana Catarina Janeiro, *Da Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo*, Dissertação apresentada a Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2014.
- FIGUEIREDO, Elizabeth Federal, *Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo*, Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2013.

- GONÇALVES, Bárbara Filipa Baptista, *O Exercício das Responsabilidades Parentais*, Dissertação, na área de especialização em Ciências Jurídico-Civilistas, Menção em Direito Civil, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Coimbra, 2014.
- VIEIRA, Isadora de Oliveira Santos, *Abandono Afetivo: Formas de Prevenção aos Danos Causados aos Filhos pela Omissão Parental*, Dissertação de Mestrado, apresentada à Universidade Federal de Viçosa, no Programa de Pós-Graduação em Economia Doméstica, Minas Gerais, 2020.
- PINHEIRO, Juliana Meneses, *Responsabilidade Civil Pelo Abandono Afetivo*, Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à Universidade São Judas Tadeu e orientado pelo professor Aarão Miranda Da Silva, São Paulo, 2022.