

**UNIVERSIDADE ANHANGUERA-UNIDERP E REDE DE ENSINO LUIZ FLÁVIO  
GOMES**

**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* VIRTUAL EM DIREITO CIVIL**

**ANA CAROLINA RICARDO DA SILVEIRA**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO PARENTAL**

**BRASÍLIA/DF - 2014**

**UNIVERSIDADE ANHANGUERA-UNIDERP E REDE DE ENSINO LUIZ FLÁVIO  
GOMES**

**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* VIRTUAL EM DIREITO CIVIL**

**ANA CAROLINA RICARDO DA SILVEIRA**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO PARENTAL**

Monografia apresentada como exigência parcial para a conclusão do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* Virtual em Direito Civil, sob orientação do Prof. Ms. José Carlos de Carvalho Filho.

**BRASÍLIA/DF – 2014**

## RESUMO

A família, núcleo fundamental da sociedade, deve cumprir sua função social. A socialidade resulta da mudança axiológica promovida com a Constituição Federal de 1.988, mormente a partir da consagração do princípio basilar da dignidade da pessoa humana. Abandonou-se a ideia de que a família visava, primordialmente, a proteção ao patrimônio de seus membros, para uma perspectiva mais humanitária. Dessa forma, a finalidade dessa instituição é propiciar meios para o desenvolvimento saudável da personalidade de seus integrantes. A parentalidade deve ser desenvolvida de forma responsável, com o cumprimento dos deveres de assistência material e moral à prole. Nisso consiste a afetividade em sua concepção juridicizada, ou seja, no respeito às obrigações consistentes em cuidado, criação, educação e convívio, imputáveis aos genitores. As relações familiaristas hodiernas são pautadas na afetividade, princípio constitucional implícito que não significa apenas o sentimento que serve de base para o reconhecimento do parentesco. Nesse contexto, procurou-se desenvolver o tema da responsabilidade civil por abandono afetivo parental, que se revela controverso na doutrina e na jurisprudência pátrias. É complexa a interferência estatal em seara social tão delicada e sensível. Porém, não se pode descuidar dos graves e indelévels danos extrapatrimoniais decorrentes do abandono socioafetivo, a reclamar tutela jurisdicional. Esse instituto tem escopo educativo e preventivo, em primeiro plano, mas sem deixar também de reparar a vítima e punir o agente causador do dano.

**Palavras-chave:** Função social da família. Afetividade. Responsabilidade civil. Dano moral.

## ABSTRACT

Family, the fundamental unit of society, must fulfill its social function. The sociality results from an axiological change promoted by Federal Constitution of 1988, mainly from the consecration of the basic principle of human dignity. Abandoned the idea that the family was intended primarily to protect the patrimony of its members, for a more humanitarian perspective. Therefore, the purpose of this institution is to provide means for the healthy development of the personality of its members. Parenthood should be developed responsibly, with the fulfillment of the duties of material and moral assistance to offspring. This means affectionateness judicially, in other words, respect to obligations of care, upbringing, education and socialization, attributable to the parents. The family today's relationships are based on affectionateness, an implicit constitutional principle that does not just mean the feeling that underpins the recognition of kinship. In this context, we sought to develop the theme of civil responsibility for affective abandon due to parents, that is controversial in doctrine and jurisprudence. It's complex the state interference in this social unit so delicate and sensitive. However, it's important to look at the serious and indelible damage arising from the affective abandonment, claiming for judicial protection. This institute has educational and preventive scope, in the foreground, but also help noticing the victim and punish the agent causing the damage.

**Keywords:** Social function of the family. Affectionateness. Civil responsibility. Moral damages.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	6
1. Princípios protetivos previstos na Constituição Federal de 1.988 .....	8
1.1. Princípio da dignidade da pessoa humana .....	9
1.2. Princípio da igualdade .....	10
1.3. Princípio da parentalidade responsável .....	10
1.4. Princípio da função social da família .....	11
1.5. Princípio da afetividade .....	12
2. Responsabilidade civil por abandono afetivo parental .....	14
2.1. A responsabilidade civil no Direito de Família .....	14
2.2. O dano moral decorrente do abandono afetivo parental .....	16
2.3. Pressupostos da responsabilidade civil por abandono afetivo .....	18
3. Análise jurisprudencial .....	23
CONCLUSÃO.....	26
REFERÊNCIAS.....	28
Termo de isenção de responsabilidade.....	30

## INTRODUÇÃO

Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores (art. 229 da Constituição Federal). No contexto das famílias contemporâneas, os deveres dos genitores não se limitam a aspectos materiais, mas vão além. Também lhes incumbe atuar no sentido de propiciar a formação de uma personalidade saudável, promovendo uma vida digna à prole, quanto aos aspectos patrimonial e psíquico.

Superou-se a antiga ideia de que o núcleo familiar visava a preservação do patrimônio dos que a constituíam. A partir dos valores expressos na Constituição Federal de 1988, mormente a dignidade da pessoa humana, foi necessária uma releitura dos institutos de Direito Civil, tendo em vista que imperava uma nova perspectiva axiológica muito mais voltada para a pessoa humana.

A Carta Magna determina a especial proteção da família, base da sociedade. Neste trabalho, partiu-se da premissa de que o princípio da afetividade é implícito no texto constitucional, pois se revela como corolário da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da convivência familiar e da paternidade responsável.

No entanto, ainda pairam dúvidas acerca do conteúdo jurídico da afetividade e da sua carga de coerção. Alguns doutrinadores apregoam que são meras diretrizes valorativas, enquanto outros defendem que se revelam como direito-dever no Direito de Família constitucionalizado.

Como não há unanimidade no reconhecimento da afetividade como valor jurídico a ser protegido em caso de violação, ainda se revela controversa a questão acerca do cabimento do instituto da responsabilidade civil no caso de abandono afetivo parental. Da mesma forma, também não é pacífica a reparação de danos no âmbito do Direito de Família, tendo em vista o delicado contexto dessas relações, que dificulta a atuação do Poder Judiciário, muitas vezes cauteloso na intervenção em searas tão sensíveis.

O objetivo do trabalho, portanto, é perquirir se há deveres, decorrentes da afetividade, passíveis de configurar atos ilícitos, em caso de descumprimento voluntário e reiterado, com lastro nas cláusulas gerais de responsabilização civil.

A importância do tema se revela nos casos em que a conduta de um genitor negligente ou omissivo gera traumas indeléveis na prole, causando graves danos sócio-psíquicos em sua personalidade. Desde já, importante enfatizar a

excepcionalidade da medida, que deve incidir em hipóteses nas quais um **efetivo abandono** dá causa a resultados lesivos de ordem moral.

Ordenado o foco, procurou-se, primeiro, analisar propedeuticamente os fundamentos constitucionais do instituto da responsabilidade civil por abandono afetivo parental para, após, abordar o tema e os pressupostos para o seu reconhecimento. Pretende-se, também, elencar alguns dos importantes argumentos da corrente contrária à aplicação do referido instituto. Por fim, breve análise acerca do importante julgado da Ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça, inaugurando a divergência nessa Corte e reconhecendo o direito de uma filha contra o pai que a abandonou.

## 1. PRINCÍPIOS PROTETIVOS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1.988

Na abordagem do tema referente à responsabilização civil por abandono afetivo parental, é necessária uma análise introdutória acerca dos princípios constitucionais que regem a matéria, tendo em vista que a Carta Magna é o fundamento mais importante para os conflitos jurídicos, inclusive na seara familiarista.

Com o movimento de constitucionalização do Direito Civil e, por consequência, do Direito de Família – consagrado com a Carta Política de 1988 –, passou-se a considerar os valores, princípios e normas insertas na Constituição como vetores de interpretação, aplicação e integração dos institutos de Direito Civil. Afinal, esse é o documento que consagra os valores mais importantes para a sociedade.

Criou-se uma “relação de dependência entre ramos que pareciam ser inconciliáveis” (KAROW, 2012, p. 67). Nas palavras da autora:

É necessário observar quais os novos valores constitucionais, pois estes irão determinar as escolhas legislativas e interpretativas no que dizem respeito à adequação da norma ao caso concreto, mormente se consideradas as novas técnicas legislativas que dão flexibilidade à norma. (2012, p. 65)

Com efeito, o Direito Civil passou a operar com técnicas legislativas diferentes, como a cláusula geral, que propiciam a maleabilidade necessária ao ordenamento jurídico, de forma que é possível aplicar os institutos conforme a dinâmica social (KAROW, 2012, p. 291).

Nesse contexto, os dispositivos constitucionais não são mais tratados como meras elucubrações teóricas desprovidas de aplicação prática. Ao contrário, são normas cogentes que têm aplicabilidade. Conforme o relato de FARIAS e ROSENVALD:

Entrementes, não se pode ignorar o histórico desprezo dos intérpretes e aplicadores do Direito (particularmente do direito privado) à norma constitucional, fruto de uma neutralidade das Cartas Constitucionais que antecederam a de 1988 e do positivismo jurídico que tanto influenciou o nosso sistema. Assim, releva realçar a necessidade de *efetivação da norma constitucional*. Ou seja, a premente urgência de emprestar concretude à Constituição Federal, impedindo que caia no vazio abstrato ideológico. (2010, p. 31)

Atente-se, nessa perspectiva constitucional, para a mudança axiológica no trato do Direito Civil, que passou a proteger os interesses da pessoa humana. Esse

caráter mais humanitário e solidarista foi o contraponto à anterior premissa patrimonialista e individualista privilegiada no revogado Código Civil de 1916, influenciado, por sua vez, pelo Código Napoleônico de 1804. Historicamente, tem-se que esse Código Civil francês tinha por escopo e valor máximo a proteção ao patrimônio da burguesia, que ascendia ao poder após a Revolução Francesa.

Expressando os valores dessa época, o Código Civil de 1916 normatizava a família como uma unidade produtiva e reprodutiva. A quebra desses paradigmas, com Carta Magna de 1.988, trata das relações familiaristas a partir de valores sociais e humanizadores, especialmente a dignidade humana, a solidariedade social e a igualdade substancial (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 38).

O art. 226, *caput*, da Constituição Federal, ao estabelecer que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, reconhece a importância do organismo familiar para a formação e a manutenção da sociedade. Na perspectiva intrínseca dessa unidade social, as pessoas que a compõem têm deveres e responsabilidades recíprocas, visando o bem comum. Daí a especial proteção às famílias, que passaram a ser meio de realização da dignidade e das potencialidades de seus membros (GAMA, 2009). A tutela das entidades familiaristas reflete no desenvolvimento da sociedade e do Estado.

“A proteção ao núcleo familiar tem como ponto de partida e de chegada a tutela da própria pessoa humana” (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 21/22). A família passa a ser funcionalizada no sentido de propiciar, eticamente, o desenvolvimento da personalidade de cada um. E, a partir da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, passou a guardar as seguintes características: pluralizada, democrática, igualitária substancialmente, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, e caráter instrumental (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 23).

A seguir, elencam-se os principais princípios constitucionais protetivos da criança e do adolescente, que devem refletir na abordagem do tema relativo à reparação de danos por abandono afetivo.

### **1.1. Princípio da dignidade da pessoa humana**

Com a constitucionalização do Direito Civil, a proteção ao patrimônio cedeu lugar à valorização da pessoa em primeiro plano. Dessa forma, os institutos de Direito Privado devem ser revistos a partir do valor maior da dignidade da pessoa humana.

Esse princípio, inserto no inciso III do art. 1º da Constituição Federal, é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

O âmbito da família, por sua vez, passou a ser visto como instrumento para a promoção de uma vida digna.

Do princípio da dignidade da pessoa humana decorreram a despatrimonialização e a repersonalização das relações de família, substituindo-se a ênfase no tratamento das relações patrimoniais entre cônjuges, companheiros e parentes pela valorização de aspectos existenciais, procurando-se garantir, acima de tudo, os direitos da personalidade de cada membro do grupamento familiar. A dignidade da pessoa humana, alçada ao topo da pirâmide normativa do ordenamento jurídico brasileiro, encontra na família o solo apropriado para seu enraizamento e desenvolvimento, o que justifica a ordem constitucional no sentido de que o Estado dê especial e efetiva proteção às famílias, independentemente de sua espécie. Busca-se desenvolver o que é mais relevante entre os familiares: o projeto familiar fulcrado no afeto, solidariedade, confiança, respeito, colaboração, união, de modo a propiciar o pleno e melhor desenvolvimento da pessoa de cada integrante inclusive sob o prisma dos valores morais, éticos e sociais. (GAMA, 2009)

## **1.2. Princípio da igualdade**

A Constituição Federal consagrou esse princípio no art. 5º e, especificamente no âmbito das relações familiaristas, no art. 226, § 5º, segundo o qual “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Quanto aos filhos, da mesma forma, é vedada qualquer discriminação entre eles, como, por exemplo, entre aqueles havidos do casamento ou de origem biológica. É o que prevê o § 6º do art. 227 da Carta Magna: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Correto apregoar que os filhos têm idêntica proteção, seja patrimonial ou moral. Garante-se, destarte, igualdade substancial entre os membros da família. É inconstitucional qualquer dispositivo legal que discipline de forma discriminatória a prole ou os pais.

## **1.3. Princípio da parentalidade responsável**

Esse princípio está previsto no art. 226, § 7º, da Constituição Federal, segundo o qual, *in litteris*:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

O princípio da paternidade responsável tem duas conotações. A primeira remete à ideia de cumprimento dos deveres parentais, enquanto que a segunda refere-se ao planejamento familiar. No âmbito da primeira perspectiva, tem-se que os pais devem prestar assistência material e moral aos filhos.

Na lição de Rolf Madaleno (*online*):

Não é nada incomum deparar com casais apartados, usando os filhos como moeda de troca, agindo na contramão de sua função parental e pouco se importando com os nefastos efeitos de suas ausências; suas omissões e propositadas inadimplências dos seus deveres. Terminam os filhos experimentando vivências de abandono, mutilações psíquicas e emocionais causadas pela rejeição de um dos pais, refletindo na auto-estima e o amor próprio do filho enjeitado pela incompreensão dos pais.

#### **1.4. Princípio da função social da família**

O princípio da socialidade está previsto na Constituição Federal e no Código Civil em vigor, sendo corolário de todas essas transformações e princípios. Atualmente, acima de uma realidade formal, a família deve cumprir uma função social, permitindo a plena realização moral e material de seus membros, em prol de toda a sociedade, não podendo mais ser vista como um fim em si mesma (GAMA, 2009).

A finalidade dos institutos deve ser buscada na Constituição Federal, mormente nas seguintes previsões: dignidade da pessoa humana, igualdade, solidariedade, paternidade responsável, pluralidade das entidades familiares, dever de convivência, proteção integral da criança e adolescente (GAMA, 2009).

Rolf Madaleno (*online*) esclarece o seguinte:

Os tempos remodelaram a estrutura familiar e nos dias de hoje, não existe mais espaço para modelos que outorguem ao pai a livre decisão de se ausentar como genitor, porquanto a família tem como essência e razão de existência a sua comunhão espiritual, onde mulher e homem trabalham em igualdade de direitos, princípios, valores e oportunidades, em uma atmosfera que visa o crescimento e a fortificação da unidade familiar.

Argumenta, outrossim, Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

Lembre-se, em tempo, que a dignidade da pessoa humana não deve ser vista apenas sob o prisma da proteção do indivíduo, sob pena de resultar

num individualismo extremo. O ser humano, enquanto ser social, deve ser visto em seu aspecto individual, mas também em seu aspecto social, sendo a família o primeiro e privilegiado núcleo de integração social. Como ressalta Sergio Gischkow:

Uma família que experimente a convivência do afeto, da liberdade, da veracidade, da responsabilidade mútua, haverá de gerar um grupo familiar não fechado egoisticamente em si mesmo, mas sim voltado para as angústias e problemas de toda a coletividade, passo relevante à correção das injustiças sociais.

A renovação saudável dos vínculos familiares, estruturados na afeição concreta e na comunicação não opressiva, produzirá número muito menor de situações psicopatológicas, originadas de ligações inadequadas, quer pela dominação prepotente, quer pela permissividade irresponsável.

Assim, impõe-se, atualmente, um novo tratamento jurídico da família, tratamento esse que atenda aos anseios constitucionais sobre a comunidade familiar, a qual deve ser protegida na medida em que atenda à sua função social, ou seja, na medida em que seja capaz de proporcionar um lugar privilegiado para a boa vivência e dignificação de seus membros. (GAMA, 2009)

O autor supramencionado prossegue, ainda, definindo o alcance desse princípio:

A evolução do Direito de Família é verificada como reflexo da própria evolução da sociedade, revelando-se claro o redirecionamento das relações familiares no sentido de preservar o que há de mais importante nas famílias: o sentimento afetivo, a solidariedade, a proteção mútua, o respeito, a consideração. O projeto familiar se vincula indissolúvelmente à noção de função social da família, e quanto melhor ele for observado à luz dos valores e princípios constitucionais, efetivamente ter-se-á o cumprimento da função social com todos os consectários daí decorrentes. Ao revés, o não-cumprimento da função social da família ensejará o reconhecimento de determinados efeitos jurídicos de índole negativa entre os familiares. Assim, a família é representada por essa comunidade particularmente própria à realização pessoal dos seus integrantes, promovendo-lhes o desenvolvimento de suas personalidades e melhores potencialidades, em estrita consonância com o valor da dignidade da pessoa humana na dimensão social. (GAMA, 2009)

Cumpre, em remate, transcrever os ensinamentos de Giselda Hironaka (2006):

[...] O dever de indenizar decorrente do abandono afetivo encontra, por isso, os seus elementos constitutivos na funcionalização das entidades familiares, que devem tender à realização da personalidade de seus membros, com especial destaque para a pessoa do filho. [...]

### **1.5. Princípio da afetividade**

Conforme exposto alhures, a atual conceituação de família nos remete à ideia de núcleo para o desenvolvimento da personalidade dos seus membros. Abandonou-se a concepção de que se cuidava de uma unidade reprodutiva e de proteção ao patrimônio.

Nesse contexto, a afetividade revela-se como o fundamento e a finalidade das entidades familiares. Esse elemento “será o *animus* da família, assim considerado como elemento que, não somente integra, mas, serve de prova da existência de uma entidade familiar” (OLIVEIRA, 2010, p. 55).

Há quem distinga afeto de afetividade, nos seguintes termos: “a afetividade é a dinâmica das relações afetivas, é a constante transição dos sentimentos humanos entre os mundos interno e externo; afeto é sentimento” (ANDRADE, 2010, p. 73). Assim, é possível o cumprimento dos deveres decorrentes da afetividade sem que haja, necessariamente, o afeto entre os membros da família.

Não é princípio expreso da Constituição Federal. No entanto, conforme bem aponta Paulo Luiz Netto Lôbo, a afetividade está implícita no rol constitucional, na medida em que “especializa os princípios da dignidade, solidariedade e da convivência familiar” (*apud* OLIVEIRA, 2010, p. 51). O fundamento está nos arts. 226, § 4º, e 227, §§ 5º e 6º, da Carta Magna.

Interessantes as palavras de Catarina Almeida de Oliveira, para explicar a afetividade em sua concepção juridicizada:

“Adaptando a lição de Ihering, com relação à posse, para a família, podemos dizer que a afetividade, enquanto seu *animus*, estaria vinculado, intrinsecamente, ao *corpus*, consistindo, conjuntamente, na relação entre pessoas que se apresentem, socialmente, como família. Assim é o agir com afeto que cria laços familiares.

Desta forma, ao ostentar de forma estável, condutas tipicamente familiares (convívio, assistência material, psicológica, proteção, atenção, comprometimento, interesse, etc.), estará se apresentando, de maneira objetiva, o afeto, o que faz presumir a presença do sentimento de afeto que, normalmente, motiva tais condutas, mas que inexistindo, não as exclui.” (2010, p. 58/59)

Conclui-se que “a afetividade constitui um *código forte* no Direito Contemporâneo, gerando alterações profundas na forma de se pensar a família brasileira” (TARTUCE, 2012).

## 2. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO PARENTAL

### 2.1. A responsabilidade civil no Direito de Família

A nova concepção de família funcionalizada, que serve para o desenvolvimento da personalidade em um ambiente que deve preservar a afetividade e a dignidade da pessoa humana, impõe direitos e deveres para seus membros.

O contexto das famílias é seara delicada e sensível, por isso ainda se revela controvertida a interferência estatal por intermédio do instituto da responsabilidade civil nesse âmbito social, em se tratando de danos morais ou mesmo de danos materiais. Porém, nessas relações intersubjetivas também é possível haver atos ilícitos capazes de gerar esses danos.

Pondera Albuquerque Júnior a excepcionalidade da medida, mormente em se tratando de direitos de caráter personalíssimo:

Por tal razão, cabe ao intérprete a consciência de que a reparação de dano é fenômeno alheio à estrutura das relações de família e deve ser aplicada sempre com moderação. Apenas quando a lesão à personalidade não puder ser reparada por outra via é que deve a condenação em pecúnia ser utilizada, evitando-se a patrimonialização da relação familiar. Perceba-se que em outras áreas da responsabilidade civil, como a contratual, a reparação de dano ocorre de forma mais natural, já que a indenização está ligada à frustração de um interesse também patrimonial.

O ordenamento jurídico tem à sua disposição, como instrumento de proteção desses direitos, a reparação por danos materiais ou morais. Esse mecanismo permite, inclusive, uma tutela preventiva à vítima, na medida em que também coíbe condutas antijurídicas. A propósito:

O primeiro desafio de uma teoria contemporânea da responsabilidade civil que se possa prestar a fundamentar a responsabilidade familiar, é, exatamente, efetuar a mudança de eixo norteador do sistema de reparação de danos. Por esta razão a doutrina mais atual tem propugnado a necessidade de fundamentar primordialmente a responsabilidade não na punição do agente violador, mas sim na proteção da vítima. (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2010, p. 415)

Há quem defenda a necessidade de mecanismos próprios para a responsabilidade civil familiar, dadas as suas peculiaridades. Não há leis específicas regendo a matéria. Porém, os institutos hoje positivados no ordenamento jurídico possibilitam a tutela desses direitos existenciais.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald admitem que as regras da responsabilidade civil se aplicam a todos os domínios da Ciência jurídica, inclusive nas relações familiaristas. No entanto, os autores explanam acerca da grande dúvida que existe, nessa área, acerca do alcance da ilicitude, ou seja, o que pode caracterizar ato ilícito indenizável. Para eles, é necessária uma interpretação restritiva, no sentido de caracterizar inarredavelmente os requisitos dos arts. 186 e 187 do Código Civil, sob pena de desvirtuar a natureza peculiar dessas relações existenciais. Não admitem, de outra parte, a reparação de danos nos casos de simples violação de deveres familiares, como a cessação da vida em comum, no domicílio conjugal, prevista no art. 1.566 do Código Civil (2010, p. 87-90). Acrescentam, ainda:

Exatamente por isso, não se pode admitir que a pura e simples violação de *afeto* enseje uma indenização por dano moral. Somente quando uma determinada conduta caracterizar-se como ilícita é que será possível indenizar os danos morais e materiais dela decorrentes.

Afeto, carinho, amor, atenção... são valores espirituais, dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal, não por imposição jurídica. Reconhecer a indenizabilidade decorrente da negativa de afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica. Seria subverter a evolução natural da ciência jurídica, retrocedendo a um período em que o *ter* valia mais do que o *ser*.

[...]

De qualquer maneira, **é mister deixar evidente a possibilidade de reparação civil em uma relação familiar, decorrente da prática de um ato ilícito, quando evidenciada a culpa do agente**. Seria o caso de um adultério público, notório, praticado por um dos cônjuges ou dos companheiros, expondo ao escárnio a honra e boa fama do outro e causando-lhe inescandível dano moral ou a prática de lesões corporais decorrente de violência doméstica entre eles, causando danos morais e patrimoniais. Em tais hipóteses, é facilmente reconhecível a obrigação de reparar danos patrimoniais ou extrapatrimoniais. (2010, p. 89-92, sem grifos no original.)

É clara a tendência de objetivação da responsabilidade civil em todos os campos do Direito, tendo em vista a necessidade de preservação da vítima. No entanto, na seara familiarista, “permanece o elemento culpa como norma residual do sistema de responsabilidade no Código Civil (art. 186)”.

A natureza da responsabilidade é subjetiva, de modo que a sua configuração demanda um comportamento culposo ou doloso por parte do agente causador do dano, além dos demais requisitos.

Interessantes os exemplos elencados pela Ministra Eliana Calmon (2004):

Amplia-se o pleito indenizatório na medida em que se admite como passível de ressarcimento a ofensa à honra matrimonial, a negligência ou a

imprudência pela transmissão ao parceiro de enfermidade contagiosa, a recusa injustificada ao reconhecimento da paternidade biológica, extra-matrimonial (a paternidade matrimonial independe de reconhecimento porque é presumida), a imputação caluniosa de adultério e o pedido arbitrário de interdição.

## 2.2. O dano moral decorrente do abandono afetivo parental

O movimento de constitucionalização do Direito Civil redundou na mudança de perspectiva axiológica dos seus institutos, de forma que se deve ter como paradigma o respeito à dignidade da pessoa humana como valor primordial. Como resultado, tem-se que esse ramo do Direito passou a tutelar os direitos da personalidade, que constituem a proteção básica e fundamental para a pessoa humana. Nos dizeres de Catarina Almeida de Oliveira:

Com a atual tendência ao resgate da importância da pessoa, os interesses imateriais vão tomando contornos mais perceptíveis e plausíveis, afinal, é para eles que, essencialmente, se volta a dignidade e, como ensina Kant, dignidade é o valor daquilo que não tem preço. (2010, p. 49)

Os direitos da personalidade, conforme ALVES, constituem cláusula aberta:

Não se sabe, em extensão, quantitativa ou qualitativa, quais são os direitos da personalidade, porque a tipicidade aberta, como uma das características do Direito Constitucional e da legislação civil, permite que haja um desdobramento infindável desses direitos. (ALVES, 2004)

Dentre eles, está a afetividade, cujo desdobramento envolve o dever de cuidado e o direito à convivência familiar durante o desenvolvimento da prole com relação ao pai e à mãe. O dever dos pais não se limita ao sustento ou a aspectos econômicos ou materiais, envolvendo também a educação e a formação psíquica, social e moral do indivíduo, para que ele possa se desenvolver de forma saudável e sem possíveis traumas psicológicos. É o que se depreende do disposto nos incisos I e II do art. 1.634 do Código Civil, bem assim dos arts. 227 e 229 da Constituição Federal.

Da mesma forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente traz importantes previsões para embasar a questão, nos arts. 3º, 19, 20 e 249. Dentre eles, destaca-se:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

A relação paterno-filial, outrora pautada na valoração biológica e patrimonial, volta-se hodiernamente a uma valorização da afetividade que deve decorrer desse vínculo. Conforme as lições de HIRONAKA (2006):

Muitos julgaram – e o século anterior esteve a dar respaldo a esta convicção – que a assunção da responsabilidade pela manutenção material dos filhos seria o suficiente a ser feito em prol de alguém a quem não se deseja por perto. Certamente, essa *meia-responsabilidade* não foi jamais suficiente, mas o paradigma de outrora não abria chance para tal análise, porque a importância da vontade e do querer adulto sempre foi significativamente mais importante que a necessidade e a carência infantil.

[...]

Por *direito ao pai*, na sua valoração juridicamente relevante, deve-se entender o direito atribuível a alguém de conhecer, conviver, amar e ser amado, de ser cuidado, alimentado e instruído, de colocar-se em situação de aprendizado e de apreensão dos valores fundamentais da personalidade e da vida humanas, de ser posto a caminhar e a falar, de ser ensinado a viver, a conviver e a sobreviver, o que ocorre com a maioria dos animais que habita a face da Terra. Na via reversa, encontra-se o dever que tem o pai – leia-se também, sempre, a mãe – de produzir tal convívio, de modo a buscar cumprir a tarefa relativa ao desenvolvimento de suas crias, que é, provavelmente, a mais valiosa de todas as tarefas incumbidas à raça humana.

[...]

Tanto o pai quanto a mãe concorrem para que se organize convenientemente o desenvolvimento estrutural, psíquico, moral e ético do filho, cabendo à mãe um papel que mais se relaciona com a flexibilidade, com o afeto e com o conforto, enquanto ao pai cabe um papel que mais se relaciona com a fixação do caráter e da personalidade. A conjugação de ambos os papéis e a co-relação de seus efeitos são capazes de revelar, na maioria das vezes, uma pessoa mais harmoniosa sob muitos pontos de vista sociais e de acordo com modelos culturais.

“O poder familiar constitui um múnus cujo exercício não é livre, mas sim plenamente cogente” (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2010, p. 406). A omissão, o abandono deliberado e a negligência constituem violações a esses direitos de natureza extrapatrimonial e, portanto, podem configurar ato ilícito propriamente dito, nos termos do art. 186 do Código Civil. A natureza da responsabilidade é, portanto, subjetiva, uma vez que se faz imprescindível caracterizar culpa ou dolo do agente (OLIVEIRA JÚNIOR, 2011).

Há autores que defendem que o lastro do pedido está no art. 187 do Código Civil, que prevê o abuso de direito. Com base nesse dispositivo, não é necessário configurar a culpa ou dolo para caracterizá-lo. Por esse motivo, prefere-se a tese de que não se trata de responsabilidade objetiva, tendo em vista que o dano tratado nesses casos é psíquico. Além disso, a medida tem caráter excepcional. Assim, é imprescindível demonstrar a culpa do agente, sob pena de se travar grave injustiça. Com efeito, há situações nas quais a suposta vítima apresenta real quadro de

desvios psicológicos ou de deficiências psicoemocionais, que podem se revelar graves, sem que tenha havido, de fato, culpa dos pais nesse resultado. Ao contrário, muitas vezes pais extremamente zelosos e afetuosos têm filhos diagnosticados com sérios problemas emocionais. Por isso que se defende a imprescindível demonstração da culpa do genitor nos prejuízos advindos do abandono afetivo.

A responsabilidade subjetiva é regra e, em que pese a tendência de objetivação, a responsabilidade objetiva depende de expressa previsão legal, o que não há, na hipótese ora em comento.

### **2.3. Pressupostos da responsabilidade civil por abandono afetivo**

Em regra, os pressupostos gerais para a reparação de danos são: ação ou omissão do agente, culpa *lato sensu* e nexa causal entre a conduta e o resultado danoso.

Acrescente-se que é pressuposto inarredável desse dever de indenizar a existência de inequívoca relação paterno ou materno-filial, biológica ou por adoção, ou, ainda, de um terceiro que detenha formalmente a guarda da criança. Entretanto, não se responsabiliza a mãe que entrega o filho à adoção, tendo em vista que será destituída do poder familiar em ocasião futura. A propósito:

[...] Observe-se que somente nos casos em que a guarda é deferida judicialmente onde há prova inequívoca da obrigação assumida, é que poderá ser apta a gerar imputação, excluindo-se assim as situações de fato. Ainda que haja a situação de guarda de fato, por parte de terceiros, esta não foi juridicamente retirada dos genitores, e nem chancelada pelo poder judiciário, não podendo assim gerar obrigações a terceiros. Isto porque quem assume a guarda formal de uma criança está atribuindo a si todas as funções inerentes à educação, criação, desenvolvimento físico e emocional da criança, assumindo a figura do genitor ou genitora; portanto, abarca para si todas as incumbências daqueles, inclusive a obrigação afetiva. (KAROW, 2012, p. 220).

A conduta pode ser omissiva ou comissiva. A omissão consiste em privar o filho da convivência familiar, enquanto que a comissão pode advir, por exemplo, de “reiteradas atitudes de desprezo, rejeição, indiferença e humilhação” (KAROW, 2012, p. 219).

Acerca da culpa ou dolo, ensina Sérgio Cavalieri Filho.

A concepção de culpa genérica, que se desdobra em dolo e culpa propriamente dita, aquele que não é o vício de vontade, mas o elemento interno, que reveste o ato da intenção de causar o resultado, ao passo que

na culpa, em sentido estrito, a vontade é dirigida ao fato causador de lesão, mas o resultado não é querido pelo agente. A culpa é a falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais da sua atitude. (*apud* KAROW, 2012, p. 263)

O abandono afetivo é circunstância objetivamente aferível pelo Magistrado. Mas, importante obter que o simples abandono afetivo não é causa de responsabilidade civil, sendo imprescindível caracterizar que o ato antijurídico causou um dano efetivo à personalidade, para que haja a obrigação de reparar. Não havendo dano, não há, por consequência, a obrigação de indenizar. Segundo Hironaka (2006):

O que produzirá o liame necessário – nexo de causalidade essencial – para a ocorrência da responsabilidade civil por abandono afetivo deverá ser a consequência nefasta e prejudicial que se produzirá na esfera subjetiva, íntima e moral do filho, pelo fato desse abandono perpetrado culposamente por seu pai, o que resultou em dano para a ordem psíquica daquele.

No mesmo sentido, Karow (2012, p. 11):

Como já demonstrado pelo espírito do trabalho, ratifica-se entendimento que não é em todo e qualquer caso de ausência de afetividade entre pais e filhos que deve haver a busca da reparação civil e a consequente condenação pelo sistema jurídico vigente. Entende-se que somente em casos específicos, onde há situações de evidente abandono emocional, traduzidos em atos de desamparo, rejeição, desprezo, humilhação, desídia e indiferença reiterada e constante, por parte de um dos genitores da criança é possível haver o ressarcimento cível. Entretanto, não basta apenas a circunstância fatídica citada, senão que a mesma deve ser possível de comprovação e os atos contumazes devem ser aptos a gerarem sequelas psíquicas ao infante, causando danos imensuráveis a sua pessoa.

Como condição suplementar, mas imprescindível, o dano deve estar “contido no âmbito da função de proteção assinada” (KAROW, 2012, p. 221), isto é, deve ser objeto tutelado pelo ordenamento jurídico.

O nexo causal consiste em vincular, juridicamente, o resultado danoso à conduta antijurídica. Causas excludentes de responsabilidade podem atuar rompendo o nexo causal e eximindo o agente da obrigação de reparar o dano. É o caso, por exemplo, do fato de terceiro consistente no sequestro do menor.

Deve ser demonstrado, ainda, que “não houve obstáculo imposto por terceiros para que a relação afetiva pudesse se dar de forma plena” (KAROW, 2012, p. 227).

Em que pese os argumentos acima lançados, ainda é controvertida a ideia de responsabilidade civil familiar, mormente no tocante à questão da afetividade.

Confira-se o pensamento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal:

Nessa ordem de ideias, não entendemos razoável a afirmação de que a negativa de afeto entre pai e filho (ou mesmo entre outros parentes, como avô e neto) implicaria indenização por dano moral. Faltando afeto entre pai e filho (e demais parentes), poder-se-ia imaginar, a depender do caso, a decorrência de outros efeitos jurídicos, como a destituição do poder familiar ou a imposição da obrigação alimentícia, mas não a obrigação de reparar um pretense dano moral. Enfim, em hipóteses de negativa de afeto, os remédios postos à disposição pelo próprio Direito de Família deverão ser ministrados para a solução do problema. Até porque a indenização pecuniária nesse caso não resolveria o problema central da controvérsia que seria obrigar o pai a dedicar amor ao seu filho – e, muito pelo contrário, por certo, agravaria a situação. (2010, p. 90-91)

No entanto, esses autores defendem que a melhor solução é no sentido de que a pura e simples violação do dever de prestação de assistência moral não é suficiente para caracterizar o dever de indenizar. No entanto, caso reste configurada a efetiva prática de ato ilícito, nos moldes das regras gerais de responsabilidade civil, insertas nos arts. 186 e 187 do Código Civil, há a possibilidade de reparação de danos. Argumentam, *in verbis*:

Não negamos a possibilidade de um dano material decorrente da negativa de afeto, quando, por exemplo, o pai abandonou emocionalmente o filho, causando traumas que reclamam atendimento médico ou psicológico por profissional. Nesse caso, contudo, o dano é tão somente de ordem patrimonial, gerando uma indenização, com base no ressarcimento integral (*restitutio in integrum*). Pontuamos, inclusive, que sendo possível a reparação *in natura* do dano (com o custeio de um tratamento terapêutico, por exemplo), não será preciso a reparação pecuniária. (2010, p. 556)

João Gaspar Rodrigues, expressando total contrariedade ao instituto, indaga se é possível o Estado adentrar na esfera moral do indivíduo para lhe impor um padrão de conduta amorosa, afetuosa e bondosa. Apregoa o autor:

Em verdade, o Estado não existe para, com sua estrutura de poder, obrigar o homem a ser melhor, mais generoso, mais temente a Deus, mais carinhoso, afetuoso, altruísta, amoroso, etc. O Estado pode proporcionar meios para que o indivíduo alcance ou aprimore esses bens morais, mas não pode substituir-se ao *eu individual*, traçando parâmetros morais pelos quais o ser humano deve se guiar. (2011)

O pensamento de que não se pode valorar monetariamente o amor já foi utilizado em situações que, hoje, revelam-se pacíficas. É o exemplo da ação de indenização por danos morais, decorrente de crime de homicídio ou de morte por acidente de trânsito. Dizia-se ser antiético pôr um valor em pecúnia para a vida de alguém ou para o amor de uma mãe que perdeu um filho, por exemplo.

De acordo com o histórico apresentado por Marcos Ehrhardt Júnior, antes da Constituição Federal de 1.988, a reparação de danos estava circunscrita a situações eminentemente patrimoniais. Acresce, ademais:

Nesse período, era comum encontrar nas decisões jurisprudenciais o argumento de que a dor não teria preço, que não se poderia monetarizar sentimentos, motivo pelo qual se afastava a possibilidade de se pleitear indenização para compensar uma violação de direito extrapatrimonial, ou seja, bens que não podem ser avaliados em dinheiro. Confundia-se a *violação* do direito – fundamento do dever de indenizar – com suas *consequências*, como, por exemplo, dor, constrangimento, vexame, angústia. Tal confusão na identificação dos pressupostos do dever de indenizar ainda não foi totalmente superada, a despeito da expressa previsão no texto constitucional da possibilidade de indenização por danos exclusivamente morais, vale dizer, de cunho extrapatrimonial (art.5º, incisos V e X, CF/88). (EHRHARDT JÚNIOR, 2010, p. 353/354)

Importante esclarecer que o instituto não tem por escopo obrigar os pais a amar ou a prover o afeto à prole. Evidente que nenhuma instituição tem acesso a essa seara intangível do ser humano – o amor. Parece contraditório falar em “dever de amar”, uma vez que a ideia de coerção retira desse sentimento um elemento que é essencial para a sua existência: a espontaneidade (OLIVEIRA, 2010, p. 59).

Ocorre que é preciso sopesar os interesses em questão, isto é, de um lado a liberdade afetiva parental e, de outro, a função social da família e os direitos dos menores em desenvolvimento.

Expressando a preocupação com a polarização desses interesses, bem como de uma possível sobrevalorização do desejo de vingança contra o ofensor, perdendo o foco para a necessária proteção aos direitos do menor em desenvolvimento, expõe Marcos Ehrhardt Júnior:

Apesar da inegável e importante contribuição que o movimento de constitucionalização propiciou ao estudo do Direito Civil, e dos avanços conquistados nos últimos anos em relação à proteção dos valores existenciais da pessoa humana, não podemos deixar de considerar que quando seus postulados são levados ao extremo, sem a adequada ponderação dos interesses em jogo, a legítima expectativa de sindicabilidade dos direitos fundamentais e sua efetiva concretização no campo social, podem propiciar o surgimento de soluções desprovidas de legitimidade pela ausência de preocupação de fundamentação das decisões judiciais, o que, em última instância, compromete a credibilidade do próprio sistema, por representarem um exacerbado decisionismo que não se coaduna com o verdadeiro espírito do movimento.

[...]

Certamente o caminho passa por um diálogo das fontes, a partir da análise das circunstâncias particulares do caso, mas este diálogo é *interdisciplinar*, focado na *prevenção* e no emprego de medidas alternativas de solução de conflitos, não apenas na repressão. (2010, p. 368/371)

O resultado da ponderação desses interesses é que os pais podem responder pelo abandono afetivo, caso sua conduta gere danos aos filhos. O intuito da responsabilização civil é muito mais preventivo e pedagógico, mas também tem caráter punitivo, dissuasório e compensatório. Não há a função, por outro lado, de restabelecer o vínculo entre pais e filhos, uma vez que é pressuposto da reparação que ele esteja desfeito pelo decorrer dos anos. Na análise de Rolf Madaleno (*online*):

Penalizam o dano à dignidade humana do filho em estágio de formação, mas não com a intenção de recuperar o afeto não desejado pelo ascendente, mas principalmente, por seu poder dissuasório a demonstrar que, doravante, este velho sentimento de impunidade tem seus dias contados e que possa no futuro desestabilizar quaisquer outras inclinações de irresponsável abandono, se dando conta pelos exemplos jurisprudenciais, que o afeto tem um preço muito caro na nova configuração familiar.

### 3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

A jurisprudência predominante no Superior Tribunal de Justiça, Corte destinada a uniformizar a interpretação das leis federais, em última instância, rejeitava a ideia de danos morais decorrentes de abandono afetivo.

Confira-se o seguinte julgado, de relatoria do Ministro Fernando Gonçalves:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.

2. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 757.411/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 29/11/2005, DJ 27/03/2006, p. 299.)

Relata o eminente Ministro que o filho argumentou abandono afetivo, por falta de assistência psíquica e moral, apesar das tentativas de aproximação. Consignou-se que o pai cumpria a obrigação alimentar.

Nesse julgado, a tese foi rechaçada sob o fundamento de que o Direito dispõe de mecanismos para punir e dissuadir o abandono, qual seja, a perda do poder familiar, previsto no art. 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente e no art. 1.638, inciso II, do Código Civil. Defendeu que “escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo.”

O Ministro Fernando Gonçalves também expressou a preocupação de demandas judiciais serem utilizadas por vingança e por tendências meramente financeiras, *verbis*:

Por outro lado, é preciso levar em conta que, muitas vezes, aquele que fica com a guarda isolada da criança transfere a ela os sentimentos de ódio e vingança nutridos contra o ex-companheiro, sem olvidar ainda a questão de que a indenização pode não atender exatamente o sofrimento do menor, mas também a ambição financeira daquele que foi preterido no relacionamento amoroso.

O Ministro também motivou seu voto no fato de o litígio judicial implicar uma barreira intransponível para a convivência entre pai e filho, acabando com as possibilidades de reaproximação, de forma que “nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada”.

Porém, em 2012, a eminente Ministra Nancy Andrighi deu parcial provimento a recurso especial, mantendo acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que havia reconhecido o direito da filha contra o pai. O acórdão foi assim ementado:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.

4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012.)

Fundamentou a Ministra que a perda do poder familiar não exclui a possibilidade de se pleitear a reparação de danos, tendo em vista que ele visa resguardar a integridade do menor, e não compensar os prejuízos advindos do abandono.

Os deveres a serem mensurados na responsabilização civil, por dano moral, foram os de convívio, cuidado, criação e educação, para o desenvolvimento sócio-psicológico do menor. No caso, caracterizou-se a negligência quanto a essas obrigações. Ressaltou-se a imprescindibilidade de configuração do dano à higidez psicológica do futuro adulto. Nas palavras da Ministra:

Colhe-se tanto da manifestação da autora quanto do próprio senso comum que o desvelo e atenção à prole não podem mais ser tratadas como acessórios no processo de criação, porque, há muito, deixou de ser intuitivo que o cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não é apenas uma fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania.

[...]

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não

se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar.

[...]

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.

[...]

**Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.** (grifo nosso)

Não se descurou de explicitar, no entanto, a possibilidade de, em matéria de defesa, arguir causas excludentes de antijuridicidade, como alienação parental, distância geográfica, limitações financeiras, dentre outras.

## CONCLUSÃO

No contexto existencial do ser humano é que se situa a afetividade, que deve nortear todas as relações familiaristas. No sentido juridicizado, isso não quer dizer apenas um sentimento, mas significa o atendimento à função social da família, qual seja, auxiliar no desenvolvimento pleno da personalidade de seus membros. É corolário do princípio da dignidade da pessoa humana. Portanto, como instituto jurídico, está voltada, objetivamente, para a aferição de condutas que decorrem da funcionalização das entidades familiares, dentre elas o convívio, o cuidado e a educação.

O descumprimento dos deveres inerentes à assistência moral à prole pode causar danos extrapatrimoniais indelévels. Esses conflitos não têm direta regulamentação no Código Civil, porém é cediço que o ordenamento jurídico não tem respostas prontas para todas as demandas sociais. Acresça a isso a invalidade da sentença que julgar improcedente um pedido, porque a lide não tem perfeita subsunção típica. Há mecanismos eficazes para a solução do problema atinente ao abandono afetivo parental, desde que utilizada uma interpretação sistemática, que parta do caso concreto e das normas familiaristas constitucionais.

A questão é polêmica, uma vez que a família é seara delicada e sensível. Mas, a reparação de danos é instrumento hábil à tutela desses direitos existenciais. Inclusive, o art. 186 do Código Civil apregoa que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, **ainda que exclusivamente moral**, comete ato ilícito”. Assim, os danos existenciais são passíveis de caracterizar atos ilícitos, e os direitos da vítima a serem tutelados têm previsão na Constituição Federal, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Não se tratam de meras elucubrações teóricas a dignidade da pessoa humana, a proteção integral, o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Ao contrário, são comandos normativos que devem ser respeitados, e cuja violação caracteriza ato ilícito passível de indenização.

Porém, não se pode perder de vista a excepcionalidade da medida. É imprescindível configurar o dolo ou a culpa do agente, tratando-se de

responsabilidade subjetiva. Essa conduta, que pode ser omissiva ou comissiva, deve se revelar de verdadeiro **abandono** afetivo.

Essa conduta, dolosa ou culposa, deve gerar danos à personalidade do filho, para que haja a obrigação de indenizar. É aqui que reside a dificuldade prática da medida, bem como nonexo de causalidade entre os problemas psíquicos e emocionais da vítima com a conduta do agente.

Importante destacar que não é qualquer caso de ausência de convívio entre pais e filhos que pode gerar a responsabilização civil. Necessário verificar as especificidades da hipótese concreta, isto é, os contornos da conduta que se reputa ilícita, dos danos gerados e da dinâmica entre o sujeito e o lesado. De um lado, a conduta do genitor deve ser de desídia, indiferença, descaso ou humilhação, de forma voluntária e reiterada. Na perspectiva da vítima, o dano deve estar configurado, decorrendo de abalos psicoemocionais nas esferas íntima e social do ser humano. Não se deve descurar do exame do nexocausal, tendo em vista a possibilidade de genitores, zelosos de seus deveres parentais, calharem de ter prole com indesejáveis problemas de afetividade, a eles não imputáveis.

A corrente que inadmite a responsabilização civil por abandono afetivo, apregoa que compete ao Estado promover o bem-estar da sociedade, fomentando medidas para a promoção da dignidade da pessoa humana e, por consequência, do convívio familiar. Ocorre que possíveis medidas estatais não excluem a imputação de responsabilidade a quem descumprir os deveres decorrentes da filiação, e o instituto que ora se analisa tem o escopo de prevenir ou dissuadir condutas antijurídicas, em primeiro lugar, estimulando a parentalidade responsável. De forma secundária, também tem caráter compensatório e punitivo.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Ensaio Introdutório sobre a Teoria da Responsabilidade Civil Familiar. *In* Famílias no direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. Bahia: JusPODIVM, 2010. 553p.

ALVES, Eliana Calmon. Responsabilidade civil no direito de família. Brasília, DF, 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/353>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

ANDRADE, Renata Cristina Othon Lacerda de. Aplicabilidade do princípio da afetividade às relações paterno-filiais: a difícil escolha entre os laços de sangue e o afeto sem vínculos. *In* Famílias no direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. Bahia: JusPODIVM, 2010. 553p.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2014.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2014.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 757.411/MG. Recorrente: V. de P. F. de O. F. Recorrido: A. B. F. Representado por: V. B. F. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, acórdão de 29 nov. 2005. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500854643&dt\\_publicacao=27/03/2006](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500854643&dt_publicacao=27/03/2006)>. Acesso em: 16 fev. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.159.242/SP. Recorrente: Antônio Carlos Jamas dos Santos. Recorrida: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, acórdão de 24 abr. 2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901937019&dt\\_publicacao=10/05/2012](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012)>. Acesso em: 16 fev. 2014.

CARVALHO NETO. Responsabilidade Civil no Direito de Família. Curitiba: Juruá, 2011. 536p.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Responsabilidade civil no Direito das Famílias. *In* Famílias no direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. Bahia: JusPODIVM, 2010. 553p.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 2ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 945p.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Função social da família e jurisprudência brasileira. 2009. Disponível em <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/civil/219.htm>>. Acesso em: 19 jan. 2014.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter patrimonial. Disponível em <[www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Giselda\\_resp2.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Giselda_resp2.doc)>. Acesso em: 20 jan. 2014.

KAROW, Aline Biasuz Suarez. Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. Curitiba: Juruá, 2012. 320p.

MADALENO, Rolf. O custo do abandono afetivo. Disponível em <<http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=943>>. Acesso em: 21 jan. 2014.

OLIVEIRA, Catarina Almeida de. Refletindo o afeto nas relações de família. Pode o Direito impor o amor?. *In* Famílias no direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. Bahia: JusPODIVM, 2010. 553p.

OLIVEIRA JÚNIOR, Antônio Dantas de. A incidência do Art. 186 do Código Civil brasileiro no abandono afetivo dos pais. É possível? Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 1º fev. 2014.

RODRIGUES, João Gaspar. A impossibilidade de reconhecer o abandono afetivo parental como dano passível de indenização. 2011. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/20136/a-impossibilidade-de-reconhecer-o-abandono-afetivo-parental-como-dano-passivel-de-indenizacao>>. Acesso em 2 fev. 2014.

TARTUCE, Flávio. O princípio da afetividade no Direito de Família: breves considerações. 2012. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 1º fev. 2014.

**TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que isento completamente a Universidade Anhanguera-Uniderp, a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes e o professor orientador de toda e qualquer responsabilidade pelo conteúdo e ideias expressas no presente Trabalho de Conclusão de Curso.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado.

Brasília – DF, 16 de março de 2.014.