

**Pró-Reitoria de Graduação
Curso de Direito
Trabalho de Conclusão de Curso**

**ABANDONO AFETIVO PATERNO-FILIAL: VALORIZAÇÃO OU
MONETARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES**

**Autora: Monique Vieira Borges
Orientadora: Fabiana Teixeira Albuquerque Keller**

MONIQUE VIEIRA BORGES

**ABANDONO AFETIVO PATERNO-FILIAL: VALORIZAÇÃO OU
MONETARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES**

Artigo apresentado ao curso de graduação em Direito da Universidade Católica de Brasília, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Fabiana Teixeira Albuquerque Keller

Brasília

2013

Aos meus amáveis pais, Goianir e Jucélia que me deram a vida e me ensinaram a vivê-la com dignidade, que sempre se fizeram presentes em minha vida, iluminando os meus caminhos com afeto e dedicação para que eu seguisse sem medo e cheia de esperança. A vocês pais por natureza e amor, não bastaria dizer que não tenho palavras para agradecer tudo isso. Mas é o que acontece quando se procura arduamente uma forma verbal de exprimir uma emoção ímpar. Uma emoção que jamais seria traduzida por palavras. Amo vocês.

AGRADECIMENTO

Agradeço, primeiramente, a Deus por iluminar o meu caminho, aos meus amores, Sebastião Vicente e o meu pequenino Gustavo Borges pelo o companheirismo e compreensão nesta longa jornada. As minhas adoráveis irmãs Pablyne, Fabiulla e Carolyne que muito me ajudaram nesta caminhada. Aos meus sobrinhos Mariana, Théo e Bianca. A minha família e amigos um muitíssimo obrigado.

Agradeço a União Brasiliense de Educação e Cultura - UBEC mantenedora da Universidade Católica de Brasília-UCB que me oportunizou os estudos. Aos professores e funcionários que me atenderam prontamente e me trataram com humanidade e respeito.

Por fim, agradeço a minha orientadora, Fabiana Teixeira Albuquerque Keller, que, de forma atenciosa, ajudou-me na realização deste trabalho, corrigindo-me com muita paciência e carinho, para que eu alcançasse o meu melhor.

ABANDONO AFETIVO PATERNO-FILIAL: VALORIZAÇÃO OU MONETARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES

MONIQUE VIEIRA BORGES

Resumo: O conceito de família vem sendo constantemente ampliado pela inserção de novos valores, encabeçados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Essa constante modificação reflete também uma releitura dos comportamentos dos membros que compõe o núcleo familiar. Valores anteriormente inimagináveis são atualmente inseparáveis de sua configuração atual. Cuidado, afeto, presença, desprezo, deixaram de ter viés subjetivo e passaram assumir valoração objetiva, inclusive passíveis de aferição em sede judicial. O Poder Judiciário, por sua vez, constantemente instado a pronunciar-se sobre os conflitos nas relações afetivo familiares passou a adotar uma postura mais concretizadora no que tange a plena efetivação desses valores.

Palavras-chave: Família. Abandono afetivo. Danos Morais.

INTRODUÇÃO

No curso do processo de desenvolvimento histórico e civilizatório da humanidade, a entidade familiar sempre ocupou papel de destaque. Na verdade, a família sempre foi a base fundamental da sociedade, desde os primeiros agrupamentos humanos.

Em função de sua posição de vanguarda no processo de socialização do indivíduo, alguns tabus, mitos, crenças e costumes criados desde as mais rudimentares formas de organização familiar, ainda hoje são respeitados e praticados na sociedade atual.

Não obstante, as relações familiares, desde o surgimento da humanidade, são objeto de profundas indagações. O próprio conceito de família tem variado ao longo do tempo, e, mesmo hoje, comporta diferentes significados, segundo o contexto social observado.

Ao longo de seu processo evolutivo, a entidade familiar experimentou uma lenta e gradual transição de uma estrutura simples, fundada em um modelo patriarcal, para uma estrutura complexa, dinâmica e multifacetária, assentada em um modelo que podemos chamar de fraternal.

Em tal perspectiva, novas formas de agregação parental, antes inconcebíveis, hoje, são constantemente vivenciadas, algumas, inclusive, amplamente aceitas e incentivadas, outras, ao menos, toleradas.

Por outro lado, o dinamismo das transformações experimentadas e a variedade de formas com que se manifesta atualmente a família, não foram acompanhados, nem são compartilhados, por alguns seguimentos da sociedade, seja por que arraigados ainda a um modelo pretérito já superado, cuja nostalgia os impede de compartilhar das novas identificações familiares, seja pelo receio de, ao fazê-lo, acabarem banalizando a própria essência do instituto.

Destarte, em decorrência de seu processo evolutivo, as relações familiares são constantemente objeto de profundas e acaloradas discussões que, em grande parte das vezes, só são resolvidas, ou ao menos apaziguadas, com a intervenção do Poder Judiciário.

A sociedade brasileira tem exemplos muito nítidos dessa (talvez exagerada) judicialização das relações familiares. O Supremo Tribunal Federal (STF), em nossa história recente, analisou diversas questões que, embora as relações familiares não fossem o escopo central da discussão, a decisão, seja ela qual fosse, traria profundos impactos ao seu contexto.

São exemplos de alguns dos casos decididos pelo Pretório Excelso a possibilidade de pesquisas com células tronco-embrionárias, a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos e o reconhecimento da união estável de casais homossexuais.

Outras tantas discussões, muito embora ainda não definitivamente decididas por nossa Corte maior, são objeto de inúmeros processos judiciais espalhados por todos os tribunais brasileiros. Questões relativas a cirurgias de transgenitalização, com a consequente retificação do assentamento do registro civil, responsabilidade dos pais por filhos emancipados, adoção por casais homossexuais, fecundação *in vitro*, fecundação heteróloga *post mortem*, são apenas alguns dos casos submetidos à apreciação do Poder Judiciário, cuja decisão final terá, inevitavelmente, substancial repercussão no seio familiar.

Uma dessas discussões levadas ao poder judiciário, que, inclusive, tem interesse direto com o objeto desse trabalho, foi o caso versado no Recurso Especial (RE) nº 1.159.242-SP, no qual o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em decisão, no mínimo, histórica, entendeu ser possível não só a existência, como também a compensação, de dano moral decorrente de um abandono afetivo.

É certo que ao longo dos tempos, as decisões dos tribunais contribuíram significativamente no processo de conformação do contexto social e, por via de consequência, do contexto familiar. No entanto, nossa atualidade é marcada por uma participação muito peculiar do Poder Judiciário nesse mesmo processo.

Tal fato decorre, especialmente, da valorização da dignidade humana, enquanto princípio jurídico basilar, e pelo revestimento do direito civil dos valores constitucionais.

No entanto, muito ainda há para se indagar, sobretudo no que tange aos limites desse “dirigismo judicial”, na medida em que não se mostra facilmente identificável quais os contornos de uma relação familiar que, se rompidos, podem ser tutelados pelo poder judiciário; quais juízos valorativos utilizados na resolução da controvérsia; quais os parâmetros utilizados para sua eventual quantificação.

Uma visão adequada desse novel panorama perpassa por uma análise que remonta aos conceitos anteriores de organização familiar, passando pelas principais modificações sociais, até as inovações trazidas pela Constituição de 1988 e, mais precisamente, pelo posicionamento do Superior Tribunal de Justiça já referido.

O presente trabalho tem como escopo principal analisar os contornos jurídicos e sociais que fundamentam a existência do afeto como elemento estruturante do

conceito de família, bem como sobre aqueles que legitimam a atribuição de uma compensação financeira por um dano moral fundado em um abandono afetivo.

A importância em analisar este tema reside na atualidade da discussão. Sobretudo em razão da decisão paradigmática do Superior Tribunal de Justiça que, rompendo com uma anterior jurisprudência consolidada, entendeu como juridicamente possível tal compensação.

O trabalho é dividido em quatro capítulos, nos quais serão abordados o afeto como elemento estruturante da família contemporânea (capítulo I), o abandono afetivo paterno-filial (capítulo II), a responsabilidade civil no direito de família (capítulo III), e o dano moral por abandono afetivo (capítulo IV). Ao fim do último capítulo, será feita uma pequena digressão sobre o acórdão paradigmático do STJ, visando aferir se houve o preenchimento dos elementos constitutivos da responsabilidade civil.

1. O AFETO COMO ELEMENTO ESTRUTURANTE DA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

Qualquer análise sobre os aspectos práticos do afeto nas relações familiares depende de uma necessária abordagem, ainda que sucinta, sobre o processo evolutivo e os elementos estruturantes em que se assentaram as entidades familiares, notadamente no que tange à sociedade brasileira, ao longo da história.

O primeiro referencial desta abordagem é o Código Civil de 1916, que elaborado sob uma estrutura ruralista, fortemente individualista e patriarcal¹, atribuía à família características nitidamente patrimoniais. O modelo familiar adotado sustentava-se nos valores do matrimônio, da autoridade paterna e da indissolubilidade do vínculo conjugal.

Nesse ambiente, predominantemente matrimonializado, admitia-se o sacrifício da felicidade pessoal dos membros em prol da manutenção do casamento, uma vez que “a desagregação da família corresponderia à desagregação da própria sociedade”.²

Pelos valores dominantes naquele período, a preocupação residia muito mais com o patrimônio do que com a própria pessoa, ou seja, uma vez constituída a entidade familiar, a razão de sua existência transferia-se para a formação de patrimônio, pouco importando a busca da felicidade. Enfim, realçavam-se os laços patrimoniais em detrimento dos laços afetivos.

A relação entre marido e mulher, nesse contexto, era marcada pela submissão desta à vontade daquele, e sua participação no desenvolvimento familiar resumia-se às atividades do lar, mormente aos cuidados dos filhos e do marido³. Não se reconhecia, portanto, a efetiva igualdade entre os cônjuges.

A relação entre pais e filhos, por sua vez, era norteadada pela noção de respeito e autoridade e o dever do genitor para com a sua prole resumia-se ao provimento das necessidades alimentares e educacionais.

Nesse ambiente, inexistia espaço para se discutir o papel da afetividade no seio familiar, como quer demonstrar Sérgio Resende de Barros no seguinte trecho:

¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **DIREITO CIVIL: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 17.

² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3. ed. rev., ampl., e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 4.

³ ALEIXO, Klelia Canabrava; PEREIRA, Lusia Ribeiro. **Família e seus filhos: desafios da pós-modernidade**. In ASSIS, Zamira de (coord.). *Família em perspectiva: uma abordagem Multidisciplinar*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 146.

Com o patriarcalismo principiou a asfixia do afeto. Os patriarcas deram início à prática dos casamentos por conveniência, que com o passar do tempo proliferaram ainda mais, quando se somaram aos motivos patrimoniais os motivos políticos. Nessa evolução histórica, do primitivo casamento afetivo, passou-se ao casamento institucional, com o qual se buscou assegurar o patrimônio, dando origem à ideologia da família parental, patriarcal, senhorial, patrimonial. Esta se define pela existência de um pai e uma mãe com seus filhos sob o poder pátrio, fruindo de um patrimônio familiar, que deve ser mantido como base física e para segurança econômica da família. A família assim concebida e praticada acabou por revestir e mascarar interesses meramente patrimoniais, que muitas vezes deslocam, degeneram, sufocam ou até substituem as relações de afeto.⁴

Os novos valores inspirados pela sociedade contemporânea, romperam com essa concepção tradicional de família, dando lugar a novos conceitos. A ampliação do espaço da mulher na sociedade desencadeou uma redefinição de seu papel no contexto familiar. De mera coadjuvante, a mulher passou a assumir, lado a lado com o homem, a partir da previsão jurídica de igualdade entre os cônjuges, o papel principal na definição do planejamento familiar e no exercício do poder familiar.

De outro lado, a valorização da dignidade da pessoa humana, enquanto valor jurídico, modificou profundamente a sociedade, conforme esclarece Romualdo Baptista dos Santos, naquilo que denominou de guinada axiológica:

A pessoa humana e não mais o patrimônio material ocupa o vértice axiológico do ordenamento jurídico, de modo que todo o Direito é orientado, inclusive por força de disposição constitucional, para a proteção da pessoa e da sua dignidade⁵.

Presentes as novas tendências sociais, mormente a valorização da pessoa humana, os tradicionais institutos perderam o seu sentido, o que acarretou a desconstrução dos valores jurídicos então existentes, para a assunção de novos ideais e modelos familiares, agora de maneira descentralizada, democrática, igualitária e desmatrimonializada. Como bem esclarece Luiz Edson Fachin, “no espaço da pluralidade familiar tem assento a família não matrimonializada. Nesse ninho sem moldura apresenta-se a união estável, a união livre e [a] monoparentalidade”⁶.

Ao tempo em que novos modelos familiares foram estruturados, a relação entre seus membros também restou substancialmente modificada. Aquela havida entre pais e filhos, por exemplo, deixou de ser caracterizada pela noção de autoridade e assimetria entre crianças e adultos, para ser ponderada pela possibilidade de diálogo. Em sua configuração atual, portanto, “A família passa a ser espaço de realização pessoal de seus membros, deixando de ser instrumento de dominação e controle estatal, garantindo que os membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo”.⁷

⁴ BARROS, Sérgio Resende de. Ideologia da família. Disponível em

<<http://www.srbarros.com.br/pt/a-ideologia-do-afeto.cont>>. Acesso em: 25-05-2013.

⁵ SANTOS, Romualdo Baptista. **A tutela jurídica da afetividade**: os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade. Curitiba: Juruá, 2011. p. 112.

⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**: elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro. 2.ed. rev.e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.92.

⁷ KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono afetivo**: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. Curitiba: Juruá, 2012.p.70.

O marco mais significativo dessa novel ideologia, entre nós, é a Constituição Federal de 1988, fato que se comprova pela análise dos inúmeros dispositivos destinados a fortalecer a figura do indivíduo seja como parte da coletividade, seja em sua própria individualidade, o que, por óbvio, ocasiona impacto direto nas relações familiares.

A dignidade humana, por exemplo, foi erigida a fundamento do Estado brasileiro (art. 2º, III), bem como princípio regente de suas relações internacionais (art. 4º, II); homens e mulheres, nos termos da Constituição, passaram a ser detentores de igualdade jurídica (art. 5º, inc. I); o texto constitucional contempla disposições expressas destinadas a proteger a família, como base da sociedade (art. 226). Ademais, passou-se a admitir novas formas de entidades familiares, como é o caso da união estável (art. 226, §3º), tão em voga atualmente, contando inclusive com disciplina legal específica, e a família monoparental (art. 226, §4º).

Nesse ambiente jurídico, não é mais possível visualizar a família como uma relação de poder e dominação, mas como uma relação de afeto em plena comunhão de vida. No dizer de Paulo Lôbo, “a família atual é tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo”.⁸

Atualmente, não se concebe a existência de laços familiares desprovidos de carinho, afeto, amor, cuidado, enfim, de toda gama de sentimentos fraternos que, direta ou indiretamente, tangenciam a comunidade familiar.

O conceito de família, dessarte, começa a abarcar novos valores jurídicos, antes impensáveis, agora inseparáveis. Dentre eles surge a noção de afeto. Conforme esclarece Romualdo Baptista dos Santos:

É importante a existência de um ambiente familiar favorável ao desenvolvimento dos laços afetivos, à experiência, ao aprendizado, ao crescimento do ser humano, pois é na família que nos sentimos à vontade para exprimir abertamente os nossos sentimentos e receber os estímulos daqueles que nos cercam; afetar e sermos afetados em um grau de liberdade que não se encontra nas outras espécies de relacionamentos.⁹

É necessário esclarecer, no entanto, que o afeto, enquanto elemento intrínseco ao ser humano, não surgiu no atual estágio evolutivo da sociedade. Com efeito, tal valor sempre se fez presente entre os membros da família. O afeto constitui elemento importante em todas as relações humanas, principalmente, nas relações familiares. Até porque, é no convívio familiar que o ser humano melhor manifesta o afeto um pelo outro. No entanto, a configuração atualmente atribuída ao afeto é a de valor jurídico e, como tal, detentor de proteção jurídica. Na síntese de Romualdo Baptista dos Santos:

A efetividade, assim como a racionalidade é constitutiva dos seres humanos. Por isso, encontra-se na base de toda conduta e, por conseguinte, também da conduta jurídica. Pela mesma razão, a afetividade é também um valor preservado pelo direito, como forma de proteção da própria pessoa humana¹⁰.

Tal esfera de proteção está fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana, que, como já dito, é objeto de expressa previsão constitucional,

⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **DIREITO CIVIL: Parte Geral**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 30.

⁹ SANTOS, Romualdo Baptista. **A Tutela Jurídica da Afetividade**: os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade. Curitiba: Juruá, 2011. p. 153-154.

¹⁰ *Ibidem*. p. 138.

podendo ser encontrado no art. 227, *caput*, da Constituição Federal de 1988, que estabelece ser dever da família, assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, o respeito, à liberdade e a convivência familiar.

Vê-se do artigo transcrito, por outro lado, que o dever da família com relação aos filhos compreende um complexo de providências intimamente interligadas, na medida em que a insuficiência de uma tende a instabilizar a plenitude da outra. Assim, incumbe aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos, de forma a propiciar-lhes um desenvolvimento saudável e harmônico da personalidade.

Não obstante, cada uma dessas providências se desdobra numa série de outras situações, de modo que não se exaure no atendimento de uma única prestação. Nesse sentido, o direito à educação não abrange apenas a escolaridade, “mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se autoafirme”¹¹.

O respeito à dignidade das crianças e adolescente é reafirmada no Art. 15, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90). Como observa Maria Helena Diniz:

O Estatuto rege-se pelos princípios do melhor interesse, paternidade responsável e proteção integral, visando a conduzir o menor à maioridade de forma responsável, constituindo-se como sujeito da própria vida, para que possa gozar de forma plena dos seus direitos fundamentais.¹²

Nesse passo, “negar, nos dias atuais, o valor e a relevância do afeto, consiste negar sua necessidade para implementação da dignidade humana, ou seja, negar o princípio fundamental do Estado Democrático”¹³.

Como quer demonstrar toda essa explanação, o afeto constitui um elemento intrínseco e inseparável do conceito de família, erigindo-se como verdadeiro dever de todos os que compartilham de uma mesma relação familiar, principalmente os pais, haja a vista que os primeiros contatos dos indivíduos e conseqüentemente os primeiros traços de sua formação, são ditados, na grande maioria dos casos, pelos genitores. Portanto, a família deixou de ser um fim em si mesmo passando a ser o *locus* de realização existencial dos seus membros¹⁴, à medida que o afeto tornou-se imprescindível nas relações entre pais e filhos.

Considerando a variada gama de possibilidades de se aferir o afeto nas relações humanas e, conseqüentemente nos laços familiares, escolhemos aquelas havidas entre pais e filhos, tanto pela fácil percepção de sua existência, quanto pela similitude com a matéria versada no acórdão paradigma do Superior Tribunal de Justiça, acima referido.

¹¹ MAGGIONI, Mário Romano. **Abandono Afetivo**: Danos morais na relação paterno-filiais. In ROSA, Conrado Paulino da; CARVALHO, Dimas Messias de; FREITAS, Douglas Phillips (coord). *Dano Moral & Direito das Famílias*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 108, fazendo referência a um caso decidido pela justiça do Rio Grande do Sul.

¹² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2006. p.68.

¹³ ANGELUCI, Cleber Affonso. O amor tem preço? *Revista CEJ*, Brasília, n. 35, p. 47-53, out./dez. 2006.

¹⁴ MACHADO, Gabriela Soares Linhares. Análise doutrinária e jurisprudencial acerca do abandono afetivo na filiação e sua reparação. Disponível em: <[HTTP://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/861](http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/861)>. Acesso em 25-05-2013.

2. ABANDONO AFETIVO PATERNO-FILIAL

Um dos laços onde melhor se verifica a presença, e em consequência onde maior se nota a ausência, dessa relação de afetividade é aquele estabelecido entre pais e filhos. Conforme noticiado anteriormente, essa ligação deixou de ser ditada pela noção de autoridade, para compreender um novo panorama guiado pelo diálogo e por uma maior participação do genitor na criação e educação dos filhos, deixando, por conseguinte de ser um mero provedor.

Percebe-se que, há algum tempo, a paternidade biológica já não é motivo suficiente para a procedência de ações negatórias de paternidades, notadamente quando demonstrado a existência de fortes laços afetivos. Vejamos, ainda, que a própria Constituição (art. 227, §6º) igualou os filhos em direitos e qualificações, não importando se consanguíneos, se adotivos ou até mesmo advindos da sócio afetividade, proibindo, ainda, quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, fato que demonstra a proteção jurídica das relações afetivas entre pais e filhos.

Nesse contexto, pouco importa se a relação paterno-filial é definida pela origem biológica ou não, como é o caso de adoção, “prova cabal de que a convivência vai construindo pouco a pouco, e sua causa primeira é o afeto”.¹⁵

Em decorrência, a ausência, o descaso e a rejeição por um dos genitores ou até mesmo por ambos, violam a honra e a imagem do filho, privando-o do mínimo necessário para uma existência digna. A falta de afeto experimentada pelo filho compromete significativamente o seu desenvolvimento, desencadeando possíveis e irreparáveis danos psíquicos.

Entende-se que, em tais casos, estar-se-á diante de evidente abandono afetivo, ou seja, quando o filho é privado da convivência de um dos genitores, seja pela vontade do próprio faltoso em cumprir com o seu dever de cuidado, seja pelas dificuldades construídas pelo outro genitor, com vistas a impossibilitar o exercício de tal convivência.

Não obstante, a adequada compreensão dos contornos do abandono afetivo paterno-filial deve envolver tanto a importância do afeto nas relações entre pais e filhos, quanto as consequências que a atitude omissiva, de um ou de ambos os genitores, tende a provocar no desenvolvimento da criança e do adolescente.

Os efeitos causados aos filhos em decorrência do abandono afetivo podem ser de diversas ordens, compreendendo desde a ansiedade e o sentimento de abandono até a sensação de culpa pela omissão danosa. Em vista do desamparo, o filho pode, invertendo os polos, considerar-se o próprio causador do dano, e não a vítima. Nos casos de separação, por exemplo, lembram as psicólogas Judht Wallerstein e Sandra Blakeslee, são os filhos quem mais sofrem:

Pois perdem a estrutura familiar que lhes assegura melhor desenvolvimento psíquico, físico e emocional. Consideram-se rejeitados e impotentes, nutrindo um profundo sentimento de solidão, como se os pais tivessem violando as obrigações da paternidade. O divórcio é uma experiência pungente, dolorosa e de longa permanência na memória do filho, que convive com à sensação de estar sozinho no mundo.¹⁶

¹⁵ MADALENO, Rolf Hanssen. Direito de Família em pauta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.19.

¹⁶ WALLERSTEIN, Judht S.; BLAKESLEE, Sandra. **Sonhos e Realidade no Divórcio**: marido, mulher e filhos dez anos depois. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 41.

Por outro lado, não obstante ter efeitos maléficos e indesejáveis, tal descumprimento do dever de cuidado torna-se uma realidade cada dia mais frequente, seja pela desestruturação familiar, seja pelas constantes e mal resolvidas rupturas familiares. Nesse sentido, são precisas as palavras de Rolf Madaleno acerca desse ponto:

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 enfeitado pela incompreensão dos pais.¹⁷

Em igual medida, esclarece Maria Berenice Dias, quando aduz que:

O fim do relacionamento dos pais, não pode levar a cisão dos direitos parentais. O rompimento do vínculo familiar não deve comprometer a continuidade da convivência dos filhos com ambos os genitores. É preciso que eles não se sintam objeto de vingança, em face dos ressentimentos dos pais.¹⁸

São os filhos que mais sofrem nos casos de dissolução conjugal, uma vez que “querendo, ou não, participam dos conflitos e se submetem aos entraves inerentes à dissolução do laço amoroso entre os pais, sofrendo consequências desse enlace”.¹⁹

Um exemplo candente da proteção jurídica do afeto nessas relações é a recente regulamentação da prática denominada alienação parental. A lei nº 12.318/2010 tem como um de seus principais fundamentos, sem dúvida, proteger a relação entre pais e filhos, de um lado auxiliando no desenvolvimento saudável dessa relação, e de outro evitando que um genitor influencie negativa e tendenciosamente, na percepção dos filhos, a imagem do outro. Nesse sentido dispõe o Art. 3º, da referida Lei:

A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda²⁰.

É certo, porém, que nem todos os casos de abandono afetivo, em relação aos filhos, derivam do rompimento da relação dos genitores, uma vez que casos há em que embora haja coabitação, inexistente relação de afetividade. Há outros casos, e não

¹⁷ MADALENO, Rolf Hanssen. O custo do abandono afetivo. Disponível em <http://www.rolfmadaleno.com.br/rs/index.php?option=com_content&task=view&id=943&Itemid=39> Acesso em 24 de abr. 2013.

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.p.429/430.

¹⁹ DIAS, *loc cit.*

²⁰ BRASIL. Lei nº 12.318/2010, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em 25 mai. 2013.

são poucos, que o único laço havido entre os pais, foi tão somente aquele de que resultou o filho.

Em tais casos a relação de afeto não se constrói em sua plenitude, abrindo espaços, como já ressaltado, para a ocorrência de elevados danos aos filhos, mormente psíquicos.

A questão que agora se põe diz respeito a qual a consequência para aqueles que, olvidando de suas responsabilidades, descumprem os deveres de afeto. Em outros termos, uma vez demonstrado que a afetividade constitui um elemento intrínseco e inseparável do conceito atual de família, especialmente na relação entre pais e filhos, bem como que, em decorrência de tal reconhecimento, o ordenamento jurídico procura tutelá-lo, sobretudo para evitar suas desastrosas consequências ao núcleo familiar e, inclusive, à própria sociedade, resta saber quais as sanções impostas àquele que descumpra este dever jurídico.

3 – DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA

A palavra responsabilidade pode ser utilizada para designar várias situações no campo jurídico. Conforme esclarece Sílvio de Salvo Venosa, “o termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual uma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato, ou negócio danoso”.²¹

Em sentido amplo, atribui-se a responsabilidade a um sujeito que tinha o dever de assumir as consequências de um evento ou de uma ação. Destarte, a responsabilidade deve ser encarada como fato ou ato punível ou moralmente reprovável, que viola direito, e por causar danos a outra pessoa, acaba acarretando reflexos no mundo jurídico. Assim, a violação do dever jurídico, como esclarece Sergio Cavaliere Filho, “configura o *ilícito*, que quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano”²². Para o mesmo Autor, o termo responsabilidade civil:

Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. [...] Daí ser possível dizer que toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil.²³

Nesse sentido, é claro o art. 186, do Código Civil, ao estabelecer que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

A responsabilidade civil, por outro lado, conforme anota Romualdo Baptista dos Santos, comporta variadas classificações:

Pode ser contratual ou extracontratual, de acordo com a origem do dever; pode ser direta ou indireta, conforme esteja relacionada à própria conduta do agente ou à conduta de terceira pessoa; pode ser objetiva ou subjetiva, se para sua configuração for necessário indagar sobre a culpa do agente ou se para tanto bastar que seja decorrente de alguma atividade arriscada.²⁴

²¹ VENOSA, Sílvio da Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.1.

²² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010. p.2

²³ FILHO, *loc cit.*

²⁴ SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A Tutela Jurídica da Afetividade**: os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade. Curitiba: Juruá, 2011.p.181.

No que tange a este trabalho, cabe destacar os aspectos da responsabilidade extracontratual e subjetiva, haja vista a inexistência de ato unilateral negocial e de um contrato moral entre pai e filho²⁵. Diz-se que há responsabilidade extracontratual, quando o dever jurídico, que se tem por violado, é imposto pela lei.²⁶ Desse modo, para além de um mero ilícito negocial, a violação do dever imposto configura afronta direta ao próprio sistema jurídico. Diz-se, ainda, que a responsabilidade é subjetiva quando o dano causado à vítima deriva diretamente da conduta do agente.

Surge, nesse passo, a noção de nexo causal, como elemento estruturante da responsabilidade civil. Sem maiores preocupações quanto às teorias sobre o nexo de causalidade, é suficiente esclarecer que entre a conduta do agente e o prejuízo experimentado pela vítima deve existir um liame necessário que interligue ambos os eventos, sem o qual não se poderá falar em responsabilidade civil. Nesse sentido, são esclarecedores os ensinamentos de Sérgio Cavalieri Filho acerca do instituto:

A ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado. [...] um elemento referencial entre a conduta e o resultado. É um conceito jurídico-normativo através do qual poderemos concluir quem foi o causador do dano. Pode-se ainda afirmar que o nexo de causalidade é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil²⁷.

Dessa forma, a configuração da responsabilidade civil, e, em consequência, do dever de indenizar, depende do concurso de determinados fatores, que Romualdo Baptista dos Santos denomina de pressupostos:

Em primeiro lugar, deve-se identificar uma ação apta a produzir o resultado danoso e que pode ser relacionada à culpa do agente ou ao risco decorrente de alguma atividade. No entanto, é necessária a ocorrência de um dano consistente na deterioração do patrimônio do ofendido. Por fim, é necessário estabelecer um nexo de causalidade entre o dano e a ação.²⁸

Portanto, quando da ausência da culpa, do dano e do nexo de causalidade, o dever de indenizar resta descaracterizado, de modo que não há que se falar de responsabilidade civil.

Por outro lado, torna-se pertinente também abordar a responsabilidade civil no que tange ao tipo de dano causado, “sem o qual não se pode sequer supor o dever de indenizar”.²⁹ Assim, é possível se falar em dano material ou moral.

Embora o vocábulo dano geralmente esteja associado à ideia de patrimônio, nos últimos tempos, passou-se a defender também a existência, e a consequente indenizabilidade, de danos morais, fundamentados na violação dos direitos da personalidade³⁰, inclusive se admitindo a cumulação com danos materiais.

Carlos Roberto Gonçalves, nesse sentido, esclarece ser possível diferenciar os danos:

²⁵ SKAF, Samira. Responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo paterno-filial. Disponível em: <[HTTP://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/766](http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/766)>. Acesso em 25-05-2013.

²⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010. p.15.

²⁷ *Ibidem*, p.47.

²⁸ SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A Tutela Jurídica da Afetividade**: os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade. Curitiba: Juruá, 2011. p.181.

²⁹ SANTOS, *loc.cit.*

³⁰ *Ibidem*, p.182.

Patrimoniais (ou materiais), de um lado, dos chamados danos extrapatrimoniais (ou morais), de outro. Material é o dano que afeta somente o patrimônio do ofendido. Moral é o que só ofende o devedor como ser humano, não lhe atingindo o patrimônio.³¹

Atualmente, portanto, o dano decorrente de um ato ilícito pode ser aferido tanto pela ótica patrimonial quanto pela extrapatrimonial. Aliás, é no dano moral que se concentram as principais discussões no campo da responsabilidade civil³², como a própria justificativa em elaborar este trabalho tende a demonstrar.

Cabe destacar neste ponto que a diferença entre dano moral e material não reside apenas na natureza do bem jurídico violado, mas também, e talvez de forma até mais incisiva, no mecanismo de reparação do dano. No dano material, busca-se ressarcir o prejuízo efetivamente experimentado pela vítima, consubstanciado nos conceitos de danos emergentes e lucros cessantes.

No dano moral, ante a impossibilidade de se atribuir valor aos caracteres da personalidade, tenta-se, tão somente, compensar a vítima pelo dano sofrido. Reside aqui, talvez, a principal dificuldade para o julgador em se tratando de reparação de danos, qual seja, a de fixar qual o valor suficiente para reparar adequadamente o dano verificado. Afirmo Sergio Cavaliere Filho que “cabe ao juiz de acordo com seu prudente arbítrio, atentando para repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano moral”³³. Aduz ainda o Autor que:

A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, ou mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano [...]. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômico do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes.³⁴

Em todo caso encarrega-se a responsabilidade civil de promover a reparação dos danos materiais ou morais causados ao patrimônio físico ou jurídico das pessoas.

Feitas essas considerações, passemos agora a destacar os meandros que circundam a responsabilidade civil em decorrência de um abandono afetivo. Antes, porém, cabe ressaltar que a responsabilidade civil no Direito das Famílias é uma questão que há muito vem sendo discutida. Deparamo-nos, em diversas ocasiões, com exaltados discursos em torno da possibilidade de responsabilização por fatos provenientes das relações familiares, sejam nos relacionamentos, e aí não importa a natureza do vínculo, se hetero ou homoafetivo, se de matrimônio ou união estável, inclusive em relacionamentos extraconjugais, seja no tocante às relações de

³¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, vol.4: responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.311.

³² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010. p. 61 *et seq.*

³³ *Ibidem*, p.96.

³⁴ *Ibidem*, p. 97-98.

parentesco, e aí ganha destaque aspectos ligados ao fornecimento de alimentos, entre outras.

Em relação ao abano afetivo, porém, tendo em vista que a existência de um dano pressupõe uma conduta, bem como que essa conduta, para este fim, deve está qualificada pela omissão de um dever, é premente destacar em que dever jurídico se assenta aquele que impõe a prática do afeto. Surge, neste ponto, o poder familiar.

Decorrente do Direito natural, o instituto do poder familiar corresponde ao “conjunto de direitos e deveres que o ordenamento jurídico atribui aos pais, responsabilizando-os pela educação e administração dos bens dos filhos menores, sejam eles oriundos ou não do matrimônio, até atingirem a maioridade”³⁵.

O Código Civil, em seus arts. 1630 e 1638, estabelece diversas diretrizes acerca de tal instituto, como a quem o compete, os seus contornos e quando se extingue. No entanto, é oportuno esclarecer que a noção atual que os tribunais têm atribuído ao poder familiar vai além da mera disposição literal do texto legal.

Isso porque, já se reconhece, como visto alhures, que os deveres dos pais não se restringem a prestações materiais. A extensão do conceito de poder familiar transcende, com efeito, aos deveres de educação, saúde, lazer, administração dos bens.

Atualmente, sob o estandarte da dignidade da pessoa humana no contexto das relações familiares, tem-se entendido que o escopo do poder familiar está ligado ao crescimento físico e psicologicamente saudável dos filhos. Compreendendo a necessidade de proporcionar-lhes um ambiente saudável, no qual possam experimentar uma noção adequada dos laços afetivos característicos da entidade familiar. Nesses termos, já se manifestou o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), no excerto abaixo:

[...] O que efetivamente viabiliza o direito/dever do exercício do poder familiar não é simplesmente um querer, mas sim a efetiva comprovação de capacidade material, afetiva e psicológica para auxiliar o menor no desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social nos termos do art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente.³⁶

O adequado delineamento do poder familiar, portanto, perpassa pela noção de afeto, como elemento estruturante da própria relação familiar. Destarte, a violação do dever afetivo, além das consequências danosas ao desenvolvimento dos filhos, enseja o descumprimento do dever jurídico, consubstanciado no poder familiar.

Tem-se, assim, demonstrado que a omissão no dever de afeto amolda-se perfeitamente ao conceito de ato ilícito para fins de responsabilidade civil. Resta analisar quais as consequências do descumprimento desse dever, ou seja, em sendo descumprida esta gama de providências a cargo dos pais, quais seriam as sanções a lhes serem imputadas.

4 – DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO. ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242-SP.

³⁵ CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano Moral no Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 207.

³⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios Acórdão n.632816, 20110130032347APC, Relator: João Egmont, Revisor: Luciano Moreira Vasconcellos, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 31/10/2012, Publicado no DJE: 09/11/2012. Pág.: 207

Como visto, o dever de afeto é ínsito ao conceito de poder familiar, e sua violação é passível de sanção, em decorrência, não só do descumprimento da norma legal, como também pelos danos morais sofridos pelos filhos. Resta, porém, discutir qual a natureza da sanção decorrente desse ato ilícito.

A primeira possibilidade que se vislumbra é a própria perda do poder familiar. Essa, inclusive, é a alternativa do Código Civil, que no seu art. 1.638, inciso II, prevê como causa para perda do poder familiar “deixar o filho em abandono”. É certo, que a expressão abandono deve compreender não só os casos de abandono material, haja vista que o afeto conforme já visto é elemento intrínseco do conceito atual de família. Assim, a omissão no dever de afeto poderá dar ensejo à perda do poder familiar.

Não obstante, ainda que se admita a perda do poder familiar como punição àquele que descumpre os deveres de afeto e cuidado, impõe-se perquirir se tal punição é suficiente.

Não é difícil perceber que o genitor faltoso com os seus deveres, não se sentirá efetivamente sancionado com a tão só perda do poder familiar. Ademais, do ponto de vista do poder familiar como encargo atribuído aos pais, a sua perda, como sanção, acaba, paradoxalmente, por premiar aquele que o descumpre. Conforme esclareceu a ministra Nancy Andriighi no RE nº 1.159.242-SP, a perda do poder familiar “tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malcuidado recebido pelos filhos”³⁷.

Tem-se, assim, que a mera perda do poder familiar não é a medida sancionatória adequada para tutelar e impedir violações do dever de afeto nas relações entre pais e filhos.

Surge, neste ponto, a questão da possibilidade de se perquirir uma compensação por dano moral fundado nesse descumprimento do dever de convivência entre pais e filhos.

A criança e o adolescente, enquanto sujeitos merecedores da tutela jurídica, requerem uma solução positiva do Estado para os casos em que há omissão por qualquer dos genitores no cumprimento dos deveres decorrentes do poder familiar. Conforme anota Aline Biasuz Suarez Karow, os “filhos do abandono e da indiferença passaram a bater às portas do judiciário para reclamar uma resposta as suas dores”.³⁸

Assim, com fundamento no macroprincípio da dignidade da pessoa humana e amparado no princípio da afetividade, alguns tribunais pátrios têm se manifestado favoravelmente à admissibilidade da reparação civil do dano moral provocado pelo descumprimento do dever de convivência familiar. No entanto, esta questão continua dissente tanto no judiciário quanto na doutrina.³⁹

Sem embargo das constantes demandas judiciais buscando uma satisfação monetária como compensação a um dano afetivo, as vozes não são uníssonas

³⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **RESP 1159242/SP**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012.

³⁸ KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono afetivo**: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. Curitiba: Juruá, 2012.p.162.

³⁹ MACHADO Gabriela Soares Linhares. **Análise doutrinária e jurisprudencial acerca do abandono afetivo na filiação e sua reparação**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/861>. Acesso em 02/05/2013.

acerca de seu cabimento. Nesse sentido, é o magistério de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

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 pretensão dano moral.⁴⁰

A jurisprudência pátria sempre foi muito reticente acerca dessa possibilidade compensatória. Vejamos, a propósito, alguns julgados de nossos tribunais que confirmam a assertiva:

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.⁴¹

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO. DANOS MORAIS REJEITADOS. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO. I. Firmou o Superior Tribunal de Justiça que "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" (Resp n. 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 29.11.2005). II. Recurso especial não conhecido.⁴² (STJ – Resp nº 514350/SP, 4ª Turma, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Julgamento em 28-04-2009, DJe de 25-05-2009)

APELAÇÃO CÍVEL. REPARAÇÃO DE DANOS. ABANDONO PATERNO. 1. O abandono afetivo pelo pai não enseja compensação de dano moral aos filhos. 2. Ambos os pais são responsáveis pelas despesas necessárias ao sustento e educação dos filhos, sendo que a exigência do adimplemento dessa obrigação deveria ter sido feita oportunamente em ação de alimentos. 3. Incabível indenização de dano material sem prova do prejuízo alegado.⁴³

DIREITO CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABANDONO AFETIVO PELO GENITOR. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO. MEIO NÃO CABÍVEL PARA COMPENSAR OU SANCIONAR A AUSÊNCIA DE SUPORTE MATERIAL OU AFETIVO. 1. Incabível indenização por danos morais decorrentes de abandono afetivo quando não for possível aferir-se a efetiva ocorrência de prejuízo moral causado pela ausência do pai ou não comprovado ato ilícito, notadamente porque não restaram violados quaisquer direitos da personalidade. Precedentes do TJDF e do STJ. 2. O ordenamento jurídico, conquanto possa garantir à autora os

⁴⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito Das Famílias. 3 ed.rev.ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.118.

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – **REsp nº 757.411/MG**, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Julgamento em 29-11-2005, DJe 27-03-2006.

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp nº 514350/SP**, 4ª Turma, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Julgamento em 28-04-2009, DJe de 25-05-2009.

⁴³ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão **n.437292**, 20050410025043APC, Relator: FERNANDO HABIBE, Revisor: ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 04/08/2010, Publicado no DJE: 09/08/2010. Pág.: 77.

direitos decorrentes da filiação, tais como pensão alimentícia, nome, direitos sucessórios - passíveis de obtenção pelas vias adequadas, não exige do genitor a obrigação de amor, carinho e afeto, que são sentimentos que somente se desenvolvem com o convívio no seio familiar, mormente porque a situação delineada nos autos aponta exatamente a dificuldade de aproximação de ambos. 3. Recurso conhecido e desprovido.⁴⁴

Esclarecem ainda Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, que “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”.⁴⁵

Na linha de tal entendimento, faltando afeto entre pai e filho ou entre os demais familiares, deveriam ser observados os institutos postos à disposição no próprio Direito de Família, com vistas a solucionar o mencionado problema, haja vista inexistir disposição expressa no Código Civil, prevendo a possibilidade de tal indenização compensatória.

No entanto, se o direito de família, como já dito, procura tutelar novas formas de manifestações familiares, deve, em igual medida, estabelecer novas maneiras de sancionar aquele que, por ventura, descumpra suas disposições.

A alegação de ausência de disposição expressa no Código Civil não é motivo suficiente para excluir a possibilidade de indenização compensatória, uma vez que os pressupostos de cabimento podem ser extraídos do próprio sistema normativo, especialmente da Constituição Federal. Vejamos, por pertinente, o entendimento de Lizete Peixoto Xavier Schuh:

O silêncio da lei, por si só, não é motivo bastante para arrefecer a necessidade do ser humano em buscar a felicidade. Tímida e, por vezes, preconceituosa, a justiça deve encontrar as possíveis soluções àqueles que batem a sua porta, visto que é da essência humana o permanente conflito na busca da satisfação pessoal. Tal situação exige que a tutela jurisdicional invocada esteja alerta para atender toda espécie de demanda, dando a resposta justa, mesmo àquelas de caráter eminentemente subjetivo, como é o caso das indenizações por abandono afetivo, as quais adentram no campo da responsabilidade civil.⁴⁶

A questão veio a tomar outras proporções no ano de 2012, quando o Superior Tribunal de Justiça, superando precedentes anteriores, introduziu uma nova sistemática de sancionamento por abano afetivo, admitindo expressamente a possibilidade da indenização compensatória.

O caso paradigma, já referido acima, é o Recurso Especial nº 1.159.242-SP, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, cuja ementa pedimos vênias para transcrever:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade

⁴⁴ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Acórdão n. 534064**, 20080710316235APC, Relator: SANDOVAL OLIVEIRA, Revisor: FERNANDO HABIBE, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 06/09/2011, Publicado no DJE: 22/09/2011. Pág.: 123

⁴⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Das Famílias*. 3 ed.rev.ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.118.

⁴⁶ SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, v.8, n. 35, abril/maio 2006. p. 61.

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, exurgindo, 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 provido⁴⁷.

Na novel decisão, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) analisou, sob o voto condutor da Ministra Relatora, os elementos constitutivos da responsabilidade civil, concluindo, ainda que por maioria, pela possibilidade de fixação de dano moral, em decorrência de abandono afetivo. Fixamos a seguir os principais argumentos que sustentaram tal entendimento.

Quanto à ausência de cuidado e afeto nas relações familiares caracterizar-se como ato ilícito, assentou a Ministra Relatora que:

O desvelo e atenção à prole não podem mais ser tratadas [sic] 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 cidadania⁴⁸.

À luz de tais argumentos, considerou a Relatora que o cuidado, enquanto valor jurídico, é fundamental para a formação do menor, não se tratando mais de um elemento intangível, visto tratar-se de algo passível de verificação quanto ao seu cumprimento, descumprimento, parcial cumprimento, como qualquer obrigação legal.

Nesse caso a obrigação de cuidar diferencia-se da noção de amor, por ser marcada por elementos objetivos, que permitem a “possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais”. Em síntese, “Amar é faculdade, cuidar é dever”.

Nesse passo, afirma a Relatora que “negar ao cuidado o *status* de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente”, cristalizada na parte final do art. 227, da Constituição Federal, que

⁴⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **RESP 1159242/SP**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012.

⁴⁸ _____. **RESP 1159242/SP**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012.

estabelece ser dever dos pais protegerem os filhos de toda forma de negligência. Afirma, em seguida a Relatora que:

A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica, por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese o *non facere* que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal.⁴⁹

No tocante às excludentes de ilicitude, com fundamento no distanciamento, mormente quando a relação entre os genitores é marcada por mágoas e desavenças, bem como quando a distância é fator que agrava a ausência de relacionamento entre pais e filhos, assentou a Relatora que:

O torvelinho de situações práticas da vida moderna não toldam plenamente a responsabilidade dos pais naturais ou adotivos, em relação a seus filhos, pois, com a decisão de procriar ou adotar, nasce igualmente o indelegável ônus constitucional de cuidar. Apesar das inúmeras hipóteses que poderiam justificar a ausência de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, não pode o julgador se olvidar que deve existir um núcleo mínimo de cuidados parentais com o menor que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.⁵⁰

Passada a questão da ilicitude do ato, em relação à existência do dano, fixou, a Ministra Nancy Andrighi, ser inegável a existência de sofrimento, mágoa e tristeza, decorrentes das omissões no dever de cuidado e afeto que acompanharão o indivíduo *ad perpetuam*. No caso submetido ao julgamento da Corte, além do abandono do genitor, o filho enjeitado viu-se ainda discriminado quando em relação ao restante da prole, fato que, no dizer da Ministra, caracterizou o dano *in re ipsa*, preenchendo, assim, o último elemento da responsabilidade civil, qual seja o nexo causal.

O caso paradigma como se pode perceber desta singela análise, não solucionou todos os problemas identificáveis numa ação dessa natureza. No entanto, sinalizou para uma nova direção, que tende a prestigiar com maior ênfase a valorização do afeto na construção do conceito atual de família.

Não se trata, portanto, de solucionar as controvérsias existentes no âmbito da responsabilidade civil no direito de família, mas de trazer para o discurso outros elementos, antes esquecidos nas decisões judiciais. Trata-se, em suma, de prestigiar os novos valores que permeiam as relações familiares neste século, os quais, como vimos no transcórrer deste trabalho, derivam da aplicação direta do princípio da dignidade da pessoa humana no Direito de Família.

⁴⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **RESP 1159242/SP**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012.

⁵⁰ _____. **RESP 1159242/SP**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012.

CONCLUSÃO

Podemos afirmar, à guisa de conclusão, que o conceito de família na atualidade é ditado por caracteres inerentes ao princípio da dignidade humana. Os novos valores agregados ao seu contexto transformaram as relações entre seus membros, impondo-lhes a observância de novas atitudes, que, se antes eram desprezadas, e hoje são inseparáveis.

O conceito de afeto e cuidado ganharam contornos jurídicos no contexto das relações familiares. Para além de sentimentos puramente subjetivos, tornaram-se passíveis de valoração objetiva, quanto à sua presença ou ausência. Tais valores inclusive são vistos, hoje, como inerentes ao poder familiar, de modo que a sua ausência acarreta o próprio descumprimento do dever existente nas relações entre pais filhos.

Por outro lado, as ações ajuizadas visando uma reparação compensatória pelo desprezo na relação de proximidade entre genitor e prole passaram a ser tidas não mais como incabíveis, mas como possíveis, em sendo demonstrado efetivo descumprimento desse dever de cuidado. Não se trata de valorar o amor e o sentimento, mas de prestigiar o cuidado e o afeto, enquanto inerentes à relação familiar.

AFFECTIVE PATERNAL-FILIAL ABANDONMENT Valuation or monetization of family relationships

Abstract: The concept of family has been constantly expanded by adding new values, headed by the principle of human dignity. This constant change also reflects a reassessment of the behaviors of the members making up the household. Amounts previously unimaginable are now inseparable from its current configuration. Care, warmth, presence, contempt, no longer have subjective bias and objective valuation take came, including verifiable in court. The judiciary, in turn, constantly urged to rule on conflicts affective relationships among family began to adopt a more prolific when it comes to full realization of these values.

Key words: Family. Emotional distance. Moral damages.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ¹LÔBO, Paulo Luiz Netto. **DIREITO CIVIL: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ²FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3. ed. rev., ampl., e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- ³ALEIXO, Klelia Canabrava; PEREIRA, Lusia Ribeiro. **Família e seus filhos: desafios da pós-modernidade**. In ASSIS, Zamira de (coord.). *Família em perspectiva: uma abordagem Multidisciplinar*. Curitiba: Juruá, 2012.
- ⁴BARROS, Sérgio Resende de. **Ideologia da família. Disponível em** <<http://www.srbarros.com.br/pt/a-ideologia-do-afeto.cont>>. Acesso em: 25-05-2013.
- ⁵SANTOS, Romualdo Baptista. **A tutela jurídica da afetividade: os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade**. Curitiba: Juruá, 2011.
- ⁶FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro**. 2.ed. rev.e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ⁷KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**. Curitiba: Juruá, 2012.
- ⁸LÔBO, Paulo Luiz Netto. **DIREITO CIVIL: Parte Geral**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ⁹SANTOS, Romualdo Baptista. **A Tutela Jurídica da Afetividade: os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade**. Curitiba: Juruá, 2011.
- ¹⁰_____. **A Tutela Jurídica da Afetividade: os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade**. Curitiba: Juruá, 2011.
- ¹¹MAGGIONI, Mário Romano. **Abandono Afetivo: Danos morais na relação paterno-filiais**. In ROSA, Conrado Paulino da; CARVALHO, Dimas Messias de; FREITAS, Douglas Phillips (coord). *Dano Moral & Direito das Famílias*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- ¹²DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ¹³ANGELUCI, Cleber Affonso. O amor tem preço? *Revista CEJ*, Brasília, n. 35, p. 47-53, out./dez. 2006.
- ¹⁴MACHADO, Gabriela Soares Linhares. **Análise doutrinária e jurisprudencial acerca do abandono afetivo na filiação e sua reparação**. Disponível em: <<HTTP://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/861>>. Acesso em 25-05-2013.
- ¹⁵MADALENO, Rolf Hanssen. **Direito de Família em pauta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

- ¹⁶WALLERSTEIN, Judith S.; BLAKESLEE, Sandra. **Sonhos e Realidade no Divórcio**: marido, mulher e filhos dez anos depois. São Paulo: Saraiva, 1991.
- ¹⁷MADALENO, Rolf Hanssen. O custo do abandono afetivo. Disponível em <http://www.rolfmadaleno.com.br/rs/index.php?option=com_content&task=view&id=943&Itemid=39> Acesso em 24 de abr. 2013.
- ¹⁸DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- ¹⁹_____. **Manual de direito das famílias**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- ²⁰BRASIL. Lei nº 12.318/2010, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em 25 mai. 2013.
- ²¹VENOSA, Sílvio da Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- ²²CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.
- ²³_____. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.
- ²⁴SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A Tutela Jurídica da Afetividade**: os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade. Curitiba: Juruá, 2011.
- ²⁵SKAF, Samira. Responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo paterno-filial. Disponível em: <[HTTP://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/766](http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/766)>. Acesso em 25-05-2013.
- ²⁶CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.
- ²⁷_____. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.
- ²⁸SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A Tutela Jurídica da Afetividade**: os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade. Curitiba: Juruá, 2011.
- ²⁹_____. **A Tutela Jurídica da Afetividade**: os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade. Curitiba: Juruá, 2011.
- ³⁰_____. **A Tutela Jurídica da Afetividade**: os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade. Curitiba: Juruá, 2011.

- ³¹GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, vol.4: responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ³²CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.
- ³³_____. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.
- ³⁴_____. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.
- ³⁵CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano Moral no Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ³⁶BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios Acórdão n.632816, 20110130032347APC, Relator: João Egmont, Revisor: Luciano Moreira Vasconcellos, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 31/10/2012, Publicado no DJE: 09/11/2012. Pág.: 207.
- ³⁷BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **RESP 1159242/SP**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012.
- ³⁸KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono afetivo**: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. Curitiba: Juruá, 2012.
- ³⁹MACHADO Gabriela Soares Linhares. **Análise doutrinária e jurisprudencial acerca do abandono afetivo na filiação e sua reparação**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/861>. Acesso em 02/05/2013.
- ⁴⁰FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito Das Famílias. 3 ed.rev.ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- ⁴¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – **REsp nº 757.411/MG**, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Julgamento em 29-11-2005, DJe 27-03-2006.
- ⁴²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp nº 514350/SP**, 4ª Turma, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Julgamento em 28-04-2009, DJe de 25-05-2009.
- ⁴³DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão **n.437292**, 20050410025043APC, Relator: FERNANDO HABIBE, Revisor: ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 04/08/2010, Publicado no DJE: 09/08/2010. Pág.: 77.
- ⁴⁴DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Acórdão n. 534064**, 20080710316235APC, Relator: SANDOVAL OLIVEIRA, Revisor: FERNANDO HABIBE, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 06/09/2011, Publicado no DJE: 22/09/2011. Pág.: 123

- ⁴⁵FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Das Famílias*. 3 ed.rev.ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- ⁴⁶SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, v.8, n. 35, abril/maio 2006.
- ⁴⁷BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **RESP 1159242/SP**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012.
- ⁴⁸_____. **RESP 1159242/SP**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012.
- ⁴⁹BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **RESP 1159242/SP**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012.
- ⁵⁰_____. **RESP 1159242/SP**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012.