XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES I

SERGIO PEREIRA BRAGA

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

TEREZA CRISTINA MONTEIRO MAFRA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito de família e sucessões I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadores: Sergio Pereira Braga, Tereza Cristina Monteiro Mafra, Valéria Silva Galdino Cardin – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-306-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito de Família. 3. Direito das Sucessões. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES I

Apresentação

Esta obra condensa os artigos selecionados, apresentados e debatidos no XXV Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado na cidade de Curitiba/PR, entre os dias 7 a 10 de dezembro de 2016, proporcionando visibilidade à produção científica na seara jurídica acerca das mais diversas temáticas, em especial, aquelas controvertidas e originais, tendo por objetivo integrar e divulgar as linhas de pesquisa, os trabalhos desenvolvidos nos programas de especialização, mestrado e doutorado, bem como possibilitar a troca de experiências entre os pesquisadores e as instituições de ensino superior.

Os trabalhos aprovados exploraram o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito frente à cidadania e ao desenvolvimento sustentável. Considerando a extensão do tema, o grupo de trabalho de Direito de Família e Sucessões I, ao qual honrosamente participamos como coordenadores da mesa, concentrou sua abordagem ao âmbito familiar e aos reflexos jurídicos e sociais que dele refletem, como os direitos sucessórios.

Nessa perspectiva, foram contemplados, sob a ótica do Direito das Famílias e Sucessões, temas referentes à advocacia colaborativa, à reprodução humana assistida, à tutela jurídica das famílias simultânea e poliafetiva, ao abandono afetivo, à adoção intuitu personae, ao imposto de renda na pensão alimentícia, à liberdade de testar, à mediação familiar, à multiparentalidade forçada, dentre outros.

Representado o maior evento de pesquisa jurídica do Brasil, o CONPEDI visa estimular a reflexão e a quebra de paradigmas relacionados aos mais diversos assuntos entre especialistas, mestrandos, mestres, doutorandos e doutores. Para tanto, possibilita a apresentação de artigos, de pôsteres, assim como de palestras, buscando a consolidação de uma sociedade mais justa, especialmente a partir do reconhecimento da entidade familiar como flexível, mutável e essencial ao pleno desenvolvimento do ser humano.

Profa. Dra. Valéria Silva Galdino Cardin - UEM e UNICESUMAR

Prof. Dr. Sergio Pereira Braga - UNINOVE

Profa. Dra. Tereza Cristina Monteiro Mafra - FDMC

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO E A DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA SOBRE AS CONDENAÇÕES

THE CIVIL LIABILITY DUE TO EMOTIONAL ABANDONMENT AND THE DOCTRINAL DIVERGENCE ABOUT THE CONVICTIONS

Roberto Alves de Oliveira Filho [1]
Ana Luiza Figueira Porto [2]

Resumo

Dada a importância da presença dos pais para o salutar desenvolvimento da criança e do adolescente e dos filhos em relação aos cuidados com os pais idosos, o abandono afetivo pode gerar prejuízos de ordem imaterial a pessoa, circunstância que merece implicação jurídica à luz da Constituição Federal de 1988, que tem como princípio a proteção da dignidade da pessoa humana. Os deveres dos pais e dos filhos decorrentes da paternidade responsável não se restringem apenas ao suporte material, alcançando também o cuidado moral e afetivo.

Palavras-chave: Responsabilidade civil, Dano moral, Abandono afetivo

Abstract/Resumen/Résumé

Given the importance of the presence of the parents for the healthy development of children and adolescents and the sons in relation to caring of the elderly parents, emotional abandonment can generate losses of intangible order to the person, circumstance that merits legal implication in the light of the Federal Constitution of 1988, which its primary principle is the protection of the dignity of the human person. The duties of parents and sons resulting of responsible parenting are not restricted only to material support, reaching also affective and moral care.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Liability, Moral damage, Emotional abandonment

[1] Mestrando em Direito Civil pela FCHS UNESP Franca. Pós-graduando lato sensu em Direito Civil pela Universidade de São Paulo - FDRP USP. Especialista em Direito Contratual pela Universidade de Salamanca.

[2] Mestranda em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Franca

INTRODUÇÃO

A formação da identidade do ser humano decorre das influências e dos vínculos criados ao longo da vida. Nas relações familiares, estes vínculos são ainda mais preciosos, pois é no ambiente familiar que o ser humano incorpora o primeiro sentimento de pertencer, aprendendo a se relacionar com outras pessoas e a criar laços afetivos, desenvolvendo o sentimento de confiança e convivência.

Os pais e os filhos são os protagonistas deste constante aprendizado. Desde o primeiro contato estabelecem laços afetivos que refletirão ao longo de toda a vida do indivíduo, inclusive na sua forma de ser e de se portar perante as próximas gerações no núcleo familiar.

Na perspectiva da criança, os pais são vistos como heróis, os quais buscam seguir e ser iguais a eles em seus exemplos. São os pais que apresentam o que há de bom e ruim no mundo, o que é o certo e o que é errado e como se deve agir em determinada situação, revelando-se assim indispensável a sua influência na formação da personalidade da pessoa como indivíduo.

Os pais, quando idosos, enxergam nos filhos crescidos o amparo necessário para superação das dificuldades da vida, muitas vezes dedicada à sua criação e sustento ou mesmo a companhia familiar de quem mais se espera carinho, consideração e respeito.

O que ocorre, no entanto, quando este vínculo afetivo é cortado ou nem mesmo é estabelecido? Sem sombra de dúvidas, pode-se afirmar que há consequências negativas para a criança em formação, que depende da presença dos pais para o seu desenvolvimento, bem como dos pais idosos que muitas vezes dependem dos filhos para ter uma vida digna.

A assistência moral e afetiva representa importante elemento para o adequado desenvolvimento dos filhos. A sua ausência gera danos irreparáveis, capazes de comprometer toda existência do indivíduo. Portanto quando há rompimento desses vínculos, as consequências podem ser extremamente prejudiciais para a criança, afetando a sua autoestima e a maneira com que se relacionam no meio social.

Partindo-se da disciplina da responsabilidade civil, o presente estudo tratará do abandono afetivo paterno-filial e do abandono afetivo inverso, além da possibilidade de reparação do dano por meio de indenização. Para tanto, será apresentado o instituto do abandono afetivo e na sequência, os deveres dos pais e dos filhos a partir do princípio da paternidade responsável.

O intuito desta abordagem é demonstrar que o abandono afetivo pode ser ensejador de dano moral, pois ofende os direitos da personalidade, consequentemente atentando contra a dignidade da pessoa humana, visto que alguns tribunais entendem que esse tipo de dano é resultante de uma omissão dos pais ou dos filhos nos seus deveres, o qual deve ser compensado.

As discussões no âmbito do Direito de Família sobre abandono afetivo paterno e inverso tem procurado analisar os fatores que geram tais situações e formas para resolvê-las ou inibi-las. Com efeito, o objetivo do presente artigo é também analisar a efetividade da indenização nos casos de abandono afetivo paterno e inverso.

A possibilidade de reparação civil do dano moral por abandono afetivo através de indenização será analisada com base no estudo da doutrina e jurisprudência favoráveis e contrárias.

Para se atingir os objetivos desta pesquisa, será realizado inicialmente um estudo sobre os fundamentos doutrinários e legais do abandono afetivo à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Por conseguinte, será realizada uma abordagem sobre as consequências do abandono afetivo paterno e inverso, demonstrando-se os danos causados e as divergências jurisprudenciais quanto à ocorrência do dano moral.

Recobre-se de significativa importância a reflexão sobre este tema e a análise das possíveis formas de amenizar os danos decorrentes por abandono afetivo, visto que inexiste qualquer dispositivo legal que discipline especificamente o assunto, restando ao julgador se valer de princípios jurídicos para fundamentar as suas decisões.

Metodologia

Dada à complexidade do referido trabalho, a adoção de apenas um único método científico é insuficiente para garantir a objetividade necessária ao tratamento dos fatos sociais e dos institutos jurídicos que serão tratados.[1]

Sendo assim, além dos métodos tradicionais, dentre os quais estão o hipotético-dedutivo[2] e o método analógico[3], privilegiarão esta pesquisa os métodos, dialético[4] e comparativo[5].

[1] Nesse sentido é oportuno considerar as palavras de Vladmir Kourganoff: "A ciência de nossos dias é uma realidade complexa, difícil de formular numa definição geral. Sentimo-nos quase tentados a dizer, com Pelseneer, que se trata de uma noção confusa. É, ao mesmo tempo, uma atitude em face da natureza, um conjunto de conhecimentos, um método de explicação e ação [...] ou, mais simplesmente, a atividade a que se dedicam cientistas e investigadores científicos". KOURGANOFF, Vladmir. **A pesquisa científica.** Trad. J. Guinsburg. – São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1961. p. 44.

A pesquisa a ser desenvolvida, será bibliográfica, pois como aduz Eduardo de Oliveira Leite, no campo jurídico, a pesquisa bibliográfica é o método por excelência de que dispõe o pesquisador, sem com isso esgotar as outras manifestações metodológicas.[6]

Dessa forma, serão consideradas fontes para essa pesquisa, todas aquelas possíveis na pesquisa jurídica de natureza bibliográfica e documental, quais sejam a legislação, doutrina, jurisprudência e no que tange ao estudo de direito comparado, doutrinas estrangeiras e as convenções internacionais que regem o tema especificamente.

As fontes de pesquisa, para Eduardo Marchi representam todo material que possibilita uma análise direta, sem intermediação do objeto do trabalho científico a ser investigado, consistindo-se primariamente em documentos originais, legislação e jurisprudência.[7]

Superada a parte introdutória e metodológica do presente trabalho, será feito o seu desenvolvimento.

O CONCEITO DE FAMÍLIA À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

---

[2] O método hipotético-dedutivo preconiza que toda pesquisa científica origina-se de um problema, para o qual se busca uma solução através de tentativas (conjecturas, hipóteses, teorias) e da eliminação de erros através de testes. Portanto, a pesquisa científica que adota este método tem início com um problema, o qual deve ser descrito de forma precisa. A partir de então, busca-se identificar outros conhecimentos e instrumentos relevantes ao problema, que poderão contribuir para a sua resolução. Superada essa fase, o pesquisador procede à observação, testando os conhecimentos e instrumentos antes identificados. Nessa fase é observado um determinado objeto da pesquisa. O contexto da descoberta opera em nível experimental e posteriormente, tem-se a formulação de hipóteses, ou "descrições-tentativa". Esse contexto metodológico abre espaço para interpretações inovadoras. KÖCHE, José Carlos. **Fundamentos da metodologia científica: teoria da ciência e iniciação à pesquisa.** 30. ed. – Petrópolis: Vozes, 2012. p. 70-73.

[3] O raciocínio por analogia consiste em uma forma particular de indução, na qual se verifica a presença de um elemento em determinada situação que é semelhante a outra situação já constatada. Nesse sentido: OLIVEIRA, Silvio Luiz de. **Tratado de metodologia científica.** 2. ed. – São Paulo: Thomson Learning, 2002. p. 91.

[4] O método dialético reconhece a dificuldade de se apreender o real, em sua determinação objetiva, por isso a realidade é construída diante do pesquisador por meio das noções de totalidade, mudança e contradição. A noção de totalidade refere-se ao entendimento de que a realidade é interdependente e relacionada aos fatos e fenômenos que a constitui, ao passo que a noção de mudança compreende que a natureza e a sociedade estão em constante reestruturação, podendo tais mudanças serem quantitativas, bem como qualitativas. Por sua vez, a contradição figura como o motor da mudança, devendo ser constante e intrínseca à realidade. Logo, as relações entre os fenômenos ocorrem num processo de conflitos que geram novas situações na sociedade. DINIZ, Célia Regina; BARBOSA DA SILVA, Iolanda. **Metodologia científica**. 21. ed. – Natal: Eduep, 2008. p. 84-85.

[5] É o método básico e indispensável na procura de regularidades ou leis. Exige a visão externa e o uso da linguagem de dados da comunidade científica, pois é inútil comparar coisas incomparáveis, exigindo a identificação de condições limites, além combinar com o método histórico. MILLER JR, Tom Oliver. **Métodos e técnicas de pesquisa nas ciências antropológicas**. – Natal: Editora da UFRN, 1991. p. 16.

[6] LEITE, Eduardo de Oliveira. **Monografia jurídica**. 3. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 59.

[7] MARCHI, Eduardo. **Guia de metodologia jurídica**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009. p. 138.

Os movimentos sociais observados na contemporaneidade indicam a contínua necessidade do reajuste do Direito em geral e especialmente do Direito Civil, como regulador das relações interpessoais. Buscando atender às aspirações da sociedade brasileira, as disposições na Constituição Federal de 1988 alteraram qualitativamente o conteúdo das categorias envolvidas pelo Direito Civil.

A nova Carta constitucional passou a recepcionar temas que na dicotomia tradicional eram restritos ao Código Civil, provocando alterações fundamentais no sistema do Direito Civil clássico.

Gustavo Tepedino aduz que a atual Constituição surgiu como um centro reunificador do direito privado, pois as relações jurídicas entre os particulares já não mais encontravam no Código Civil e nas demais leis especiais às soluções adequadas para diversas questões inéditas no novo contexto social.[8]

Vindo ao encontro dessa constatação, Orlando Gomes observa que o Código Civil foi o estatuto orgânico da vida privada e gradativamente perdeu a sua generalidade e completude.[9]

Tais aspectos ressaltam a importância de se ter a Constituição Federal como um centro reunificador do direito privado. A Carta Magna de 1988, desde a sua promulgação, previu uma série de normas vigentes a regulamentar especialmente as relações familiares, que condizem a um modelo diverso daquele afirmado pela ordem constitucional, impondo uma releitura de todos os setores do Direito Civil em consonância com os princípios constitucionais.

Contrariamente ao Código Civil de 1916, cuja preocupação com o aspecto econômico prevalecia, a Constituição Federal de 1988 trouxe uma abordagem mais humana ao reconhecer o princípio da dignidade da pessoa humana como uma conquista para toda e qualquer pessoa no ordenamento jurídico brasileiro.

Com efeito, o referido princípio aufere ao individuo um atributo existencial, atrelado a sua vida, sendo irrevogável e irrenunciável. Nesse sentido, é esclarecedora a lição de Ingo Wolfgang Sarlet:

> [...] qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável,

[8] TEPEDINO, Gustavo Almeida. Disciplina civil-constitucional das relações de família. In: BARRETO, Viviane. (Coord.). **A nova família: problemas e perspectivas.** - Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 48.
[9] GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil.** 10. ed. - Rio Janeiro: Forense, 1993. p. 70-71.

> além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.[10]

Com o objetivo de resgatar o valor humano, colocando os direitos fundamentais sobre toda e qualquer outra disposição estatal, é notável a importância da dignidade da pessoa humana como macroprincípio constitucional.

Hodiernamente, a dignidade da pessoa humana é a principal ferramenta para a solução de controvérsias. Assim, há um dever de interpretação conforme a Constituição Federal, sobretudo uma hermenêutica que, em favor da dignidade deve prevalecer. A dignidade exige respeito às necessidades da pessoa, cabendo ao sistema jurídico oferecer mecanismos para a sua efetiva concretização.[11]

Em se tratando de Direito de Família, a Constituição Federal prevê no art. 226, § 7º, que o planejamento familiar está assentado na dignidade da pessoa humana e também no equivocadamente chamado princípio da paternidade responsável.

De acordo com o referido dispositivo da Magna Carta, o respeito ao princípio da dignidade humana constitui o principal substrato do núcleo familiar, garantindo seu pleno desenvolvimento e a realização pessoal de todos os seus membros, em especial da criança e do adolescente, haja vista que no Direito de Família, a dignidade da pessoa faz-se presente em todos os institutos como forma de garantir o reconhecimento da função que cada membro desempenha no ambiente familiar.

Sendo assim, o laço familiar deixa de ser apenas reprodutivo, abarcando outro valor jurídico digno de tutela, qual seja, o afeto.

É possível afirmar que a Constituição Federal de 1988 posiciona a família acima do vínculo jurídico, ao enunciar no parágrafo 4° do artigo 226 que a entidade familiar pode ser entendida como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, além da união estável. De acordo com Francisco Muniz, a Constituição Federal protege a formação social que apresente:

> [...] as condições de sentimento, estabilidade e responsabilidade social necessárias ao desenvolvimento da personalidade de seus membros e à execução da tarefa de

[10] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988.** – Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001. p. 60.

[11] Nesse sentido, Walber de Moura Agra aduz que a dignidade da pessoa humana se traduz num complexo de direitos que são apanágio da espécie humana, sem os quais o homem se reduziria ao status de coisa. Tais direitos, como a vida, lazer, saúde, educação, trabalho e cultura devem ser propiciados pelo Estado e para isso, paga-se grande carga tributária. Esses direitos, na perspectiva do autor, servem para densificar e fortalecer, o direito à dignidade da pessoa humana. AGRA, Walber de Moura. **Manual de direito constitucional.** – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 25.

> educação dos filhos, apreendendo a noção social de família e sendo que, diante de tal variedade, torna-se impossível conceituá-la juridicamente.[12]

Logo, com base no conteúdo analisado, pode-se verificar que a família contemporânea tem como elemento principal o indivíduo que a compõe, estando presentes também neste núcleo, os sentimentos essenciais à sua estabilidade emocional e ao desenvolvimento da sua personalidade. Nesse sentido é o entendimento de Rosanna Quintana:

> Numa primeira análise observa-se que a maneira de se dar efetividade à dignidade do homem está intimamente ligada à entidade familiar e ao seu novo conceito jurídico, que deixa de ser apenas uma instituição do direito civil, para ser um núcleo de afetividade com objetivo especial de proteger e satisfazer seus integrantes.[13]

Esta é a principal razão pela qual é tão difícil conceituá-la, vez que tais aspectos sobrepõem qualquer formalidade jurídica. As relações familiares e as diversas formas de constituição do núcleo familiar vêm sofrendo inúmeras alterações, em um contínuo vir a ser, de acordo com o comportamento humano em seu meio social, no tempo e no espaço.

Com base em um estudo interdisciplinar, Rodrigo da Cunha Pereira sustenta que as alterações na estrutura familiar e nos ordenamentos em geral são o resultado dos movimentos políticos e sociais do século XX e do fenômeno da globalização, com raízes na Revolução Francesa, sendo que a primeira culminou com a divisão sexual do trabalho e a segunda, com os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade.[14]

Sob a perspectiva dos Direitos Humanos, contemporaneamente o Direito de Família constitui um rol de direitos indissociáveis da democracia e da cidadania, que são palavras de ordem na atualidade.

A família é, portanto, no pensamento de Maria Berenice Dias o local de realização dos anseios e aspirações de seus membros, que se unem com o objetivo de serem felizes, não

---

[12] MUNIZ, Francisco José Ferreira. O direito de família na solução dos litígios. Conferência proferida no XII Congresso Brasileiro de Magistrados, Belo Horizonte, 14-16 de novembro de 1991. p. 06-07 apud CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos na família constitucionalizada.** – Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 31.

[13] QUINTANA, Rosanna. **Proteção jurídica da criança e do adolescente conforme o artigo 1638 do código civil de 2002.** Disponível em: <http://www.pucrs.br/direito/graduacao/tc/tccII/trabalhos2009_1/rosanna_quintana.pdf>. Acesso em: 21 Out. 2015.

[14] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos e inclusão social. Palestra proferida na 11 World Conference the International Society of Family Law, 3 de agosto de 2002. In: PEREIRA, Tânia da Silva. (Coord.). **Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia.** – Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 155.

havendo sentido na manutenção da constituição familiar por outro motivo que não busque a felicidade de seus membros, formando assim a concepção eudemonista de família.[15]

O PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL E A SUA CONFUSÃO TERMINOLÓGICA

O princípio da dignidade da pessoa humana, como já demonstrado, é fundamento da República Federativa do Brasil e como tal, constitui o principal alicerce da vida em sociedade, significando o respeito à preservação da integridade física e psíquica do indivíduo.

Seguindo essa lógica, a Constituição Federal de 1988, no § 7º do art. 226, apresenta o princípio da paternidade responsável, visando estimular o planejamento familiar, uma vez que o nascimento dos filhos demanda recursos de natureza física, social e econômica, o que importa necessária vontade e consciência do casal em relação aos deveres oriundos desse processo de escolha.

Para Guilherme Calmon Gama, o princípio da paternidade responsável invoca a responsabilidade do casal sobre o número de filhos, bem como seu desenvolvimento físico e moral, ou seja, trata-se de livre decisão do casal, havendo necessária e fundamental observância dos princípios da dignidade da pessoa humana e do planejamento familiar.[16]

Por conseguinte, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves aduzem que o propósito do planejamento familiar é evitar a formação de núcleos familiares sem condições de sustento e de manutenção de seus membros.[17]

Cumpre salientar que o referido princípio não traz a ideia de planejamento populacional, visto que não admite qualquer tipo de persuasão ou controle quanto ao comportamento sexual ou social dos indivíduos. Neste sentido, leciona Maria Helena Diniz:

> O direito ao planejamento familiar não está vinculado à política de controle demográfico, mas à liberdade de decisão de cada casal, que passa a ser responsável pelo número de filhos, assim como por seu desenvolvimento físico e moral, educação, saúde e proteção. O planejamento familiar não se restringe apenas a procriação, decisão pelo número de filhos, espaçamento ou intervalo entre uma gestação e outra, controle de natalidade ou de fecundidade, mas também, em sentido amplo, a moradia, alimentação, lazer, educação etc.[18]

---

[15] DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 5. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 69.

[16] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de familia.** – São Paulo: Atlas, 2008. p. 71.

[17] ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves. **Direito das famílias.** 2. ed. – Lúmen Juris, 2010. p. 47.

[18] DINIZ, Maria Helena. **O atual estado do biodireito.** 7. ed. - São Paulo: Saraiva, 2010. p. 140. Em complemento, Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Ruzyk aduzem que o regime jurídico do planejamento

Com isso, observa-se que o principio da paternidade responsável relaciona-se com a responsabilidade individual e social dos genitores em priorizar o bem estar físico, psíquico e moral de sua prole, primando pelo respeito aos direitos que lhe são reconhecidos.

A Constituição Federal, bem como o Código Civil conferem ampla liberdade para que o casal planeje todos os detalhes de sua vida. Dessa maneira, cumpre ao casal decidir sobre o número de filhos que terão e o espaço de tempo entre eles, observando o momento desejado, conforme se pretende a estrutura familiar.

O planejamento familiar deve ser de livre decisão do casal e para tanto, o Código Civil de 2002, no art. 1.565, parágrafo 2º traçou diretrizes sobre o referido instituto, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições públicas e privadas.

Partindo da perspectiva do Direito Civil, Aurélia de Barros Czapski, pondera que os dispositivos do Código Civil nada mais do que reiteram a norma constitucional, visto que por intermédio do casamento, os cônjuges tornam-se consortes e solidariamente responsáveis pelos encargos familiares.[19]

Com efeito, o casamento não é a única forma de formação de família e mesmo que os conteúdos normativos de ambos os diplomas pareçam idênticos, a norma constitucional é mais flexível em sua redação, ao dispensar a condição de consorte atribuída aos cônjuges pelo casamento.

Portanto, sem prejuízo do que foi apresentado e em consonância com o entendimento majoritário da doutrina sobre o assunto é possível concluir que a paternidade responsável compreende atos de escolha consciente, partindo-se das decisões tomadas por um casal quanto ao número de filhos, envolvendo também a sua criação e formação do núcleo familiar.

Mas então qual é o equivoco do referido o *nomen juris*? Para iniciar a resposta dessa pergunta é de grande valor a lição de Paulo de Tarso Siqueira Abrão:

> A vontade dos pais é essencial para uma política de planejamento familiar. A frase "paternidade responsável" deve ser entendida aqui em sentido amplo, em que a maternidade esteja presente, mesmo porque o princípio da isonomia conjugal não admitiria apenas a paternidade que não levasse em conta o desejo do casal.[20]

---

familiar impõe deveres éticos e morais, abrindo espaço à autonomia do casal, privilegiando as decisões do homem e da mulher. FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça. (Coord). **Código civil comentado.** v. XV. – São Paulo: Atlas, 2003. p. 206.

[19] CZAPSKI, Aurélia Lizete de Barros. In: COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. (Org.); CHINELLATO, Silmara Juny. (Coord.). **Código civil interpretado.** 6. ed. Barueri: Manole, 2013. p. 1304.

[20] ABRÃO, Paulo de Tarso Siqueira. In: COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. (Org.); CUNHA FERRAZ, Anna Cândida da. (Coord.). **Constituição Federal interpretada.** 3. ed. Barueri: Manole, 2012. p. 1124.

Percebe-se, então que o texto constitucional merece uma interpretação mais atenta, visto que a norma possui um alcance maior que o demonstrado por sua letra.

Em verdade, o princípio da paternidade responsável e o planejamento familiar trazem a ideia de gestão da família, abarcando muito mais do que a simples escolha do casal sobre o momento e a quantidade de filhos que pretendem criar, indo além ao considerar a família em todos os seus membros e formações possíveis.

Partindo-se da leitura do § 7º do art. 226 da Constituição Federal, observa-se que a família codificada foi superada e divide espaço com outros núcleos familiares informais, ou seja, não condicionados pelo casamento, fugindo à regra civil e, no entanto, apresentam a característica do compromisso da comunhão de vida, lealdade e mútua assistência.

Evidencia-se o maior alcance da norma constitucional ao recepcionar as novas formações familiares. Nesse sentido, a lição de Maria Berenice Dias é elucidativa:

> Faz-se necessário ter uma visão pluralista da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar a identificação do elemento que permita enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação.[21]

Em consonância com esse entendimento, nota-se por sua vez, a preocupação do legislador constituinte em equacionar o aumento populacional e a miséria, vindo por bem disciplinar tal questão.

Assim sendo, o dever educacional do Estado e a garantia de acesso aos avanços científicos pelo cidadão facilitam o atingimento da consciência que a quantidade de filhos desejada não deve apenas adequar-se às condições individuais da família, mas também às condições externas da manutenção da qualidade de vida.

Logo, o planejamento familiar, pode ser vislumbrado como política pública, visto que a Constituição ao garantir a educação e a liberdade aos pais, também inclui a assistência e proteção integral à saúde do casal, por força da Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996.

Entretanto, a paternidade responsável engloba outras obrigações a serem cumpridas pela entidade familiar, o que demonstra que a simples leitura do dispositivo constitucional é insuficiente.

A interpretação dada ao termo “paternidade responsável” frequentemente utilizada pelos tribunais em ações que versam sobre os direitos dos filhos, diz respeito ao dever da família em assegurar os direitos regulados no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente,

[21] DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 5. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 43.

prevendo como crime tipificado no Código Penal, arts. 244 e 246, o abandono material e intelectual do filho menor. Tal assunto também encontra respaldo no art. 227 da Constituição Federal.

Da mesma forma, é imperativo ressaltar que o princípio da paternidade responsável deve ser interpretado conjuntamente com os arts. 229 e 230 da Constituição Federal, bem como o art. 3º do Estatuto do Idoso, o que acaba tornando tal nomenclatura inadequada ao fim a que se destina.

Pela observação dos aspectos analisados, conclui-se que o princípio da "paternidade responsável" deveria se chamar "parentalidade responsável", pois representa a diretriz que embasa o direito parental e o planejamento familiar, sendo estes os dois eixos que o integram.

Direito parental no que tange à responsabilidade dos pais em relação aos filhos, no dever de cuidado e sustento, sendo a recíproca verdadeira em se tratando do dever de cuidado dos filhos com os pais idosos, ao passo que planejamento familiar traduz a autonomia do casal, para decidir sobre a constituição da prole, aliada a implantação de políticas públicas, que por sua vez não se confunde com controle de natalidade, que é imposto ao indivíduo por parte do Estado, nem mesmo controle demográfico para diminuição de nascimentos.

Dada à interdisciplinaridade e o alcance do princípio, fica demonstrado o equívoco terminológico na redação da norma constitucional.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O ABANDONO AFETIVO

O Direito de Família contemporâneo tem se tornado mais humanizado. O dinamismo das relações sociais contemporâneas e as novas formas de organização familiar desafiam o Direito a encontrar soluções que se harmonizam com essa nova realidade.

O reconhecimento da afetividade ganhou relevância no mundo jurídico, gerando direitos, obrigações e também conflitos. Consequentemente, as pessoas passaram a exigir o cumprimento do dever de afeto, surgindo a figura do abandono afetivo.

Nesse sentido, vale destacar a lição de Giselda Hironaka:

> No momento em que o direito de família conseguir dizer o afeto dentro de sua própria doutrina, aí, sim, estará efetivamente contemplando a *pessoa humana* no lugar do *sujeito de direito*. E será esta transformação que permitirá aflorar, no direito de família, uma concepção ética do ser humano. Ao contrário, enquanto o direito de família prosseguir ignorando a urgência da transformação, enquanto escolher continuar silenciando acerca do afeto, tudo o que conseguiremos será o continuísmo de um tempo já descabido, tempo este que operou uma ideia inadequada acerca da

> humanidade, o que, na prática jurídica, foi apenas mais uma maneira de tratar a pessoa humana como se ela fosse uma singela coisa.[22]

Apesar deste problema familiar sempre ter existido na sociedade, apenas nos últimos anos o tema chegou aos tribunais por meio de ações em que as vítimas, no caso os filhos, pedem indenizações por dano moral decorrente do abandono afetivo.

Trata-se de matéria relativamente nova, portanto, ainda sem regulamentação específica na lei ou mesmo um entendimento pacificado pela doutrina.

A doutrina é dividida no tocante a esse assunto e apesar de ações com esse teor já terem sido julgadas, os Tribunais ainda não formaram um entendimento pacífico, havendo posicionamentos divergentes entre os julgadores.

Algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça caminham no sentido de se conceder a indenização, considerando que o abandono afetivo constitui descumprimento do dever legal de cuidado, criação, educação e companhia, previstos implicitamente na Constituição Federal. Entendimento este que é objeto de criticas entre doutrinadores, conforme será explicado no próximo tópico.

Por sua vez, Fátima Nancy Andrighi e Cátia Denise Gress Krüger afirmam que a família, em todos os tempos e especialmente na atualidade, tem como elemento primordial a afetividade, o que a diferencia de outros grupos sociais, sendo este o substrato para orientar as decisões e pelo qual se firma posições no universo jurídico-familiar, não se podendo falar em filiação ou de paternidade/maternidade, estando ausente o afeto, visto como a causa da ligação entre pais e filhos, vale dizer, em reciprocidade.[23]

A partir da sobreposição da afetividade ao fator biológico, surge para o Direito de Família moderno um novo fundamento, no qual o afeto ganha importância na concepção da família, que passou a ser considerada igualitária, plural, solidária e afetiva.

Nesse cenário, Rolf Madaleno disserta sobre a importância do afeto na família:

> O afeto é mola propulsora dos relacionamentos familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência. A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão-somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto.[24]

---

[22] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Sobre peixes e afetos - um devaneio acerca da ética no direito de família.** Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/Giselda_peixes.doc.>. Acesso em 01 de nov. 2015.

[23] ANDRIGHI, Fátima Nancy; KRÜGER, Cátia Denise Gress. Coexistência entre socioafetividade e a identidade biológica – uma reflexão. In: BASTOS, Eliene Ferreira; DA LUZ, Antônio Fernandes da; [et al]. (Coord). **Família e jurisdição II.** – Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 83.

[24] MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família.** – Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 65.

Com base no que foi apresentado, observa-se que o abandono afetivo é caracterizado pela indiferença de um genitor em relação a seus filhos, ainda que não exista abandono material ou intelectual.

Igualmente deve ser levado em consideração o abandono dos pais idosos pelos filhos, também conhecido por abandono afetivo inverso ou avesso, para que se dimensione de forma adequada o instituto em comento.

A esse respeito, o conteúdo secular da lição de Santo Agostinho é perfeitamente aplicável e mostra-se atual face ao Direito de Familia:

> Honrar a seu pai e a sua mãe, não consiste apenas em respeitá-los; é também assisti-los na necessidade; é proporcionar-lhes repouso na velhice; é cercá-los de cuidados como eles fizeram conosco, na infância.[25]

Malgrado o dever de cuidado dos filhos para com os genitores idosos seja regulamentado no art. 98 da Lei 10.741/03, existe um dever determinado pelo respeito e pelo afeto dos laços familiares que independe de jurisdição, pois se trata de dever moral e afetivo, que não deveria necessitar de regulamentação. Entretanto, tal dever não é respeitado e muitos idosos sofrem a dor do abandono, o que lhes traz diversos transtornos psicológicos e agravamento de doenças.

Em entrevista ao IBDFAM, o Desembargador Jones Figueirêdo Alves, aduz que o abandono afetivo inverso é “a inação de afeto ou, mais precisamente, a não permanência do cuidar, dos filhos para com os genitores, em regra idosos”. Sendo esta falta do dever cuidar a base para a indenização.[26]

Na China, está em vigor desde julho de 2013 uma lei que regulamenta a visita frequente e obrigatória aos pais, institucionalizando uma antiga tradição chinesa de prestação de cuidados filiais aos pais idosos, considerados vulneráveis e dignos de proteção integral.[27]

Seguindo o modelo chinês, cumpre salientar que está em tramite na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 4.292/08, do Deputado Carlos Bezerra, o qual estabelece

---

[25] AGOSTINHO, Santo. Honrai a vosso pai e a vossa mãe. In: KARDEC, Allan. **O evangelho segundo o espiritismo.** – Catanduva: Boa Nova Editora, 2004. p. 183-184.

[26] IBDFAM. **Abandono afetivo inverso pode gerar indenização.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 10 Nov. 2015.

[27] A “Law of Protection of Rights and Interests of the Aged”, Lei de Proteção dos Direitos e Interesses dos Idosos visa afastar qualquer hipótese de abandono afetivo inverso.

expressamente o direito à indenização por dano moral em razão de abandono afetivo dos pais pelos filhos.

O artigo 2º do referido projeto acrescenta o parágrafo único ao artigo 1.632 do Código Civil, bem como acrescenta parágrafo ao artigo 3º do Estatuto do Idoso, em ambos os casos com a seguinte redação: "O abandono afetivo sujeita os pais ao pagamento de indenização por dano moral.".

Embora o ordenamento jurídico consagre de maneira razoável instrumentos adequados para subsidiar a teoria da responsabilidade civil para esse tipo de caso, faz-se necessária a regulamentação de tal direito, para a garantia de sua efetividade.

O dever de cuidado dos filhos em relação aos seus genitores tem fundamento no princípio da solidariedade, expresso na Carta Magna, portanto além do Direito de Família, o instituto também possui viés constitucional.

RESPONSABILIDADE POR DANOS DECORRENTES DO ABANDONO AFETIVO E A DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA SOBRE AS CONDENAÇÕES.

Conforme exposto anteriormente, há pouco tempo o judiciário foi chamado a se manifestar sobre a questão do abandono afetivo, sendo algumas decisões no sentido de condenar os pais que, independentemente de terem prestado assistência alimentar, faltaram com a obrigação de assistência moral aos seus filhos, privando-os de afeto e amor.

É imprescindível a análise minuciosa de cada caso em se tratando de pedido de indenização por dano moral fundamentado no abandono afetivo paterno, pois o referido instituto não pode ser usado como ferramenta para transformar o judiciário num instrumento de vingança pessoal.

Nesse diapasão, impende destacar o entendimento de Rolf Madaleno que aduz, *in verbis*:

> Justamente por conta das separações e dos ressentimentos que remanescem na ruptura da sociedade conjugal, 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 vivencias de abandono, mutilações psíquicas e emocionais, causadas pela rejeição de um dos pais e que só servem para magoar o genitor guardião. Como bombástico e

> suplementar efeito, baixa a níveis irrecuperáveis a autoestima e o amor próprio do filho enjeitado pela incompreensão dos pais.[28]

De acordo com a psicanalista Ana Maria Iencarelli, uma criança é um processo de construção em longo prazo que requer compromissos afetivos permanentes, de sorte que a negligência afetiva é muito danosa, sendo que a deficiência e a privação de cuidado afetuoso obstruem a coesão e a estruturação saudável da mente de uma criança ao longo do seu desenvolvimento.[29]

Giselle Câmara Groeninga esclarece que o afeto sob o enfoque jurídico não deve ser interpretado como sendo apenas o sentimento de amor. A afetividade, para o Direito, não se confunde com o afeto como fato psicológico, de modo que a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles.[30]

O afeto abarca, assim, todo o suporte moral que os pais devem proporcionar aos filhos, como a real participação em sua criação, a convivência, o diálogo, a educação, entre outros fatores. A assistência imaterial traduz-se, portanto no apoio, no cuidado, na participação na vida do filho e no respeito por seus direitos da personalidade, como o direito de conviver no âmbito da família.

Para o professor Paulo Luiz Netto Lôbo, o abandono afetivo dos filhos nada mais é do que o inadimplemento dos deveres jurídicos da paternidade.[31]

Nesse sentido, a lição de Giselda Hironaka é pontual:

> O dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, sendo certo que esta personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar, responsável que é por incutir na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada.[32]

---

[28] MADALENO, Rolf. O preço do afeto. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org). **A ética da convivência familiar, sua efetividade no cotidiano dos tribunais.** – Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 163.

[29] IENCARELLI, Ana Maria. Quem cuida ama – sobre a importância do cuidado e do afeto no desenvolvimento e na saúde da criança. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord). **Cuidado e vulnerabilidade.** – São Paulo: Atlas, 2009. p. 168.

[30] GROENINGA, Giselle Câmara. A Função do afeto nos "contratos" familiares. In: BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice. (coord.). **A família além dos mitos.** – Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 203.

[31] LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias.** – São Paulo: Saraiva, 2008. p. 48.

[32] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo.** Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/9365/8931>. Acesso em: 05 nov. 2011.

A questão sobre a possibilidade de responsabilização civil dos genitores por dano decorrente de abandono afetivo é relativamente nova e divide opiniões na doutrina, havendo uma enorme gama de fundamentos que amparam cada uma das posições antagônicas a esse respeito.

Dentre os autores favoráveis ao cabimento de indenização, Rolf Madaleno assevera que diferentemente dos adultos, as crianças são incapazes de compreender a ausência imotivada do pai ou da mãe, fato que pode gerar o direito à reparação do agravo moral sofrido pela negativa do direito que tem a criança/adolescente à sadia convivência e referência parental.[33]

Seguindo a mesma linha de pensamento, Paulo Luiz Netto Lôbo aduz que o princípio da paternidade responsável, previsto no art. 226, § 7º da Constituição, não se resume ao simples cumprimento do dever de assistência material, abrangendo também a assistência moral, dever jurídico cujo descumprimento pode levar à pretensão indenizatória.[34]

Em reflexão sobre o tema, Rodrigo da Cunha Pereira lança a seguinte indagação: A indenização não estaria "monetarizando" o afeto? A resposta, para o jurista, é que não está, de forma alguma se quantificando o afeto, uma vez que o quantum indenizatório, nessa hipótese, possui função punitiva e educativa.[35]

Para ilustrar a validade da tese defendida pelos autores citados, cumpre trazer à colação um caso paradigmático, julgado no Superior Tribunal de Justiça, cuja relatora Nancy Andrighi, com sensibilidade e raciocínio silogístico demonstrado em seu voto, reflete as ideias sustentadas:

> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. FILHA HAVIDA DE RELAÇÃO AMOROSA ANTERIOR. ABANDONO MORAL E MATERIAL. PATERNIDADE RECONHECIDA JUDICIALMENTE. PAGAMENTO DA PENSÃO ARBITRADA EM DOIS SALÁRIOS MÍNIMOS ATÉ A MAIORIDADE. ALIMENTANTE ABASTADO E PRÓSPERO. IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...) Essa percepção do cuidado como tendo valor jurídico já foi, inclusive, incorporada em nosso ordenamento jurídico, não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 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**. Negar ao cuidado o *status* de obrigação legal importa na vulneração da membrana

[33] MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família.** – Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 319.
[34] LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias.** – São Paulo: Saraiva, 2008. p. 284
[35] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Nem só de pão vive o homem: responsabilidade civil por abandono afetivo.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=392>. Acesso em 11 nov. 2015.

> constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na parte final do dispositivo citado: **"(...) além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (...)".** Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empeço sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar. **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.** O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tisnado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. **Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.** A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica. Por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese o *non facere* que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal. (STJ, REsp. 1.159.242-SP. Rel. Min. Nancy Andrighi. Dj. 24.04.2012).

A omissão do pai no exercício dos encargos oriundos do poder familiar, abstendo-se de cumprir o dever de ter a filha em sua companhia, acarreta em danos emocionais merecedores de reparação. A ideia traduzida no voto da Ministra está em sintonia com a lição de Rodrigo da Cunha Pereira ao salientar:

> Não é possível obrigar ninguém a amar. No entanto, a esta desatenção e a este desafeto devem corresponder uma sanção, sob pena de termos um direito acéfalo, um direito vazio, um direito inexigível. Se um pai ou uma mãe não quiserem dar atenção, carinho e afeto àqueles que trouxeram ao mundo, ninguém pode obrigá-los, mas à sociedade cumpre o papel solidário de lhes dizer, de alguma forma, que isso não está certo e que tal atitude pode comprometer a formação e o caráter dessas pessoas abandonadas afetivamente.[36]

Por outro lado, há autores que entendem no sentido de ser impossível a responsabilização civil no caso de abandono afetivo.

Segundo Francisco Alejandro Horne, na relação entre pais e filhos, a liberdade afetiva está acima de qualquer princípio componente da dignidade da pessoa humana, sob pena de gerar um dano ainda maior para ambos. Mais danoso do que a desvinculação afetiva, para o autor é o fato de obrigar um pai a cumprir o dever de visitar o filho, sob o temor de uma futura ação de reparação de danos.[37]

Da mesma forma, é o entendimento de Angelo Carbone:

---

[36] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Nem só de pão vive o homem: responsabilidade civil por abandono afetivo.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=392>. Acesso em 11 nov. 2015.
[37] HORNE, Francisco Alejandro. **O não cabimento de danos morais por abandono afetivo do pai.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=298>. Acesso em: 12 nov. 2015.

> Na verdade, não existe dano moral nem situação similar que permita uma penalidade indenizatória por abandono afetivo. O pai deve cumprir suas responsabilidades financeiras. O pagamento regular da pensão alimentícia supre outras lacunas, inclusive sentimentais. Para sustentar o filho, os pais têm que trabalhar, com o objetivo de manter um bom nível de vida até a maioridade ou a formatura na faculdade. Isso já é um ato de afeto e respeito.[38]

Como se observa, de acordo com o autor, o simples apoio material aos filhos, como o ato do pagamento da prestação alimentícia é suficiente e, além disso, representa afetividade.

Por sua vez, há quem entenda que a imposição de sanção pecuniária nessa situação pode gerar efeitos colaterais mais gravosos do que a desvinculação afetiva, conforme salienta Leonardo Castro em suas considerações:

> Podemos criar um problema mais grave. Muitos pais, não por amor, mas por temer a Justiça, passarão a exigir o direito de participar ativamente da vida do filho. Ainda que seja um mau pai, fará questão da convivência, e a mãe, zelosa, será obrigada a partilhar a guarda com alguém que claramente não possui qualquer afeto pela criança. A condição de amor compulsório poderá ser ainda pior que a ausência.[39]

Para os defensores dessa linha de pensamento, a intervenção do Judiciário em questões relativas ao sentimento é perigosa em coloca em risco relações que não são de sua alçada, além de revelar-se ineficaz a reparação civil fundada em uma situação delicada, nascida no ambiente mais íntimo da vida pessoal, qual seja a família.

CONCLUSÃO

Com o processo evolutivo pelo qual passou o Direito de Família, sobretudo após a promulgação da Magna Carta de 1988 e do Código Civil de 2002, o afeto passou a ser o principal elemento caracterizador da entidade familiar.

Assim, ante a nova roupagem conferida à família contemporânea, que se afirma como local de realização pessoal de cada um de seus membros, surgiu, entre outros, o debate sobre a possibilidade ou não da responsabilização civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores, cuja solução tem se demonstrado controvertida na doutrina e na jurisprudência.

---

[38] CARBONE, Angelo. **Abandono afetivo e a justiça.** Disponível em: <http://www.paranaonline.com.br/canal/direitoejustica/news/155565/?noticia=ABANDONO+AFETIVO+E+A+JUSTICA>. Acesso em: 12 nov. 2015.

[39] CASTRO, Leonardo. **O preço do abandono afetivo.** Disponível em: <http://www.webartigos.com/articles/2866/1/O-Preco-Do-Abandono-Afetivo/pagina1.html>. Acesso em: 13 nov. 2015.

A compensação pecuniária tem função punitiva e educativa, pois, já que o afeto não pode ser valorado pecuniariamente, esta conduta deve servir para demonstrar que a conduta do pai, ao negar afeto ao filho, está equivocada.

A indenização tem por escopo uma finalidade compensatória, visto que o dano moral decorrente do abandono afetivo funda-se na negação, no desamor provocado pelo pai em relação ao filho e também educativa, pois visa à conscientização do genitor de que seu ato corresponde a um mal, moral e jurídico.

Os argumentos de que a reparação civil por abandono afetivo não pode ser deferida, vez que não há como se mensurar o amor ou mesmo a hipótese de que a coerção do pai a convivência forçada com o filho pode acarretar uma situação pior são descabidos, já que objetivo da punição pela reparação civil para esses casos no sistema brasileiro é de compensar e educar pelos danos sofridos.

Superado o estudo dos dispositivos que regem a matéria, bem como a doutrina e a principiologia, com base na jurisprudência existente, entendem-se ser juridicamente possível a responsabilização civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores e por analogia, em relação aos pais idosos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Paulo de Tarso Siqueira. In: COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. (Org.); CUNHA FERRAZ, Anna Cândida da. (Coord.). **Constituição Federal interpretada.** 3. ed. Barueri: Manole, 2012.

AGOSTINHO, Santo. Honrai a vosso pai e a vossa mãe. In: KARDEC, Allan. **O evangelho segundo o espiritismo.** – Catanduva: Boa Nova Editora, 2004.

AGRA, Walber de Moura. **Manual de direito constitucional.** – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ANDRIGHI, Fátima Nancy; KRÜGER, Cátia Denise Gress. Coexistência entre socioafetividade e a identidade biológica – uma reflexão. In: BASTOS, Eliene Ferreira; DA LUZ, Antônio Fernandes da; [et al]. (Coord). **Família e jurisdição II.** – Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CARBONE, Angelo. **Abandono afetivo e a justiça.** Disponível em: <http://www.paranaonline.com.br/canal/direitoejustica/news/155565/?noticia=ABANDONO+AFETIVO+E+A+JUSTICA>.

CASTRO, Leonardo. **O preço do abandono afetivo.** Disponível em: <http://www.webartigos.com/articles/2866/1/O-Preco-Do-Abandono-Afetivo/pagina1.html>.

CZAPSKI, Aurélia Lizete de Barros. In: COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. (Org.); CHINELLATO, Silmara Juny. (Coord.). **Código civil interpretado.** 6. ed. Barueri: Manole, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 5. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Célia Regina; BARBOSA DA SILVA, Iolanda. **Metodologia científica**. 21. ed. – Natal: Eduep, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **O atual estado do biodireito.** 7. ed. - São Paulo: Saraiva, 2010.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça. (Coord). **Código civil comentado.** v. XV. – São Paulo: Atlas, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de familia.** – São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil.** 10. ed. - Rio Janeiro: Forense, 1993.

GROENINGA, Giselle Câmara. A Função do afeto nos "contratos" familiares. In: BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice. (coord.). **A família além dos mitos.** – Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo.** Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/9365/8931>.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Sobre peixes e afetos - um devaneio acerca da ética no direito de família.** Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/Giselda_peixes.doc.>.

HORNE, Francisco Alejandro. **O não cabimento de danos morais por abandono afetivo do pai.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=298>.

IBDFAM. **Abandono afetivo inverso pode gerar indenização.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o>.

IENCARELLI, Ana Maria. Quem cuida ama – sobre a importância do cuidado e do afeto no desenvolvimento e na saúde da criança. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord). **Cuidado e vulnerabilidade.** – São Paulo: Atlas, 2009.

KÖCHE, José Carlos. **Fundamentos da metodologia científica: teoria da ciência e iniciação à pesquisa.** 30. ed. – Petrópolis: Vozes, 2012.

KOURGANOFF, Vladmir. **A pesquisa científica.** Trad. J. Guinsburg. – São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1961.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Monografia jurídica**. 3. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias.** – São Paulo: Saraiva, 2008.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família.** – Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MADALENO, Rolf. O preço do afeto. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org). **A ética da convivência familiar, sua efetividade no cotidiano dos tribunais.** – Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MARCHI, Eduardo. **Guia de metodologia jurídica**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.

MILLER JR, Tom Oliver. **Métodos e técnicas de pesquisa nas ciências antropológicas**. – Natal: Editora da UFRN, 1991.

MUNIZ, Francisco José Ferreira. O direito de família na solução dos litígios. Conferência proferida no XII Congresso Brasileiro de Magistrados, Belo Horizonte, 14-16 de novembro de 1991. p. 06-07 apud CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos na família constitucionalizada.** – Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000.

OLIVEIRA, Silvio Luiz de. **Tratado de metodologia científica.** 2. ed. – São Paulo: Thomson Learning, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos e inclusão social. Palestra proferida na 11 World Conference the International Society of Family Law, 3 de agosto de 2002. In: PEREIRA, Tânia da Silva. (Coord.). **Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia.** – Rio de Janeiro: Imago, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Nem só de pão vive o homem: responsabilidade civil por abandono afetivo.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=392>.

QUINTANA, Rosanna. **Proteção jurídica da criança e do adolescente conforme o artigo 1638 do código civil de 2002.** Disponível em: <http://www.pucrs.br/direito/graduacao/tc/tccII/trabalhos2009_1/rosanna_quintana.pdf>.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves. **Direito das famílias.** 2. ed. – Lúmen Juris, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988.** – Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

TEPEDINO, Gustavo Almeida. Disciplina civil-constitucional das relações de família. In: BARRETO, Viviane. (Coord.). **A nova família: problemas e perspectivas.** - Rio de Janeiro: Renovar, 1997.