

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

LUCAS YURI MENESES ALMEIDA

**AFETO: DEVER JURÍDICO OU DEVER MORAL? A IMPOSSIBILIDADE DE  
RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR ABANDONO FILIAL-AFETIVO**

Aracaju

2017

LUCAS YURI MENESES ALMEIDA

**AFETO: DEVER JURÍDICO OU DEVER MORAL? A IMPOSSIBILIDADE DE  
RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR ABANDONO FILIAL-AFETIVO**

Trabalho realizado como requisito parcial para conclusão do Curso de Bacharelado em Direito pela FANESE - Faculdade de Negócios e Administração de Sergipe.

Orientadora: Ms<sup>a</sup>. Cristiana Maria Santana Nascimento

Aracaju

2017

### Ficha Catalográfica

A447a ALMEIDA, Lucas Yuri Meneses.

Afeto, Dever Jurídico Ou Dever Moral? A Impossibilidade de Responsabilização Civil Por Abandono Filia-Afetivo / Lucas Yuri Meneses Almeida. Aracaju, 2017. 50f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito

Orientadora: Profa. Ma. Cristiana Maria Santana Nascimento

1. Direito de Famílias 2. Vínculo Afetivo 3. Assistência Afetiva 4. Obrigação Moral 5. Responsabilidade Civil I.  
TÍTULO.

CDU 347.61/.64(813.7)

Elaborada pela Bibliotecária Lícia de Oliveira – CRB-5/1255

LUCAS YURI MENESES ALMEIDA

AFETO: DEVER JURÍDICO OU DEVER MORAL? A IMPOSSIBILIDADE DE  
RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR ABANDONO FILIAL-AFETIVO

Monografia apresentada à banca examinadora da  
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe  
como pré-requisito para obtenção do grau de  
bacharel em Direito.

Aprovado em: 02 / 12 / 2017

BANCA EXAMINADORA



---

Prof<sup>ª</sup>. Mestre Cristiana Maria Santana Nascimento (orientadora)



---

Prof<sup>ª</sup>. Esp. Caroline Valeriano da Silva



---

Prof. Esp. Walfran Andrade Barbosa

**Essa minha secura  
essa falta de sentimento  
não tem ninguém que segure,  
vem de dentro.**

**Vem da zona escura  
donde vem o que sinto.  
Sinto muito,  
sentir é muito lento.**

**( Paulo Leminski )**

## **AGRADECIMENTOS**

Quero expressar o meu mais sincero sentimento de gratidão à todas as pessoas que me acompanharam durante essa longa jornada e que me deram a maravilhosa oportunidade de participar, nem que seja um pouco, de suas vidas, em um processo de constante aprendizado.

No mais, quero agradecer aos meus pais por todos os ensinamentos, seja pelo seu sacrifício incondicional e constante, sempre, dentro de suas possibilidades, procurando me garantir as melhores condições. Obrigado, mãe, por me ensinar a conviver com o “sim” e obrigado, pai, por me ensinar a aceitar o “não”.

Também gostaria de agradecer à minha orientadora pela paciência e pela ajuda providencial, bem como à todos meus colegas que me ajudaram a concluir essa árdua tarefa.

Assim sendo, agradeço à todas as pessoas que participaram e que ainda participam de minha vida, contribuindo para o meu crescimento pessoal e construção de minha pessoa, uma vez que, parafraseando Alfred Tennyson, eu “sou uma parte de tudo aquilo que encontrei no meu caminho”.

## RESUMO

O presente trabalho busca asseverar a impossibilidade de haver uma responsabilização civil do genitor não guardião pelo abandono filial-afetivo. Para tanto, utilizando-se de uma metodologia de pesquisa bibliográfica, analisou-se se o dever de prestar afeto é uma obrigação moral, sujeitando-se unicamente à consciência e liberdade do indivíduo, ou jurídica, assim entendida como obrigação cujo descumprimento acarreta em uma sanção, a fim de entender os desdobramentos dessa definição para fins de responsabilidade civil, além de se verificar, nos casos de abandono afetivo, a inoccorrência dos pressupostos necessários para uma responsabilização civil do genitor, impossibilitando completamente uma indenização por danos morais.

**Palavras-chave: Direito das Famílias. Vínculo Afetivo. Assistência afetiva. Obrigação Moral. Responsabilidade Civil.**

## **ABSTRACT**

The present work seeks to assert the impossibility of a civil responsibility of the non-guardian parent by filial-affective abandonment. For that, using a methodology of bibliographical research, it was analyzed whether the duty to give affection is a moral obligation, subjecting itself solely to the conscience and freedom of the individual, or juridical, understood as an obligation whose noncompliance entails in a sanction, in order to understand the consequences of this definition for civil liability purposes, and in cases of affective abandonment, it is verified the innocence of the necessary prerequisites for a civil responsibility of the parent, completely preventing an indemnity for moral damages.

**Keywords: Family Law. Affective Bond. Affective assistance. The Moral O-Brigade. Civil responsibility.**

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO I - A AFETIVIDADE E O DIREITO DAS FAMÍLIAS</b> .....	<b>13</b>
1.1 Uma reflexão acerca da família contemporânea .....	13
1.2 Acepções Jurídicas da Família .....	14
1.3 Princípios Regentes do Direito das Famílias .....	15
1.4.1 A relevância da afetividade para o direito das famílias .....	20
1.4.2 Dever parental de prestar afeto, uma obrigação moral .....	21
<b>CAPÍTULO II – RESPONSABILIDADE CIVIL</b> .....	<b>24</b>
2.1 Conceito .....	24
2.2 Breve Histórico da Responsabilidade Civil .....	25
2.3 Funções da Responsabilidade Civil .....	26
2.4 Pressupostos da Responsabilidade Civil .....	27
2.4.1 Dano .....	28
2.4.2 Ato ilícito civil .....	29
2.4.3 Nexo de causalidade .....	30
<b>CAPÍTULO III - (IM)POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL PELO ABANDONO FILIAL-AFETIVO</b> .....	<b>33</b>
3.1 Abandono Filial-Afetivo: Conceito .....	33
3.2 O Abandono Filial-Afetivo sob a Perspectiva da Responsabilidade Civil .....	34
3.2.1 O abandono filial-afetivo como um dano moral .....	35
3.2.2 O abandono filial-afetivo como um ato lícito .....	36
3.2.3 A impossibilidade de estabelecimento de nexo de causalidade em casos de abandono afetivo .....	39
3.2.4 Abandono filial-afetivo e as funções da responsabilidade civil .....	41
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>44</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>47</b>

## INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo analisar a (im)possibilidade da responsabilização civil do genitor não guardião pelo abandono filial-afetivo, com a sua condenação em danos morais por não prestar afeto ao seu filho

Essa questão, acerca da (im)possibilidade de indenização por danos morais decorrentes de abandono afetivo surge em um momento de ampliação e modificação dos valores tutelados do direito civil. Com o advento da Constituição Federal de 1988, ante a consagração do princípio da dignidade humana, com todos os seus desdobramentos, o Código Civil de 2002, em atendimento aos preceitos constitucionais, promoveu uma reformulação das bases principiológicas e valorativas do direito civil, sendo que valores não patrimoniais, como o afeto, que outrora não eram passíveis de tutela jurídica, passaram a receber uma tutela especial por parte do direito.

Nesse contexto, em que o valor humano é entendido como um dos elementos constitutivos da personalidade humana e, portanto, objeto de tutela jurídica, houve diversas condenações de pais em indenização por danos morais decorrentes de abandono afetivo, sob o fundamento de que os pais ausentes descumpriram o dever jurídico de prestar afeto.

Ocorre que tais decisões são muito discutíveis, surgindo como primeiro ponto de questionamento a natureza do dever de dar afeto, se se trata de um dever jurídico ou moral. Se considerado dever jurídico, o seu descumprimento configurará ilícito civil que, conjuntamente com o dano ocasionado, desencadeia o fenômeno da responsabilidade civil.

Em decorrência dessa análise, exsurge como objetivo específico a análise do abandono afetivo sob a ótica da responsabilidade civil, de maneira a analisar a configuração, ou não, de seus pressupostos. Outro objetivo específico a ser trabalhado é o estudo acerca da (im)possibilidade de imposição do dever de dar afeto, tornando esse dever uma obrigação jurídica.

Com tais objetivos em foco, abordou-se, no primeiro capítulo, o instituto da família, fazendo-se uma análise de sua atual da configuração social e de suas várias acepções jurídicas. Deveras, a Família vai, gradativamente, transcendendo o fato biológico (prefigurado no estágio mamífero da evolução das espécies em nosso planeta) para se caracterizar como grupo social primário decorrente da reprodução e da

consanguinidade e baseado ou num Sacramento Religioso indissolúvel - período de hegemonia total, nesse campo, do direito canônico - ou num Contrato Civil - momento de vigência do direito liberal-burguês. Agora o perfil constitucional e legal da Família vai buscar seu fundamento no Vínculo Afetivo que se expressa, objetivamente, num complexo ordenamento de deveres e direitos e seus consectários.

São abordados os princípios regentes do Direito das Famílias, com especial destaque para aqueles de alguma forma relacionados à discussão aqui desenvolvida.

Ao final do capítulo, foram estudadas a afetividade como elemento psicológico essencial para a conceituação e compreensão do ser humano.

Ademais, analisamos a influência e importância da afetividade para o Direito das Famílias, bem como a influência e discutida a questão da afetividade como obrigação de cunho unicamente moral, tanto sob a ótica conceitual como do ponto de vista operativo.

No segundo capítulo, foi estudado o instituto da responsabilidade civil, com uma análise do seu desenvolvimento histórico, desde o seu surgimento, como uma resposta estatal aos conflitos ocorridos na sociedade e como contraponto à autotutela, até a sua independência face à responsabilidade penal. Foram analisados também os seus pressupostos, assim entendidos como elementos essenciais que precisam se fazer presentes para que seja desencadeado o fenômeno da responsabilidade civil, quais sejam, o dano, o ato ilícito, o nexo de causalidade e a culpa. Em um último momento, foram analisadas as funções sociais da responsabilidade civil (função reparatória, punitiva e precaucional), sendo compreendida qual a finalidade da aplicação do instituto da responsabilidade civil.

O último capítulo faz uma abordagem do fenômeno do abandono filial-afetivo a partir da ótica da responsabilidade civil, analisando se, mesmo com a ocorrência do dano, restam configurados todos os outros pressupostos elementares para a responsabilização civil. Analisou-se ainda a questão acerca do cumprimento, ou não, das finalidades da responsabilidade civil se possível a sua aplicação em casos de abandono filial-afetivo.

Por fim, cumpre destacar que a metodologia utilizada no presente trabalho foi a de pesquisa básica bibliográfica exploratória, através de leitura de livros e artigos científicos sobre o tema, sendo o instrumento de pesquisa unicamente o bibliográfico.

co, a partir de um estudo em cima da literatura jurídica doutrinária e jurisprudencial existente sobre o assunto.

## **CAPÍTULO I - A AFETIVIDADE E O DIREITO DAS FAMÍLIAS**

### **1.1 Uma reflexão acerca da família contemporânea**

Para se compreender a instituição da família, deve-se primeiro entender tal entidade como um fenômeno social, constituindo-se como célula básica do tecido social, célula essa dentro da qual são gerados e desenvolvidos os indivíduos componentes da sociedade.

Como decorrência desse fato, observa-se que a concepção jurídico-social acerca do que seja família, com todas as consequências dela decorrente, irá variar em função dos diferentes contextos históricos de cada sociedade.

Portanto, deve-se compreender o atual contexto da sociedade brasileira para entender como o Direito compreende a família e quais os objetos jurídicos tutelados.

Do ponto de vista social, observa-se que as modificações ocasionadas pelos avanços tecnológicos, científicos e culturais transmudam a forma como os indivíduos se relacionam, tendo sido eliminadas diversas fronteiras que foram organizadas pelo sistema jurídico-social clássico.

Com isso, a família assume um caráter instrumental, tornando-se o núcleo para o desenvolvimento da personalidade humana e não mais núcleo meramente econômico e reprodutivo.

Nesse sentido, Farias e Rosendal (2009, p. 6) esclarecem que:

Ao colocar em xeque a estruturação familiar tradicional, a contemporaneidade (em meio à inúmeras inovações tecnológicas, científicas e culturais) permitiu entender a família como uma organização subjetiva fundamental para a construção individual da felicidade. E nesse passo, forçoso é reconhecer que além da família tradicional, fundada no casamento, outros arranjos familiares cumprem a função que a sociedade destinou à família: entidade de transmissão de cultura e formação da pessoa humana digna.

Do ponto de vista jurídico, observa-se que a Constituição Federal de 1988, em razão do novo contexto social, com novos anseios e necessidades sociais, estabelece o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, em seu art.1º, e condiciona a leitura dos institutos do direito privado ao respeito e consecução desse referido princípio.

Com isso, a acepção de família não poderia mais ser compreendida apenas como núcleo patrimonial e reprodutivo, devendo ser encarada como meio de promoção e desenvolvimento da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, o afeto surge como o elemento fundamental para a formação da família, haja vista que ele se afigura como elemento essencial e intrínseco ao ser humano, componente de sua personalidade.

Em decorrência disso, em busca de suprir as diversas necessidades existências dos indivíduos componentes da entidade familiar, ocorre a formação de novos arranjos familiares, diferentes do modelo tradicional, instituído pelo casamento, sendo essas novas entidades familiares objetos da tutela constitucional no art.226 da Constituição Federal de 1988:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...).

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

(...)

O dispositivo constitucional consagra o afeto como o elemento constitutivo essencial da família na medida em que reconhece a união estável, uma união de fato que tem por base o afeto, e a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes como entidades familiares, não mais se restringindo àquela constituída pelo vínculo formal do casamento.

Conclui-se, a partir disso, que, considerando o afeto como elemento intrínseco à natureza humana e que a família deve ser compreendida como instrumento para a promoção da dignidade da pessoa humana através do suprimento de suas necessidades essenciais, a afetividade é alçada ao nível de elemento fundamental para a constituição da família, não sendo necessária a adoção de qualquer formalidade para isso.

## **1.2 Acepções Jurídicas da Família**

Devido à ideia de família comportar diversos signos e significados, sendo uma ideia generalizante, doutrinadores como Cristiano Chaves de Farias e Maria Helena

Diniz trabalham com três acepções do conceito, que variará a depender de sua composição. Em função disso, a família pode ser compreendida no sentido amplíssimo, lato ou amplo e restrito.

Farias e Rosenvald (2009, p.13) conceituam o sentido amplíssimo como “a família compreendida como uma abrangente ligação que interliga diferentes pessoas componentes de um mesmo núcleo afetivo, estando inseridos nesse conceito até terceiros agregados.”

Diniz (2011) comenta que, na concepção lata ou ampla, há uma limitação normativa do conceito de família, considerando-se como família, além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos, os parentes de linha reta ou colateral, assim como os afins.

Por outro lado, em sua concepção restrita, a família é compreendida apenas como o conjunto de pessoas unidas afetivamente, seja pelo vínculo formal do casamento ou pelo vínculo natural da união estável, e sua prole.

No presente estudo, adotar-se-á a acepção restrita de família, considerando-se que as relações familiares em foco são aquelas entre os genitores e a sua prole.

### **1.3 Princípios Regentes do Direito das Famílias**

Os princípios podem ser compreendidos como normas jurídicas fundamentais. Gallupo (1999, p.14) explica que “os princípios jurídicos são, no plano da justificativa, o fundamento (formal) normativo dos demais direitos, o seu ponto de partida”.

Com isso, percebe-se que os princípios se constituem como fundamento racional das regras jurídicas, variando essas regras jurídicas de acordo com os princípios incidentes.

Por outro lado, Berberi (2003) destaca outro aspecto dos princípios jurídicos, visualizando-os como normas jurídicas cujo grau de abstração é relativamente elevado, necessitando de uma integração por parte do intérprete.

Ademais, observa que essa generalidade difere de vagueza na medida em que ela está relacionada com a abrangência dessa norma, tendo um maior alcance, com uma aplicação sobre uma maior quantidade de situações.

Com esse entendimento em mente, ressalta-se que as particularidades dos objetos jurídicos tutelados pelo Direito das Famílias ocasionam a incidência de um rol específico de princípios, haja vista que, mesmo que inserido topologicamente no

ramo do Direito Civil, esse ramo do direito sofre limitações de ordem pública, uma vez que as normas jurídicas derivadas desse ramo possuem natureza indisponível e personalíssima.

Farias e Rosenthal (2009), consoante uma compreensão constitucionalizada do Direito das Famílias, destacam que todo o ordenamento jurídico emana da Constituição, devendo a ela se conformar. Vislumbra-se, pois, uma irradiação dos valores constitucionais para todos os ramos do direito, inclusive o das famílias, refletindo-se tal irradiação nos princípios regentes desse ramo jurídico.

Nesse sentido, os mesmos autores apresentam como princípios constitucionais específicos do Direito das Famílias os princípios: a) do respeito da dignidade da pessoa humana; b) da afetividade; c) da “ratio” do matrimônio e da união estável; d) da igualdade jurídica dos cônjuges ou companheiros; e) da igualdade jurídica de todos os filhos; f) da pluralidade das entidades familiares; g) do planejamento familiar e paternidade responsável; h) da liberdade e i) do superior interesse da criança e do adolescente.

No tocante ao princípio do respeito da dignidade da pessoa humana, Gallupo (1999) observa a consagração desse princípio pela nova ordem constitucional como um dos valores fundamentais da República, de maneira que tal princípio tem incidência plena sobre todo o ordenamento jurídico.

No âmbito do Direito das Famílias, esse princípio importará no fato de que a comunidade familiar deverá ser considerada como núcleo para o pleno desenvolvimento e realização de todos os seus membros, sendo o respeito da dignidade da pessoa humana a base de toda a comunidade familiar.

Farias e Rosenthal (2009) apontam o princípio da afetividade como decorrência desse princípio, haja vista a afetividade constitui elemento fundamental e intrínseco à pessoa humana, necessário ao desenvolvimento pleno e saudável de qualquer ser humano, afigura-se na condição de princípio norteador das relações familiares.

Diniz (2011, p.39) comenta que essa nova leitura do Direito das Famílias, com a incidência dos princípios da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, da afetividade, decorre de uma mudança em conceitos básicos sociais, com a impressão de uma feição moderna à família, em atendimento às exigências da época atual, que são diferentes das de outrora.

A mesma autora aponta, como outra consequência dessa modificação de conceitos, o princípio da *ratio* do matrimônio e da união estável, segundo o qual o casamento, a vida conjugal e o companheirismo têm como fundamento base, razão de ser, o afeto, a afeição entre os cônjuges ou companheiros, devendo ser a extinção dessa afeição a única razão para a ruptura da entidade familiar, seja por meio da dissolução da união estável, por meio do divórcio ou separação judicial.

O princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros, consagrado na Constituição Federal de 1988, constitui uma revolução no ramo do Direito das Famílias, sendo fruto da luta de movimentos feministas pela igualdade e emancipação das mulheres.

Observa-se que, ao igualar os companheiros e cônjuges em direitos e deveres, esse princípio modifica a base da sociedade, expurgando completamente o patriarcalismo. Diniz (2011, p.33) explica que:

[...] Com esse princípio desaparece o poder marital, e a autocracia do chefe de família é substituída por um sistema em que as decisões devem ser tomadas de comum acordo entre os conviventes ou entre o marido e mulher, pois os tempos atuais requerem que a mulher e o marido tenham os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade convivencial ou conjugal[...]. O patriarcalismo não mais se coaduna com a época atual, nem atende aos anseios do povo brasileiro; por isso, juridicamente, o poder do marido é substituído pela autoridade conjunta e indivisa, não mais se justificando a submissão legal da mulher.

Em virtude dessa consagração constitucional, tem-se que a codificação civil vigente não mais faz diferenciação em seus dispositivos quanto a direitos e deveres do marido e da mulher, tendo sido extirpado do ordenamento jurídico qualquer desigualdade de direitos e deveres entre o marido-companheiro e a mulher-companheira.

O princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, encartado no art. 227, §6º da Constituição Federal de 1988, tem por fim impedir a distinção entre filhos em função de sua origem biológica, ou não, e da natureza do vínculo que une os genitores. Observa-se que tal princípio concretiza a dignidade da pessoa humana, impedindo qualquer discriminação entre os filhos.

Graças a esse princípio, tornou-se possível o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento, além de ficar proibida a utilização de designações discrimi-

natórias relativas à filiação, bem como que seja revelado no assento de nascimento a ilegitimidade simples ou espuriedade.

O princípio da pluralidade das entidades familiares decorre da ampliação constitucional do conceito de família, com o reconhecimento de entidades familiares não oriundas do casamento, porém com a mesma proteção jurídica deste.

Farias e Rosenvald (2009, p.38) esclarecem que a consagração desse princípio representa a normatização de uma realidade fática de milhares de famílias brasileiras, sendo concebida a família como um fato natural, ao passo de que o casamento é uma solenidade, convenção social.

Esse princípio acarreta no reconhecimento das múltiplas possibilidades de arranjos familiares, gozando, todas elas de proteção especial do Poder Público.

O princípio do planejamento familiar e da paternidade responsável assume dois aspectos distintos. Em um primeiro momento, assume um aspecto de controle, na medida em que busca por combater o crescimento demográfico desordenado ao evitar a formação de entidades familiares sem condições de sustento e manutenção.

Em um segundo momento, esse princípio assume uma natureza de liberdade negativa, na medida em que veda qualquer forma coercitiva, por parte de instituições, oficiais ou particulares, de escolha dos critérios e do modo de agir quanto à constituição familiar, sendo essa escolha uma prerrogativa única e exclusiva do casal.

Diniz (2011) observa que o princípio da liberdade consiste na garantia ao indivíduo de poder constituir uma entidade familiar, seja por meio de casamento ou união estável, sem qualquer imposição ou restrição de pessoa jurídica de direito público ou privado, seja no âmbito econômico, educacional, religioso ou de simples conduta.

Por fim, o princípio do superior interesse da criança e do adolescente constitui uma diretriz solucionadora de questões familiares envolvendo as crianças ou adolescentes. Tal princípio parte da premissa da condição de vulnerabilidade desses seres, que se encontram em desenvolvimento, garantindo-lhes uma tutela jurídica mais específica, visando permitir-lhes o integral desenvolvimento de sua personalidade.

Observa-se que, em função desse princípio, são impostos deveres aos pais que assumem natureza de obrigações jurídicas, questionando-se se o dever de dar afeto constitui uma obrigação jurídica.

#### **1.4 A Afetividade como Elemento da Personalidade Humana Objeto de Tutela Jurídica**

A afetividade é compreendida como o conjunto dos fenômenos psíquicos afetivos, abrangendo as emoções, as dores e os prazeres. Nesse sentido, a afetividade se configura como elemento base na estruturação das condutas e reações de cada indivíduo.

Tais afetos, compreendidos como processos interiores, involuntários e espontâneos, não são passíveis de coerção, destacando Santos (2011, p.116) que eles “[...] são compreendidos pelas ciências psicológicas como processos interiores da personalidade, cuja manifestação independe da vontade...”.

Portanto, vislumbra-se a afetividade como um dos elementos componentes da personalidade humana. Nesse sentido, Santos (2011, p. 113) observa que:

[...] a afetividade é o conjunto de afetos, isto é, das paixões e dos sentimentos que compõem a esfera instintivo afetiva do psiquismo; que é constitutiva dos seres humanos e que é característica essencial de todos os humanos.

De sobremaneira, observa-se que, por ser elemento essencial constitutivo da personalidade humana e fundamental na estruturação das condutas e reações individuais, a garantia ao pleno desenvolvimento afetivo constitui a promoção da dignidade da pessoa humana, de maneira que não existe indivíduo sem afeto.

Santos (2011) observa que a Constituição Federal de 1988, ao inscrever a dignidade da pessoa humana como valor fundamental em relação ao ordenamento jurídico, operou uma das maiores modificações no direito brasileiro, de maneira que vincula todos os atos, negócios jurídicos, atos administrativos, leis e decisões judiciais à realização desse valor fundamental.

O mesmo autor destaca que, como consequência dessa proteção constitucional especial sobre a dignidade da pessoa humana se desdobra em uma tutela jurídica da afetividade, haja vista tratar-se de elemento constitutivo da personalidade humana, sendo a sua proteção uma proteção da dignidade humana.

Nessa toada, o direito moderno, balizado pelos preceitos constitucionais, garante a tutela jurídica da afetividade humana uma nunca antes existente, considerando a afetividade como elemento fundamental das relações familiares.

Exemplo da tutela jurídica da afetividade consiste no fato de a paternidade não ter mais como único parâmetro o vínculo biológico, sendo considerada também a vinculação sócio afetiva<sup>1</sup>.

Com isso, conclui-se que, no direito moderno, graças às matrizes estabelecidas constitucionalmente, há uma ampliação dos objetos dignos de tutela jurídica, não estando restrito à proteção de interesses patrimoniais. Com isso, elementos essenciais da personalidade humana, como a afetividade, tornam-se o objeto final a ser protegido nas entidades familiares.

#### 1.4.1 A relevância da afetividade para o direito das famílias

A afetividade, por ser elemento constitutivo da personalidade humana e inerente a eles, permeia todas as condutas, jurídicas ou não. Em razão do reconhecimento da afetividade como elemento da personalidade humana que merece tutela jurídica, ocorre a sua ascensão ao patamar de princípio norteador do direito das famílias.

Nesse sentido, Calderón (2013) ressalta a atual compreensão da afetividade como elemento central indicador da entidade familiar, de maneira que a afetividade torna-se parte integrante da estrutura familiar. Observa, também, que a nova ordem jurídica, inaugurada pela Constituição Federal de 1988, reconheceu a transição pa-

---

<sup>1</sup> DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA NEGATIVO. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. Em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar. **Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar, quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva.**

2. No caso, as instâncias ordinárias reconheceram a paternidade socioafetiva (ou a posse do estado de filiação), desde sempre existente entre o autor e as requeridas. Assim, se a declaração realizada pelo autor por ocasião do registro foi uma inverdade no que concerne à origem genética, certamente não o foi no que toca ao desígnio de estabelecer com as então infantes vínculos afetivos próprios do estado de filho, verdade em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro.

3. Recurso especial não provido. (STJ, REsp 2008/0111832-2, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma Cível, Julgado em: 16/02/2012)

radigmática ocorrida na família, sendo reconhecido o afeto como elemento imanente aos relacionamentos familiares.

Por outro lado, Santos (2011) observa a interdependência econômica e afetiva como traço característico das relações familiares, considerando tais elementos como a finalidade última da família, qual seja, possibilitar o pleno desenvolvimento psíquico e físico de seus integrantes.

O mesmo autor destaca que o reconhecimento da afetividade como princípio norteador e elemento fundamental do Direito das Famílias possibilitou a criação de institutos jurídicos como a guarda compartilhada, a paternidade sócio afetiva, a adoção à brasileira e o reconhecimento da união estável como entidade familiar, dentre outros.

Esses fatos demonstram o papel nuclear da afetividade no Direito das Famílias, sendo de suma relevância para esse ramo do Direito na medida em que possibilita a modificação na leitura jurídica de diferentes fatos sociais, nunca antes tutelados pelo Direito.

#### **1.4.2 Dever parental de prestar afeto, uma obrigação moral**

Em um primeiro momento, faz-se necessário compreender o conceito de obrigação, para depois entender a diferença entre uma obrigação moral e jurídica.

Para Farias e Rosenvald (2014), a obrigação pode ter uma acepção genérica, que implica numa ideia de comprometimento pessoal a uma situação moral, religiosa, social, dentre outras. A obrigação pode ter, também, uma acepção técnico-jurídica, sendo compreendida como o vínculo jurídico que adstringe a uma pessoa com o fito de solver alguma coisa, em plena consonância com o Direito.

Os mesmos autores observam, portanto, que a obrigação jurídica consiste em uma relação jurídica de caráter transitório, que vincula juridicamente duas partes diferentes (credor e devedor), tendo por objeto a prestação pessoal, que pode ser positiva ou negativa, sendo garantido o seu cumprimento, sob pena de coerção judicial.

Com isso, observa-se que a obrigação jurídica constitui-se em um dever, derivado de lei, de fazer ou não fazer, cujo descumprimento acarreta em uma sanção. Valença (2016) observa que “[...] o conceito de obrigação pode se traduzir no direito de alguém poder exigir o cumprimento de certo dever de outrem por meio de relações jurídicas”.

Esse vínculo obrigacional faz surgir a figura de dois sujeitos, o credor, entendido com a pessoa que tem o direito de exigir o cumprimento e o devedor, entendido como pessoa que tem a obrigação de realizar a prestação.

Por outro lado, a obrigação moral não faz surgir para o credor o direito de exigir o cumprimento da prestação, haja vista que esse tipo de obrigação é um dever de estabelecido unicamente pelo devedor em acordo com a sua consciência. Em razão disso, Valença (2016, p.2) destaca que:

a obrigação moral não passa de um dever de consciência, que encontra seu principal fundamento nas regras morais, e o cumprimento de uma obrigação de cunho moral sempre será visto como uma liberalidade, e não como pagamento.

Com essa diferenciação em mente, observa-se que, inobstante a essencialidade do afeto para o desenvolvimento pleno do ser humano e a específica tutela jurídica sobre esse objeto, o ordenamento jurídico não compreende o dever dos genitores de prestar afeto para a sua prole como uma obrigação jurídica.

Essa é a compreensão extraída do disposto no art. 22 da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente):

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.  
Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.

Observa-se, a partir da análise do dispositivo supra, que os deveres estabelecidos aos pais são de caráter material, não tendo um dever específico de prestar afetividade. Matzenbacher (2016, p.64) faz uma importante observação sobre isso:

Os deveres impostos no dispositivo acima são materiais, não guardam qualquer relação com afetividade, até porque não se podem misturar as duas coisas. Pelo que determina o artigo, os pais podem cumprir seus deveres mesmo sem expressar sentimentos de amor, carinho e atenção pela sua prole. Daí não se consegue apontar a existência de conduta do pai contrária à ordem jurídica ou ato ilícito.

Essa compreensão também se baseia no fato de a afetividade ser um processo espontâneo e involuntário do indivíduo, devendo-se observar que a Ciência Jurídica

dica lida com a conduta, assim entendida como comportamento qualificado pela vontade, não podendo se qualificar o ato de prestar/dar afeto como uma conduta haja vista a sua involuntariedade.

Desta forma, escapa ao arbítrio jurídico instituir a obrigação de alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, dada a involuntariedade do movimento afetivo, que permeia as relações humanas de forma livre e espontânea.

Conclui-se, portanto, que o ordenamento jurídico não concebe o dever de dar afeto como uma obrigação jurídica, incumbindo aos pais deveres de natureza material, em respeito às peculiaridades da afetividade, haja vista que, revestir o dever de prestar afeto como uma obrigação jurídica consiste em tornar coercitível um ato que é, por natureza, incoercível.

## CAPÍTULO II – RESPONSABILIDADE CIVIL

### 2.1 Conceito

A responsabilidade civil pode ser compreendida como o dever de o indivíduo reparar os danos derivados de sua conduta, buscando restaurar o equilíbrio moral e patrimonial.

Em relação à origem do termo “responsabilidade”, Gagliano e Filho (2010, p.43) observam que:

A palavra ‘responsabilidade’ tem sua origem no verbo latino *respondere*, significando a obrigação que alguém tem de assumir com as conseqüências jurídicas de sua atividade, contendo, ainda, a raiz latina de *spondeo*, fórmula através da qual se vinculava, no Direito Romano, o devedor nos contratos verbais.

Gonçalves (2016) aponta o caráter restaurativo da responsabilidade civil, na medida em que ela busca restaurar o equilíbrio moral e patrimonial outrora prejudicado em razão de uma atividade danosa. Nesse sentido, ele assevera:

(...) Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil. Pode-se afirmar, portanto, que *responsabilidade* exprime a idéia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano. (...) (GONÇALVES, 2016, p.41)

Por sua vez, o Código Civil de 2002 traz, em seu art. 927, a acepção legal da responsabilidade civil:

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

Percebe-se, a partir da análise do dispositivo supra, a vocação retrospectiva da responsabilidade civil, criando o vínculo da responsabilidade pelos atos, ocasionadores de dano, já praticados pelo indivíduo.

Farias, Rosenvald e Netto (2016) fazem importante observação acerca da origem da noção jurídica de responsabilidade, compreendida como obrigação de repa-

rar o dano ou sofrer a pena, destacando ser ela resultante da coligação de uma obrigação de fazer, violada pela infração, com a de reparar ou sofrer a pena como sanção à essa infração.

Esclarecem ainda que o conceito fundante da responsabilidade se encontra no verbo “imputar”, uma vez que ele conjuga em si a ideia de atribuição de uma ação a um determinado agente conjuntamente com uma qualificação moral, na maioria das vezes negativa, dessa ação.

Em função disso, há uma conversão do juízo de imputação em juízo de retribuição, na medida em que há uma infração com a sua reprovação. Com isso, vislumbra-se ser a noção jurídica de responsabilidade fruto dessa conversão de um juízo de imputação para um juízo de retribuição.

Com isso, conclui-se ser a responsabilidade civil o vínculo jurídico que assujeita um indivíduo que, por meio de ato ilícito, ocasionou dano a outrem à sua reparação ou compensação.

## **2.2 Breve Histórico da Responsabilidade Civil**

A reação aos comportamentos lesivos ou danosos variará de acordo com o nível de civilização de uma sociedade.

Em um primeiro momento, quando inexistia um poder central e, conseqüentemente, as relações humanas eram regidas pela autotutela, imperava a vingança privada, na qual a própria vítima, ou os membros do grupo do qual ela fazia parte, tomavam as reações que bem entendessem e possíveis, sem qualquer restrição.

Com isso, observa-se que a vingança contra uma atitude danosa não tinha qualquer limitação, podendo, muitas vezes, ultrapassar o dano ensejador desse ato.

O primeiro grande avanço no sentido de impor um limite à vingança privada se constitui na Lei de Talião, que impunha “olho por olho, dente por dente”. Como consequência disso, há uma limitação à vingança, tomando ela ares de proporcionalidade, uma vez que ela não podia ser maior que o dano sofrido.

A ideia de uma compensação pecuniária como substituta da vingança privada incondicionada ou vingança limitada pela Lei de Talião surge em momento posterior, sendo fruto da constituição de uma autoridade soberana, que proíbe a autotutela.

Gonçalves (2016) aponta que a diferenciação entre “pena” e “reparação” surge no direito romano, uma vez que eles distinguiam os delitos em públicos, ofensas

mais graves, perturbadoras da ordem, e privados, sendo a pena econômica recolhida em favor do réu, nos delitos privados, e em favor do Estado, nos delitos públicos.

Farias, Rosenvald e Netto (2016) destacam a importância da autonomia da responsabilidade penal, conquistada graças ao Iluminismo, com a separação entre a esfera do direito civil e a do direito penal. Tal diferenciação entre responsabilidade penal e responsabilidade civil acarreta na eliminação de diferentes espécies de ilícito, conjuntamente com a exclusão penal originária, ganhando a responsabilidade civil um caráter reparatório.

Explicam, também, que outra consequência desse fato é a aferição do elemento subjetivo do autor do dano para fins de quantificação da reparação devida.

Com isso, percebe-se a evolução da atual concepção da responsabilidade civil subjetiva, desde a sua origem, na qual se confundia com a responsabilidade penal, até a sua separação, momento no qual ela perde a sua função penal.

### **2.3 Funções da Responsabilidade Civil**

O instituto jurídico da Responsabilidade Civil apresenta várias funções na medida em que busca solucionar os conflitos existentes na sociedade, evitando, assim, a ruptura do tecido social.

Nesse sentido, Farias, Rosenvald e Netto (2016) apontam três como as principais funções da responsabilidade civil, quais sejam, a função reparatória, punitiva e precaucional.

Em relação à função reparatória, Gagliano e Filho (2010) observam que ela visa repor o bem perdido diretamente ou indenizar, através de pecúnia no valor material desse bem, quando não possível a reposição.

Farias, Rosenvald e Netto (2016) sustentam que a função reparatória se desdobra em três formas de tutela, quais sejam: a) tutela restitutória, na qual se busca reconstituir, restaurar as condições do ofendido a momento anterior à lesão, tendo uma vocação de satisfação *in natura*; b) tutela ressarcitória, que objetiva compensar o lesado pelo prejuízo econômico sofrido, buscando neutralizar as consequências do ilícito, podendo ocorrer em situações em que a tutela restitutória não seja possível ou viável, tendo caráter subsidiário ou complementar; e c) tutela satisfativa, que se presta à satisfação *in natura* de uma posição subjetiva que restou

não atuada, ou defeituosamente atuada, ao contrário das tutelas ressarcitória e restitutória, que buscam restaurar uma determinada estrutura de interesse.

A função punitiva tem caráter secundário, uma vez que, conforme Gagliano e Filho (2010) explicam, a prestação imposta ao ofensor assume, também, um caráter punitivo em razão de sua ação danosa não apresentar a cautela necessária, de maneira que ele seja persuadido a não mais lesionar.

Por fim, no que tange à função precaucional, Farias, Rosenvald e Netto (2016) comentam que ela confere à responsabilidade civil um caráter pedagógico, na medida em que desestimula a prática de atividades potencialmente danosas, cujas consequências não são passíveis de compensação ou securitização.

Os mesmos autores apontam que essa função é uma consequência do contexto social pós-moderno, explicando que:

(...)a responsabilidade civil tradicional é moldada a solucionar problemas intersubjetivos, reativamente a um post factum. Trata-se de uma noção curativa-retroativa, que lida com um dano já ocorrido. Já no contexto da sociedade pós-moderna ela passa por adaptações, atuando em complexos aspectos como a proteção do futuro em uma perspectiva de responsabilização proativa (responsabilidade de longa duração) hábil a lidar com potenciais danos marcados pela difusidade, transtemporalidade e efeitos transfronteiriços. (FARIAS, ROSENVALD E NETTO, 2016, p.73)

Gagliano e Filho (2010) apontam a relação dessa função com a punitiva, na medida em que os efeitos da função punitiva se estendem à sociedade, tendo caráter socioeducativo, evitando a repetição social daquelas condutas danosas, ao demonstrar que essas condutas não serão toleradas, tomando um caráter preventivo.

Com isso, observa-se que as funções da responsabilidade civil são estreitamente correlacionados, uma vez que o instituto da responsabilidade civil repara um dano injusto decorrente de um ato ilícito, pune o praticante daquele ato e desestimula a prática desses atos, prevenindo danos futuros.

## **2.4 Pressupostos da Responsabilidade Civil**

O art. 927 do Código Civil de 2002, ao estabelecer que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo(...)”, evidencia os quatros pressupostos\elementos necessários para a caracterização da res-

responsabilidade civil, quais sejam, o dano, o ato ilícito, o nexo de causalidade e a culpa ou o dolo, os quais serão aprofundados nos próximos tópicos.

### 2.4.1 Dano

O dano delinea-se como o pressuposto nevrálgico, a razão de ser da responsabilidade civil, na medida em que o dever de reparar\indenizar surge a partir de um dano causado.

Nessa toada, Gagliano e Filho (2010, p.78) conceituam o dano como “lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não -, causado por ação ou omissão do sujeito infrator”.

Em importante observação, Farias, Rosenvald e Netto (2016) compreendem o dano como um fato jurídico *stricto sensu*, haja vista que, mesmo que provocado por ato humano, ele configura-se essencialmente como um evento da natureza. Destacam, também, que a sanção jurídica do dano decorre do seu desdobramento em duas esferas: a fática e a jurídica. A esfera fática do dano se manifesta no prejuízo em si. Já a esfera jurídica a constituição desse prejuízo como um fato violador de um interesse juridicamente tutelado.

Os mesmos autores comentam ainda que como decorrência do conceito jurídico de dano, há uma gradual compreensão jurídica de danos mais intangíveis e imateriais, como a quebra de expectativa, o estresse emocional e a frustração da confiança, dentre outros. Percebem, portanto, que a conceituação jurídica do dano funciona como uma cláusula geral, ao exigir a análise, em cada caso concreto, da incidência de uma proteção jurídica sobre o interesse alegadamente violado, por consequência, torna-se possível que essa lesão se dê sobre um interesse jurídico de cunho personalíssimo e não patrimonial, o dano moral. Nesse sentido, Gagliano e Filho (2010, p.86) explicam que:

Trata-se, em outras palavras, do prejuízo ou lesão de direitos, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro, como é o caso dos direitos da personalidade, a saber, o direito à vida, à integridade física (direito ao corpo, vivo ou morto, e à voz), à integridade psíquica (liberdade, pensamento, criações intelectuais, privacidade e segredo) e à integridade moral (honra, imagem e identidade),(...)

Por fim, faz-se mister observar a importante distinção feita por Nader (2016, p. 62), que leciona:

Os patrimônios individuais são formados por bens materiais e imateriais. Os primeiros se compõem de riquezas suscetíveis de avaliação pecuniária, enquanto os segundos não comportam tal estimativa, como a vida, a honra e a liberdade. Os prejuízos causados aos bens materiais por *damnum emergens* ou *lucrum cessans* configuram os *danos patrimoniais*, enquanto os afetos aos bens imateriais são os danos morais. A indenização por danos morais não visa à reparação, pois não há como a vítima se tornar indene; condena-se com dupla finalidade: a de proporcionar à vítima uma compensação e para se desestimular condutas desta natureza.

Com isso, conclui-se que o dano, assim entendido como lesão a um interesse juridicamente tutelado, que pode ter repercussão na órbita patrimonial ou não, constitui o elemento nuclear da responsabilidade civil, uma vez que o dever de reparar/indenizar só surge quando da sua ocorrência.

#### **2.4.2 Ato ilícito civil**

O segundo pressuposto da responsabilidade civil é o ato ilícito civil, que é compreendido como fato jurídico, na medida em que se trata de um evento, oriundo da natureza ou da vontade humana, que tem repercussão no mundo jurídico, com a produção de efeitos jurídicos.

Segundo Nader (2016), o ato ilícito constitui um fato jurídico em sentido amplo, haja vista que cria ou modifica a relação jurídica entre o agente causador da lesão e o titular do direito à reparação, havendo uma violação de direito decorrente de ação ou omissão, dolosa ou culposa, com o conseqüente dano, de natureza patrimonial ou moral.

O mesmo autor observa que, em decorrência disso, a conduta do agente se delinea como elemento nuclear do ato ilícito, uma vez que este se configura por uma conduta voluntária e contrária à ordem jurídica.

Fernandes (2011, p.10) observa que “a conduta é o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão”.

No tocante à voluntariedade do ato ilícito, Gagliano e Filho (2010, p.70) asseveram que:

(...), a voluntariedade, que é pedra de toque da noção de conduta humana ou ação voluntária, primeiro elemento da responsabilidade civil, primeiro elemento, não traduz necessariamente a intenção de causar o dano, mas sim, e tão somente, *a consciência daquilo que se está fazendo*.(...) Nessa consciência, entenda-se o conhecimento dos atos materiais que se está praticando, não se exigindo, necessariamente, a consciência subjetiva da ilicitude do ato.

Por fim, Farias, Rosenvald e Netto (2016) consideram que o ato ilícito civil configura-se como uma conduta violadora de uma obrigação jurídica preexistente imposta ao agente. Nesse sentido, observa-se a antijuridicidade como elemento objetivo e central do ato ilícito, haja vista que o comportamento do agente contraria o ordenado pela norma, violando, sem consentimento, esfera jurídica alheia.

Portanto, constata-se que para a configuração do ato ilícito, faz-se necessário que a conduta humana seja qualificada pela vontade, seja voluntária, e que tal conduta ofenda o ordenamento jurídico, ao violar uma obrigação jurídica anteriormente imposta.

#### **2.4.3 Nexo de causalidade**

O nexos de causalidade é compreendido como a relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o dano causado.

Nader (2016) observa que a causalidade traduz-se no reconhecimento de que a conduta imputada, atribuída à alguém constitui causa da qual o dano é efeito, constituindo-se como fato sem o qual o dano não haveria ocorrido.

Segundo Gagliano e Filho (2010), o nexos de causalidade é o liame que une a conduta do agente ao dano causado, observando que, para o Código Civil de 2002, somente a conduta antecedente, abstratamente apta a determinação daquele resultado, poderá ser considerada como causa do dano.

Nesse sentido, Gonçalves (2016, p.61) comenta:

É a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Vem expressa no verbo “causar”, utilizado no art.186. Sem ela, não existe a obrigação de indenizar. Se houve o dano, mas a sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente relação de causalidade e também a obrigação de indenizar.

Farias, Rosenvald e Netto (2016) destacam que o nexos causal apresenta, além da função primordial de direcionar a obrigação de indenizar àquele indivíduo cu-

jo comportamento constituiu causa eficiente ao dano (imputação jurídica das consequências de determinado evento lesivo ao indivíduo que os produziu), a função de determinar a extensão do dano, com a consequente medida de sua reparação. Portanto, o nexo de causalidade configura-se como elemento determinador do indivíduo que deverá reparar e quais os efeitos danosos que serão reparados.

Vislumbra-se, portanto, como elemento inafastável do instituto da responsabilidade civil, sob pena de desconfiguração desse instituto jurídico, uma vez que graças ao nexo de causalidade torna-se possível responder pelo dano injusto a que se tenha dado causa.

#### **2.4.4 Culpa**

O art.186 do Código Civil de 2002 consagra o elemento culpa, ou dolo, como pressuposto da responsabilidade civil, na medida em que dispõe que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Com isso, observa-se que a culpa, ou dolo, configura-se como qualificador subjetivo da conduta humana que será caracterizada como ilícito civil, haja vista que a ação ou omissão causadora do dano pode ser voluntária (dolo) ou fruto de negligência, imprudência ou imperícia do agente.

Gonçalves (2016) observa que a culpa, em sentido estrito, se diferencia do dolo na medida em que este consiste na vontade deliberada, consciente e intencional de violar, lesionar um interesse juridicamente tutelado, ao passo que aquela consiste na falta de diligência por parte do agente.

Em relação à diferença entre culpa e dolo, Gagliano e Filho (2010, p. 165) dizem que:

Em nosso entendimento, portanto, a culpa (em sentido amplo) deriva da inobservância de um dever de conduta, previamente imposto pela ordem jurídica, em atenção à paz social. Se esta violação é proposital, atuou o agente com dolo; se decorreu de negligência, imprudência ou imperícia, a sua atuação é apenas culposa, em sentido estrito.

Os mesmos autores observam que três são os elementos que compõem a culpa, em sentido amplo, sendo eles: a) voluntariedade do comportamento do agente, sendo que, quando essa vontade for direcionada à consecução do resultado pro-

posto, haverá a caracterização do dolo, no qual, não somente o agir, mas o próprio escopo do agente é voltado à consecução de um prejuízo; b) previsibilidade do prejuízo causado, uma vez que, quando não previsível aquele determinado resultado, estará se tratando de um caso fortuito; e c) violação de um dever de cuidado, ocorrendo dolo no caso de a inobservância a este dever for intencional.

Carvalho (2005, p.41) compreende a culpa como “um erro de conduta, consistente na ausência de previsibilidade daquilo que seria perfeitamente previsível através de cuidados normais, atitude comum ao bom pai de família.”

Importante observação fazem Farias, Rosenvald e Netto (2016), ao destacarem que a noção de culpa passou por uma depuração de elementos éticos individuais, passando a configurar-se em termos objetivos como um agir em desconformidade com parâmetros que se manifestam em um grau mínimo de tolerabilidade social do risco causado pela conduta do agente.

Com isso, observa-se que a culpa, em sentido amplo, é traduzida na inobservância de um dever de conduta, diferenciando-se a culpa, em sentido estrito, do dolo pelo escopo do agente, uma vez que, no último, há um escopo deliberado em não observar esse dever de conduta e de causar o dano.

Por outro lado, na culpa, em sentido estrito, o agente não tem por escopo a inobservância desse dever de conduta, com o conseqüente dano, sendo essa inobservância decorrente de imprudência, negligência ou imperícia.

Gagliano e Filho (2010) definem a imprudência como uma atuação contra as regras básicas de cautela, sendo uma ação desnecessária contra um perigo. Por negligência, eles entendem como uma omissão que consiste na inobservância de um dever de cuidado, e, por imperícia, entendem como falta de aptidão ou habilidade específica para a efetivação de uma atividade técnica ou científica.

Por fim, vale ressaltar a importante análise de Nader (2016), que vislumbra como essência da culpa a previsibilidade e a evitabilidade do fato lesivo, sendo a previsibilidade requerida àquela comum as pessoas e não apenas aos profissionais ou pessoas com extraordinária vivência e experiência com o fato em questão.

Com isso, chega-se à conclusão que somente haverá uma responsabilização civil, com o dever de indenizar, compensar, quando ocorrerem todos os quatro pressupostos, ou seja, quando uma ação ou omissão, voluntária, eivada de culpa ou dolo, em violação ao ordenamento jurídico, um dever jurídico preexistente, lesionar um interesse subjetivo de outrem que seja objeto de tutela jurídico.

## **CAPÍTULO III - (IM)POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL PELO ABANDONO FILIAL-AFETIVO**

### **3.1 Abandono Filial-Afetivo: Conceito**

O abandono filial-afetivo pode ser entendido como a falta de assistência afetiva por parte do genitor, o que pode ocasionar danos psicológicos à criança, sendo compreendida como ser em formação.

Nesse ponto, importante ressaltar lição de Santos (2011), que explica a afetividade como energia psíquica pulsante no interior de cada ser, sendo essa energia um fator inerente ao desenvolvimento humano, com capacidade de projetá-lo para a vida em sociedade. Entretanto, o mesmo autor ressalta que tais afetos são compreendidos como processos interiores da personalidade, sendo a sua manifestação independente da vontade humana.

Braga e Fuks (2013) compreendem o abandono afetivo como o distanciamento ou a ausência afetiva dos pais no convívio com os filhos, destacando que mesmo que as obrigações alimentícias sejam cumpridas, há um distanciamento, seja por motivos tanto conscientes como inconscientes, com a privação da convivência e do cuidado afetivo.

Importante análise faz Castro (2017), que observa que o dever de prestar afeto não se confunde com o dever de companhia, que, conforme art. 1.589 do Código Civil de 2002, pode ser exercido de forma facultativa, a depender da observância do princípio do melhor interesse da criança. Destaca que pensar diferentemente consiste em remeter ao extinto pátrio poder, uma vez que, a depender do contexto fático, a criança pode viver sob a guarda de apenas um dos pais sem que haja prejuízo de seu desenvolvimento.

Dias (2007) considera que tal abandono consiste em uma falta de convívio com os filhos, em face do rompimento do elo da afetividade, sendo uma omissão do genitor de atender o dever de ter em sua companhia, o que pode ocasionar danos emocionais à criança ou adolescente.

Por fim, Hironaka (2017, p. 5), considerando o fenômeno do abandono afetivo em situações de dissolução da sociedade afetiva, observa que:

(...) Nestas hipóteses, deve-se atentar para a causa desta ruptura e a quem ela pode ser atribuída. Assim, pode ser imputado ao não-guardião, por exemplo, a responsabilidade pelos danos oriundos de afastamento decorrente da despreocupação com a educação da prole, tendo em vista ou a sua própria posição falha na conformação do casal parental, ou em razão da assunção de novas obrigações familiares em face da reconstrução de sua vida conjugal com terceira pessoa, o que o afasta do primeiro lar conjugal de forma indiscutivelmente prejudicial. Nesta última hipótese, o que costumeiramente pode acontecer é o fato de que o genitor não-guardião acaba por confundir o casal conjugal primitivo – e agora desfeito – com o casal parental (relação esta que, diferentemente daquela, se marca pela perenidade e indissolubilidade). Pode acontecer, ainda, que o afastamento do outro genitor se dê em decorrência de uma situação de risco ou perigo que ele, não-guardião, poderia impingir a sua prole, preferindo, neste caso, afastar-se para não colocar a saúde ou a vida de seus filhos em risco (como é o caso, por exemplo, de o genitor ser portador de uma grave doença infecto-contagiosa, alcoolismo mórbido, drogadição, doença mental etc.).

Por fim, Salman e Scheleder (2016) consideram o abandono afetivo como uma atitude nula do genitor no tocante ao cumprimento de deveres, de natureza moral, decorrentes do poder familiar, como os deveres de prestar assistência moral, educacional, afetiva, dentre outros, conforme previsto no art. 22 da Lei n. 8.069 de 1990.

### **3.2 O Abandono Filial-Afetivo sob a Perspectiva da Responsabilidade Civil**

A análise do fenômeno do abandono afetivo sob a perspectiva da responsabilidade civil leva em consideração dois aspectos fundamentais, para fins de aferir se é possível uma indenização por danos morais decorrentes de abandono afetivo.

Primeiramente, faz-se preciso analisar se, ante um dano psicológico, sofrido em decorrência de um afastamento afetivo do genitor, seja pelo fato de o desenlace amoroso com o outro genitor ter se dado de maneira espinhosa, de maneira que qualquer aproximação resulte em conflito, seja pela própria ausência de vínculo afetivo ou qualquer outro motivo, o dever de prestar afeto persiste como uma obrigação exigível juridicamente, configurando o seu descumprimento um ato ilícito civil, que se mostra como um dos pressupostos para uma responsabilização civil, com a indenização pelo dano moral.

O outro aspecto a ser observado é referente à (im)possibilidade de estabelecer, com segurança, um nexos causal entre a conduta omissiva consistente no abandono filial-afetivo e o dano ocasionado.

Nesse sentido, Matzenbacher (2009) levanta esse questionamento ao observar que, em um contexto de ruptura ocasionado pela dissolução da sociedade afetiva, no qual o filho, como, infelizmente ocorre em muitos casos, pode virar instrumento de vingança de ambos os genitores, como também por toda miscelânea de sentimentos que permeiam essa situação, não se torna possível apontar seguramente qual a conduta que foi, de maneira adequada, apta à produção do dano psicológico.

### **3.2.1 O abandono filial-afetivo como um dano moral**

O dano, como pressuposto de responsabilidade civil, pode ser diferenciado em material ou moral. Nesse ponto, Nader (2016) aponta que a diferença entre o dano material e moral se dá na medida em que o dano moral corresponde à lesão a um interesse juridicamente tutelado de natureza imaterial, que não é suscetível de avaliação pecuniária.

Para Gonçalves (2012, p. 379) o dano moral pode ser conceituado da seguinte forma:

O dano moral não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o contesto que sofre a vítima do evento danoso, pois estes estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano. A dor que experimentam os pais morte violenta do filho, o padecimento o complexo de quem suporta um dano estético, a humilhação, de quem foi publicamente injuriado são estados de espírito contingentes e variáveis em cada caso, pois cada pessoa sente a seu modo.

Venosa (2012) concebe o dano moral como um prejuízo incidente sobre vertentes psíquicas, morais e intelectuais da vítima em violação a direitos da personalidade. Observa que a identificação do dano moral não se encontra na constatação de dor física ou psíquica, mas na constatação da ocorrência de um distúrbio anormal na vida da vítima, ocasionando uma inconveniência comportamental ou um desconforto no seu comportamento.

Cahali (2005, p. 22) em importante análise, observa que:

O dano moral se caracteriza pelos seus próprios elementos; como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, então se classificam, desse modo, em dano que afeta a precipuamente a parte social do patrimônio (honra,

reputação, etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.); dano moral, portanto provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.).

Com o entendimento acerca do que seria dano moral, faz-se mister observar o fenômeno do abandono afetivo como um dano de natureza moral.

Nesse sentido, Hironaka (2005), considerando o abandono afetivo-filial como uma ofensa a um direito de personalidade da prole, comenta:

O dano causado pelo abandono afetivo é, antes de tudo, um dano culposamente causado à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, que, certamente, existe e manifesta-se por meio do grupo familiar, responsável que é por inculcar na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio de cumprimento das prescrições, de forma que ela possa, no futuro, assumir uma plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada. Trata-se de um direito de personalidade, portanto.

Por seu turno, Santos (2011) analisa que o conjunto de relacionamentos mantidos por uma pessoa compõe o seu patrimônio afetivo, uma vez que cada um desses relacionamentos tem uma significação valorativa para a construção, manutenção de sua estrutura afetiva, com a configuração de sua afetividade. Como decorrência disso, o abandono afetivo constituiria um dano moral na medida em que ocasiona uma perda na personalidade, má formação da estrutura psíquica do filho.

### **3.2.2 O abandono filial-afetivo como um ato lícito**

A compreensão do abandono afetivo como ato lícito necessita do entendimento do que viria a ser ato lícito, em atenção à dicotomia entre ato lícito X ilícito.

A definição do ato lícito pode ser construída a partir da compreensão do que seria ato ilícito, que, conforme entendimento de Diniz (2009), constitui uma ação, que poderá ser comissiva ou omissiva, contrária a um dever geral previsto no ordenamento jurídico.

Ainda sobre o ato ilícito, Farias, Rosenvald e Netto (2016, p.153) lecionam que:

O fato ilícito nada mais é do que o fato jurídico, isto é, aquele acontecimento cujos potenciais efeitos jurídicos são contrários ao ordenamento jurídico.

Com isso, não é difícil definir o fato ilícito como a violação de uma obrigação jurídica preexistente imposta ao agente. Enfim, é a transgressão a um dever jurídico imposto a alguém.

Assim, concluir-se-á que o ato lícito, em contraposição ao ato ilícito, é aquele ato que se demonstra em conformidade com o ordenamento jurídico, não violando nenhuma obrigação jurídica preexistente e imposta ao agente.

O entendimento de que o abandono afetivo constitui um ato lícito parte do pressuposto de que é impossível impor o dever de prestar afeto como uma obrigação jurídica.

Nesse sentido, Carbone (2005) comenta que o ato de sustentar o filho financeiramente, por meio de pensão alimentícia, constitui, por si, um ato de afeto, não tendo uma decisão judicial força para sanar alguma deficiência afetiva existente. Destaca ainda que o pagamento correto e regular da pensão alimentícia deve ser considerado como uma forma de atenção para com a sua prole, haja vista que, com isso, o genitor busca dar as condições necessárias à sua formação, mesmo que afastado em razão do desenlace afetivo com o genitor-guardião.

Farias e Rosenvald (2012) destacam a impossibilidade de imposição do afeto como obrigação jurídica, haja vista que o vínculo afetivo é construído através da convivência diária, ocorrendo de maneira natural e involuntária, sendo impossível dar-lhe um valor pecuniário.

Santos (2011, p.116) complementa:

O problema é que os afetos são compreendidos pelas ciências psicológicas como processos interiores da personalidade, cuja manifestação independe da vontade, ao passo que o Direito lida com a conduta, isto é, com os comportamentos qualificados pela vontade. Desse modo, podemos concluir sem pestanejar que os afetos não podem ser exigidos como obrigações jurídicas.

Matzenbacher (2016) observa que os deveres impostos aos pais e decorrentes do poder familiar se revestem de natureza material, não havendo uma previsão expressa quanto ao dever de prestar afeto<sup>2</sup>. Ressalta que a convivência familiar tem

---

<sup>2</sup> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO - ATO ILÍCITO - INEXISTÊNCIA - DEVER DE INDENIZAR - AUSÊNCIA. - A omissão do pai quanto à assistência afetiva pretendida pelo filho não se reveste de ato ilícito por absoluta falta de previsão legal, porquanto ninguém é obrigado a amar ou a dedicar amor. - Inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 186 do Código Civil, eis que ausente o ato ilícito, não há como reconhecer o abandono afetivo como passível de indenização. V.V.(TJ-MG

caráter facultativo, podendo ser mais lesivo à dignidade humana da criança obrigá-la à um convívio por ele não desejado ou prejudicial a ele, ao mantê-lo inserido em um ambiente desarmônico e desafetuoso pelas circunstâncias que permearam o processo de separação dessa família.

A mesma autora comenta que:

A conduta do pai não sofre incidência da norma legal, não tendo como ser considerada ilícita, vez que a lei não impõe aos pais dever de dar amor, afeto, em função da educação ou convivência familiar. A convivência familiar é facultativa, denominada para aquele que não tem a guarda jurídica como "visitação". (MATZENBACHER, 2016, p. 66)

Braga e Fuks (2013) tecem importantes observações ao considerarem que a busca pela imposição de um padrão comportamental afetivo, considerando o dever de prestar afeto como uma obrigação jurídica, configura-se como uma violação ilegítima à subjetividade humana, de sobremaneira que o Estado deve tutelar a liberdade afetiva, e não transformá-lo em uma obrigação, uma vez que a existência do afeto está condicionada, de maneira involuntária, ao desejo das partes, sem qualquer imposição de terceiros, não sendo possível transformar a falta de afeto em um bem fungível à pecúnia.

Nesse ponto, os mesmos autores sustentam:

Quando se pensa nas tentativas, sempre frustradas e nefastas, de imposição de um padrão de comportamento e afetos humanos às "justas medidas" ditadas por uma ordem externa repleta de "boas intenções", não há como deixar de fazer referência ao mito grego do leito de Procusto<sup>3</sup>. Tal metáfora é usada para criticar as intervenções ilegítimas na subjetividade humana em diferentes registros do conhecimento: educação, economia, religião, moda, cultura, política, mídia, globalização, neurociências. E aqui, no Direito e, em especial, no tema objeto deste artigo, não seria diferente ao se pensar a adequação ou o controle estatal dos afetos nos relacionamentos interpessoais e familiares.

---

102510802614140011 MG 1.0251.08.026141-4\001(1), Relator: Nilo Lacerda, Data de Publicação: 09-12-2009)

<sup>3</sup> Personagem da mitologia grega de nome Damastes apelidado de Procusto (o estirador). Hospedava viajantes a caminho de Atenas. Não se sabe se para agradar seus hóspedes ou a si mesmo, Procusto criou uma cama perfeita para o descanso dos visitantes, onde um homem ideal estaria encaixado em perfeita harmonia. Os hóspedes, quando não se ajustavam aos padrões do leito, enquanto dormiam passavam a ser vítimas de Procusto, que lhes cortava os excessos de seu corpo ou os esticava até a morte. Teseu terminou com a obsessão homicida de Procusto, obrigando-o a deitar no seu próprio leito, atravessado, e cortou todas as suas partes do corpo que sobram fora da cama.

Analogamente ao mito de Procusto, o Estado vem oferecendo aos jurisdicionados conforto hospitaleiro para atender às demandas de guarida no exaustivo caminho da vida, mas, em contrapartida, acaba por estirar sua intervenção e amputar a potência do desejo que advém da falta, por não ser reconhecida. A Justiça ao intervir "cegamente" na subjetividade humana não se questiona: qual seria a medida do afeto? E se o afeto, mesmo presente, não for suficiente à satisfação da demanda do outro? O afeto pode ser medido?(BRAGA e FUKS, 2013, p. 4)

Rosa (2008) aponta a impossibilidade de quantificação e qualificação do afeto, bem como a impossibilidade de sua exigência jurídica. Observa que a frustração afetiva, assim entendida como a expectativa por um afeto que não foi concretizada, é uma constante da realidade, sendo uma consequência dos relacionamentos humanos, não tendo o Direito força para modificar a natureza humana, dando um caráter de coercitividade ao dever de prestar afeto.

Salman e Scheleder (2016) comentam que os deveres decorrentes do poder familiar não têm repercussão no âmbito da subjetividade humana, haja vista que não há uma obrigação legal de amar.

Em razão disso, observa-se que, dada a natureza autônoma e espontânea dos afetos, não se torna possível uma exigência jurídica dessa afetividade, uma vez que ela não se qualifica como conduta humana, não podendo, portanto, ser considerada como obrigação jurídica.

Como consequência, tem-se que o abandono filial-afetivo não se configura como ato violador de dever juridicamente estabelecido, não sendo, portanto, um ato ilícito ensejador da responsabilização civil<sup>4</sup>.

### **3.2.3 A impossibilidade de estabelecimento de nexos de causalidade em casos de abandono afetivo**

O nexo de causalidade delinea-se como um dos pressupostos essenciais da responsabilidade civil na medida em que determina qual a conduta antecedente que teve aptidão para causar o resultado danoso.

---

<sup>4</sup> Alegação de abandono afetivo. Teoria de responsabilidade civil que não se consubstancia em ato ilícito – elemento indispensável para caracterização do dever de indenizar. Impossibilidade obrigacional. Afeto é sentimento incondicional. Precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça”.(SÃO PAULO, TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Apelação Civil nº 0004614-77.2009.8.26.0634, Rel. Des. Coleho Mendes, j. 05 abr. 2011, DJ 20 abr. 2011).

Diniz (2009) leciona que o nexo de causalidade configura-se como o vínculo entre a ação e o prejuízo, de maneira que o fato lesivo decorra, diretamente ou como sua consequência previsível, da ação, de tal sorte que ela seja considerada como sua causa.

Por sua vez, Stoco (2004) observa a essencialidade do nexo de causalidade como determinante da relação consequencial entre a ação antijurídica e o mal causado, de forma que esse mal tenha sido causado por culpa do sujeito agente.

Gagliano e Filho (2010) observam que o Código Civil de 2002 adota a teoria da causalidade adequada, considerando que:

Para os adeptos dessa teoria, não se poderia considerar como causa “toda e qualquer condição que haja contribuído para a efetivação do resultado”, (...), mas, sim, segundo um juízo de probabilidade, apenas o *antecedente abstratamente idôneo à produção do efeito danoso*, (...)

Note-se, então, que, para considerar uma causa “adequada”, esta deverá, abstratamente, e segundo uma apreciação probabilística, ser apta à efetivação do resultado. (GAGLIANO e FILHO, 2010, p.130)

Com isso, observa-se a problemática envolvendo o estabelecimento do nexo de causalidade nos casos de abandono filial-afetivo.

Matzenbacher (2009) comenta que, em situações de rompimento da sociedade conjugal, inúmeras e incontáveis causas, que podem ter origem em fatores alheios à vontade do genitor não-guardião, podem ocasionar o abandono filial-afetivo.

Ademais, ela ainda observa a ocorrência constante de situações na qual o filho é inserido no contexto conflituoso da separação, sendo utilizado como instrumento de vingança, com a ocorrência de um dano psicológico.

Entretanto, nesses casos, destaca-se que, dada a incompreensão da criança acerca da extensão da problemática existente entre o pai e a mãe, não é possível estabelecer, de maneira segura, o nexo de causalidade, determinado-se qual foi a conduta que ocasionou o referido danos.

Portanto, vislumbra-se que, nos casos de abandono afetivo-filial, o estabelecimento de um nexo de causalidade se mostra quase que impossível, uma vez que

---

<sup>5</sup> A responsabilidade civil no Direito de Família é subjetiva, de modo que o dever de indenizar pressupõe o ato ilícito e nexo de causalidade. Nesse passo, não se pode reconhecer como ato ilícito o alegado abandono afetivo que, por sua vez, não guarda nexo de causalidade com os danos alegadamente sofridos pela autora. (RIO GRANDE DO SUL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Apelação Cível nº 70054827019, Oitava Câmara Cível, Rel. Alzir Felipe Schmitz, j. em 26 set. 2013).

não há como se determinar qual a conduta omissiva do genitor não-guardião ocasionou o dano alegado pelo filho.

### **3.2.4 Abandono filial-afetivo e as funções da responsabilidade civil**

Conforme trabalhado no capítulo referente à responsabilidade civil, a responsabilização civil de um agente que comete um ilícito jurídico ocasionando um dano visa cumprir as funções reparatória, punitiva e precaucional.

Farias, Rosenvald e Netto (2016) destacam que a função reparatória tem por escopo a reconstituição das condições do ofendido ou a sua compensação pelo prejuízo econômico sofrido.

Para Gagliano e Filho (2010) a função punitiva se constitui na imposição de uma prestação ao ofensor, de maneira que ele seja persuadido a apresentar a cautela necessária, de maneira que ele não ocasione a lesão novamente. Para eles, essa punição apresenta como efeito secundário a educação social, de maneira que evita a repetição social daquelas condutas não sancionadas pelo direito.

Conforme entendimento de Farias, Rosenvald e Netto (2016), a função precaucional constitui o caráter pedagógico da responsabilidade civil ao desestimular condutas potencialmente danosas, cujas consequências não são determináveis e, portanto, passíveis de compensação ou securitização.

Com esse entendimento em mente, observa-se que a responsabilização civil pelo abandono afetivo-filial, com a condenação por danos morais, não cumprirá as finalidades essenciais e fundamentais desse instituto.

Matzenbacher (2009) considera que, por mais que a função do instituto da responsabilidade civil seja reestabelecer o status quo anterior ao dano, a sua aplicação do nos casos de abandono afetivo-filial não atingirá tal objetivo, haja vista que ela resultará na impossibilidade de reestabelecimento da relação afetiva entre o filho e o genitor ausente, não ocorrendo a reversão do dano psicológico causado.

Por seu turno, Rosa (2008) aponta a impossibilidade de reparação do dano ocasionado pelo abandono afetivo-filial, uma vez que esse dano está intrinsecamente ligado à condição humana, a falta de afeto, não podendo, portanto, ser compensada por pecúnia.

O mesmo autor observa a incompatibilidade da aplicação desse instituto nos casos de abandono afetivo-filial:

A demanda por amor (e toda demanda é por amor) foi traduzida automaticamente para a gramática jurídica como um dado capaz, pois, de reparação. O paradoxo deste pleito é o de que ao se obter “acolhimento”, via Poder Judiciário, abre-se um fosso Simbólico entre as expectativas singulares do demandante e a realidade monetária da decisão judicial. A dívida Simbólica é trazida, sem maiores cuidados, para um Real monetário, e quitada somente neste registro. Fixado o quantum do “amor” e cumprida a “obrigação”, como dizem os juristas, há satisfação plena do título judicial e o devedor está “liberto” (??) da obrigação paterna, trocada que foi no mercado das decisões judiciais. O preço Simbólico disto é Real (não porque pago em Reais, claro) (ROSA, 2008, p.1).

Salman e Scheleder (2016) destacam que, considerando o caráter incoercível e espontâneo da afetividade, a indenização por danos morais, decorrente da aplicação do instituto da responsabilidade civil em casos abandono afetivo-filial, não tem condão de mudar a situação vigente, uma vez que nenhum genitor iniciará a prestar assistência moral por força dessa indenização.

Nesse sentido, eles destacam que:

Depreende-se que, na maioria das vezes, essa indenização apenas servirá como uma forma de atenuar o sofrimento não funcionando como reparação, até porque é impossível obrigar alguém a dedicar carinho e afeto. O amor imposto de forma obrigatória pode ser, em muitos casos, ainda mais nocivo que o abandono. O medo de pagamento de uma indenização poderá gerar um pai presente, porém prejudicial à criança, atrasando seu desenvolvimento psicológico. O afeto é uma faculdade e deve ser recíproco, precisando ser um caminho de mão dupla. Muitas vezes, encontram-se filhos que não respondem ao afeto dos pais, fazendo com que estes se afastem, e, por isso, não podem estes ser penalizados. Se a solução para o problema fosse o dinheiro, este poderia estar incluso na própria pensão alimentícia. (SALMAN E SCHELEDER, 2016, p.16)

Carbone (2005) destaca a inaplicabilidade da responsabilidade civil com função punitiva na medida em que o abandono afetivo-filial não constitui ato ilícito civil. O mesmo autor vai além, ao considerar a inoccorrência do dano moral, sustentando

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. (CARBONE, 2005, p.1)

Por fim, Nogaroli (2009) conclui que, devido ao fato de o laço sentimental afetivo ser algo mais profundo, uma decisão judicial não poderá mudar uma determinada situação, nem sanar quaisquer deficiências existências, não havendo, portanto, que se falar em função reparatória.

## CONCLUSÃO

Apesar de a família ser um fato social, observa-se que a sua acepção jurídica passa por diversas modificações ao longo do tempo, estando tal conceito visceralmente ligado ao contexto social e histórico de determinada sociedade, haja vista que o Direito regula as relações sociais em um determinado tempo e espaço.

Em razão disso, percebe-se que, com a mudança cultural e de conceitos sociais, há uma mudança no entendimento jurídico com a incidência de novos valores oriundos dessas modificações.

No caso das relações familiares, reguladas pelo Direito das Famílias, compreende-se que, em decorrência de modificações ocorridas no seio da sociedade, a Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova ordem jurídica, na qual todas as relações humanas, principalmente as familiares, têm de ter como foco a promoção da dignidade humana, que foi alçado como valor fundamental da sociedade.

Como consequência disso, a afetividade, assim entendida como elemento essencial e intrínseco à personalidade humana, ganhou um tutela jurídica específica, com uma incidência em situações antes não tuteladas pelo direito.

Nesse ponto, surge a problemática do abandono filial-afetivo, na medida em que a ausência de afetividade por parte do genitor pode ocasionar danos à formação psicológica do filho, havendo, assim um dano moral, uma vez que esse dano é uma lesão a um direito de personalidade do indivíduo.

Essa problemática toma contornos críticos quando da dissolução do relacionamento entre os genitores, com a inserção da criança ou adolescente em um ambiente de relações conflituosas.

Observa-se que a separação dos pais importa na inserção dos filhos em conflitos familiares, com a sua submissão aos entraves inerentes à dissolução do vínculo afetivo, sofrendo as consequências desse desenlace amoroso. Em razão desse processo de separação, os filhos podem desenvolver sentimentos de rejeição e solidão.

Apesar de o processo de separação, em geral, ser uma experiência dolorosa para as crianças, observa-se a existência de algumas famílias nas quais, mesmo que dissolvida a sociedade afetiva, ocorre uma reestruturação com a implementação

de medidas que visam proteger a integridade psicológica dos filhos, mitigando consideravelmente os efeitos negativos da separação.

No entanto, infelizmente, percebe-se que essa reestruturação não é uma constante todos os processos de separação, podendo ocorrer, também, o oposto, que consiste em situações de afastamento de um dos genitores, devido à conturbada separação, com a quebra ou não criação de um vínculo afetivo com o filho, fato esse que pode ser um agravante dos efeitos negativos da separação sobre o seu psicológico.

Em casos assim, abre-se espaço para o questionamento acerca da possibilidade de responsabilização civil do genitor, haja vista que existe quem defenda que o dever de prestar afeto é uma obrigação jurídica, portanto, exigível, importando o descumprimento dessa obrigação em ato ilícito, sendo o dano psicológico decorrente do dano ocasionado por esse ato ilícito indenizável.

Entretanto, contrariamente à essa vertente, existe quem compreenda a natureza da afetividade, concluindo pela sua inexigibilidade, haja vista que trata-se de um processo interior e involuntário, não podendo ser imposta.

Essa análise leva à conclusão acerca da impossibilidade de responsabilização civil por abandono filial-afetivo, com a condenação em indenização por danos morais, haja vista que não restam configurados todos os pressupostos ensejadores da responsabilidade, nem tal responsabilização cumprirá com a suas finalidades.

Observa-se que, apesar da existência de um dano, elemento nevrálgico da responsabilidade civil, não há como se falar em ato ilícito, uma vez que o dever de prestar afeto é inexigível juridicamente. Ademais, não há como se estabelecer um nexo de causalidade entre a conduta omissiva do genitor e o dano ocasionado por essa conduta.

Com isso, tem-se que, embora haja um dano, não se torna possível a busca judicial pela reparação desse dano, seja porque decorrente de um ato lícito, uma vez que pensar diferente consiste em grave violação à individualidade humana, haja vista que impõe uma obrigação cujo cumprimento não depende da vontade do agente.

Outrossim, depreende-se que a responsabilização civil do genitor não atenderá as finalidades do instituto em questão, já que não há como se resolver questão afetiva com pecúnia, nem haverá uma recomposição emocional, destacando-se que o amor imposto de forma obrigatória pode ser, em muitos casos, ainda mais nocivo

que o abandono. Também não há que se falar em punição, uma vez que a conduta do genitor não pode ser alvo de reprovação jurídica.

Esse estudo leva à compreensão de que, por mais que o Direito busque garantir uma proteção integral do ser humano, alçando-o ao centro finalístico de todo o ordenamento jurídico, existem situações existenciais humanas que não podem ser respondidas pelo Direito, como é o caso da afetividade.

As dores e os sofrimentos, espinhosas consequências das expectativas afetivas, inerentes à condição humana, não podem ser resolvidas através de imposições de condutas, haja vista que, infelizmente, não há como se impor afetividade, constituindo a sua imposição por parte do Direito em uma violência contra a natureza humana.

Portanto, conclui-se que a problemática do abandono filial-afetivo deve buscar resposta em outras ciências, que não a Jurídica, de maneira que seja possível criar/recompôr o vínculo afetivo, de maneira que seja possível o desenvolvimento psicológico saudável, tanto da criança, quanto do genitor.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERBERI, Marco Antônio Lima. **Os princípios na teoria do direito**. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRAGA, Julio Cezar de Oliveira; FUKS, Betty Bernardo. **Indenização por abandono afetivo: a judicialização do afeto**. Tempo psicanalítico, vol.45, n.2, pp. 303-321, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 07 jun.2017.

BRASIL.Lei n.10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 07 jun. 2017.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3ª ed. rev., ampl. e atual. Conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CARVALHO, Acelino Rodrigues. **Pressupostos da Responsabilidade Civil à Luz do Novo Código**. 1 ed. Leme: LED – Editora de Direito Ltda., 2005.

CARBONE, Angelo. **A Justiça não pode obrigar o pai a amar o filho**. 2005. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2005-dez-25/justica-nao-obrigar-pai-amar-filho>>. Acesso em: 21 de out. 2017.

CASTRO, Leonardo. **O preço do Abandono Afetivo**. Disponível em : < <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1040152/o-preco-do-abandono-afetivo-leonardo-castro> >. Acesso em: 16 out. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de família**. 4. ed. rev. atual. e ampl., 3. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro, volume 5: Direito de Família**. 26 edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro, volume 7: Responsabilidade civil**. 23 edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações**, vol.2. 8 ed. Salvador: JusPodium, 2014

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito de Famílias**. 4ª Edição, 2012, Editora Jus Podvium.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **DIREITO DAS FAMÍLIAS**. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 3ª ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

FERNANDES, Mariane Santos. **Elementos da Responsabilidade Civil**. Revista Hórus, São Paulo, vol. 5, n. 1, jan.-mar. 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil, volume III: responsabilidade civil**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

GALLUPO, Marcelo Campos. **Os princípios Jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação**. Revista de informação legislativa, Distrito Federal, v. 36, n. 143, jul./set. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/514>>. Acesso em: 30 set. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Esquematizado volume 3**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 4: Responsabilidade Civil**. 7 edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos: além da obrigação legal de caráter material**. 2005. Disponível em:<<http://www.intelligentiajuridica.com.br/category/direito?id=952>>. Acesso em: 21 de out. 2017.

MATZENBACHER, Solange Regina Santos. **Reflexão Acerca Da Responsabilidade Civil No Direito De Família: Filho-Dano Moral X Pai-Abandono Afetivo e a família?**.Direito & Justiça, Porto Alegre, v.35, n.1, p. 61-69, jan/jun.2009.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, volume 7: responsabilidade civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NOGAROLI, Camila. **Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo na Filiação**. Disponível em <http://siaibib01.univali.br/pdf/Camila%20Nogaroli.pdf>. Acesso em: 21 de out. de 2017.

ROSA, Alexandre de Moraes. **Mercando a dor no Poder Judiciário: a questão do dano moral pelo Abandono Afetivo**. In: Direito e Psicanálise - interseções a partir de "O mercador de Veneza" de William Shakespeare (pp. 91-92). Miranda Coutinho & Jacinto N. (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SALMAN, Hammer Nayef; SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. **A impossibilidade de indenização por dano moral pelo abandono afetivo de menor.** Revista Jurídica da UNI7, [S.l.], v. 13, n. 1, fev. 2016. ISSN 2447-9055. Disponível em: <<http://www.uni7setembro.edu.br/periodicos/index.php/revistajuridica/article/view/39>> . Acesso em: 22 out. 2017

SANTOS, Romualdo Batista dos. **A tutela jurídica da afetividade.** Curitiba: Juruá, 2011.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil.** 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VALENÇA, Rodrigo Villar. **Obrigação civil, moral e natural.** Jusbrasil, 2016. Disponível em: <<https://rrodrigoo.jusbrasil.com.br/artigos/340328601/obrigacao-civil-moral-e-natural>>. Acesso em: 7 de jun. 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil.** 12 ed. São Paulo: Atlas, 2012.