

ABANDONO AFETIVO DOS FILHOS E SUA REPERCUSSÃO CIVIL: UM ESTUDO À LUZ DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA

NAYARA CAÍNA ARAÚJO SILVA¹

EMMANUELLI KARINA DE BRITO GONDIM MOURA SOARES²

RESUMO

Em artigo científico, investiga-se a viabilidade jurídica de se responsabilizar, civilmente, os genitores por abandono afetivo dos filhos. Para tanto, faz-se revisão bibliográfica, jurisprudencial e legislativa, utilizando-se de uma abordagem hipotético-dedutiva, além de uma aferição de aspectos qualitativos. Ademais, analisa-se, sob a perspectiva histórica, a progressão do direito das famílias, tratando sobre determinados princípios constitucionais relativos à temática e sobre elementos jurídicos correlatos. Discorre-se sobre institutos concernentes à relação dos pais para com os filhos, a exemplo da filiação, da guarda e do poder familiar, bem como algumas garantias das crianças e adolescentes, como o direito à convivência familiar, à educação moral e psicológica, à proteção financeira e à atenção preferencial. Posteriormente, analisam-se os requisitos da responsabilidade civil no Direito Brasileiro, especificando os relativos à responsabilidade civil extracontratual subjetiva, a saber: conduta ilícita, culpa, dano e nexo de causalidade. Por fim, investiga-se a viabilidade de responsabilização civil dos pais para com a prole em face do abandono afetivo, ocasionado pelo desrespeito a deveres estabelecidos legal e constitucionalmente.

Palavras-chave: Famílias. Poder Familiar. Responsabilidade Civil. Abandono Afetivo.

AFFECTIVE ABANDONMENT OF CHILDREN AND THEIR CIVIL REPERCUSSION: A STUDY IN THE LIGHT OF DOCTRINE AND JURISPRUDENCE

ABSTRACT

In a scientific article, the legal feasibility of making civil parents responsible for the emotional abandonment of their children is investigated. To this end, a bibliographic, jurisprudential and legislative review is carried out, using a hypothetical-deductive approach, in addition to assessing qualitative aspects. In addition, from the historical perspective, the progression of family law is analyzed, dealing with constitutional principles related to the theme and related legal elements. It discusses institutes concerning the relationship between

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). E-mail: nayaracaina@hotmail.com

² Professora da UNIRN, Graduada em Direito pela UFRN, especialização em Direito Civil e Processo Civil pela UFRN, Mestre em Direito Constitucional, na linha de Direito Internacional, pela UFRN. Advogada.

parents and children, an example of affiliation, custody and family power, as well as some guarantees for children and adolescents, such as the right to family life, moral and psychological education, protection financial assistance and preferential attention. Subsequently, analyzing the requirements of civil liability under Brazilian law, specifying those relating to non-contractual civil liability, a knowledge: illicit conduct, guilt, damage and causation. Finally, the feasibility of civil liability of parents to an offspring in the face of emotional abandonment, caused by disrespect to legal and constitutional duties, is investigated.

Keywords: Families. Family Power. Civil Responsibility. Affective Abandonment.

1 – INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem como objetivo geral aferir quais as repercussões jurídicas do abandono afetivo dos pais para com os filhos, abordando entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, além de acompanhar a evolução do conceito das famílias e suas consequências jurídicas até o momento atual. Para tanto, o estudo foi realizado por meio do método hipotético dedutivo e de uma abordagem qualitativa.

O tema guarda notável importância, por se relacionar com questões sensíveis concernentes à família, instituição de relevância singular para a sociedade, conforme reconhecido, inclusive, no direito pátrio.

Ademais, faz-se oportuna essa pesquisa, também, por discorrer acerca de direitos fundamentais protegidos de modo especial pela Constituição Federal, quais sejam, aqueles relacionados à dignidade de crianças e adolescente.

A fim de atingir tais escopos, proceder-se-á com a investigação sobre o conceito de família, bem como sobre o aperfeiçoamento da disciplina dado pelo Direito Brasileiro às entidades familiares.

Neste ínterim, proceder-se-á a uma investigação bibliográfica, aferindo-se tanto premissas doutrinárias, quanto dispositivos legais, com o intuito de se entender as eventuais repercussões relacionadas ao fato ora analisado.

Lançando mão de tais dados, será realizada a análise certos institutos do Direito de Família, que se fazem úteis para a compreensão do tema.

Neste sentido, serão trabalhados a definição e os aspectos da filiação,

do poder familiar e da guarda, bem como alguns dos deveres fundamentais que os genitores possuem para com os filhos, a exemplo de possibilitar ao menor o crescimento no seio da convivência familiar, de educação, de resguardo financeiro e a atenção preferencial, bem como a garantia do desenvolvimento moral e psicológico.

Falar-se-á sobre o conceito afeto, elemento de extrema importância para o direito das famílias na atualidade, além de um direito da criança e do adolescente, necessário ao seu desenvolvimento psíquico e moral.

Quanto às repercussões do abandono afetivo, abordar-se-ão alguns conceitos e elementos inerentes à responsabilidade civil, segundo do Direito Brasileiro, fornecendo-se destaque à responsabilidade civil extracontratual subjetiva, a qual guarda especial relevância em relação ao escopo desta pesquisa, pontuando que os principais requisitos para sua configuração são conduta ou ato humano, a culpa em sentido amplo, nexo de causalidade e o dano ou prejuízo.

Por fim, far-se-á uma averiguação específica da viabilidade jurídica de se responsabilizar civilmente os pais pelo abandono afetivo dos filhos, através do instituto do dano moral, que busca reparar prejuízos psíquicos e sócioafetivos causados à vítima, com intuito de tentar inibir o genitor ao cometimento do abandono, visando resguardar o cumprimento dos deveres de cuidado e afeto pelos pais aos menores.

2 – DA DISCIPLINA JURÍDICA DADA ÀS FAMÍLIAS: UMA ANÁLISE HISTÓRICA

As diversas áreas das ciências humanas – sociologia, antropologia, Direito etc. – costumam atribuir significados distintos à palavra “família”, de modo que, para efeitos do presente artigo, utilizaremos apenas as compreensões jurídicas acerca da referida instituição.

Durante a história, o Direito Brasileiro concedeu à entidade familiar disciplinas bastante distintas entre si. Embora tal estudo possa remeter até mesmo às Ordenações Filipinas (WALD, 2002, p. 20), a fim de não fugir do escopo desta pesquisa, restringiremos a análise ao contexto jurídico surgido a partir do Código Civil de 1916.

Nesse sentido, no início vigência do Código de Beviláqua, havia o entendimento que a instituição família só poderia se originar do matrimônio. Como consequências de tal pensamento, tinha-se, conforme lembra Wald (2002, p. 22), uma maior dificuldade para se proceder com a adoção de filhos, além de reconhecer-se enquanto tais apenas aqueles não provenientes de relações adúlteras ou incestuosas.

Preteriam-se na época, outrossim, as uniões convencionais que não fossem formadas mediante casamento, de sorte que não era garantido resguardo legal para o concubinato e para a união estável. Nesse mesmo sentido, não havia a possibilidade de divórcio, aceitando-se apenas o chamado “desquite”.

O contexto, contudo, começou a modificar-se na década de 50, com a vigência da chamada Lei da Adoção (Lei 3.133/57), e posteriormente, com o Estatuto da Mulher Casada (Lei n.º 4.121/62), que possibilitou a plena capacidade à mulher casada (DIAS 2015b, p. 30), e com a Lei do Divórcio (Lei n.º 6.515/77).

A partir da Constituição Federal de 1988, o tratamento jurídico à instituição familiar tomou novos contornos. A Carta Magna, por exemplo, disponibilizou um capítulo somente para este Ramo do Direito, qual seja, o Capítulo VII do Título VIII, tendo reconhecido, no *caput* do art. 226, que a família é a base da sociedade e deve ter especial proteção do Estado.

Com a nova Constituição, passou-se a estabelecer um modelo familiar com base nos princípios da solidariedade, igualdade e respeito à dignidade da pessoa humana (LÔBO, 2009, p. 5). No seu art. 226, *caput*, reconhece, por exemplo, que a família é base da sociedade e tem especial proteção do Estado. Passou-se a reconhecer que a família advém do matrimônio, mas também pode ser originada da “união estável entre homem e mulher” (art. 226, § 3º, CF), ou ainda originada da relação entre qualquer dos pais e seus descendentes, ainda que não haja casamento entre os genitores, conforme se depreende do art. 226, § 4º, da Constituição Federal.

Em momento posterior, foi promulgada a Lei n. 8.971/94, concernente ao direito dos companheiros aos alimentos e à sucessão, e a Lei n. 9.278/96, que teve o intuito de regular o art. 226, § 3º, da Carta Magna, disciplinando questões relacionadas ao instituto da união estável.

Com o advento do novo Código Civil (Lei 10.406/02), contudo, é que as determinações constitucionais tiveram uma regulamentação infraconstitucional mais adequada. Novas perspectivas foram trazidas pelo diploma, tais como a igualdade entre os cônjuges; fim do modelo patriarcal; estabelecimento da dissolução do matrimônio mediante separação e divórcio; extinção das diferenças entre filhos de sangue e adotados; regulamentação da união estável entre homem e mulher, além do reconhecimento de direitos derivados de relações concubinas.

Por outro lado, com o avanço da Ciência Jurídica, percebeu-se a impossibilidade de conceituar juridicamente as famílias tomando como base apenas o disposto nos textos da Constituição e das Leis.

Desse modo, passou-se a reputar que o rol constitucional não é exaustivo, de sorte que devem ser reconhecidas outras estruturas familiares, a exemplo das anaparentais, formadas somente pelos filhos, sem a presença dos genitores; famílias parentais, oriunda da convivência de pessoas com vínculo de parentesco; famílias homoafetivas, formadas por pessoas de igual sexo (DIAS 2015a, p.1)

Como representativo deste novo paradigma, o Supremo Tribunal Federal, em 2011, decidiu de forma unânime e histórica, pelo reconhecimento da união estável homoafetiva.

Na oportunidade, levou-se em consideração, além de outros fatores, um princípio bastante caro para o direito de família atualmente: o do afeto.

Mas atualmente, também tendo como base o princípio do afeto, vem se admitindo, tanto doutrinaria, quanto jurisprudencialmente, as famílias pluriparentais, ou seja, aquelas em que consta no Registro de Nascimento do filho o nome de mais de um pai ou mais de uma mãe, geralmente um genitor com vínculo biológico e o outro com vínculo socioafetivo.

Tal possibilidade surge como adequação a uma situação jurídica que há muito existe: o fato de que é possível que um indivíduo considere como pai/mãe uma pessoa distinta do(a) genitor(a) biológico(a). Assim, ao se permitir o pluriparentesco, garante-se, a um só tempo, que o genitor biológico usufrua do direito de ser reconhecido como pai/mãe da sua prole, como também garante-se à prole a possibilidade de ter documentalmente atestada a relação socioafetiva de parentesco.

3 –PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS MAIS RELEVANTES DO DIREITO DE FAMÍLIA

Entende-se princípio como sendo o tipo de norma que ordena a efetivação de certas posturas, na maior medida possível, com base nos cenários fáticos e jurídicos com os quais se relaciona.

Faremos uma análise sucinta de alguns princípios presentes na Constituição Federal, à medida que “são as portas de entrada para qualquer leitura interpretativa do direito” (DIAS, 2015, p. 42).

3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Previsto no inciso III, do Art. 1º, da Constituição Federal, constitui-se enquanto um dos fundamentos da República Brasileira. Como tal, direciona a concretização do Direito, de sorte que tanto os legisladores, quanto os aplicadores, devem levar em consideração a efetivação da dignidade humana

Relaciona-se com o Direito das Famílias, à medida que toda convivência familiar deve prezar pela dignidade das pessoas que entre si convivem, moral, física e psicologicamente.

Atualmente, tem sido fundamental para o pensamento de um “novo” direito das famílias, em que se tem deixado de lado construções sociais tradicionais, que privilegiavam, eminentemente, um modelo patriarcal, relacionado ao vínculo estritamente biológico e matrimonial, para um modelo com foco precípua no afeto e no alcance de uma vida digna, por parte daqueles que compõe a entidade familiar.

De fato, com o avanço dos debates, o princípio da dignidade humana foi um dos alicerces que permitiram o reconhecimento das famílias originadas de uma união homoafetiva, ao considerar que todas as pessoas têm igual dignidade, sendo a todas, indistintamente, garantida a busca pela felicidade mediante a constituição de uma célula familiar.

3.2 DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE

Prevê o art. 5º da Constituição Federal que a todos é garantida a liberdade. Tal garantia compreende, além do direito de ir e vir, a liberdade de

escolha do caminho de vida que quer seguir, o que inclui a convivência familiar.

Nesse sentido, o art. 226 da Carta Magna, em seu § 7º, estabelece que o planejamento familiar é livre decisão do casal, sendo vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

A liberdade, assim, deve estar presente na criação, na manutenção, na extinção e na reinvenção das relações familiares, levando-se em conta o afeto entre as pessoas envolvidas.

Ainda em relação a este princípio, cabe reconhecer que, nos últimos tempos, tendo sido utilizado para o reconhecimento de direitos civis dos membros da entidade familiar.

Verbi gratia, dentre outros fundamentos, utiliza-se a liberdade para respaldar a união homoafetiva como apta a gerar uma família, à medida que, se todos possuem a mesma dignidade, a todos deve ser garantida a liberdade de escolher o parceiro(a) com quem pretende se relacionar, independentemente do sexo.

Neste sentido, há a disposição do art. 1.513 no Código Civil, em que esclarece que não cabe a quem quer que seja, nem mesmo ao Estado, interferir na comunhão familiar.

Do mesmo modo, também a título exemplo, a liberdade surge como um dos fundamentos do pluriparentesco, uma vez que não cabe ao Estado obstar que alguém desenvolva, em relação a outrem, ainda que sem vínculo biológico, uma relação de pai/mãe e filho(a).

3.3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Também nos termos da Carta Magna em seu art. 5º, que “todos são iguais perante a lei” (*caput*), garantindo-se, outrossim, a igualdade entre homem e mulher em direitos e obrigações, nos termos da Constituição (inciso I).

Com base nesse princípio, reputa-se “imprescindível que a lei em si considere todos igualmente, ressalvadas as desigualdades que devem ser sopesadas para prevalecer a igualdade material” (*Ibidem*, p. 46).

Relacionando-se ao direito das famílias, temos o reconhecimento, pela Constituição Federal: da entidade familiar formada a partir da união estável

entre homem e mulher (art. 226, § 3º); da igualdade no exercício dos direitos conjugais por partes dos cônjuges (§ 5º); da igualdade entre os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção (art. 227, § 6º).

Têm-se, também, como consequência desse princípio, a concepção de igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher, diferentemente de outrora, quando o cônjuge varão gozava de diversos privilégios, tanto em relação à cônjuge varoa, quanto no que concerne ao exercício de prerrogativas sobre os filhos, à época denominado “pátrio poder”. Com a mudança de paradigma, hoje ambos os genitores, independentemente do sexo, possuem iguais prerrogativas e deveres em face da prole, sendo tal instituto agora chamado de “poder familiar”.

Outrossim, apesar de não existir determinação constitucional expressa, prevalece o entendimento da homoafetividade como união estável, conforme julgamento do Supremo Tribunal Federal, no ano de 2011, posteriormente regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça.

Ademais, este princípio refere-se também à igualdade entre os filhos, tema pertinente à presente pesquisa.

Com efeito, consoante o art. 227, § 6º, da CF, “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. A redação foi repetida pelo art. 1.596 do Código Civil.

Os filhos havidos dentro ou fora do casamento/união estável, biológicos ou adotivos, fazem jus aos mesmos direitos, tais afeto e cuidado pelos pais, inclusive daqueles que não lhes tenham a guarda.

Em razão disso, ainda que um dos genitores opte por encerrar o vínculo matrimonial ou de união estável, constituindo, posteriormente, nova família, tem, em face dos filhos da primeira relação, as mesmas obrigações que terá em relação aos vierem nascer ulteriormente.

3.4 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

À medida que os membros da família cumprem os seus deveres entre si, reduz-se o ônus do Estado para o auxílio social aos cidadãos (*Ibidem*, p. 48). Este é um dos motivos pelos quais considera-se a família como instituição

fundamental para a sociedade, bem como pelo que o Direito incentiva a solidariedade no ambiente familiar.

O art. 227 da Carta Magna, por exemplo, afirma que é dever da família assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, uma série de direitos, tais como o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura e à dignidade.

Na mesma esteira, dispõe o art. 229 da Constituição Federal que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Por seu turno, o art. 230 da Constituição prevê os deveres de proteção da família também devem direcionados para os idosos, “assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

A solidariedade familiar deve estar presente nas assistências moral, material e psíquica, da infância até a velhice.

Com base nesse princípio, são os membros da família responsáveis pelos demais, devendo a assistência estatal ser subsidiária, uma vez que, prioritariamente, o acolhimento e o suporte financeiro devem ser fornecidos pela entidade familiar.

3.5 DA AFETIVIDADE NO SEIO FAMILIAR

Um dos princípios mais caros para o Direito das Famílias atual, a afetividade encontra-se implícito na Constituição Federal, haja vista que, consoante leciona Paulo Lôbo (2008, p. 48), “especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I)”.

O mesmo autor assevera, outrossim, determinados artigos da Carta Magna que realçam a relevância do afeto:

O princípio da afetividade está implícito na Constituição. Encontram-se na Constituição os fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família brasileira, além dos já referidos: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227,

§ 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º); d) a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227). (*Ibidem*, p. 48)

Embora não esteja expresso na Constituição Federal, o afeto se apresenta, desse modo, como um dos elementos da estabilidade das relações familiares socioafetivas, cujos aspectos, atualmente, são tidos como prioritários quando comparados aos patrimoniais e biológicos.

É também com base no afeto que a jurisprudência vem reconhecendo novos modelos familiares, dos quais já se falou acima, tais como os originados de uniões homoafetivas. Num Estado Democrático de Direito, em que vige o princípio da dignidade da pessoa humana, é defeso ao Estado, ou a quem quer que seja, impedir que indivíduos constituam uma família apenas pelo fato de possuírem o mesmo sexo. Restringir de tal modo a possibilidade de expressão de afeto para com semelhantes seria uma postura desarrazoada, inconcebível nos dias atuais.

Ademais, o afeto também surge como fator preponderante nas chamadas famílias pluriparentais, pois serve como fundamento para se permitir que um indivíduo tenha, a um só tempo, um pai/mãe por vínculo biológico/adotivo e outro por vínculo socioafetivo. Tal fato demonstra o fortalecimento da compreensão de que a proteção jurídica aos vínculos familiares afetivos é tão importante quanto aquela concedida aos vínculos biológicos.

4 – APONTAMENTOS ACERCA DE INSTITUTOS DO DIREITO DAS FAMÍLIA RELATIVOS AO TEMA DESTE ESTUDO

4.1 O INSTITUTO DA FILIAÇÃO

Para o Direito Brasileiro “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (art. 227,

§ 6º, da CF).

Conforme já ensinava Pontes de Miranda, tem-se por filiação:

A relação que o fato da procriação estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra, chama-se paternidade, ou maternidade, quando considerada em relação ao pai ou à mãe, e filiação, quando em relação ao filho para com qualquer um dos genitores. (1954, p. 19)

Com exceção da adoção, o estudo filiação desmembra-se em dois gêneros: aquela existente numa relação entre duas pessoas que contraíram matrimônio e aquela oriunda de quaisquer outras formas distintas do casal heterossexual casado.

Contudo, apesar de ainda se dar mais importância à análise da filiação a partir do casamento, seja pela presunção, seja pelo reconhecimento, cada vez mais se atribui maior relevância à questão socioafetiva.

Nessa esteira, o critério socioafetivo tornou-se maneira de estabelecimento da paternidade. Ensina Fachin que “ao mesmo tempo em que a presunção *pater is est* deixa de ser dogma, como já escrevemos, o dado socioafetivo passa a ser um dos elementos de maior relevância para a determinação da paternidade/maternidade. (2008, p.154).

Conforme ensina Cassetari, a família da atualidade possui amparo no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal, o qual alicerça a existência da afetividade em seu conceito e fornece à família uma função social de relevância, a saber, a de valorizar o ser humano. (CASSETARI, 2014, p. 28)

Conforme já dito, a compreensão de que a socioafetividade traz repercussão nas relações concernentes à filiação é efeito natural, verdadeira consequência lógica de um novo modo de refletir que coloca a dignidade da pessoa humana como “centro das preocupações do direito civil” (FACHIN, 2008, p.155).

4.2 DO PODER FAMILIAR

Com a promulgação do Código Civil de 2002, ouve a reformulação do instituto até então denominado Pátrio Poder, nos termos do antigo Código Civil de 1916.

As modificações no instituto deve, dentre outros fatores, à consolidação do princípio da igualdade nas relações familiares: o poder que era exercido basicamente pelo pai, passa a ser igualmente exercível pelo pai e pela mãe.

Têm-se, portanto, uma íntima relação com os deveres dos pais. É ao Poder Familiar que se refere a Constituição Federal quando dispõe, em seu art. 226, que "os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher".

Conforme prevê, Estatuto da Criança e do Adolescente, o poder familiar "será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil" (art. 26).

Por seu turno, determina art. 1.631 do Código Civil que "durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade".

O exercício do poder familiar diz respeito a ambos os pais e independentemente da situação conjugal, não sendo alterado pela dissolução de união estável, separação judicial ou divórcio (art. 1.632 do CC).

No exercício do *múnus*, aos pais compete, a direção da criação e da educação; o exercício da guarda unilateral ou compartilhada; a concessão ou negação do consentimento para que se casem; a exigência de obediência, respeito etc., bem como 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 (art. 22, ECA).

O poder familiar pode ser suspenso em algumas hipóteses, a requerimento do Ministério Público de um parente. Nos termos do art. 1637, *caput* e parágrafo único do CC, isso pode ocorrer se eventualmente um dos pais abusar da autoridade que lhe foi legalmente concedida, faltando com seus deveres e arruinando com os bens dos filhos, ou, outrossim, quando ocorrer condenação por sentença irrecorrível, cuja pena exceda 02 (dois) anos de prisão, além da hipótese de descumprimento injustificado de deveres e obrigações concernentes ao art. 22 do ECA, conforme art. 24 do mesmo diploma legal.

Extinguem o poder familiar os seguintes fatos-jurídicos, dispostos nos art. 1.635 do CC: I - pela morte dos pais ou do filho; II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único; III - pela maioridade; IV - pela adoção;

V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638 (casos de perda do poder familiar).

No art. 1.638, do CC, constam os casos que poder vir a fundamentar a sentença de perda do poder familiar, a saber: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente, V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017).

Posteriormente, com a Lei 13.715, de 2018, incluiu-se no artigo 1.638 um parágrafo único, prevendo novos fundamentos para a perda do poder familiar, *in verbis*:

Art. 1.638 (...)

Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que: (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar: (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão; (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

II – praticar contra filho, filha ou outro descendente: (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão. (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

Frise-se que não perdem o referido múnus: aquele que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, quanto aos filhos do relacionamento anterior (art. 1.636, *caput*); os solteiros que casarem ou estabelecerem união estável, quanto aos filhos que já possuam (1.636, parágrafo único); o genitor em relação ao qual há falta ou carência de recursos materiais (art. 23, ECA); o pai ou a mãe condenado criminalmente, exceto na hipótese de condenação por crime doloso sujeito à pena de reclusão contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou outro descendente (art. 23, § 2º, ECA).

Em verdade, o poder familiar trata-se, há um só tempo de um conjunto de direitos e deveres para com uns filhos, cujos parâmetros são estabelecidos constitucional e legalmente.

4.2.1 Da Alienação Parental

Em 1985, foi proposto por Richard Gardner o termo Síndrome de Alienação Parental (SAP), uma conjuntura na qual um dos pais induz o filho a romper os laços com o outro genitor, fazendo com que crie sentimentos de repulsa e temor em relação a este.

Segundo Gardner, trata-se de:

(...) um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinação”) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável (1985, p. 2)

Em termos parecidos, dispõe o art. 2º da Lei 12.318/2010, ao aduzir que:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

O referido dispositivo, em seu parágrafo único, apresenta algumas maneiras de alienação parental, a saber: I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; II - dificultar o exercício da autoridade parental; III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; IV - dificultar o exercício do

direito regulamentado de convivência familiar; V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Posteriormente, com o advento da Lei 13.431/2017, a alienação parentar passou a ser considerada espécie de violência psicológica contra a criança, nos termos do art. 4º, inciso II, alínea *b*, do referido diploma:

Art. 4º Para os efeitos desta Lei, sem prejuízo da tipificação das condutas criminosas, são formas de violência:

(...)

II - violência psicológica:

(...)

b) o ato de alienação parental, assim entendido como a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou por quem os tenha sob sua autoridade, guarda ou vigilância, que leve ao repúdio de genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculo com este;

Tem-se, portanto, que a alienação parental é um grave ilícito, cometido no ambiente familiar, que atinge tanto os direitos da criança, quanto o do genitor que não guardião. Tal conduta pode até mesmo influenciar na ocorrência de eventual abandono afetivo a ser efetivado pelo genitor destinatário da alienação.

5. ANÁLISE SOBRE ALGUNS DOS DEVERES DOS PAIS EM RELAÇÃO SOS FILHOS

5.1 DA GUARDA

A guarda é um dever dos genitores para com sua filhos (art. 22, ECA) e “obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais” (art. 33, ECA).

Nas palavras de Antônio Cezar Lima da Fonseca (2015, p. 153), guarda seria “um feixe de obrigações e deveres, pois contém a vigilância, amparo, cuidado, assistência material e moral, resguardo dos filhos (criança ou adolescente)”. Já para José Fernando Simão, seria o convívio, dever de cuidado sem representação, nem assistência por parte do guardião, sendo este o pai ou a mãe, sendo este um terceiro, sendo o menor órfão ou não, constituindo-se em um instituto único, ainda que tratado por duas leis diferentes

Nesse ínterim, a guarda, ademais de uma obrigação dos pais, é um direito dos filhos menores de serem reconhecidos e protegidos no tempo em que morarem juntamente a seus pais.

As espécies de guarda estão previstas no art. 1.583 do CC, § 1º. Tem-se por guarda unilateral, aquela “atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua e, por guarda compartilhada, a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”. Por outro lado, guarda compartilhada é a “responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”.

Atualmente, a regra é que a guarda seja compartilhada. Desse modo, quando não houver acordo entre a mãe e o pai, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor (art. 1.584, § 2º, CC).

Saliente-se, outrossim, que o genitor que não seja o guardião permanece possuindo os seus deveres para com os filhos. Assim, determina o art. 1.583, § 5º, o pai ou a mãe que não detenha a guarda fica obrigado supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações

e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

Apesar de haver quem defenda existência de dois institutos distintos como o nome “guarda”, um discriminado pelo ECA e o outro pelo Código Civil, entendemos que embora possam ter causas e efeitos distintos, tais regulamentações se referem ao mesmo instituto (SIMÃO, 2015).

Discorre-se, por fim, sobre o instituto da guarda compartilhada.

Conforme leciona Flávio Tartuce, “a guarda compartilhada ou guarda conjunta representa a hipótese em que pai e mãe dividem as atribuições relacionadas ao filho, que irá conviver com ambos” (2015a).

Acerca do instituto, prevê o art. 1.584, *caput* e incisos I e II do CC, que:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:
(Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

Tais dispositivos asseveram que a guarda compartilhada será concedida de dois meios, consoante ensina Flávio Tartuce (2015b):

O primeiro deles diz respeito às hipóteses em que é requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar. Essa primeira opção envolve o pleno acordo dos genitores, devidamente homologado pelo juiz da causa. O segundo caminho para a fixação da guarda é a decretação pelo juiz, em atenção às necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

O § 2º do mesmo, cuja redação foi concedida pela Lei nº 11.698/08, estabelecia que quando não houvesse acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, seria aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. Não obstante, com o surgimento da Lei n.º 13.058/14, mudou-se a redação,

determinando-se que, quando não houver acordo entre os pais e ambos estiverem aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

Portanto, a guarda compartilhada é a regra, podendo-se decidir em contrário somente se os genitores deliberarem consensualmente, se um dos pais não estiver apto ao exercício do poder familiar ou se um dos genitores declarar ao juiz que não deseja a guarda. Nesse último caso, porém, compreende-se que a manifestação de vontade precisa ser razoavelmente motivada, podendo o juiz, em caso contrário, determinar a guarda compartilhada, atendendo às necessidades específicas do filho, nos termos do art. 1584, inciso II, do Código Civil.

5.2 DA CONVIVÊNCIA, DA EDUCAÇÃO E DA CRIAÇÃO

Às crianças, adolescentes e jovens é estabelecido o direito à convivência no ambiente familiar, que assume significativa importância no pleno desenvolvimento da personalidade. Dispõe o art. 19 do ECA:

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Outrossim, assevera o art. 227, *caput*, da CF (com redação dada pela EC nº 65/10), que é dever da família assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Especificamente no que diz respeito aos genitores, o art. 229 afirma que estes “têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

O dever de criar e educar os filhos está inserido também no artigo 22 do ECA e no art. 1.634, inciso I, do CC. Criar e educar diz respeito orientar a criança, ajudar a desenvolver sua personalidade, as suas aptidões e a sua capacidade, “conceder instrução básica ou elementar, ensino em seus graus subsequentes, incluindo a orientação espiritual, tudo dentro do padrão da condição socioeconômica dos pais” (MACIEL, 2009, p. 98).

O termo “educação” utilizado pelo nosso ordenamento jurídico deve possuir o emprego mais amplo possível, de modo que nele estejam inclusas a educação moral, política, escolar, religiosa, profissional, cívica. Desse modo, no termo educação devem constar quaisquer padrões que possibilitem ao menor aprender a viver em sociedade (LÔBO, 2009, p. 279). Nesse sentido, também são as lições de Rolf Madaleno:

Dentre os inescusáveis deveres paternos figura o de assistência moral, psíquica e afetiva, e quando os pais ou apenas um deles deixa de exercitar o verdadeiro e mais sublime de todos os sentidos da paternidade, respeitando a interação do convívio e entrosamento entre pais e filho, principalmente quando os pais são separados ou nas hipóteses de famílias monoparentais, onde um dos ascendentes não assume a relação fática de genitor, preferindo deixar o filho no mais completo abandono, sem exercer o direito de visitas, certamente afeta a higidez psicológica do descendente rejeitado. (2009, p. 310)

Além disso, não se pode olvidar do dever de sustento (art. 22, ECA), o qual diz respeito tanto à assistência moral quanto material, até que se complete a maioridade. Como expressão do princípio da solidariedade, o dever de sustento “responde à exigência da pessoa de ser cuidada até atingir a idade adulta, isto é, de ser mantida, instruída e educada para sua plena formação social” (Ibid., p. 41).

5.3 DO DEVER DE AFETO

Conforme dito alhures, com o decorrer do tempo, a compreensão acerca das famílias foi se modificando, passando-se a se atribuir maior valor a um de seus componentes: o afeto. A noção de família, neste momento, está muito mais relacionada com a concretização das aspirações afetivas e existenciais de seus membros: é a chamada compreensão eudemonista da

família, que ganha cada vez mais respaldo, à medida que a sua versão instrumental vai regredindo.

Já há mais de uma década, ensinava a professora Maria Berenice Dias (2005, p. 67):

“A afetividade, cuidada inicialmente pelos cientistas sociais, pelos educadores, pelos psicólogos, como objeto de suas ciências, entrou nas cogitações dos juristas, que buscam explicar as relações familiares contemporâneas”.

Sobre o tema, escreveu também Rolf Madaleno:

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. (2009, p. 65)

Por outro lado, alguns defendiam não ser razoável “obrigar” alguém a amar outrem por meio de lei. Nessa perspectiva, “o amor, próprio do ser humano, é gratuito e incondicional, não pode ser comprado ou alugado, menos ainda imposto” (MONTEMURRO, 2015).

Apesar dos méritos desse entendimento, defendemos a existência de um dever fundamental, determinado constitucionalmente, dos genitores para com os filhos, derivado do direito dos menores à proteção integral, por força do art. 227, *caput*, o qual determina que deve ser assegurado ao menor, com absoluta prioridade, o “direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.

Entendemos que a garantia do art. 227, *caput*, é direito fundamental dos menores, nos termos § 2º do art. 5º da CF, uma vez que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Devem ser tidos como direitos fundamentais, outrossim, aqueles que, apesar de não expressos, são imprescindíveis à efetivação do disposto no art. 227, *caput*, por serem decorrentes dos princípios por ela adotados (art. 5º, §

2º).

Assim, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Brasileira (art. 1º, III, CF), bem como a necessidade de se conceder a maior efetividade possível aos direitos fundamentais, não há como se considerar as garantias do art. 227, *caput*, como fundamentais, se não se atribui o mesmo *status* àqueles necessários à sua efetivação.

Nessa senda, entendemos que o afeto é um dos direitos fundamentais imprescindíveis à proteção das disposições do art. 227, *caput*, uma vez que, não há como se ter o resguardo a uma vida digna, à saúde física e mental, ao lazer, ao respeito, à convivência familiar, se não tiver afeto.

Portanto, o direito ao afeto, ao qual faz jus o menor, relaciona-se ao amparo, à assistência moral e psíquica, ao atendimento das necessidades em benefício da formação de um infante.

Por outro lado, a tarefa de se demonstrar a carência de afeto e, por consequente, o descumprimento do referido dever, não é tarefa das mais fáceis. De qualquer modo, entendemos que, caso se consiga provar eventual abandono afetivo, deve-se reputar tal conduta como ilícita, apta a ensejar responsabilização civil, conforme de exporá a seguir.

6 – APONTAMENTOS BÁSICOS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

Segundo Maria Helena Diniz, em exposição antiga, entende-se por responsabilidade civil:

“A aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar - dano moral ou patrimonial causado a terceiro em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele guarda (responsabilidade subjetiva) ou ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).” (1984, p. 32)

A responsabilidade civil, portanto, advém do desrespeito a direito, em razão de ofensa a norma jurídica, contratual ou não.

Duas são as espécies de responsabilização, diferenciando-se pelo tipo da norma ofendida: a contratual, discriminada pelos arts. 389 e 395 do Código Civil, e a extracontratual, também chamada de aquiliana, disposta nos arts.

186 e 927 do Código Civil, mais relevante o presente estudo.

A responsabilidade aquiliana é direcionada pelo princípio de que a ninguém é permitido causar dano a outras pessoas (*neminem laedere*), recaindo o dever indenizar sobre aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, viola direito e causa dano a outrem, ainda que exclusivamente moral (art. 186 c/c 927, ambos do Código Civil).

O referido instituto é discriminado, outrossim, nos incisos V e X do art. 5º da Constituição Federal, os quais preveem, respectivamente que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” e que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Ademais, o gênero “responsabilidade extracontratual” se subdivide em responsabilidade subjetiva e objetiva, sendo que a distinção relaciona-se com necessidade ou não da comprovação de culpa em sentido amplo.

Para que se verifique a responsabilidade subjetiva, concernente ao objeto desse estudo, faz-se necessário que ocorram os seguintes requisitos: conduta ou ato humano, culpa em sentido amplo, nexos de causalidade e o dano ou prejuízo.

Conduta é a ação omissiva ou comissiva, perpetrada voluntariamente, ou seja, ação era controlável vontade do agente.

Existe, também, a necessidade de ocorrer culpa em sentido amplo, que, para a teoria clássica, seria o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 27). Isto é, a conduta há de ser culposa em sentido estrito (negligente, imprudente e imperita) ou dolosa. Caso a conduta seja omissiva, porém, é preciso que exista um dever jurídico de ação diante de determinado fato.

O nexos causal, por seu turno, nos ensinamentos de Enoque Ribeiro dos Santos (2015, p. 52), “é geralmente conceituado como o vínculo que se estabelece entre dois eventos, de maneira que um se apresenta como consequência do outro”.

Quanto a espécie de causalidade, entendemos que o Código Civil encampou a teoria da causalidade adequada, dada a previsão constante nos art. 944 e 945, segundo a qual o valor da indenização deve guardar

adequação com fatos concernentes ao dano.

Nos termos da referida teoria, entende-se como causa somente o fator que por si só ocasionaria o dano, não recebendo o mesmo *status* as demais condições. Causa seria, assim, o antecedente necessário e adequado à concretização do dano.

Por fim, entende-se por dano qualquer lesão ocasionada em face situação juridicamente tutelada, seja na esfera patrimonial, seja na esfera moral da pessoa. Sobre o tema, sustenta Sergio Cavalieri Filho:

Como sendo uma subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trata de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral. (2006, p. 96)

7. DA VIABILIDADE DE SE RESPONSABILIZAR CIVILMENTE OS PAIS PELO ABANDO AFETIVO DOS FILHOS

7.1 DA CONDUTA ILÍCITA, DO DANO E DO NEXO DE CAUSALIDADE

A responsabilidade civil traduz a obrigação da pessoa física ou jurídica ofensora de reparar o dano causado por conduta que viola um dever jurídico preexistente de não lesionar implícito ou expresso em lei (STOCO, 2002, p. 120).

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

Nos termos da regra geral insculpida no art. 927 do mesmo diploma legal, para que haja indenização, a conduta, além de ilícita, deve gerar dano.

Cabe aferir, num primeiro momento, se o abandono afetivo constitui-se enquanto conduta ilícita.

Quem defende que não, geralmente alega ser indevido reputar como ilícito o desafeto por alguém, ainda que em relação ao próprio filho, porquanto seria desarrazoado obrigar as pessoas, por lei ou por contrato, a amarem umas às outras (MONTEMURRO, 2015). Em decisão anterior, o STJ demonstrou esse entendimento (REsp 757.411/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma,

julgado em 29/11/2005, DJ 27/03/2006, p. 299).

Por outro lado, compreendemos como mais adequado o entendimento segundo o qual “amar é faculdade, cuidar é dever”, consoante entendeu a ministra Nancy Andrighi no REsp 1.159.242/SP.

A constituição Federal, em seu art. 227, estabelece os deveres jurídicos da família em relação à criação, educação e acompanhamento das crianças, dos adolescentes e dos jovens.

Nesse sentido, deve-se compreender como abandono afetivo a ausência injustificada de um dos genitores em relação ao filho, furtando-se dos seus deveres intrínsecos à condição de pai e gerando nos filhos abandonados prejuízos morais, psíquicos e até financeiros.

Portanto, a conduta antijurídica não estaria consubstanciada na falta de amor, mas sim a negativa quanto aos deveres jurídicos de amparo, assistência moral e psíquica, e as vezes até pela desconstituição dos vínculos de afetividade já estabelecidos, bem como pela negligência efetivar as obrigações oriundas do poder familiar.

Saliente-se que nem todas as condutas omissivas ou ativas são capazes de caracterizar o ato ilícito passível de indenização, fazendo-se necessária a negativa injustificada dos deveres constitucionais e legais, havendo o distanciamento da convivência familiar.

A omissão ou ação deve comprometer seriamente o desenvolvimento e formação psíquica, afetiva, moral e/ou financeira daquele que requer a indenização. Ou, em outras palavras, deve haver dano.

Não obstante reparação civil por abandono afetivo normalmente guardar relação a danos morais, é possível também que ocorram danos materiais, a exemplo custeio de medicamentos, antidepressivos, ansiolíticos, bem como de tratamento psicológico e terapêutico da criança e/ou adolescente, concernentes ao abandono afetivo (KAROW, 2012, p. 233).

Entendemos, porém, que caso alguém tenha realizado a função de pai ou mãe, um padrasto, por exemplo, praticando os deveres que a lei atribui a estes, não há dano a ser reparado (MORAES, 2005, p. 44). Nesse caso, embora tenha ocorrido conduta ilícita, não há que se falar em indenização, porquanto ausente o dano, nos termos do art. 927 do Código Civil.

Por fim, para que haja responsabilidade civil, deve ter nexos de

causalidade entre a conduta praticada pelo genitor, isto é, o abandono afetivo, e o efetivo dano psíquico, moral e/ou financeiro sofrido pelo filho. Caso ocorra dano, mas este foi causado por ato/fato distinto do abandono afetivo, não caberá responsabilização civil pela conduta, ainda que esta seja ilícita.

7.2 DA CULPA

Para haver a responsabilidade civil, deve estar presente a culpa em sentido amplo, ou seja, dolo ou culpa em sentido estrito (imperícia, negligência, imprudência), o chamado elemento subjetivo.

A regra geral da responsabilização civil ordenamento jurídico brasileiro, a qual exige culpa, deve ser aplicada à hipótese, em razão da inexistência de determinação específica acerca do tema.

Para a aferição da culpabilidade do genitor ausente, é preciso considerar a ocorrência ou não de alienação parental. Ora, caso o genitor guardião tenha cometido a alienação parental, conduta ilícita, é possível, embora não necessariamente, que a ausência não tenha ocorrido por culpa do genitor ausente ou, pelo menos, que sua culpabilidade seja atenuada, para fins de arbitramento de indenização por danos morais.

7.3 DO QUANTUM INDENIZATÓRIO

Cumpridos os requisitos da responsabilidade civil, há que se aferir o *quantum* indenizatório, mediante a análise da extensão do dano, nos termos do art. 944 do Código Civil.

Deve-se aferir, portanto, o dano efetivamente sofrido pelo filho na sua criação e no seu desenvolvimento psíquico, educacional, moral, financeiro e afetivo.

Deve-se ter em mente, ainda, o grau de culpa do pai ou mãe ausente em relação ao dano efetivamente sofrido, podendo ser reduzida a indenização quando desproporcional (art. 944, parágrafo único).

Conforme dito alhures, uma das circunstâncias capazes de “diminuir a culpa” do genitor ausente é a prática de alienação parental pelo genitor guardião.

Por fim, a reparação moral deve cumprir as funções punitiva e compensatória, conforme leciona Caio Mário da Silva Pereira:

Quando se cuida do dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: caráter punitivo para que o causador do dano, pelo fato da condenação se veja castigado pela ofensa que praticou; e o caráter compensatório para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido. (1999, p. 55)

O montante da reparação deve ajudar a reparar os danos sofridos pelo filho, bem como punir o pai, incentivando-o a não praticar novamente tal conduta.

Uma questão de difícil solução, porém, é a quantificação da verba indenizatória, porquanto os elementos a serem levados em conta possuem razoável grau de subjetividade. Quais fatores levar em consideração?

Pensamos que, para se chegar ao *quantum* definitivo, deve-se considerar a extensão dos danos morais, analisando-se diversos aspectos: os prejuízos psicológicos sofridos pela prole; as eventuais dificuldades financeiras pelas quais passou; as oportunidades de vida que eventualmente tenha perdido, entre outros.

Deve-se levar em consideração, também, a culpa do genitor: seria desproporcional a aplicação de indenizações idênticas para um pai que lidou com o fenômeno da alienação parental e outro que não teve que conviver com tal situação.

De qualquer modo, em razão da especificidade de tais situações, apenas após uma apurada análise do caso concreto é que se poderá chegar a um valor efetivo da indenização.

Outrossim, discute-se a possibilidade de se determinar obrigações de fazer ao genitor responsável pelo abandono, a fim de amenizar os danos causados. Quanto a isso, entendemos inviável. Isso porque, como já dito, a ninguém é permitido a interferência na comunhão familiar, devendo-se compreender que, também, a ninguém é permitido obrigar que um pai ou uma mãe ame seus e dê atenção aos seus filhos. Este deve ser um ato livre de afeto e/ou senso moral, cabendo ao Estado apenas determinar a reparação financeira por eventual descumprimento de tais deveres, caso cumpridos os

requisitos da responsabilidade civil.

7.4 DA LEGITIMIDADE PARA SE POSTULAR A REPARAÇÃO CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Por se tratar de danos personalíssimos, apenas os filhos destinatários do abandono afetivo e que podem requerer a indenização.

Ademais, para postular a reparação, os postulantes devem ser menores de idade ou incapazes, uma vez que o abandono afetivo guarda íntima relação com as garantias constitucionais e legais destinadas aos filhos crianças e adolescentes, extensíveis aos incapazes, em razão da vulnerabilidade.

No que concerne aos filhos maiores e capazes, entendemos que não é possível se postular indenização por abandono afetivo, por não estarem mais em fase de formação da personalidade, exceto se alegarem fato ocorrido enquanto ainda adolescentes. Nesse segundo caso, entendemos que o prazo prescricional seria de 03 (três) anos, com fulcro no 206, §3º, V, do Código Civil, pois se trata de reparação civil, tendo como termo inicial a maioridade da parte demandante.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no estudo exposto, verifica-se que as compreensões concernentes às relações familiares, no decorrer do tempo, foram passando de uma perspectiva patrimonialista e conservadora, para uma visão mais afetiva e progressista.

Em razão disso, o afeto ganhou cada vez mais importância, sendo elemento imprescindível na estrutura familiar atual.

A maior valorização de princípios como liberdade, afeto e dignidade humana possibilitaram o surgimento de novos modelos de família a serem resguardados pelo ordenamento jurídico. É o caso daquelas originadas de uniões homoafetivas, bem como as pluriparentais, onde a proteção jurídica das relações afetiva tem sido similar à concedida aos vínculos biológicos.

Os deveres dos genitores para com a prole também foram

influenciados por essa mudança de entendimento, de modo que hoje são garantidos às crianças e adolescentes os direitos inerentes ao seu desenvolvimento moral, físico, psíquico e emocional, mediante o resguardo dos direitos ao cuidado e ao afeto.

Nesse contexto, entendemos como juridicamente viável a responsabilização dos pais pelo abandono afetivo dos filhos, com base nos direitos constitucional e legalmente estabelecidos, interpretados a partir dos princípios do melhor interesse da criança e a atenção prioritária.

Não se trata de querer obrigar os pais a amarem seus filhos, mas de responsabilizá-los civilmente por eventuais danos que venham a causar a prole em razão de descumprimento de seus deveres parentais.

Para que haja a referida responsabilidade, constatou-se ser imprescindível a presença de requisitos específicos, a exemplo prática da conduta ilícita e culposa, dano concreto e nexo de causalidade.

Quanto às circunstâncias a serem analisadas para a aferição do *quantum* indenizatório, deve ser levada em consideração, nos termos do Código Civil, a extensão do dano, possíveis repercussões materiais e a gravidade da culpa do agente, utilizando-se como critério interpretativo, dentre outros, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

A legitimidade para a propositura da ação indenizatória pertence única e exclusivamente aos filhos sujeitos ao abandono, nos quais, caso maiores, teriam o prazo prescricional de 03 (três) anos para o ajuizamento da ação, nos termos do art. 206, § 3º, inciso V, sendo o termo inicial o atingimento da maioridade.

Concluiu-se, por fim, pela possibilidade jurídica da responsabilização civil dos genitores pelo abandono afetivo da prole, especialmente por se tratar de medida apta à proteção dos direitos constitucional e infraconstitucionalmente garantidos às crianças e adolescentes, em relação aos quais a atenção do Estado, da Sociedade e da família deve ser prioritária.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em

05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> acesso em 15 out. 2020.

_____. **Lei 3.133 de 08 de maio de 1.957:** Atualiza o instituto da adoção prescrita no Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3133.htm>. Acesso em 15 out. 2020.

_____. **Lei 4.121 de 27 de agosto de 1.962:** Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm#:~:text=LEI%20No%204.121%2C%20DE%2027%20DE%20AGOSTO%20DE%201962.&text=Dispõe%20sobre%20a%20situação%20jurídica%20da%20mulher%20casada.&text=“Art.,relativamente%20a%20certos%20atos%20\(art.&text=Os%20silvícolas%20ficarão%20sujeitos%20ao,adaptando%20à%20civilização%20do%20País.>](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm#:~:text=LEI%20No%204.121%2C%20DE%2027%20DE%20AGOSTO%20DE%201962.&text=Dispõe%20sobre%20a%20situação%20jurídica%20da%20mulher%20casada.&text=“Art.,relativamente%20a%20certos%20atos%20(art.&text=Os%20silvícolas%20ficarão%20sujeitos%20ao,adaptando%20à%20civilização%20do%20País.>)>. Acesso em: 15 out. 2020.

_____. **Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977:** Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm>. Acesso em: 15 out. 2020.

_____. **LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990:** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 15 out. 2020.

_____. **Lei 8.971 de 29 de dezembro de 1994:** Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: <[planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8971.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8971.htm)>. Acesso em: 15 out. 2020.

_____. **Lei 9.278 de 10 de maio de 1996:** Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <[planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm)>. Acesso em: Acesso em: 15 out. 2020.

_____. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002:** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 15 out. 2020.

_____. **LEI Nº 11.698, DE 13 DE JUNHO DE 2008:** Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm>. Acesso em: 25 mai. 2021.

_____. **Lei 12.318 de 26 de agosto de 2010:** Dispõe sobre a

alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 15 out. 2020.

_____. **LEI Nº 13.058, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2014:** Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm>. Acesso em: 25 mai. 2021.

_____. **LEI Nº 13.431, DE 4 DE ABRIL DE 2017:** Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm>. Acesso em: 25 mai. 2021.

_____. **LEI Nº 13.715, DE 24 DE SETEMBRO DE 2018:** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para dispor sobre hipóteses de perda do poder familiar pelo autor de determinados crimes contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou outro descendente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13715.htm>. Acesso em: 25 mai. 2021.

BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano moral no direito de família.** São Paulo: Método, 2006.

CASSETARI, Christiano. **Multiparentalidade e paternidade socioafetiva.** Efeitos Jurídicos. São Paulo: Atlas, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Família ou Famílias?**, 2015a. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_13007\)Familia_ou_Familias.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13007)Familia_ou_Familias.pdf)>. Acesso em: 05 out. 2020.

_____. **Manual de Direito das Famílias.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10ª Edição.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015b..

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família.** 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5. p. 9.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil.** São Paulo: Editora Saraiva, 1984. v. 7.

FACHIN, Luiz Edson. **Questões de Direito Civil Brasileiro Contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FAVARETTO, Águeda. **A responsabilidade civil por abandono afetivo parental.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72330/a-responsabilidade-civil-por-abandono-afetivo-parental> Acesso em: 29 mai. 2020.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente,** 3ª edição, Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil,** volume 6: direito de família. 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 746 p.

GARDNER, Richard. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?** Tradução de Rita Rafaeli. Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

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

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: família.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder Familiar. In: _____ (Coord). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente – Aspectos teóricos e práticos.** 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009.

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

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado, tomo IX: direito de família: direito parental.** Direito protetivo. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.

MONTEMURRO, Danilo. **Amor não é obrigatório, mas abandono afetivo de criança gera dano moral.** 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-06/amor-nao-obrigatorio-abandono-afetivo-gera-dano-moral>>. Acesso em: 07 out. 2020.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Deveres parentais e responsabilidade civil.** Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese. V.7, n.31. Ago/set. 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil:** 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. V.5.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 6. Ed. Rev. Atual. e ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Responsabilidade objetiva e subjetiva do empregador em face do novo Código Civil**. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2015.

SHIKICIMA, Nelson Sussumu. CARVALHO, Adriana de Oliveira. **Responsabilidade civil por abandono afetivo**. Disponível em: https://www.lex.com.br/doutrina_27535955_RESPONSABILIDADE_CIVIL_POR_ABANDONO_AFETIVO.aspx Acesso em: 29 mai. 2020.

SIMÃO, José Fernando. **Sobre a doutrina, guarda compartilhada, poder familiar e as girafas**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-23/processo-familiar-doutrina-guarda-compartilhada-girafas>>. Acesso em 20 set. 2020.

SOUSA, Hiasmini Albuquerque Alves. **Abandono afetivo: Responsabilidade civil pelo desamor**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/863/Abandono+afetivo%3A+Responsabilidade+civil+pelo+desamor> Acesso em: 29 mai. 2020.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TARTUCE, Flávio. **A Lei da Guarda Compartilhada (ou alternada) obrigatória - Análise crítica da lei 13.058/2014 - Parte I**. 2015a. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI215990,51045-A+Lei+da+Guarda+Compartilhada+ou+alternada+obrigatoria+Analise>>. Acesso em: 24 out. 2020.

_____. **A lei da guarda compartilhada (ou alternada) obrigatória - Análise crítica da lei 13.058/14 – Parte II**. 2015b. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI217877,21048-A+lei+da+guarda+compartilhada+ou+alternada+obrigatoria+Analise>>. Acesso em: 24 out. 2020.

_____. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 10.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015c. V.2.

WALD, Arnaldo. **O novo Direito de Família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.