

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Cristiane Karlinski

QUANTO VALE O AMOR DE UM PAI? A RESPONSABILIDADE
CIVIL POR ABANDONO AFETIVO NA FILIAÇÃO

Casca
2012

Cristiane Karlinski

QUANTO VALE O AMOR DE UM PAI? A RESPONSABILIDADE
CIVIL POR ABANDONO AFETIVO NA FILIAÇÃO

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação do professor Me. Vitor Ugo Ultramari.

Casca
2012

Dedico este trabalho a todos aqueles que já
sofreram a dor de um abandono.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que esteve comigo em todos os momentos, pela saúde e força que me concedeu.

Aos meus pais Luiz e Inês, pela base transmitida e pelo apoio constante durante esta longa caminhada.

A minha irmã Franciele, por ter acreditado na minha capacidade.

A minha irmã Renata, por entender perfeitamente o real significado do amor fraterno. Sou muito grata a ti, que sempre esteve ao meu lado, independente da situação.

A Adenir, pela compreensão e pelo constante incentivo ao estudo. Obrigado pela força que me deste.

Em especial, dedico este trabalho a meu namorado Joel, que há mais de seis anos constrói uma história a meu lado. Obrigado pela disponibilidade e preocupação. Obrigado por acreditar! Sem você não estaria aqui hoje.

Ao professor orientador Me. Vitor Ugo Ultramari, pelo exemplo de pessoa, profissional e educador e, pelo apoio e dedicação incomparável.

A todos aqueles que de alguma forma participaram do desenvolvimento deste trabalho.

“Tu és eternamente responsável por aquilo que cativas.”
Antonie Saint-Exupéry

RESUMO

O presente estudo consiste na análise da possibilidade de responsabilizar civilmente os pais pelo abandono afetivo na filiação. Seria possível condenar o genitor ao pagamento de danos morais ao filho diante do configurado descumprimento dos deveres parentais? Assim, buscando responder tal questionamento, tendo como marco teórico a própria dignidade da pessoa humana e demais princípios aplicáveis ao direito de família, utilizou-se como método de procedimento o bibliográfico e o histórico e, como método de abordagem o dialético e o hermenêutico. A evolução da família alterou a realidade social, sendo que o afeto passou a ter importância primordial para a construção da base familiar, tendo sido inserido como verdadeiro valor jurídico. A pessoa humana passou a ocupar posição privilegiada, no centro de todo o sistema, com a busca constante da valorização de seus interesses, bem mais do que suas relações patrimoniais. Entretanto, as relações afetivas cada vez mais superficiais e de mais rápida dissolução trazem consigo graves consequências. Os frutos de tal relacionamento por muitas vezes acabam sendo esquecidos. E, nesta seara, é que surgem os abandonos. O cumprimento dos deveres materiais por parte dos pais não os exime dos demais encargos decorrentes da relação. Desta forma, tais questões vêm sendo trazidas aos tribunais, podendo-se agora falar na possibilidade de responsabilizar civilmente os pais pelo abandono afetivo de seus filhos, diante da nova posição jurisprudencial e das novas perspectivas legislativas.

Palavras-chave: Abandono afetivo. Dano moral. Família. Indenização. Responsabilidade civil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL	9
1.1 Disposições gerais.....	9
1.2 Espécies de responsabilidade civil.....	13
1.2.1 Considerações acerca da responsabilidade civil e penal	13
1.2.2 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva.....	15
1.2.3 Responsabilidade contratual e extracontratual	18
1.3 Pressupostos da responsabilidade civil	20
1.3.1 Ação ou omissão do agente	20
1.3.2 Dano	22
1.3.3 Culpa	23
1.3.4 Nexo de causalidade.....	25
2 AS CONFIGURAÇÕES FAMILIARES E A PROTEÇÃO DOS FILHOS	27
2.1 A família brasileira e a Constituição Federal de 1988	27
2.2 Os princípios constitucionais vinculados ao direito de família	31
2.3 Do poder familiar	40
2.4 A importância da figura paterna no desenvolvimento dos filhos	44
3 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO NA FILIAÇÃO	51
3.1 O afeto como valor jurídico.....	51
3.2 O dano moral nas relações familiares	57
3.3 Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar	63
3.4 O abandono afetivo na filiação: a possibilidade de responsabilizar civilmente os pais pelo descumprimento dos deveres parentais.....	67
3.4.1 A tese da impossibilidade de responsabilizar civilmente os pais pelo abandono afetivo de seus filhos	75
3.4.2 Novas perspectivas.....	81
CONCLUSÃO	84
REFERÊNCIAS	89
ANEXO A – PROJETO DE LEI DO SENADO FEDERAL Nº 700/07	96
ANEXO B – PROJETO DE LEI DA CÂMARA DOS DEPUTADOS Nº 4.294/08	103

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade pesquisar a possibilidade de responsabilizar civilmente os pais pelo abandono afetivo de seus filhos, diante da configurada ausência de afetividade parental, tentando-se entender o real significado do afeto e seu alcance na esfera jurídica.

Justifica-se o presente estudo ante a importância que o tema possui para o Direito de Família atual, especialmente devido às decisões emblemáticas e inovadoras nesta área. Cada vez mais as mudanças jurídicas e sociais que a estrutura familiar vem passando, com a conseqüente valorização da dignidade da pessoa humana e a inserção do afeto como valor jurídico, faz com que novos valores morais sejam incorporados, alterando a própria estrutura e trajetória familiar.

Desta forma, objetiva-se analisar a questão da responsabilidade civil nas relações familiares bem como a possibilidade de fixação de reparação pecuniária, a fim de encontrar soluções que suprimam ou que ao menos minimizem os efeitos da falta de convivência e afetividade paterna.

Busca-se também compreender o próprio instituto da responsabilidade civil no Brasil e sua aplicabilidade às questões relativas ao direito de família, bem como a evolução da entidade familiar, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988, atentando-se à necessidade de proteção da criança e do adolescente e, os efeitos decorrentes da ausência da figura paterna no desenvolvimento dos menores.

Nesse prisma, a problemática diz respeito à possibilidade de condenar os pais pelo abandono afetivo de seus filhos, diante do descumprimento dos deveres parentais, frente ao posicionamento doutrinário e jurisprudencial atual acerca do tema. Afinal, quanto custa o amor de um pai? Existe preço para o desamor? Quais são os limites da responsabilidade parental? O abandono afetivo e moral pode ser compensado por uma indenização pecuniária?

Na tentativa de responder tais questionamentos, tendo como marco teórico a própria dignidade da pessoa humana, sobre o qual gravita o ordenamento jurídico brasileiro, e a importância do afeto nas relações familiares, utiliza-se o método bibliográfico, mediante a análise do material existente sobre o assunto e, o histórico, buscando a elucidação de acontecimentos passados e sua influência nas sociedades posteriores. Concomitantemente,

também se faz uso dos métodos de abordagem dialético e hermenêutico, que se encaixam ao tema abordado de forma mais abrangente. O método dialético tem por finalidade discutir e debater através de opiniões, a realidade que se encontra em constante alteração. Por sua vez, por meio do método hermenêutico, busca-se o conhecimento através da interpretação dos sentidos revelados e ocultos dos textos, aliados à compreensão de diversos fatores.

O estudo encontra-se dividido em três capítulos, tratando-se, inicialmente, sobre o instituto da responsabilidade civil no Brasil, dando ênfase à sua origem, conceituação, às diferentes espécies de responsabilidade civil e aos pressupostos essenciais para a sua configuração.

Em um segundo momento, trabalha-se a questão da família, sua evolução a partir da Constituição Federal de 1988 com uma análise dos princípios constitucionais vinculados ao direito de família. Pretende-se, ainda, entender o que é o poder familiar, sua forma de exercício e perda ou extinção, bem como adentrar em um tema multidisciplinar, tratando-se da importância da figura paterna para o desenvolvimento dos filhos.

No terceiro capítulo, enfrenta-se o tema central do presente estudo: a responsabilidade civil por abandono afetivo na filiação. Em primeiro momento far-se-á uma abordagem acerca da importância do afeto nas relações familiares e da própria questão do dano moral no direito de família, alertando-se para a subjetividade que o envolve. Posteriormente, adentra-se nas questões relativas aos elementos e pressupostos da obrigação de indenizar e da (im)possibilidade de responsabilizar civilmente os pais pelo abandono afetivo de seus filhos. Por fim, analisa-se as novas perspectivas para a solução da problemática, dadas através de dois Projetos de Lei que tramitam na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, visando incluir no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil o abandono afetivo como ilícito civil e penal, passível de indenização.

Frisa-se que o presente estudo não possui o intuito de esgotar o assunto ou solucionar todas as questões relativas ao tema proposto. Terá alcançado sua finalidade se incentivar, no meio acadêmico e também no todo social, o debate da questão. Busca-se demonstrar a relevância do tema para a sociedade atual, visto que grande parte das pessoas encontram-se inseridas em um contexto familiar, podendo estar sujeitas ao sofrimento de um abandono.

1 O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL

O instituto da responsabilidade civil no Brasil vem sofrendo profundas e vastas mudanças. A sociedade ao acompanhar estas transformações acabou levando aos tribunais novas questões completamente desconhecidas anteriormente.

As mudanças, por diversas vezes, não se operam apenas nas normas jurídicas, mas nas novas formas de interpretação e aplicação do Direito, refletindo-se nos anseios de uma sociedade moderna.

A responsabilidade civil traz consigo uma espécie de responsabilidade social, visualizada através de um processo de adaptação à nova realidade, corporificando-se com a aplicação de sanções. Ou seja, “a responsabilidade resulta de fatos sociais, de relações da vida, por que também ela é fato social, sujeito a tentativas de caracterização e de exame em seu estado bruto, ou purificado de elementos que obscureçam. [...]”¹

Toda a manifestação da atividade humana que provoca prejuízo traz em seu bojo o problema da responsabilidade, devendo ser vista como um fenômeno social e não mais como um acontecimento exclusivamente jurídico.²

Assim, a leitura das normas jurídicas não deve mais ser vista em seu estado bruto, eis que a realidade social trouxe ao direito civil brasileiro novas problemáticas e, conseqüentemente, a busca constante de novas soluções.

1.1 Disposições gerais

A responsabilidade civil surge a fim de restaurar o equilíbrio patrimonial e moral desfeito, decorrente da prática de um ato ilícito. A obrigação de reparar um dano

¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, Tomo LIII, p. 3.

² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. v. 7. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 3-4.

consubstancia-se em uma sanção cível que visa garantir o direito do lesado através de uma natureza compensatória, punindo e desestimulando a prática de atos lesivos.

As primeiras civilizações humanas não tinham a ideia de reparação do dano causado, mas sim uma retribuição do mal pelo mal.³ A responsabilidade baseava-se no direito à vingança, em que o lesado, pelo próprio arbítrio, buscava fazer justiça pelas próprias mãos, sem que houvesse repressão por parte do poder estatal.⁴

Estas formas de vingança eram praticadas de forma desmesurada e, na maioria das vezes, em proporções muito superiores à ofensa sofrida.

Nesses tempos a vingança era coletiva, caracterizando-se por uma reação conjunta do grupo em que teve um de seus integrantes ofendidos contra o agressor ou grupo que pertencia. Posteriormente evoluiu-se para uma reação individual, também chamada de vingança privada, em que era permitida a reparação do mal pelas próprias mãos, baseada na Lei de Talião, representada pela expressão “olho por olho, dente por dente”. Deste modo, possuindo o lesado direito de retaliação, poderia produzir na pessoa que o lesou dano idêntico ao sofrido.⁵

A Lei de Talião surgiu com o objetivo de coibir abusos, já que é da própria natureza humana reagir contra os injustos causados à pessoa, sua família ou o grupo em que vive. Nos primórdios da sociedade a reação era feita pela violência, porém, “o homem de todas as épocas também o faria, não fosse reprimido pelo ordenamento jurídico.”⁶

Após esse período, começou a surgir uma forma de composição econômica da lesão, observando-se o fato de que seria mais útil entrar em acordo com o autor da ofensa a fim de que houvesse a reparação do dano através do pagamento de determinada quantia em dinheiro do que a retaliação, eis que a mesma acabava por ocasionar dano duplo: o da vítima e de seu ofensor, quando da retribuição do mal causado.

Já no Direito Romano passou-se a distinguir pena e reparação, com base nos delitos públicos e privados⁷. Para Carlos Roberto Gonçalves,

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 4.

⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 28-29.

⁵ DINIZ, *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, p. 10.

⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. v. 4, 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 18.

⁷ Para Caio Mário da Silva Pereira o Direito Romano não chegou a construir uma teoria da responsabilidade civil. O instituto foi criado no desenrolar dos casos em espécie, das decisões de juízes e pretores, das respostas dos juriconsultos e das constituições imperiais. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 1.

a diferenciação entre a “pena” e a “reparação”, entretanto, somente começou a ser esboçada ao tempo dos romanos, com a distinção entre os delitos públicos (ofensas mais graves, de caráter perturbador da ordem) e os delitos privados. Nos delitos públicos, a pena econômica imposta ao réu deveria ser recolhida aos cofres públicos, e, nos delitos privados, a pena em dinheiro cabia à vítima.⁸

Porém, foi a Lei Aquília que começou a cogitar a culpa como pressuposto da responsabilidade civil, independentemente de relação obrigacional preexistente, fundando-se aí a origem da responsabilidade extracontratual.⁹ Assim, foi possível “atribuir ao titular de bens o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem tivesse destruído ou deteriorado seus bens.”¹⁰

A responsabilidade fundada na culpa evoluiu, abandonando as formas de composição obrigatória e de indenizações tarifadas. Consolidou-se a possibilidade de reparação decorrente de culpa, mesmo sendo de grau leve. Já, o Código de Napoleão destacou-se pela divisão da responsabilidade civil e penal e, também, da responsabilidade contratual e extracontratual.¹¹

Desta forma, antes de delimitar os tipos de responsabilidade existentes, deve-se analisar o próprio conceito de responsabilidade civil. Sérgio Cavalieri Filho destaca que

em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a idéia de obrigação, encargo, contraprestação. Em seu sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa idéia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.¹²

No mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves enfatiza que o significado da palavra responsabilidade “origina-se do latim *re-spondere*, que encerra a idéia de segurança ou

⁸ GONÇALVES, *Responsabilidade civil*, p. 5.

⁹ Neste sentido, Caio Mário da Silva Pereira discorre que a maior revolução nos conceitos jus-romanísticos em termos de responsabilidade civil deu-se exatamente com a Lei Aquília, em que se passou a designar a responsabilidade extracontratual em oposição à contratual. Foi um marco tão acentuado que a ela se atribuiu a origem da culpa como elemento fundamental na reparação do dano. PEREIRA, *Responsabilidade civil*, p. 3-4.

¹⁰ VENOSA, *Direito civil: responsabilidade civil*, p. 18-19.

¹¹ RIZZARDO, *Responsabilidade civil*, p. 30.

¹² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 2.

garantia de restituição ou compensação do bem sacrificado. Teria, assim, o significado de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir.”¹³

Também para Miguel de Serpa Lopes o termo responsabilidade civil deriva do latim, consubstanciando-se na obrigação de reparar um prejuízo decorrente de culpa ou de outra circunstância legal que a justifique ou, até mesmo, de circunstância meramente objetiva.¹⁴

Da mesma forma, Rui Stoco afirma que a noção de responsabilidade consubstancia-se na obrigação existente de responsabilizar o sujeito pelos atos danosos praticados. É um meio de exteriorização da justiça e a tradução para o sistema jurídico da obrigação legal de não causar dano a outrem.¹⁵

Para Caio Mário da Silva Pereira a expressão responsabilidade civil designa um “conjunto de regras que obrigam o autor de um dano causado a outrem a reparar este dano, oferecendo à vítima uma compensação.”¹⁶

Em suma, responsabilidade exprime a ideia de correspondência, equivalência e contraprestação. Assim, é possível fixar uma noção, ainda que imperfeita, do que é responsabilidade, baseando-se no seu sentido obrigacional em relação à atividade humana.

São inúmeras as espécies de responsabilidade, de acordo com a área que se apresenta o problema: na moral, decorrente de relações jurídicas ou relacionadas ao direito público ou privado. A responsabilidade trata-se do resultado advindo de uma ação ou omissão por meio da qual o homem expressa seu comportamento, em face de seu dever ou obrigação.¹⁷

Diante da evolução ocorrida no instituto da responsabilidade civil, observa-se que houve uma desvinculação das antigas formas de responsabilização, surgindo novos meios de composição. No entanto, percebe-se que a sociedade progride ainda mais rapidamente do que o Direito, devendo este adequar-se às novas situações.

¹³ GONÇALVES, *Responsabilidade civil*, p. 18.

¹⁴ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações e responsabilidade civil*. v. 5, 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. p. 159-160.

¹⁵ STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 59.

¹⁶ PEREIRA, *Responsabilidade civil*, p. 9.

¹⁷ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 2.

1.2 Espécies de responsabilidade civil

Em relação a seu fundamento, a responsabilidade jurídica divide-se, primeiramente, entre responsabilidade civil e penal. Dentro da responsabilidade civil existem outras subdivisões, destacando-se a responsabilidade objetiva e subjetiva e, ainda, a responsabilidade contratual e extracontratual.

O elemento nuclear da responsabilidade civil é a conduta voluntária¹⁸ do agente, violadora de um dever jurídico. Dependendo de onde emana esse dever e o elemento subjetivo da conduta é que se torna possível dividi-la em diferentes espécies.¹⁹

Assim, seguindo o objetivo do presente trabalho, far-se-á uma análise destas diferentes espécies de responsabilidade, partindo-se da divisão primordial entre a esfera civil e a penal.

1.2.1 Considerações acerca da responsabilidade civil e penal

Inicialmente, cabe destacar que a ilicitude não é uma peculiaridade do Direito Penal, podendo ter lugar em qualquer ramo do Direito, eis que a ilicitude, essencialmente, trata-se de uma contrariedade entre a conduta e a norma jurídica.

Quanto à divisão entre civil e penal, Arnaldo Rizzardo entende que “a responsabilidade civil decorre da falta de cumprimento das leis civis e dos contratos, enquanto a penal advém da infração de leis penais [...]”²⁰ Em si, importam na violação de um dever jurídico ou uma infração à lei, porém, o ilícito penal traz consigo um maior nível de gravidade e lesividade, revelando um teor ofensivo superior ao civil.

¹⁸ Deve-se lembrar, no entanto, que estas condutas voluntárias podem exteriorizar-se tanto através de uma ação como de uma omissão do agente que represente infração a um dever social. É possível que a atitude não seja ostensivamente contra a letra da lei, mas contra o próprio espírito da lei. RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. v. 5. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 20.

¹⁹ CAVALIERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*, p. 13.

²⁰ RIZZARDO, *Responsabilidade civil*, p. 42.

A responsabilidade civil se diferencia da penal devido ao fato de que a responsabilidade civil possui um conceito mais amplo, de forma a abranger todos os casos em que se impõe ao indivíduo a cobertura de um dano causado a outrem.²¹

Ontologicamente, a responsabilidade civil e a penal, quando decorrentes de um ato ilícito, podem ser consideradas idênticas, embora sejam diferentes em suas consequências.

Nesta linha de pensamento, José de Aguiar Dias afirma que

[...] certos fatos põem em ação somente o mecanismo recuperatório da responsabilidade civil; outros movimentam tão-somente o sistema repressivo ou preventivo da responsabilidade civil e a penal, pelo fato de apresentarem, em relação a ambos os campos, incidência equivalente, conforme os diferentes critérios sob que entram em função os órgãos encarregados de fazer valer a norma respectiva. Reafirmamos, pois, que é quase o mesmo, o fundamento da responsabilidade civil e da responsabilidade penal. As condições em que surgem é que são diferentes, porque uma é mais exigente do que a outra, quanto ao aperfeiçoamento dos requisitos que devem coincidir para se efetivar. [...]. A reparação civil reintegra, realmente, o prejudicado na situação patrimonial anterior (pelo menos tanto quanto possível, dada a falibilidade da avaliação); a sanção penal não oferece nenhuma possibilidade de recuperação ao prejudicado; sua finalidade é restituir a ordem social ao estado anterior à turbação.²²

No caso de um ilícito penal, o agente viola uma norma de direito público. Já no ilícito civil a norma que está sendo infringida é de direito privado.²³ No entanto, ambas importam na violação de um dever jurídico, tanto que uma mesma conduta pode incidir, ao mesmo tempo, em violação à lei civil e penal.²⁴

No mesmo sentido, refere Sílvio Rodrigues, mencionado que o ato ilícito possui o condão de causar repercussões na ordem civil e penal, havendo uma reação dupla no ordenamento jurídico, ao passo que se impõe uma pena ao causador do dano e acolhimento do pedido indenizatório da vítima.²⁵

²¹ LOPES, *Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações e responsabilidade civil*, p. 162.

²² DIAS, *Da responsabilidade civil*, p. 8-9.

²³ RODRIGUES, *Direito civil: responsabilidade civil*, p. 6-7.

²⁴ CAVALIERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*, p. 14.

²⁵ RODRIGUES, *op. cit.*, p. 8.

A sanção penal será de natureza repressiva, consistente em uma pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, ao passo que a sanção civil será de natureza reparatória, consubstanciando-se na indenização a ser paga à vítima.²⁶

Assim, a configuração da responsabilidade penal demanda a existência da adequação do fato praticado ao tipo penal. “No cível, no entanto, qualquer ação ou omissão pode gerar a responsabilidade civil, desde que viole direito e cause dano a outrem [...]”²⁷

De tal forma, para punir o crime ou delito existem modalidades de punição exclusivamente pessoais para o ofensor, sendo a mais grave delas a pena privativa de liberdade. Para o ilícito civil, embora existam diferentes formas de responsabilização, a mais comum será a indenização em dinheiro, a fim de reparar ou diminuir o mal causado à vítima, seja ele patrimonial ou moral.²⁸

Frente a isto, percebe-se que diante de toda a evolução da responsabilidade civil acabou sendo feita uma divisão primordial entre a esfera civil e a penal, baseado em um dano ou prejuízo causado à vítima. Assim, com relação ao âmbito civil, decorre daí as diferentes modalidades de responsabilidade, dividindo-se em objetiva e subjetiva e, contratual e extracontratual.

1.2.2 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva

Em relação a seu fundamento, a responsabilidade civil pode ser classificada em objetiva e subjetiva, diferenciando-se com base na culpa do agente. É objetiva a responsabilidade baseada na teoria do risco e, subjetiva quando inspirada na ideia de culpa.

A regra geral de responsabilização trazida pelo Código Civil é a responsabilidade civil subjetiva, como bem se observa pelo texto do artigo 186 do ordenamento jurídico brasileiro, expondo que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

²⁶ CAVALIERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*, p. 14.

²⁷ GONÇALVES, *Responsabilidade civil*, p. 20.

²⁸ VENOSA, *Direito civil: responsabilidade civil*, p. 20.

Para Arnaldo Rizzardo a responsabilidade nasce fundamentalmente da culpa, somente sendo responsabilizado aquele que praticou o fato culposo que era possível de ser evitado.²⁹

A responsabilidade objetiva e subjetiva, segundo Fábio Ulhoa Coelho, é definida simplesmente pela verificação da licitude ou ilicitude da conduta do agente. “Quem responde subjetivamente fez algo que não deveria ter feito; quem responde objetivamente fez só o que deveria fazer.”³⁰

Não se tratam de espécies diversas de responsabilidade, mas sim, modos diferentes de encarar a obrigação de reparar o dano causado. É subjetiva quando inspirada no conceito de culpa, e objetiva quando sustentada na teoria do risco.

Entretanto, torna-se indispensável a prova de culpa do agente causador do dano, a fim de que nasça o dever de indenizar. Assim, a responsabilidade, no caso, é subjetiva, pois depende do comportamento do sujeito.³¹

A ideia de culpa está intimamente atrelada à responsabilidade civil subjetiva, por isso, somente existirá juízo de censura ou reprovação se o ofensor tiver faltado com o dever de cuidado em seu agir. O próprio Código Civil, em seu artigo 186, traz a culpa como fundamento desta espécie de responsabilidade, sendo que a vítima somente obterá a reparação do dano se devidamente comprovada a culpa do agente.³²

A responsabilidade civil subjetiva consiste “na obrigação de reparar danos causados por ações ou omissões dolosas (ou seja, intencionais) ou culposas (isto é, negligentes, imprudentes ou imperitas), que violem direitos alheios [...]”³³

Pode-se verificar claramente a responsabilidade civil subjetiva mediante a existência de três pressupostos básicos, quais sejam: conduta culposa do agente, nexo de causalidade e o dano. Assim, quando alguém, mediante conduta culposa viola direito de outrem e vem a lhe causar dano, se está diante de uma ação ilícita, decorrendo daí o dever de indenizar, conforme disposto no artigo 927³⁴, caput, do Código Civil.³⁵

No entanto, a responsabilidade civil objetiva não necessita da presença do elemento culpa, satisfazendo-se apenas com a existência do dano e do nexo de causalidade. Carlos Roberto Gonçalves relata que

²⁹ RIZZARDO, *Responsabilidade civil*, p. 24-25.

³⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: obrigações e responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 269.

³¹ RODRIGUES, *Direito civil: responsabilidade civil*, p. 11.

³² CAVALIERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*, p. 16.

³³ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamento do direito das obrigações e introdução à responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 483-484.

³⁴ Artigo 927 do Código Civil: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

³⁵ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 18.

nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns, ela é presumida pela lei. Em outros, é de todo prescindível, porque a responsabilidade se funda no risco (objetiva propriamente dita ou pura).³⁶

A teoria do risco procura justificar esta espécie de responsabilidade, trazendo a ideia de que toda pessoa que exerce algum tipo de atividade acaba por criar um risco a terceiros e, em decorrência disto, está obrigada a repará-lo, ainda que seu comportamento seja isento de culpa.³⁷

Na responsabilidade objetiva, a atividade geradora do dano é lícita, porém pode causar perigo, de modo que aquele que exerce a função possui a obrigação legal de cuidado, a fim de evitar qualquer prejuízo.³⁸

Nada mais é do que a responsabilidade independente de culpa, fundamentando-se na ideia de que aquele que cria um risco deve suportar os prejuízos decorrentes de tal conduta.

Neste sentido, o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil dispõe sobre a aplicação da responsabilidade civil objetiva, referindo que “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, riscos para os direitos de outrem”. Embora mantida a responsabilidade subjetiva, o Código Civil abriu-se para a criação de diversos dispositivos que tratam da responsabilidade objetiva, como no caso de danos causados por produtos, responsabilidade pelo fato de outrem, responsabilidade pelo fato da coisa e do animal, responsabilidade dos incapazes, dentre outras.³⁹

Deste modo, a responsabilidade civil objetiva se fundamenta na noção de risco, em substituição à ideia de culpa. Aquele que exerce atividade criadora de risco deve suportar o prejuízo que sua conduta poderá acarretar, já que esta mesma atividade, além do risco, é responsável também pela criação de um benefício para quem a exerce. Assim, nesta modalidade, leva-se em conta apenas o dano, em detrimento do dolo ou da culpa, fazendo surgir o dever de indenizar mediante a comprovação do dano e do nexo de causalidade.⁴⁰

Portanto, observa-se que a responsabilidade que independente de culpa restringe-se aos casos elencados em lei ou àqueles em que a atividade desenvolvida, por sua própria

³⁶ GONÇALVES, *Responsabilidade civil*, p. 22.

³⁷ *Ibid.*, p. 22.

³⁸ DINIZ, *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, p. 55.

³⁹ CAVALIERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*, p. 159.

⁴⁰ VENOSA, *Direito civil: responsabilidade civil*, p. 17-18.

natureza, importe em riscos a terceiros. Inexistindo especificação legal ou atividade de risco, devem ser aplicadas as regras da responsabilidade subjetiva, fundada no elemento culpa.

1.2.3 Responsabilidade contratual e extracontratual

No tocante à responsabilidade civil, deve-se mencionar ainda a divisão da responsabilidade em contratual e extracontratual. Na primeira tem-se a violação de um dever advindo de um contrato, enquanto que na responsabilidade extracontratual a infração advém da desobediência de um dever legal.

Sérgio Cavalieri Filho, neste sentido, afirma que

[...] se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto.⁴¹

Porém, Carlos Roberto Gonçalves diz que não há uma diferença tão ampla entre estas duas espécies de responsabilidade, sendo que

algumas codificações modernas, no entanto, tendem a aproximar as duas variantes da responsabilidade civil, submetendo a um regime uniforme os aspectos comuns a ambas. O Código alemão e o português, por exemplo, incluíram uma série de disposições de caráter geral sobre a “obrigação de indenização”, ao lado das normas privativas da responsabilidade do devedor pelo não-cumprimento da obrigação e das regras especificadamente aplicáveis aos atos ilícitos. Ficaram, assim, fora da regulamentação unitária apenas os aspectos específicos de cada uma das variantes da responsabilidade.⁴²

⁴¹ CAVALIERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*, p. 15.

⁴² GONÇALVES, *Responsabilidade civil*, p. 27.

Essa bipartição da responsabilidade contratual e extracontratual reflete um tempo passado, em que era dado o máximo de importância às obrigações assumidas no âmbito privado, deixando em posição secundária a responsabilidade tida como não contratual.

Sílvio Rodrigues argumenta neste sentido, já que as duas espécies de responsabilidade seriam de igual natureza. “E, de fato, tanto na configuração da responsabilidade contratual como na da aquiliana vários pressupostos são comuns.”⁴³

Porém, grande parte da doutrina ainda trata separadamente esta antiga divisão da responsabilidade. Embora existam aspectos comuns entre as duas modalidades,⁴⁴ não se deve olvidar que cada um delas também resguarda regras próprias e contornos especiais.

De tal maneira, pode-se afirmar que tanto na responsabilidade contratual como na extracontratual existe a violação de um dever jurídico preexistente. O que difere uma modalidade da outra é o fato de que na contratual esse dever está previsto em um contrato, pré-definindo o comportamento dos contratantes e os deveres que devem ser observados. Porém, existirá a responsabilidade extracontratual se esse dever jurídico violado estiver previsto na lei ou na ordem jurídica.⁴⁵

A responsabilidade contratual compreende também o inadimplemento ou mora relativos ao cumprimento de qualquer obrigação, mesmo que seja derivado de um negócio unilateral ou proveniente da lei. A responsabilidade extracontratual inclui a transgressão de deveres gerais de ação.⁴⁶

Contudo, as duas modalidades necessitam de um dano, um ato ilícito e o nexo de causalidade. A diferença relevante que deve ser destacada está fundada na culpa do agente causador do dano.

Conforme destaca Arnaldo Rizzardo, a responsabilidade contratual assenta-se normalmente nos prejuízos decorrentes do inadimplemento do contrato, enquanto que na extracontratual é exigida a prova da culpa e do dano, incumbindo ao ofendido prová-la.⁴⁷

Ainda, a responsabilidade extracontratual é aquela que provém da lei ou do dever de não lesar, ao passo que a responsabilidade contratual origina-se de uma convenção ou decorre de cláusulas contratuais.⁴⁸

⁴³ RODRIGUES, *Direito civil: responsabilidade civil*, p. 9.

⁴⁴ Segundo Caio Mário da Silva Pereira a responsabilidade contratual e a extracontratual (ou aquiliana) confundem-se e identificam-se nos seus efeitos. Contudo, ambas as modalidades necessitam de uma contrariedade à norma, um dano e a relação de causalidade entre uma e outra. PEREIRA, *Responsabilidade civil*, p. 249-250.

⁴⁵ CAVALIERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*, p. 16.

⁴⁶ GONÇALVES, *Responsabilidade civil*, p. 27.

⁴⁷ RIZZARDO, *Responsabilidade civil*, p. 38.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 38.

Frente ao exposto, observa-se que a caracterização da responsabilidade contratual demanda a existência de um contrato entre as partes, ao passo que a responsabilidade extracontratual demonstra-se simplesmente por meio da violação de um dever legal de conduta.

1.3 Pressupostos da responsabilidade civil

De acordo com a regra geral do Código Civil, a responsabilidade civil necessita de alguns pressupostos para sua caracterização, quais sejam: conduta do agente, o dano, a culpa e o nexo de causalidade. Por sua vez, cabe destacar que a responsabilidade objetiva dispensa a presença do elemento culpa.

Para Maria Helena Diniz, a caracterização dos pressupostos da responsabilidade civil é muito difícil, já que existe uma imprecisão doutrinária acerca desta qualificação.⁴⁹ No entanto, destaca-se como elementos principais a existência de uma ação, a ocorrência de um dano e o nexo de causalidade entre o dano e ação, sendo este o fato gerador da responsabilidade.⁵⁰

De tal modo, faz-se necessário a presença e conjugação de todos os requisitos, dado o tipo de responsabilidade a ser tratada, sob pena de não existir ato ilícito e, conseqüentemente, obrigação de reparar.

1.3.1 Ação ou omissão do agente

A conduta do agente consiste no ato humano do qual decorre o dano. Diz respeito ao comportamento ativo ou omissivo do agente, capaz de gerar conseqüências jurídicas.

⁴⁹ Para Fernando Noronha o surgimento da responsabilidade civil depende da existência de um dano bem como de uma pessoa que deva responder por ele. Porém, para saber quando haverá responsabilização pelo dano causado é necessária a verificação de alguns requisitos. Assim, deve ser analisado o dano propriamente dito, seu cabimento no âmbito de proteção normativa, o fato gerador, o nexo de causalidade e o nexo de imputação. De forma mais didática, para que surja a obrigação de indenizar é necessário: a) existência de um fato antijurídico; b) que esse fato possa ser imputado a alguém; c) a produção de danos; d) que estes danos possam ser juridicamente considerados provocados pelo ato ou fato praticado; e) que o dano verificado seja resultado da violação de um bem juridicamente protegido. De tal forma, estar-se-ia diante da existência de cinco pressupostos da responsabilidade civil. NORONHA, *Direito das obrigações*, p. 491-492.

⁵⁰ DINIZ, *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, p. 36-38.

A existência da responsabilidade civil está condicionada a um ato de vontade do sujeito, revestindo-se de ilicitude. O ato ilícito se traduz em um comportamento voluntário do agente que acaba por transgredir um dever. Na responsabilidade subjetiva analisa-se a existência do ilícito civil, decorrente da transgressão de um dever de conduta, que constitui ato ilícito, porém, na responsabilidade objetiva o ato ilícito demonstra-se de forma incompleta, pois é eliminado o substrato da culpa.⁵¹

Conforme destaca Rui Stoco “o elemento primário de todo o ilícito é uma conduta humana e voluntária no mundo exterior.” Esse ilícito interessa a ordem jurídica, pois é causador de um dano que atenta a um bem juridicamente protegido, podendo ocorrer através de uma ação ou omissão.⁵²

No âmbito da responsabilidade civil, como visto, o dano poderá decorrer tanto de uma conduta positiva como de uma conduta negativa. A ação nada mais é do que um fazer, enquanto que a omissão trata-se de um não fazer que ganhou relevância no mundo do Direito.

A ação ou omissão do agente pode ser caracterizada como uma conduta humana voluntária que é capaz de produzir consequências jurídicas. É o aspecto físico da conduta, ou objetivo, ao passo que a vontade é aspecto subjetivo, que surge do psicológico do agente.⁵³

Neste sentido, Sérgio Cavalieri Filho comenta que

a ação é a forma mais comum de exteriorização da conduta, porque, fora do domínio contratual, as pessoas estão obrigadas a abster-se da prática de atos que possam lesar o seu semelhante, de sorte que a violação desse *dever geral de abstenção* se obtém através de um fazer. Consiste, pois, a ação em um movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo, como a destruição de uma coisa alheia, a morte ou lesão corporal causada a alguém, e assim por diante. Já a omissão, forma menos comum de comportamento, caracteriza-se pela *inatividade*, abstenção de alguma conduta devida [...].⁵⁴ (grifo do autor).

Com base nestes apontamentos infere-se que a ação, seja ela comissiva ou omissiva, é fato gerador da responsabilidade civil, uma vez que é capaz de produzir consequências jurídicas ante o prejuízo provocado.

⁵¹ VENOSA, *Direito civil: responsabilidade civil*, p. 22.

⁵² STOCO, *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*, p. 64-65.

⁵³ CAVALIERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*, p. 24.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 24.

1.3.2 Dano

A existência de dano é requisito essencial para a configuração da responsabilidade civil. Trata-se de toda e qualquer lesão provocada a um bem juridicamente tutelado, causada pela conduta do agente ofensor.

A expressão dano pode ser entendida objetivamente como prejuízo, seja ele individual ou coletivo, econômico ou não econômico, resultante de ação ou fato antijurídico que transgrida valor da própria pessoa, podendo alcançar, até mesmo, algo do mundo exterior que seja juridicamente protegido.⁵⁵

Neste sentido, Arnaldo Rizzardo assinala que

o dano pode atingir a universalidade de bens existentes, como o patrimônio material ou econômico da pessoa física ou jurídica, ou seus valores espirituais e interiores, o nome, a boa fama, o conceito social, a paz, a liberdade, a honra, a intimidade, a normalidade corporal, a apresentação ou integridade física, as relações sociais, a amizade, a tranquilidade pessoal, e assim outros bens de ordem espiritual e mesmo físicos que entram na esfera de direitos e são importantes, senão necessários, para a normalidade da vida, a possibilidade de coexistência e a realização do ser humano nas mais diversas esferas da existência humana.⁵⁶

Para Caio Mário da Silva Pereira o dano inscreve-se como circunstância essencial da responsabilidade civil. A conduta antijurídica praticada gera a obrigação do ofensor em reparar o mal causado.⁵⁷

Destaca-se que o dano é “elemento comum a qualquer espécie (ou subespécie) de responsabilidade civil [...]”. A existência de dano é imprescindível para a caracterização tanto da responsabilidade objetiva como subjetiva, porém, meros desconfortos ou riscos não são capazes de gerar direito à indenização.⁵⁸

O dano causado à vítima tanto pode ser moral ou patrimonial, decorrente de uma ação ou omissão do agente ou terceiro por quem o imputado responde. Porém, “não pode haver responsabilidade civil sem dano, que deve ser certo, a um bem ou interesse jurídico, sendo necessária a prova real e concreta dessa lesão [...]”⁵⁹

⁵⁵ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 497.

⁵⁶ RIZZARDO, *Responsabilidade civil*, p. 67.

⁵⁷ PEREIRA, *Responsabilidade civil*, p. 37.

⁵⁸ COELHO, *Curso de direito civil: obrigações e responsabilidade civil*, p. 300-301.

⁵⁹ DINIZ, *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, p. 37-38.

Inexistindo a prova do dano, ninguém poderá ser responsabilizado civilmente. Trata-se de um óbice à pretensão da reparação. É de suma importância verificar o prejuízo causado pela conduta do agente, pois mesmo que haja violação de um dever de conduta e culpa, não existirá possibilidade de indenização se não for verificado o prejuízo à vítima.⁶⁰ A obrigação de indenizar decorre da existência de um dano e violação de um direito, simultaneamente.⁶¹

O dano é pressuposto central da responsabilidade civil, exigindo um comportamento adverso ao jurídico. Divide-se de acordo com o interesse envolvido, podendo ser patrimonial, quando existir interesse econômico em questão, e moral quando verificado sofrimento psíquico, causando dores, tristezas e frustrações.⁶²

Cabe destacar, ainda, que uma pessoa pode incorrer em ato ilícito sem provocar dano a ninguém, inexistindo a obrigação reparar. De tal modo, é de suma importância a existência do dano, mas também é essencial que este dano resulte em um prejuízo à vítima.

Neste sentido, Sérgio Cavaliere Filho destaca que é possível existir responsabilidade sem culpa, mas inexistente responsabilidade sem dano. Sem o elemento dano poderá haver responsabilidade penal, mas não a civil. Indenizar uma pessoa sem comprovar o dano efetivamente causado seria uma forma de enriquecimento ilícito, sem causa. O dano não é mero fato constitutivo, mas fator determinante do dever de indenizar.⁶³

Percebe-se, assim, que a presença do elemento dano é essencial para que haja o dever de indenizar, podendo este dano ser de ordem patrimonial ou moral. Cabe frisar que o dano moral será abordado com maior ênfase no terceiro capítulo do presente trabalho monográfico, que trata exatamente da possibilidade de fixação de dano moral por abandono afetivo na filiação.

1.3.3 Culpa

Atualmente vem se afirmando que a ideia de culpa está atrelada ao conceito de dever. A própria lei menciona que, aquele que causa dano a outrem por meio de ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, fica obrigado a reparar. Trata-se, pois, de um dever jurídico de reparação do dano culposo anteriormente causado.

⁶⁰ PEREIRA, *Responsabilidade civil*, p. 38.

⁶¹ GONÇALVES, *Responsabilidade civil*, p. 34.

⁶² RIZZARDO, *Responsabilidade civil*, p. 13-16.

⁶³ CAVALIERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*, p. 72-73.

A culpa, em sentido estrito, pode ser considerada como aquela que marca uma conduta imprudente ou negligente. Em seu sentido lato pode ser verificada na prática consciente e deliberada de um ato que cause prejuízos e que seja antissocial, configurando o dolo propriamente dito.⁶⁴

A conduta do agente, tanto no dolo como na culpa, é voluntária. No dolo o comportamento já nasce ilícito, enquanto que na culpa a conduta é por natureza lícita, mas acaba por se tornar ilícita devido ao desvio dos padrões sociais adequados. Enfim, “no dolo o agente quer a ação e o resultado, ao passo que na culpa ele só quer a ação, vindo a atingir o resultado por desvio accidental de conduta decorrente de falta de cuidado.”⁶⁵

A culpa, em seu sentido genérico, pode ser entendida como fundo animador do ato ilícito, da má conduta reprovável. Esta conduta compreende dois aspectos: o dolo, identificado pela vontade direta de prejudicar, configurando a culpa em sentido amplo, e a simples negligência a direito alheio, originando a culpa no sentido restrito e técnico.

Pois bem, a culpa genérica acaba por se desdobrar em dolo e culpa propriamente dita, porém, em sentido amplo

a culpa é falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências eventuais de sua atitude.⁶⁶

A fim de obter a reparação do dano deve-se provar o dolo ou a culpa do agente, exceto no caso da responsabilidade objetiva, que independe do elemento culpa. No que se refere à responsabilidade subjetiva existem distinções sobre a extensão e natureza da culpa, podendo ser grave, leve ou levíssima.⁶⁷

A culpa grave é a que mais se assemelha ao dolo, sendo considerada uma falta imprópria do homem. A culpa leve é a falta que pode ser evitada se utilizada atenção ordinária, enquanto a levíssima só é evitável se utilizada uma atenção extraordinária, com aptidões especiais ou conhecimento particular.⁶⁸

⁶⁴ RIZZARDO, *Responsabilidade civil*, p. 3.

⁶⁵ CAVALIERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*, p. 31.

⁶⁶ DIAS, *Da responsabilidade civil*, p. 120.

⁶⁷ GONÇALVES, *Responsabilidade civil*, p. 33.

⁶⁸ VENOSA, *Direito civil: responsabilidade civil*, p. 25.

Em regra, não é a intensidade da culpa que gradua o dano, mas o efetivo valor do prejuízo causado. Todavia, não se faz possível estabelecer um padrão de conduta e um grau de culpa com seu respectivo valor. A culpa deve ser analisada no caso concreto, levando-se em conta o dano causado e o agente causador.

1.3.4 Nexo de causalidade

Nexo de causalidade, em uma simples concepção, trata-se da ligação existente entre a conduta e o resultado. É a relação entre a ação ou omissão e o dano efetivamente causado à vítima.

A fim de que seja possível a reparação do dano, é de suma importância que exista o nexos de causalidade, que faz exatamente a ligação entre a conduta do ofensor com os prejuízos sofridos pela vítima. Sérgio Cavalieri Filho argumenta que

em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato. Daí a relevância do chamado *nexo causal*. Cuida-se, então, de saber quando um determinado resultado é imputável ao agente; que relação deve existir entre o dano e o fato para que este, sob a ótica do Direito, possa ser considerado causa daquele.⁶⁹ (grifo do autor).

A responsabilidade civil não será verificada sem que exista uma relação de causalidade entre o dano e a ação. Representa, portanto, uma relação estritamente necessária entre o fato danoso e a ação que produziu este dano.⁷⁰

No mesmo sentido, reafirma Carlos Roberto Gonçalves que o nexos de causalidade consiste na relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano apurado. Se o dano não estiver relacionado com o comportamento do agente, inexistirá relação de causalidade e dever de indenizar.⁷¹

Não basta que o agente tenha procedido contra o direito, não se definindo a responsabilidade pelo simples cometimento de um erro de conduta. Da mesma forma, não é

⁶⁹ CAVALIERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*, p. 47.

⁷⁰ DINIZ, *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, p. 111.

⁷¹ GONÇALVES, *Responsabilidade civil*, p. 33-34.

suficiente por si só que a vítima sofra um dano, “pois se não houver um prejuízo a conduta antijurídica não gera obrigação de indenizar.”⁷²

Conforme dispõe Caio Mário da Silva Pereira, a determinação do nexo de causalidade é o mais delicado dentre os elementos da responsabilidade civil. Por diversas vezes, mesmo que exista culpa e dano inexistirá a obrigação de reparar, se entre ambos não esteja estabelecida a relação de causalidade.⁷³

O nexo de causalidade traduz-se na verificação da relação entre fato, prejuízo e um agente provocador. Arnaldo Rizzardo argumenta que

por outros termos, para ensejar e buscar a responsabilidade, é preciso que haja ou se encontre a existência de um dano, o qual se apresenta antijurídico, ou que não seja permitido ou tolerado pelo direito, ou constitua espécie que importe em reparação pela sua mera verificação, e que se impute ou atribua a alguém que o causou ou ensejou a sua efetivação. Em três palavras resume-se o nexo causal: o dano, a antijuricidade e a imputação.⁷⁴

O conceito de nexo causal deriva das leis naturais e liga a conduta do agente ao dano⁷⁵, sendo possível, assim, concluir quem foi o causador do dano.⁷⁶

Entretanto, além deste elemento naturalístico exige-se uma avaliação jurídica para verificar de forma precisa a relação de certo fato com determinado resultado. Existe um processo técnico de probabilidades em que o magistrado elimina os fatos irrelevantes para a efetivação do dano, em que, mesmo sem a ausência desses fatos, o dano ocorreria. “Em suma, o nexo causal é um elemento referencial entre a conduta e o resultado. É um conceito jurídico-normativo através do qual poderemos concluir quem foi o causador do dano.”⁷⁷

Não sendo demonstrado o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado produzido torna-se impossível imputar a alguém qualquer obrigação, inexistindo, desta forma, o dever de reparar.

⁷² STOCO, *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*: doutrina e jurisprudência, p. 75.

⁷³ PEREIRA, *Responsabilidade civil*, p. 76.

⁷⁴ RIZZARDO, *Responsabilidade civil*, p. 67.

⁷⁵ Também para Fernando Noronha, o nexo de causalidade é o elo de ligação entre o dano e o fato que o gerou. É, pois, o elemento indicador de quais são os danos que podem ser considerados como consequência do fato verificado. Assim, a causa do dano somente pode ser um fato que tenha contribuído para a provocação do dano ou, que tenha ao menos agravado seus efeitos. NORONHA, *Direito das obrigações*, p. 499.

⁷⁶ VENOSA, *Direito civil*: responsabilidade civil, p. 39.

⁷⁷ CAVALIERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*, p. 47.

2 AS CONFIGURAÇÕES FAMILIARES E A PROTEÇÃO DOS FILHOS

Com a evolução do conceito de família e sua posterior visão constitucionalizada, bem como as transformações atuais que a família vem sofrendo, surgem novas questões antes não vislumbradas, que padecem de resolução.

O conceito de família mudou significativamente, afastando-se dele injustificadas diferenciações e discriminações que não condizem mais com a ideia de uma sociedade livre, moderna e democrática. As relações interpessoais entre os membros da família também mudaram, refletindo-se na própria conformação da família, que não possui mais um significado singular.

As transformações sociais e a evolução dos costumes, por sua vez, levaram a uma reconfiguração das relações conjugais bem como das relações entre pais e filhos. A família passou a ser considerada como base da sociedade e merecedora de especial proteção. No entanto, este tratamento diferenciado acabou gerando encargos para seus membros.

2.1 A família brasileira e a Constituição Federal de 1988

Desde o advento da Constituição Federal de 1988 a estrutura jurídica brasileira tenta adaptar-se a nova realidade social que se apresenta. Toda a roupagem patrimonialista que revestia as relações privadas no Brasil ganhou um caráter mais humano, com uma necessária valorização da pessoa humana. E foi, justamente no âmbito do Direito de Família, que tais transformações foram sentidas de forma mais intensa.

As mudanças ocorridas no último século voltaram-se para a revalorização da pessoa humana, agregando à ideia de sujeito também a noção de cidadania. A evolução foi marcada pela despatrimonialização⁷⁸ e repersonalização do Direito Civil⁷⁹, abrindo-se espaço para o

⁷⁸ A despatrimonialização, segundo Lourival Serejo, nada mais é do que o fenômeno da “[...] substituição da preocupação capitalista de acumular bens pela valorização das relações familiares autênticas entre os membros de uma família.” SEREJO, Lourival. *Direito constitucional da família*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 23.

⁷⁹ Para Paulo Luiz Netto Lôbo, “a excessiva preocupação com os interesses patrimoniais que matizaram o direito de família tradicional não encontra eco na família atual, vinculada por outros interesses de cunho pessoal ou humano, tipificados por um elemento aglutinador e nuclear distinto: a afetividade. Esse elemento nuclear define o suporte fático da família tutelada pela Constituição, conduzido ao fenômeno que denominamos repersonalização.” LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização nas relações de família. In: DEL’OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim (Coords.). *Direito de Família contemporâneo e novos direitos*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 99-114. p. 109.

ingresso de outros sujeitos e novas relações que antes estavam na periferia da moldura jurídica.⁸⁰

Reforçando a ideia de despatrimonialização, destaca-se que a Constituição Federal de 1988 representou um verdadeiro marco de inversão axiológica, passando a garantir expressamente a igualdade entre cônjuges, a isonomia entre filhos e a igualdade entre as diferentes formas de agrupamento familiar.⁸¹

Desta forma, houve uma notável mudança nos conceitos básicos de família.⁸² Esta, a cada dia, transforma-se profundamente, não sendo possível definir precisamente suas linhas de contorno. Pode-se dizer que “como organismo natural, a família não acaba. Como organismo jurídico elabora-se sua nova organização.”⁸³

É a partir daí que se começa a falar em família constitucionalizada. Neste sentido, Caio Mário da Silva Pereira relata que “a Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 abriu horizontes ao instituto jurídico da família, que mereceu sua atenção em três pontos relevantes: “entidade familiar”, planejamento da família e assistência direta à família [...]”⁸⁴

O conceito de família foi ampliado, acrescentando que, além do casamento, a família poderia ser constituída pela união estável entre homem e mulher e também pela relação monoparental, formada por um ascendente e seus descendentes. Agora pode ser constituída a partir de diversas espécies de entidades ou unidades firmadas como familiares.⁸⁵

Surge assim uma nova tábua de valores,⁸⁶ sendo que qualquer norma jurídica relativa ao Direito de Família exige a presença de um fundamento de validade constitucional. Nessa linha, Maria Berenice Dias discorre que o legislador constituinte procedeu no

⁸⁰ PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. *Direitos fundamentais e relações familiares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. p. 87.

⁸¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. Responsabilidade civil nas relações familiares. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, v. 24, out/nov. 2011. p. 84-113. p. 87.

⁸² A própria noção de entidade familiar assumiu novas dimensões. Abandonou o conceito formal para adotar um conceito mais flexível e instrumental, reconhecendo como família outras comunidades afetivas não constituídas pelo casamento e, até mesmo, comunidades materialmente separadas, desde que mantenham como objetivo a função social a que se destinam. A antiga estrutura familiar anteriormente amparada pelo ordenamento jurídico deixou de ser unitária e matrimonializada, assumindo formas abertas em que se admitem outros modos de construção do vínculo familiar, além do casamento. PEREIRA, *Direitos fundamentais e relações familiares*, p. 88-90.

⁸³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. v. 5. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 30.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 37.

⁸⁵ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: direito de família e sucessões*. v. 5. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 13.

⁸⁶ Para Sumaya Saady Morhy Pereira esta nova tábua de valores, que passou com a nova ordem constitucional a constituir a base sobre o qual se sustenta o Direito de Família contemporâneo, pode ser identificada basicamente em dois pontos primordiais: a alteração do conceito de unidade familiar e a mudança do papel atribuído às entidades familiares. PEREIRA, *op. cit.*, p. 87.

[...] alargamento do conceito de família, calcado na nova realidade que se impôs, emprestando juridicidade ao relacionamento existente fora do **casamento**. Afastou da idéia de família o pressuposto do casamento, identificando como família também a **união estável** entre um homem e uma mulher. [...] Nesse redimensionamento, passaram a integrar o conceito de entidade familiar as **relações monoparentais**: um pai com seus filhos. Agora, para a configuração da família, deixou de se exigir necessariamente a existência de um par, o que, conseqüentemente, subtraiu de seu conceito a finalidade procriativa.⁸⁷ (grifo do autor).

A família foi proclamada como a base da sociedade. Desta forma limitou o poder que o Estado detinha, sendo que qualquer violação à família atingiria o alicerce de toda a sociedade, que serve o próprio Estado.⁸⁸

Houve assim uma despatriarcalização da família, eis que a mesma não se resume mais ao casamento e à prevalência dos poderes do chefe de família sobre os demais integrantes. Conferiu-se um novo papel social a cada um de seus integrantes, reconhecendo-se até mesmo a importância da filiação para a própria relação do casal.⁸⁹

Segundo Rolf Madaleno, a nova família volta-se para a realização individual de seus membros e “[...] prioriza a pessoa humana, seu bem-estar e o pleno desenvolvimento das capacidades e virtudes de cada um de seus componentes [...]”.⁹⁰

Passou a ter papel funcional, servindo de instrumento para a promoção da dignidade da pessoa humana. Deixou de ser protegida como instituição para ser tutelada como instrumento de estruturação e desenvolvimento da personalidade dos membros que a compõem.

Trata-se agora de uma instituição meio, centrada no efetivo desenvolvimento das pessoas que a integram, titulares de direitos e interesses de natureza existencial. A família, para Guilherme Calmon Nogueira da Gama, deve ser observada como estrutura e, no papel funcional que exerce. Refere ainda que “a grande função da família atual é a de servir aos seus integrantes, de maneira harmônica e coordenada, sem que o exercício dos direitos de um integrante viole ou afaste os direitos e os interesses dos demais.”⁹¹

No mesmo sentido, conforme destaca Maria Berenice Dias, a Constituição Federal de 1988 trouxe consigo “o resgate do ser humano como **sujeito de direito**, assegurando-lhe, de forma ampliada, a consciência da cidadania.” A partir daí, consagrou-se o princípio da

⁸⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 36.

⁸⁸ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 35.

⁸⁹ LISBOA, *Manual de direito civil: direito de família e sucessões*, p. 11-12.

⁹⁰ MADALENO, Rolf. *Novas perspectivas no Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 18.

⁹¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 118.

dignidade da pessoa humana como dogma fundamental, eliminando-se injustificadas discriminações existentes.⁹² (grifo do autor).

O alargamento conceitual das relações interpessoais e o pluralismo das relações familiares trouxeram consigo uma flexibilização conceitual da família. Maria Berenice Dias, destaca que este fenômeno

[...] vem permitindo que os relacionamentos, antes clandestinos e marginalizados, adquiram visibilidade, o que acaba conduzindo a sociedade à aceitação de todas as formas que as pessoas encontram para buscar a felicidade. Agora, o que **identifica** a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um **vínculo afetivo** a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo.⁹³ (grifo do autor).

O Código Civil de 2002 também ampliou o conceito família, resaltando a sua função social, convocando os pais a uma paternidade responsável, em que os vínculos afetivos se sobrepõem à verdade biológica. Prioriza, ainda, a família socioafetiva, a não discriminação dos filhos, a responsabilidade conjunta dos pais quanto ao exercício do poder familiar e o reconhecimento do núcleo monoparental como entidade familiar.⁹⁴

Em se tratando da família monoparental, Fábio Ulhoa Coelho destaca que esta forma de entidade familiar é aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes. As relações familiares “[...] são apenas verticais, já que não existem pessoas ligadas pelo vínculo de conjugalidade.”⁹⁵

A família monoparental também foi reconhecida e definida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, dispondo em seu artigo 25 que “entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.”

Como disse Rolf Madaleno, “a nova organização da família segue o fenômeno social da chamada *lei de contínuo estreitamento familiar*, responsável pela transformação dos grandes grupos familiares na família nuclear de nossos tempos.” (grifo do autor)⁹⁶

⁹² DIAS, *Manual de direito das famílias*, p. 39.

⁹³ *Ibid.*, p. 39-40.

⁹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. v. 6. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 34.

⁹⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: direito de família e sucessões*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 151.

⁹⁶ MADALENO, *Novas perspectivas no Direito de Família*, p. 17.

Pouco importa, assim, como a família é constituída. O que ganhou relevância agora é a existência de uma família instrumental, baseada em laços afetivos, de amor e reciprocidade entre seus integrantes.

Diante da equiparação das diferentes formas de união familiar consagradas após a Constituição de 1988, consumou-se o fim de uma longa história de desigualdades jurídicas existentes na família brasileira. Passou-se a reconhecer diferentes formas de entidades familiares e a tutelar de forma efetiva os interesses de todos os integrantes do grupo, editando-se, até mesmo, novos diplomas legais como o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente.⁹⁷

Assim, devido à constitucionalização e evolução do Direito de Família, surge a necessidade de proteção das novas relações que se fazem presentes. Da mesma forma, a flexibilização da família traz a tona novos paradigmas a serem resolvidos, devendo-se priorizar sempre a realização dos membros que a compõem.

2.2 Os princípios constitucionais vinculados ao Direito de Família

Em razão das peculiaridades atinentes ao direito de família, o mesmo não pode mais prender-se simplesmente à letra fria e crua da lei, ficando alheio às constantes mudanças da sociedade atual. Exatamente por isso é que existem os princípios, que surgem desta evolução e buscam a sua adequação à realidade, auxiliando na interpretação e aplicação das diretrizes legais para a solução dos conflitos.

Pode-se dizer que os princípios em geral desvelam-se como um verdadeiro alicerce do Direito, na medida em que traçam as regras ou preceitos para toda espécie de operação jurídica. Para Rodrigo da Cunha Pereira, a força principiológica “[...] deve pairar sobre toda a organização jurídica, inclusive preenchendo lacunas deixadas por outras normas, independentemente de serem positivados, ou não, isto é, expressos ou não expressos.”⁹⁸

Entretanto, conforme já mencionado, nem todos os princípios encontram-se expressos em um texto legal, ficando a cargo do aplicador do Direito fazer sua análise e posterior aplicação ao caso concreto. No direito de família, em especial, observa-se nitidamente que os textos legislativos não foram capazes de acompanhar a evolução social ocorrida, já que as

⁹⁷ LÔBO, *Direito civil: famílias*, p. 43-44.

⁹⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 36-37.

relações entre as pessoas são muito mais amplas do que as normas jurídicas já positivadas. É nesse viés que surgem os princípios, entre os quais se destacam os da dignidade da pessoa humana, solidariedade familiar, igualdade, liberdade, afetividade e proteção da criança e do adolescente.

Tratando-se da proteção dos menores, a evolução da família, sobretudo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, trouxe consigo inúmeros reflexos, principalmente no que tange à filiação. A proteção da criança e do adolescente passou a ter relevância especial, buscando-se sedimentar os direitos e deveres dos mesmos face aos princípios constitucionais.

A criança e o adolescente devem ter seus interesses tratados com prioridade pela família, pela sociedade e pelo Estado, tanto na elaboração como na aplicação das leis que lhe dizem respeito. Para Paulo Lôbo a Carta Magna de 1988, em verdade, fez com que ocorresse “uma completa inversão de prioridades, nas relações entre pais e filhos, seja na convivência familiar, seja nos casos de situações de conflitos, como nas separações de casais.”⁹⁹

Ainda, a partir do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil e a consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, as regras jurídicas mostraram-se limitadas, não sendo suficientes para atender ao comando constitucional. “Assim, os princípios constitucionais passaram a informar todo o sistema legal de modo a viabilizar o alcance da dignidade da pessoa humana em todas as relações jurídicas.”¹⁰⁰ Justamente no Direito de Família que passou a ser sentido o reflexo dos princípios eleitos pela Constituição Federal. Esta, ao consagrar alguns princípios, acaba por transformá-los em direito positivo, dando o primeiro passo para sua aplicação.¹⁰¹

Inaugurou-se, assim, um sistema de princípios com o propósito de avaliar as relações familiares, afastando normas da legislação ordinária que destoam essa nova direção. A dignidade da pessoa humana passou a ser fundamento de todo o ordenamento jurídico brasileiro, servindo de orientação para a aplicabilidade do Direito de Família.¹⁰²

Em primeiro lugar deve-se mencionar o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado como fundamento da República Federativa do Brasil, previsto no artigo 1º, inciso

⁹⁹ LÔBO, *Direito civil: famílias*, p. 75.

¹⁰⁰ DIAS, *Manual de direito das famílias*, p. 54-55.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 57.

¹⁰² SEREJO, Lourival. *Direito constitucional da família*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 7.

III, da Constituição Federal.¹⁰³ Trata-se do valor maior do ordenamento jurídico brasileiro, motivo pelo qual as leis infraconstitucionais não podem suprimi-lo.

O princípio da dignidade da pessoa humana deve ser visto como um macroprincípio, do qual se irradiam todos os demais.¹⁰⁴ Na medida em que foi elevado como fundamento da ordem jurídica brasileira houve a despatrimonialização das relações familiares e a repersonalização dos institutos jurídicos, colocando-se a pessoa humana no centro da proteção.¹⁰⁵

Tem-se a dignidade como característica intrínseca e irrenunciável da própria condição humana, devendo a mesma ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida. Representa um valor absoluto de todo o ser humano, sendo, da mesma forma, indispensável e insubstituível.

Ingo Wolfgang Sarlet caracteriza a dignidade da pessoa humana como sendo

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹⁰⁶

Diante da tal princípio percebe-se que a família, protegida pela Constituição Federal, está funcionalizada para o desenvolvimento da dignidade das pessoas que a compõem. Neste

¹⁰³ Artigo 1º da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana.”

¹⁰⁴ Neste sentido também refere Rodrigo da Cunha Pereira, afirmando que “a dignidade é um macroprincípio sob o qual pairam outros princípios e valores essenciais, como a liberdade, responsabilidade, autonomia privada, cidadania, igualdade, alteridade e solidariedade. É a base e sustentação para o desenvolvimento dos direitos humanos e a certeza de que determinadas necessidades humanas devem ser atribuídas às pessoas por uma mesma causa universal e acima de qualquer arbítrio humano, que nenhum Estado tem o poder de modificar, como, por exemplo, o direito à saúde e à educação. O Direito de Família somente estará em consonância com a dignidade se determinadas relações familiares, como a relação entre pais e filhos, não forem desconsideradas ou excluídas. Assim, podem ser evitadas graves injustiças sociais, como aconteceu com os filhos havidos fora do casamento e que eram ilegítimos pelo próprio Estado. Esse entendimento nos remete ao conceito contemporâneo de cidadania, que, por sua vez, pressupõe inclusão, ou seja, não exclusão de nenhum tipo de família e, consequentemente, de nenhum membro da família, especialmente quando se trata de criança ou adolescente. Em outras palavras, afronta o princípio da dignidade humana o pai ou mãe, que abandona seu filho psicologicamente, isto é, deixa voluntariamente de conviver com ele.” PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011. p. 84.

¹⁰⁵ DIAS, *Manual de direito das famílias*, p. 59-60.

¹⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60.

sentido, Paulo Lôbo argumenta que “a entidade familiar não é tutelada para si, senão como instrumento de realização existencial de seus membros.”¹⁰⁷

Pois bem, percebe-se que não existe ramo do Direito Privado em que a dignidade da pessoa humana tenha mais influência ou atuação do que no próprio Direito de Família.

O princípio da dignidade da pessoa humana constitui-se como base da entidade familiar, seja ela biológica ou socioafetiva, garantindo o pleno desenvolvimento de todos os seus integrantes, sobretudo da criança e do adolescente.¹⁰⁸

Assim, as relações familiares precisam sempre se orientar buscando a proteção da vida e da integridade dos componentes da família, baseados no respeito e na garantia de seus direitos de personalidade.

É de suma importância também mencionar o princípio da solidariedade familiar, revelando-se no dever imposto à sociedade, ao Estado e à família de buscar constantemente efetiva proteção dos membros do grupo familiar, especialmente da criança e do adolescente.¹⁰⁹

A solidariedade não é apenas patrimonial, mostrando-se na área afetiva e psicológica. Implica em respeito e consideração mútuos em relação aos integrantes da família.¹¹⁰ Cada membro do grupo familiar deve cooperar para que o outro seja capaz de consolidar o mínimo necessário para seu desenvolvimento biopsíquico, preservando os direitos personalíssimos de cada integrante do grupo.¹¹¹

Para Suzana Oliveira Marques, a solidariedade familiar pode ser entendida simplesmente como o sentimento que leva as pessoas a se ajudarem mutuamente, sendo tratada em diversos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, a exemplo do que dispõem os artigos 229 da Constituição Federal¹¹² e 1.511, 1.694 e 1.696 do Código Civil.¹¹³

¹⁰⁷ LÔBO, *Direito civil: famílias*, p. 62.

¹⁰⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. v. 5. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 23.

¹⁰⁹ LÔBO, *op. cit.*, p. 63-65.

¹¹⁰ TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do Direito de Família brasileiro*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/impresao.php?t=artigos&n=308>>. Acesso em: 09 mai. 2012. p. 1-8. p. 2.

¹¹¹ LISBOA, *Manual de direito civil: direito de família e sucessões*, p. 15-16.

¹¹² Artigo 229 da Constituição Federal: “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.”

¹¹³ Artigo 1.511 do Código Civil: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.”

Artigo 1.694 do Código Civil: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.”

Artigo 1.696 do Código Civil: “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.”

Possui o sentido de buscar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária,¹¹⁴ com repercussão nas relações familiares, em especial, nos relacionamentos pessoais.¹¹⁵

Assim, revela-se na assistência moral e material entre cônjuges e companheiros, bem como na exigência do cuidado dos menores até atingir idade adulta, garantindo-lhes instrução e educação para sua formação social.

Quanto ao princípio da liberdade, o mesmo também pode ser entendido como princípio da não intervenção.¹¹⁶ Possui relação direta com o princípio da autonomia privada, devido ao fato de que todo o ser humano é livre para fazer suas escolhas afetivas. Deve-se lembrar, entretanto, que este princípio também necessita ser lido sob a ótica dos demais, principalmente no que se refere à proteção da criança e do adolescente.¹¹⁷

Por tal princípio entende-se que o Estado não deverá intervir coativamente nas relações familiares, mas deve proporcionar o bem estar dos membros que a compõem, através de incentivos, recursos e assistência a cada um dos seus integrantes.

Conforme mencionado, o princípio da liberdade também reconhece a importância de assegurar o melhor interesse dos menores, já que a própria liberdade floresceu na relação familiar. A evolução social trouxe consigo um redimensionamento da autoridade dos pais, passando-se a valorizar os laços de solidariedade entre pais e filhos, assim como a igualdade entre cônjuges no exercício do poder familiar.¹¹⁸

No que tange ao princípio da igualdade, deve-se ter em mente tanto a igualdade entre cônjuges, como a igualdade entre filhos e novas formas de agrupamento familiar, proibidas quaisquer discriminações, não sendo admitido tratamento desigual entre filhos advindos do casamento ou por adoção.¹¹⁹

O discurso de igualdade encontra-se intrinsecamente vinculado ao de cidadania, pressupondo também o respeito às diferenças. Entretanto, deve-se ir além da igualdade genérica, já que a construção da verdadeira cidadania somente se torna possível na existência de diversidade.

¹¹⁴ Neste sentido, Maria Celina Bodin de Moraes destaca que a Lei Maior exige que as pessoas se ajudem mutuamente, a fim de conservar a humanidade e a construção desta sociedade livre, justa e solidária, cabendo a cada ser humano fazer sua parte nessa construção. MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: FILHO, Firly Nascimento; GUERRA, Isabella Franco; PEIXINHO, Manoel Messias. (Orgs.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 157-176. p.165-167.

¹¹⁵ MARQUES, Suzana Oliveira. *Princípios do Direito de Família e guarda dos filhos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 38.

¹¹⁶ VILAS-BÔAS, Renata Malta. *A importância dos princípios específicos do Direito das Famílias*. Disponível em : <<http://www.ibdfam.org.br/imprensa.php?t=artigos&n=615>>. Acesso em: 09 mai. 2012. p. 1-6. p. 3.

¹¹⁷ TARTUCE, *Novos princípios do Direito de Família brasileiro*, p. 4.

¹¹⁸ DIAS, *Manual de direito das famílias*, p. 61.

¹¹⁹ LÔBO, *Direito civil: famílias*, 65-67.

Para Rodrigo da Cunha Pereira, a formação e construção da identidade demanda a existência de um outro, um ser diferente, pois, “se fôssemos todos iguais, não seria necessário falar de igualdade.”¹²⁰

Em se tratando da igualdade de filiação, esta reflete-se tanto no campo patrimonial como no pessoal, não sendo mais aceita qualquer forma de distinção jurídica. Trata-se da primeira e mais importante característica da isonomia constitucional.¹²¹

No entanto, há de se lembrar que nos dias atuais não existe mais qualquer possibilidade de tratamento diferenciado aos filhos em razão de sua origem, sequer devem ser admitidas qualificações indevidas aos mesmos. Todos os filhos gozarão dos mesmos direitos e da mesma proteção, tanto no nível patrimonial como na esfera pessoal, como já afirmado. A igualdade de filiação é medida necessária para a concretização da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, a garantia primordial dos interesses dos menores.¹²²

De tal forma, percebe-se que a Carta Constitucional de 1988 foi o grande artífice do princípio da igualdade no Direito de Família. Fez com que a supremacia deste princípio alcançasse os vínculos de filiação e os conjugais, superando uma época de hegemonia masculina e poder absoluto sobre os filhos.

Quanto ao princípio da afetividade, Maria Helena Diniz entende que tal princípio pode ser tido como “corolário da dignidade da pessoa humana, como norteador das relações familiares e da solidariedade familiar.”¹²³

Mesmo que a Constituição Federal não traga a palavra afeto em seu texto, deve o mesmo ser reconhecido e inserido no sistema jurídico atual.

Da mesma forma, o Código Civil também não utiliza em seu texto a palavra afeto. Todavia, em alguns dispositivos acaba invocando os laços de afeto, como quando, por exemplo, admite outra origem de filiação além do parentesco natural e civil.

No que se refere à relação entre pais e filhos, o afeto sem dúvida é essencial. Pode ser visto como matéria prima fundamental nas relações de filiação, sendo de intensidade variável, porém constante, constituindo o oxigênio e sobrevida que responde pela adequada formação moral e psíquica dos filhos.¹²⁴

¹²⁰ PEREIRA, *Princípios fundamentais norteadores para o Direito de Família*, p. 141.

¹²¹ TARTUCE, *Novos princípios do Direito de Família brasileiro*, p. 3.

¹²² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 41.

¹²³ DINIZ, *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*, p. 24.

¹²⁴ MADALENO, Rolf. *Multa afetiva*. Disponível em: <<http://www.rolfmadaleno.com.br>>. Acesso em: 10 mai. 2012. p. 1-2. p. 1.

Para que haja a formação de uma entidade familiar faz-se necessária a presença de um afeto que seja capaz de envolver as pessoas que fazem parte deste grupo, “[...] mesmo quando estejam distantes no tempo e no espaço, por uma solidariedade íntima e fundamental de suas vidas – de vivência, convivência e sobrevivência – quanto aos fins e meios de existência, subsistência e persistência de cada um e do todo que formam.”¹²⁵

Com relação a tal princípio, Paulo Lôbo destaca que

a afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles.¹²⁶

O afeto não decorre dos laços biológicos. Deriva da convivência familiar e envolve muito mais do que os integrantes do grupo familiar. O afeto passou a explicar as relações familiares contemporâneas e, nesta nova ordem jurídica passou a ter valor primordial. Conforme bem sustenta Maria Berenice Dias, “talvez nada mais seja necessário dizer para evidenciar que o princípio norteador do direito das famílias é o princípio da afetividade.”¹²⁷

Assim, denota-se que o afeto é elemento essencial de todo e qualquer núcleo familiar, sendo intrínseco a todo e qualquer relacionamento, seja ele conjugal ou parental.

Por fim, destaca-se o princípio do melhor interesse da criança, consagrado no artigo 227 da Constituição Federal¹²⁸ que incorporou a doutrina da proteção integral, vedando quaisquer referências discriminatórias aos filhos.¹²⁹

Tal princípio possui suas raízes nas mudanças ocorridas na estrutura familiar nos últimos tempos, fazendo com que a família se tornasse um núcleo de companheirismo e afetividade.¹³⁰

Os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil¹³¹ reiteram a disposição do artigo acima mencionado, bem como o disposto no artigo 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.¹³²

¹²⁵ BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 4, n. 14, jul./set. 2002. p. 5-10. p. 9.

¹²⁶ LÔBO, *Direito civil: famílias*, p. 71.

¹²⁷ DIAS, *Manual de direito das famílias*, p. 69.

¹²⁸ Artigo 227 da Constituição Federal: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.”

¹²⁹ DIAS, op. cit., p. 65.

¹³⁰ PEREIRA, *Princípios fundamentais norteadores para o Direito de Família*, p. 126.

Visam garantir o direito do menor à convivência familiar, educação, respeito e afeto, a fim de possibilitar o desenvolvimento dos mesmos e a efetivação dos direitos fundamentais a eles conferidos.¹³³

Ainda, com relação ao disposto no artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, Flávio Tartuce destaca que

[...] a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da *proteção integral*, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e as facilidades, a fim de facultar-lhes o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.¹³⁴ (grifo do autor).

Deve-se buscar a ampla proteção do menor no sentido de que seja fortalecida sua situação jurídica, eliminando-se a devastada ideia de filhos legítimos e ilegítimos. Aos pais, conjuntamente, incumbe o dever de cuidar da educação e do desenvolvimento dos filhos, prezando pela prioridade dos interesses dos menores.¹³⁵

Vislumbra-se que a ordem de valores trazida pela Constituição Federal de 1988, com intensa proteção à pessoa humana, objetivou promover a realização pessoal do ser humano, especialmente “àqueles que se encontram em situações de fragilidade e em processo de

¹³¹ Artigo 1.583 do Código Civil de 2002: “A guarda será unilateral ou compartilhada. § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) 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. § 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: I - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; II - saúde e segurança; III - educação. § 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.”

Artigo 1.584 do Código Civil de 2002: “A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: 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; II - decretada 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. § 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. § 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar. § 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho. § 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.”

¹³² Artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente: “A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.”

¹³³ OLIVEIRA E TELLES, Marília Campos. *Família coragem: cuidado e responsabilidade*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/impresao.php?t=artigos&n=598>>. Acesso em: 10 mai. 2012. p. 1-24. p. 2.

¹³⁴ TARTUCE, *Novos princípios do Direito de Família brasileiro*, p. 4.

¹³⁵ LÔBO, *Direito civil: famílias*, p. 76-77.

formação da personalidade como é o caso da criança e do adolescente.”¹³⁶ A solução de conflitos que envolva menor deve ser orientada pelo princípio do melhor interesse da criança, a fim de consolidar a base estrutural de seus direitos, na qualidade de pessoa em desenvolvimento, até que consiga se autogovernar.

Nessa linha de pensamento, Paulo Lôbo sustenta que

[...] o princípio parte da concepção de ser a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, e não como mero objeto de intervenção jurídica e social quando em situação irregular, como ocorria com a legislação anterior sobre os “menores”. Nele se reconhece o valor intrínseco e prospectivo das futuras gerações, como exigência ética de realização de vida digna para todos.¹³⁷

A efetiva aplicação deste princípio também deve ser observada nos casos de rompimento do vínculo conjugal entre os consortes, momento em que será determinado o exercício da guarda entre os mesmos. Ainda, deve-se zelar pela prática conjunta do poder familiar, já que o fim da conjugalidade não extingue as obrigações/deveres dos pais quanto à pessoa dos filhos menores.

A família, como sendo um ente funcional, deve voltar-se para a realização dos interesses de cada um de seus integrantes, inclusive da criança. Conjuntamente, cabe ao Estado e à sociedade a garantia dos direitos fundamentais dos menores.

Nesse sentido, Rose Melo Vencelau Meirelles destaca que

a Constituição não prescreveu expressamente o atendimento ao melhor interesse da criança, foi além e enunciou direitos. O melhor interesse da criança é um princípio garantidor. Mais do que proteger interesses, ele garante direitos. A efetividade desses direitos, enunciados no Texto Constitucional e na legislação infraconstitucional, está intrinsecamente ligada à aplicação do princípio do melhor interesse da criança, uma vez que coloca a criança como titular de interesses, como sujeito de direitos.¹³⁸

Conforme destaca Rodrigo da Cunha Pereira, os princípios podem ser tidos como mandados de otimização do direito, devendo pairar sobre interesses maiores, mesmo que estes

¹³⁶ PEREIRA, *Divórcio: teoria e prática*, p. 86.

¹³⁷ LÓBO, *Direito civil: famílias*, p. 75.

¹³⁸ MEIRELLES, Rose Melo Vencelau. O princípio do melhor interesse da criança. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 459-493. p. 493.

contrariem as regras jurídicas. São meios autorizadores de um direito justo e acima do legal, cabendo ao intérprete, em cada caso em concreto, averiguar a sua aplicação, visando a garantia dos direitos fundamentais, principalmente em relação aos menores.¹³⁹

Percebe-se, portanto, a importância de garantir o melhor interesse da criança e do adolescente devido ao fato de serem pessoas frágeis, necessitando de proteção física, psíquica e afetiva. Tanto a família, quanto o Estado e a sociedade devem assegurar aos menores o respeito à sua dignidade e demais direitos, como preconiza o artigo 227 da Constituição Federal.

2.3 Do poder familiar

Diante das mudanças ocorridas no cenário familiar e, considerando a importância do instituto, faz-se necessário conceituar o que é o poder familiar, suas formas de exercício, bem como os meios de suspensão e extinção.

O poder familiar sofreu alterações significativas através dos tempos. Estas mudanças ocorridas frente ao conceito, às características e à estrutura social, acabaram por moldar a própria família bem como os papéis exercidos por cada um de seus membros.

A expressão poder familiar é recente. Corresponde ao antigo pátrio poder, oriundo do Direito Romano, consubstanciando-se no poder absoluto e ilimitado conferido ao chefe de família sobre a pessoa dos filhos.¹⁴⁰ Primitivamente era também conhecido como *patria potestas*, visando tão somente os interesses do chefe de família, tanto aqueles interesses de ordem pessoal como os de ordem patrimonial.¹⁴¹

Neste período o poder do pai era ilimitado e tirânico, permitindo até mesmo que o chefe de família matasse seu próprio filho, sendo vedada qualquer forma de intervenção do Estado.¹⁴² Porém, com o surgimento do Cristianismo, as leis que permitiam tais atrocidades tornaram-se inconciliáveis, passando a ser proibida a venda, a entrega do filho ao credor ou a sua morte.¹⁴³

¹³⁹ PEREIRA, *Princípios fundamentais norteadores para o Direito de Família*, p. 140.

¹⁴⁰ DIAS, *Manual de direito das famílias*, p. 376.

¹⁴¹ MONTEIRO, Washington de Barros; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Curso de direito civil: direito de família*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 496.

¹⁴² *Ibid.*, p. 496-497.

¹⁴³ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 497.

É manifesta a conotação machista do vocábulo pátrio poder, mencionando somente o poder do pai em relação ao filho. Trata-se de uma expressão oriunda da sociedade patriarcal, em que o poder familiar era exercido exclusivamente pelo patriarca da família.¹⁴⁴

Gradativamente foi-se abandonando a expressão pátrio poder, já que este exercício passou a ser outorgado a ambos genitores, consubstanciando-se em um verdadeiro múnus público, imposto pelo Estado, a fim de que os pais zelem pelo futuro dos filhos.

A nova nomenclatura adotada, apesar de ser melhor que a antiga, ainda não é a mais adequada devido ao fato de continuar enfatizando a ideia de poder. Na verdade, não houve somente o deslocamento do poder do pai para o poder familiar, mas uma mudança na sua própria finalidade. Agora, o poder familiar passou a ser exercido de acordo com as necessidades do filho, exatamente no interesse de sua realização como pessoa em fase de formação.¹⁴⁵

O poder familiar é um exemplo da noção de poder-função ou de direito-dever, podendo ser conceituado como “[...] o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, seja físico, mental, moral, espiritual ou socialmente.”¹⁴⁶

Rolf Madaleno faz menção à própria origem do poder familiar, a fim de que se possa melhor entendê-lo. Refere que

a origem do poder familiar está na razão natural de os filhos necessitarem da proteção e dos cuidados de seus pais, com absoluta dependência com o seu nascimento e reduzindo essa intensidade na medida de seu crescimento, desligando-se os filhos da potestade dos pais quando atingem a capacidade cronológica com a maioridade civil, ou através de sua emancipação pelos pais. [...] Logo, é ao mesmo tempo dever e interesse natural dos pais propiciarem as melhores condições para os seus filhos, tanto no respeitante à sua educação e formação como no pertinente a seus interesses físicos, morais, sociais e intelectuais e afetivos, porque todos esses elementos contribuem na boa estruturação intelectual e psíquica da criatura por eles trazida ao mundo.¹⁴⁷

Segundo Paulo Lôbo, o poder familiar passou a ser mais um dever do que um poder propriamente dito. Tornou-se o encargo legal atribuído a alguém em virtude de determinadas

¹⁴⁴ DIAS, *Manual de direito das famílias*, p. 376.

¹⁴⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 177-189. p. 177-178.

¹⁴⁶ DIAS, op. cit., p. 377-378.

¹⁴⁷ MADALENO, *Curso de direito de família*, p. 409.

circunstâncias, fazendo com que ambos os pais exerçam autoridade sobre os filhos, no interesse destes.¹⁴⁸

Esse poder conferido simultaneamente a ambos os genitores e, excepcionalmente a um deles, na falta do outro, advém de uma necessidade natural de todo o ser humano. É justamente durante a infância que se faz necessária a presença de alguém que crie, eduque, ampare, defenda, cuide e guarde os interesses dos menores, regendo sua pessoa e seus bens.

Maria Berenice Dias enfatiza, ainda, que o poder familiar decorre tanto da paternidade natural como da legal,¹⁴⁹ sendo irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. Não podem os pais, por seu livre arbítrio, renunciar aos filhos, a fim de livrar-se dos encargos decorrentes da paternidade/maternidade.¹⁵⁰

Assim, diante das necessidades de proteção integral dos filhos, o artigo 227 da Constituição Federal traz a principal fonte do poder familiar. Seguidamente, encontra subsídio no artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual determina que “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.”

Igualmente, em matéria de exercício do poder familiar, o Código Civil, em seu artigo 1.634¹⁵¹ elenca as hipóteses de competência dos pais quanto à pessoa dos filhos menores. Porém, “nesse extenso rol não consta o que talvez seja o mais importante dever dos pais com relação aos filhos: o dever de lhes dar amor, afeto e carinho.”¹⁵²

Neste sentido, cabe destacar também que, em se tratando do exercício do poder familiar, o artigo 1566, inciso IV, do Código Civil preconiza ser dever de ambos os cônjuges o sustento, a guarda e a educação dos filhos.

Todavia, o poder familiar não está ligado necessariamente ao casamento ou união estável dos genitores.¹⁵³ De acordo com o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves “o poder familiar decorre do reconhecimento dos filhos por seus genitores, independente da origem de

¹⁴⁸ LÔBO, *Direito civil: famílias*, p. 297.

¹⁴⁹ De acordo com o pensamento de Roberto Senise Lisboa, o poder familiar é ao mesmo tempo uma autorização e um dever legal para quem o exerce, tendo como objetivo principal assegurar o desenvolvimento dos direitos biopsíquicos do filho incapaz, pouco interessando a origem da filiação. LISBOA, *Manual de direito civil: direito de família e sucessões*, p. 201.

¹⁵⁰ DIAS, *Manual de direito das famílias*, p. 378.

¹⁵¹ Artigo 1.634 do Código Civil: “Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I - dirigir-lhes a criação e educação; II - tê-los em sua companhia e guarda; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.”

¹⁵² DIAS, op. cit., p. 382.

¹⁵³ COELHO, *Curso de direito civil: direito de família e sucessões*, p. 204.

seu nascimento. Na realidade, independentemente do vínculo entre os pais, desfeito ou jamais ocorrido, ambos os genitores exercem em conjunto o poder familiar.”¹⁵⁴

Extinto o relacionamento dos pais, nada irá interferir no poder familiar com relação aos filhos,¹⁵⁵ sendo que o mesmo permanece íntegro, somente podendo haver alguma alteração quanto ao direito de guarda dos filhos.¹⁵⁶

A guarda representa uma pequena parcela desse poder, ficando, no caso de separação, divórcio ou dissolução de união estável, com apenas um dos pais. Porém é assegurado ao outro genitor o direito de visita e de fiscalização da guarda e educação do filho. Na verdade, ocorre uma repartição apenas do exercício do poder familiar.¹⁵⁷

Quanto às hipóteses de suspensão e extinção do poder familiar estão previstas nos artigos 1.635, 1.637 e 1.638 do Código Civil.¹⁵⁸ Já no Estatuto da Criança e do Adolescente está calcado no teor do artigo 24.¹⁵⁹ Entretanto, conforme se observa da análise dos referidos artigos, a omissão do genitor nos deveres primordiais de guarda, educação e sustento da prole podem ocasionar a suspensão ou, até mesmo, a extinção do poder familiar.

A suspensão e a extinção do poder familiar constituem sanções que são aplicadas aos pais pela transgressão dos deveres inerentes ao poder familiar. Visa preservar os interesses dos filhos, devendo somente ser decretada quando a manutenção do poder familiar colocar em risco a segurança dos filhos e, principalmente, sua dignidade.¹⁶⁰

Conforme observa Arnaldo Rizzardo, na suspensão do poder familiar encontram-se presentes graves rupturas das obrigações dos pais para com seus filhos. Para tanto, todavia, será indispensável que haja culpa na conduta dos pais.¹⁶¹

Quanto à extinção do poder familiar, pode-se dizer que a mesma ocorre por fatos naturais, de pleno direito ou por meio de decisão judicial. Trata-se de uma forma de

¹⁵⁴ GONÇALVES, *Direito civil brasileiro: direito de família*, p. 399-400.

¹⁵⁵ DIAS, *Manual de direito das famílias*, p. 380.

¹⁵⁶ LÔBO, *Direito civil: famílias*, p. 301.

¹⁵⁷ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 400.

¹⁵⁸ Artigo 1.635 do Código Civil: “Extingue-se o poder familiar: 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.”

Artigo 1.637 do Código Civil: “Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.”

Artigo 1.638 do Código Civil: “Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: 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.”

¹⁵⁹ Artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.”

¹⁶⁰ DIAS, *op. cit.*, p. 386.

¹⁶¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 609-611.

interrupção definitiva,¹⁶² sendo que suas hipóteses estão previstas exclusivamente no artigo 1.635 do Código Civil, implicando em restrições de direitos fundamentais ocorridas pela morte, emancipação, maioridade, adoção ou por decisão judicial.¹⁶³

Nessa ótica, destaca-se novamente, que a convivência entre os pais não é condição essencial para o exercício do poder familiar. Assim, o rompimento da relação dos genitores ou sua própria inexistência não exclui o pai ou a mãe do cumprimento de seus deveres. O objetivo principal deste instituto engloba uma pluralidade de normas, condutas e preceitos, visando a proteção dos filhos, uma vez que se encontram em situação de maior vulnerabilidade, necessitando de proteção integral.

2.4 A importância da figura paterna no desenvolvimento dos filhos

Verifica-se cada vez mais a necessidade primordial da presença ativa dos pais no desenvolvimento dos filhos frente às novas configurações familiares. Cabe aos mesmos a tarefa de estabelecer as formas de realização da instrução dos filhos, impondo-lhes limites e responsabilidades, por meio da convivência familiar, que se estreita muito mais nos laços afetivos do que nos materiais.

A família é indispensável. É o princípio de todo o ser humano. É o local em que se desenvolvem os primeiros contatos com a vida em sociedade. Nesse contexto, devem os pais estar preparados para gerar e criar seus filhos, identificando suas próprias emoções e sentimentos ainda mesmo durante a gestação, pois as experiências vividas pela criança farão para sempre parte dela. O calor e afeição devem ser transmitidos diariamente aos filhos e continuados quando estes se tornam adultos.¹⁶⁴

Frisa-se que a família, ao longo dos anos, passou por significativas mudanças no seu conceito e estruturação. Esta evolução trouxe consigo reformas legislativas, consagrando princípios e uma nova ordem de valores, baseada na dignidade da pessoa humana.¹⁶⁵ A partir

¹⁶² LÔBO, *Direito de família e o novo Código Civil*, p. 188.

¹⁶³ DIAS, *Manual de direito das famílias*, p. 387.

¹⁶⁴ DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. *A importância do papel dos pais no desenvolvimento dos filhos e a responsabilidade civil por abandono*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/impressao.php?t=artigos&n=703>>. Acesso em: 12 mai. 2012. p. 1-23. p. 1.

¹⁶⁵ DIAS, op. cit., p. 30-33.

daí, inicia-se o deslocamento da função econômica, política e procracional da família para um papel veiculado à realização da afetividade humana dos membros que a compõe.¹⁶⁶

Funda-se, agora, na solidariedade e cooperação de seus integrantes, assim como na dignidade da pessoa humana. Neste sentido, Paulo Lôbo refere que “a família atual é apenas compreensível como espaço de realização pessoal afetiva, no qual os interesses patrimoniais perderam seu papel de principal protagonista.”¹⁶⁷

Dessa forma, diante da existência de diferentes formas de agrupamento familiar, não se pode mais falar em modelo de pai.¹⁶⁸ Antigamente o pai exercia seu papel de autoridade e de segurança física e financeira, transformando-se, nos dias de hoje, em um pai mais presente na vida dos filhos, dividindo responsabilidades e prazeres com os mesmos.

Tinha-se a ideia de que a função do pai era apenas de autoridade e representação da lei, incumbindo à mãe os cuidados com a criança. Porém, ao longo dos anos se evidenciou que o pai também é capaz de exercer esse papel, passando a ter uma participação mais efetiva na criação e educação dos filhos.¹⁶⁹

Apesar disso, o pai que vive separado de seu filho, na maior parte das vezes, se reserva somente ao cumprimento das obrigações legais que lhe são impostas, como o pagamento de pensão alimentícia e um direito/dever de visita. Em contrapartida, a mãe assume praticamente sozinha todos os demais encargos decorrentes da criação e educação dos filhos, tornando-se quase que impossível exercer uma vida profissional, doméstica e satisfazer todas as necessidades afetivas dos filhos.¹⁷⁰

No início do século XX, “a função paterna, segundo se acreditava à época, seria fundamentalmente a de dar aos filhos bons exemplos de conduta, a fim de ser um bom exemplo para eles.”¹⁷¹ Não se exigia nada do homem, apenas sua presença física era suficiente para a certeza da sua existência.

¹⁶⁶ LÔBO, *Direito civil: famílias*, p. 22-23.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 27.

¹⁶⁸ Neste sentido, Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Helen Cristina Leite de Lima Orleans concordam, ao mencionar que “atualmente, não é possível se pensar na figura de um pai típico, principalmente em razão de dois aspectos: (i) não há uma cartilha fechada que determine o que é ser pai (e como deve ser pai), bem como não há um manual que traga as soluções para todos os casos, ou seja, a figura de um pai perfeito se apresenta apenas no mundo ideal; (ii) a função de pai pode ser exercida por outra pessoa que não o possuidor do vínculo genético, sendo comuns os casos em que avós irmãos, padrastos, ou até a própria mãe, passarão a desempenhar essas funções.” GAMA; ORLEANS, *Responsabilidade civil nas relações familiares*, p. 89-90.

¹⁶⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, por que me abandonaste? In: GROENINGA e PEREIRA, (Orgs.). *Direito de família e psicanálise - rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 219-228. p. 221-222.

¹⁷⁰ DILL; CALDERAN, *A importância do papel dos pais no desenvolvimento dos filhos e a responsabilidade civil por abandono*, p. 3.

¹⁷¹ PAULO, Beatrice Marinho. Ser pai nas novas configurações familiares: a paternidade psicoafetiva. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. v. 10, jun./jul. 2009. Belo Horizonte: IBDFAM, 2007. p. 5-33. p. 9.

Com o passar dos anos a própria constituição das entidades familiares começou a se determinar pela sua estruturação psíquica. Cada membro do grupo deve ocupar uma posição-função na família, seja de filho, de pai ou de mãe, independente de ser a origem sanguínea ou não, sendo relevante apenas que seja exercido efetivamente esse encargo, delegado a cada componente.

Ainda, no que se refere à função dos pais no desenvolvimento dos filhos, bem destaca Rodrigo da Cunha Pereira ao referir que

[...] o essencial para a constituição e a formação do ser, para torná-lo sujeito e capaz de estabelecer laço social, é que alguém ocupe, em seu imaginário, o lugar simbólico de pai e de mãe. O importante é que tenha um adulto que possa ser a referência e que simbolize para a criança este lugar de pai e mãe, que é dado pelas funções exercidas em suas vidas.¹⁷²

No entanto, convém destacar que o conceito de paternidade não está atrelado somente à ideia de paternidade biológica, mas sim de função, como já mencionado. Nesse sentido, Rodrigo da Cunha Pereira ainda destaca que

[...] é essa função paterna exercida por “um” pai que é determinante e estruturante dos sujeitos. Portanto, o pai pode ser uma série de pessoas ou personagens: o genitor, o marido da mãe, o amante oficial, o companheiro da mãe, o protetor da mulher durante a gravidez, o tio, o avô, aquele que cria a criança, aquele que dá o seu sobrenome, aquele que reconhece a criança legal ou ritualmente, aquele que fez a adoção..., enfim, aquele que exerce uma função de pai.¹⁷³

Constata-se, cada vez mais, que a paternidade não se revela através de um fator biológico, mas sim emocional e cultural. Sendo a paternidade uma função, esta poderá ser exercida por qualquer pessoa que consiga cumprir este papel.¹⁷⁴

A verdadeira paternidade consubstancia-se na adoção que o pai faz ao seu filho, exercendo seu papel psicossocial, independente da existência de vínculo conjugal ou de vínculo biológico. A paternidade fundada no afeto caracteriza-se pela socioafetividade,

¹⁷² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 54.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 121.

¹⁷⁴ GAMA; ORLEANS, *Responsabilidade civil nas relações familiares*, p. 89.

construída dia a dia, não importando a real situação jurídica que os pais se encontram: se casados, solteiros ou divorciados.¹⁷⁵

Ainda, complementando a ideia de função, Giselle Câmara Groeninga, destaca que o papel materno consiste basicamente na responsabilidade pela nutrição, pelo cuidado inicial à criança e pelo seu aprendizado emocional. Porém,

[...] a função paterna é responsável pela proteção, pela separação da simbiose original com a mãe, interditando a satisfação mais imediata e impulsiva da criança, sendo também o pai importante como objeto de rivalidade pela atenção da mãe. Ele é o representante da lei, aquele que coloca os limites necessários para o desenvolvimento mental e é aquele com quem a criança também se identifica como modelo. A função paterna, além de reprimir e proteger, é promotora dos recursos da personalidade. É função paterna o reconhecimento da criança como filho, o que o insere na ordem genealógica e social.¹⁷⁶

Todavia, a nova realidade fez nascer um “novo pai”, baseado na nova concepção de paternidade. Surge um pai companheiro, que interage com a criança desde a gravidez da mulher, compartilhando as alegrias e preocupações deste período.¹⁷⁷

Este novo pai é responsável pela ruptura dos laços existentes entre mãe e filho nos primeiros anos de vida e, também, pelo ingresso da criança no ambiente exterior, possibilitando o contato com os parentes e a sociedade como um todo. O pai torna-se assim um referencial e ponto de segurança para a criança a partir do momento em que ajuda na transição da garantia e conforto materno para a exposição social.¹⁷⁸

Sendo assim, surge uma nova perspectiva acerca da possibilidade do homem exercer o papel paterno, deixando de ser apenas o substituto da mãe nos primeiros anos de vida da criança, embora não se deixe de privilegiar a relação inicial da criança com a mãe. Admite-se que os pais também são capazes de cuidar e criar os filhos, o que é bom para si bem como para as crianças.¹⁷⁹

É justamente durante a infância que a criança começa a fazer a distinção entre a realidade e a fantasia. É no seio da família que a mesma passa a “interpretar os afetos, a

¹⁷⁵ PEREIRA, *Divórcio: teoria e prática*, p. 83.

¹⁷⁶ GROENINGA, Giselle Câmara. Descumprimento do dever de convivência: danos morais por abandono afetivo. A interdisciplina sintoniza o direito de família com o direito à família. In: GROENINGA, (Org.). *A outra face do Poder Judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 402-419. p. 415.

¹⁷⁷ PAULO, *Ser pai nas novas configurações familiares: a paternidade psicoafetiva*, p. 19.

¹⁷⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos além da obrigação de caráter material. In: GROENINGA, (Org.). *A outra face do Poder Judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 446-474. p. 458.

¹⁷⁹ PAULO, op. cit., p. 19.

realidade e a lei.”¹⁸⁰ Então, oferecendo-se condições favoráveis de desenvolvimento, por meio da função paterna, a criança passará de sujeito de desejos para um sujeito de direito responsável, consciente e socialmente integrado.

Cabe aos pais buscar estabelecer formas para a realização da educação dos filhos, ensinando-lhes o uso adequado da liberdade, seus limites e suas responsabilidades. Tudo isso se realiza através da convivência, onde se estreitam os laços afetivos e morais com a família e refletem-se na sociedade. O afeto nas relações familiares corresponde ao respeito à dignidade humana, disposição geral da tutela da personalidade, em conformidade com o preceito legal do artigo 1º, III, da Constituição Federal.¹⁸¹

A orientação dos pais constitui diretriz primordial na formação dos filhos. A assistência moral e afetiva representa enorme valor para o adequado desenvolvimento dos mesmos, sob pena de provocar danos irreparáveis, capazes de comprometer a existência do indivíduo.¹⁸²

Destarte, a criança que possui a figura de um pai próximo e afetivo na qual possa se identificar terá a possibilidade de, quando adulta, desenvolver vínculos mais íntimos e intensos com as pessoas que irão fazer parte de sua vida.¹⁸³ Nessa linha, Giselle Câmara Groeninga destaca que

é fundamental para a formação do indivíduo que o afeto seja vivenciado em relação a dois adultos diferentes, em geral a mãe e o pai. Deve-se enfatizar que há uma certa intercambiabilidade no exercício dos papéis de mãe e de pai, o que absolutamente não significa substituição de um pelo outro, pois isso implicaria cair-se, novamente, na desconsideração das diferenças e de uma das figuras fundamentais à formação do ser humano.¹⁸⁴

A paternidade deixou de ser um conjunto de competências atribuídas ao pai, tornando-se um contexto de deveres, com o objetivo de atender os interesses do filho, especialmente no que diz respeito à convivência familiar. Esta convivência, por ser um direito fundamental dos

¹⁸⁰ GROENINGA, Giselle Câmara. O direito a ser humano: da culpa à responsabilidade. In: GROENINGA; PEREIRA, (Orgs.). *Direito de família e psicanálise - rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 95-106. p. 101-102.

¹⁸¹ DILL; CALDERAN, *A importância do papel dos pais no desenvolvimento dos filhos e a responsabilidade civil por abandono*, p. 1.

¹⁸² PEREIRA, Eddla Karina Gomes. Responsabilidade civil por abandono afetivo na filiação. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/impressao.php?t=artigos&n=439>>. Acesso em: 12 mai. 2012. p. 1-7. p. 2.

¹⁸³ PAULO, *Ser pai nas novas configurações familiares: a paternidade psicoafetiva*, p. 29.

¹⁸⁴ GROENINGA, *Descumprimento do dever de convivência: danos morais por abandono afetivo. A interdisciplina sintoniza o direito de família com o direito à família*, p. 414.

menores, deveria também ser um dever fundamental dos pais, que não se acaba com o fim dos laços conjugais.¹⁸⁵

A ausência injustificada do pai é capaz de originar dor psíquica e prejuízos para a formação da criança, decorrente da falta de afeto, cuidado e proteção que a presença paterna representa na vida do filho, sobretudo quando já se estabeleceu entre pai e filho um vínculo de afetividade. Esta conduta omissiva também importa em infração aos deveres jurídicos de amparo imaterial e cuidado, que são impostos aos pais em decorrência do próprio poder familiar.¹⁸⁶

Ainda, observa Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, que a ausência da figura paterna poderá criar nos filhos certa insegurança e incapacidade na definição de seus projetos de vida, podendo ocasionar dificuldades de aceitar a imposição de limites e o princípio de autoridade dos pais.¹⁸⁷

A ausência de um pai, em decorrência do abandono material e/ou psíquico, tem ocasionado graves consequências na formação psíquica dos filhos, gerando repercussão nas relações sociais. Rodrigo da Cunha Pereira destaca que

o abandono material não é pior, mesmo porque o Direito tenta remediar essa falta, oferecendo alguns mecanismos de cobrança e sanção aos pais abandonônicos. [...] O mais grave é mesmo o abandono psíquico e afetivo, a não presença do pai no exercício de suas funções paternas, como aquele que representa a lei, o limite, segurança e proteção.¹⁸⁸

A personalidade da criança é formada com o auxílio de ambos os genitores. Tanto o pai quanto a mãe colaboram para o desenvolvimento físico, psíquico, moral e ético dos filhos, cabendo à mãe um papel mais flexível, relacionado às noções de afeto e de segurança. Ao pai, todavia, incumbe o papel de formação do caráter e da personalidade do menor.¹⁸⁹

Infelizmente, na maioria das vezes é o pai que se faz ausente na criação dos filhos, por nunca ter convivido com a mãe ou por motivo de separação do casal. Permanece, entretanto, a necessidade de atuação de ambos os pais na educação e criação dos filhos. É preciso que os genitores tenham consciência da importância que possuem na vida e na educação dos filhos.

¹⁸⁵ PEREIRA, *Divórcio: teoria e prática*, p. 86-87.

¹⁸⁶ HIRONAKA, *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos além da obrigação de caráter material*, p. 449.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 459.

¹⁸⁸ PEREIRA, *Pai, por que me abandonaste?*, p. 1-8. p. 4.

¹⁸⁹ DILL; CALDERAN, *A importância do papel dos pais no desenvolvimento dos filhos e a responsabilidade civil por abandono*, p. 2.

Afinal, conforme destaca Rodrigo da Cunha Pereira, a figura de pai é “condição básica para que alguém possa existir como sujeito. Portanto, é mais que um DIREITO FUNDAMENTAL, é o DIREITO FUNDANTE DO SER HUMANO COMO SUJEITO.”¹⁹⁰(grifo do autor).

Desse modo, observa-se a importância fundamental da figura paterna no desenvolvimento dos filhos, pois é na infância e na adolescência que a criança desenvolve sua estrutura física, psíquica, moral e ética, necessitando, assim, de educação e apoio especialmente nos seus primeiros anos de vida. A assistência moral e afetiva representa, cada vez mais, importante valor para o adequado crescimento dos menores, sendo capaz de moldar a própria personalidade dos filhos, de acordo com os valores que são vivenciados no âmbito familiar.

¹⁹⁰ PEREIRA, *Pai, por que me abandonaste?*, p. 6.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO NA FILIAÇÃO

A responsabilidade civil no Direito de Família sempre foi vista muito cautelosamente, de modo que a aplicação dos princípios da reparação civil no âmbito familiar ainda é bastante questionada. Porém, não existem razões que impeçam possíveis indenizações por danos materiais ou até mesmo morais dentro deste ramo do Direito.

Já, com relação ao abandono afetivo, consiste em uma ofensa à personalidade, atingindo a própria dignidade do filho. Assim, a aplicação da responsabilidade civil por abandono afetivo torna-se uma forma de proteção familiar, em busca da defesa da dignidade da pessoa humana.

Nessa esteira, a evolução social acabou por transformar a família em um meio de realização e apoio dos membros que a compõem, necessitando de proteção social e jurídica. O afeto passou a ser elemento indispensável no âmbito familiar, especialmente no desenvolvimento dos filhos. Em virtude disso, surge a possibilidade de responsabilizar os pais que são omissos nos seus deveres de criação, cuidado, educação, convivência e, principalmente, afetividade.

3.1 O afeto como valor jurídico

O direito privado divide-se em três grandes ramos: contratos, propriedade e família. Com a repersonalização do Direito Civil a pessoa humana passou a ocupar posição privilegiada, no centro de todo o sistema, buscando-se a valorização de seus interesses, bem mais do que suas relações patrimoniais. Nesta divisão, no que tange à família, o afeto tornou-se núcleo essencial para a realização dos membros que a compõem, assim como é a boa-fé nas relações contratuais e a função social relativa à propriedade.

Inicialmente a presença do afeto nas relações familiares era presumida,¹⁹¹ não existindo muita margem à discussão. Porém, com o passar dos tempos o afeto tornou-se

¹⁹¹ Neste sentido, Jacqueline Filgueras Nogueira menciona que na família patriarcal o afeto poderia estar presente ou ausente. Todavia, atualmente o afeto tornou-se a razão de sua própria existência, sendo o elemento primordial para sua formação, visibilidade e continuidade. NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001. p. 53.

primordial para dar maior visibilidade jurídica às relações familiares, ocupando um lugar cada vez maior no Direito de Família.¹⁹²

Hoje, a família revela-se em um espaço de realização de cada membro através da existência de outra pessoa, onde impera o companheirismo, a busca do bem estar e da felicidade. O centro de constituição da família deslocou-se do princípio da autoridade para o da compreensão, do amor e da afetividade.

Os vínculos afetivos não são uma prerrogativa da espécie humana. Estes sempre existiram e sempre irão existir, seja para a perpetuação da espécie ou devido à aversão da solidão, de modo que torna-se “[...] natural a idéia de que a felicidade só possa ser encontrada a dois, como se existisse um setor da felicidade ao qual o sujeito sozinho não tem acesso.”¹⁹³

Sabe-se que a família não se justifica mais sem a existência do afeto. Trata-se, agora, de um elemento estruturador das entidades familiares, devendo existir proteção a todas espécies de vínculos baseados no afeto.

Entretanto, ainda não existem padrões ideais ou comuns e nem mesmo receitas de um modelo familiar. A família deve ser entendida como uma estrutura de afetividade, independente da realidade de sua construção. A família “[...] é um lugar subjetivo, onde recorreremos sempre que precisamos de referências, apoio e conforto para tratar de questões que a vida nos apresenta.”¹⁹⁴ Existindo afeto na entidade familiar é possível que as pessoas limitem suas liberdades e renunciem algo em favor dos outros membros da família, a fim de que estes também cresçam e se desenvolvam, produzindo, assim, conseqüências benéficas a todo o grupo.

Em se tratando da família e das relações afetivas, Silvana Maria Carbonera destaca também que

a moderna concepção jurídica de família, gradativamente construída, deslocou-se do aspecto desigual, formal e patrimonial para o aspecto pessoal e igualitário. Como conseqüência, a importância dos interesses individuais dos sujeitos da família, isto é, da busca da felicidade como mola propulsora, provocou a valorização de vários elementos anteriormente secundários, dentre os quais se encontra a afetividade.¹⁹⁵

¹⁹² CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, (Org.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 273-313. p. 274.

¹⁹³ SILVA, Cláudia Maria. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM, v. 6, ago/set. 2004. p. 122-147. p. 131-132.

¹⁹⁴ NOGUEIRA, *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*, p. 61.

¹⁹⁵ CARBONERA, op. cit., p. 290.

A realidade das famílias atuais exige por si só o reconhecimento legal da afetividade. O afeto passou a ser qualificado juridicamente pelo Direito, de modo que as relações afetivas começaram a ser consagradas legislativamente no Direito de Família.¹⁹⁶

Pois bem, tentado entender o real significado da expressão afeto e seu alcance nas relações familiares, Jackeline Fraga Pessanha destaca que

afeto significa sentimento de afeição ou inclinação para alguém, amizade, paixão ou simpatia, portanto é elemento essencial para a constituição de uma família nos tempos modernos, pois somente com laços de afeto consegue-se manter a estabilidade de uma família que é independente e igualitária com as pessoas, uma vez que não há mais a necessidade de dependência econômica de uma pessoa. [...] O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma só família, mas um laço que une pessoas com a finalidade de garantir a felicidade de todas as pessoas pertencentes aquele meio, ocasionando, assim, o norte de cada família, já que a afetividade é como princípio norteador das famílias contemporâneas.¹⁹⁷

O afeto não é somente o laço que envolve os componentes da família. É um viés externo que coloca mais humanidade em cada integrante do grupo familiar, compondo a chamada “[...] família humana universal, cujo lar é aldeia global, cuja base é o globo terrestre, mas cuja origem sempre será como sempre foi: a família.”¹⁹⁸

Do ponto de vista da psicologia e da psicanálise o afeto pode ser entendido como um aspecto subjetivo e intrínseco do ser humano que confere significado para sua existência, construindo seu psiquismo a partir das relações com outras pessoas.¹⁹⁹

Aí, com relação à família, cabe mencionar que a mesma não é somente um local de sobrevivência do ser humano, mas também local de formação da personalidade, de forma que “o afeto é um dos elementos indispensáveis para o seu desenvolvimento saudável como cidadão de uma sociedade democrática.”²⁰⁰

¹⁹⁶ ROSSOT, Rafael Bucco. O afeto nas relações familiares e a faceta substancial do princípio da convivência familiar. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. v. 09, abr./maio 2009. Belo Horizonte: IBDFAM, 2007. p. 5-24. p. 10.

¹⁹⁷ PESSANHA, Jackeline Fraga. *A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Afetividade%2019_12_2011.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2012. p. 1-5. p. 2.

¹⁹⁸ BARROS, Sergio Resende. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de Família e psicanálise*. São Paulo: Imago, 2003. p. 143-154. p. 149-150.

¹⁹⁹ CUNHA, Marcia Elena de Oliveira. *O afeto face ao princípio da dignidade da pessoa humana e seus efeitos jurídicos no Direito de Família*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/482>>. Acesso em 04 jul. 2012. p. 1-17. p. 4.

²⁰⁰ COSTA, Maria Isabel Pereira da. Família: do autoritarismo ao afeto. Como e a quem indenizar a omissão do afeto? *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM. v. 07, n. 32, out./nov. 2005. p. 20-39. p. 20.

O afeto é capaz de sustentar os laços familiares e modificar os próprios conceitos de família, que, anteriormente, somente poderia ser formada por um homem e uma mulher ligados pelo vínculo de casamento ou pela união estável.

Esta ideia de família formal, formada pelo casamento e filhos biológicos advindos desta união, “vem cedendo lugar à certeza de que é o envolvimento afetivo que garante um espaço de individualidade e assegura uma auréola de privacidade indispensável ao pleno desenvolvimento do ser humano.”²⁰¹ É no âmbito afetivo que a pessoa estrutura sua personalidade, de maneira que o afeto existente entre os membros do grupo familiar é responsável pela organização e orientação do desenvolvimento humano.

Seria possível, até mesmo, afirmar que sem afeto não há o que se falar em família. O afeto é elemento essencial nas relações interpessoais, sendo responsável pela aproximação das pessoas, ganhando *status* de valor jurídico e conseqüentemente elevado a categoria de princípio.

Como destaca Silvana Maria Carbonera,

[...] a noção de afeto, como um elemento concreto a ser considerado nas relações de família, foi ingressando gradativamente no jurídico, assim como outras tantas: liberdade, igualdade, solidariedade. Isto se deve às transformações pelas quais ela passou, especialmente quanto ao deslocamento do centro das preocupações: da instituição família para aqueles que a compõe. A partir do momento em que o sujeito passou a ocupar uma posição central, era esperado que novos elementos ingressassem na esfera jurídica. E foi o que se observou com relação ao afeto. A vontade de estar e de permanecer junto a outra pessoa revelou-se um elemento de grande importância tanto na constituição de uma família, assim como em sua dissolução. As pessoas passaram a se preocupar mais com o que sentiam do que com a adequação de seus atos ao modelo jurídico.²⁰²

Com a consagração do afeto como direito fundamental não há mais o que se falar em desigualdade entre filiação biológica e socioafetiva,²⁰³ pois o afeto não é fruto da biologia, mas sim da convivência familiar e da solidariedade existente entre os integrantes do grupo familiar. A afetividade surgiu a fim de explicar as relações familiares contemporâneas, pois,

²⁰¹ DIAS, *Manual de direito das famílias*, p. 52.

²⁰² CARBONERA, *O papel jurídico do afeto nas relações de família*, p. 297.

²⁰³ Segundo refere Paulo Lôbo, “a família é sempre socioafetiva, em razão de ser grupo social considerado base da sociedade e unida na convivência afetiva. A afetividade, como categoria jurídica, resulta da transeficácia de parte dos fatos psicossociais que a converte em fato jurídico, gerador de efeitos jurídicos. Todavia, no sentido estrito, a socioafetividade tem sido empregada no Brasil para significar as relações de parentesco não biológico, de parentalidade e filiação, notadamente quando em colisão com as relações de origem biológica.” LÔBO, *Direito civil: famílias*, p. 29.

“na esteira dessa evolução, o direito das famílias instalou uma **nova ordem jurídica** para a família, atribuindo **valor jurídico ao afeto**.”²⁰⁴ (grifo do autor).

Entretanto, o Código Civil ainda não utiliza explicitamente a palavra afeto em seu texto, muito embora em alguns dispositivos seja possível visualizar a afetividade como digna de proteção.²⁰⁵ Pode-se destacar o seu artigo 1.593,²⁰⁶ que reconhece a filiação não só pelos laços consanguíneos ou pelo vínculo civil, mas também aqueles decorrentes de outra origem. Em outras palavras, é o reconhecimento do afeto como forma de constituição da filiação, através da admissão da filiação socioafetiva.²⁰⁷

Da mesma forma, o texto constitucional também não faz referência à palavra afeto. No entanto, a Constituição Federal ao reconhecer e proteger as relações familiares ligadas pelo casamento e pela união estável, as famílias monoparentais ou adotivas, acaba reconhecendo que estas uniões advêm da afetividade e não apenas de procedimentos formais, demonstrando a presença indubitável do afeto.²⁰⁸

Todavia, independente da ausência de previsão legal expressa, o afeto deve ser fornecido por aquele que exerce a função de pai ou de mãe, mesmo que não haja qualquer conotação biológica ou genética, devido ao fato de que “o afeto está albergado pela faceta substancial do princípio da convivência familiar, a significar o signo “familiar” não somente a família “de sangue”, mas também a “socioafetiva.” Aliás, o amor não (re)conhece barreiras de qualquer índole.”²⁰⁹

Assim, percebe-se que o convívio familiar e as relações afetivas dos pais pelos seus filhos é primordial para o desenvolvimento e a inserção social saudável dos menores, de modo que a não convivência com um dos genitores pode gerar mudanças significativas na vida dos filhos.

Os relacionamentos com pai e mãe, ou quem exerça essa função, é que são responsáveis pela difusão dos afetos. Para Giselle Câmara Groeninga, “os afetos

²⁰⁴ DIAS, *Manual de direito das famílias*, p. 68.

²⁰⁵ Conforme destaca Leandro Soares Lomeu, “[...] o termo afeto veio a ser inserido no Código Civil somente com as alterações advindas da Lei de Guarda Compartilhada, que consagrou o afeto como elemento merecedor de tutela judicial para o deferimento da guarda, prestigiando, assim, o indivíduo como ser sentimental, desvinculando-se das amarras legalistas e objetivas do homem como bem material.” LOMEU, Leandro Soares. *Afeto, abandono, responsabilidade e limite: diálogos sobre ponderação*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigod/detalhe/659>>. Acesso em 02 jun. 2012. p. 1-12. p. 3.

²⁰⁶ Artigo 1.593 do Código Civil: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.”

²⁰⁷ PEREIRA, Maria Isabel da Costa. A responsabilidade civil dos pais pela omissão do afeto na formação da personalidade dos filhos. In: MADALENO e MILHORANZA, (Orgs.). *Direito de família e sucessões*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2008. p. 267-292. p. 276.

²⁰⁸ CAROSSO, Eliane Goulart Martins. *O valor jurídico do afeto na ordem civil-constitucional brasileira*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/659>>. Acesso em 02 jun. 2012. p. 1-14. p. 3.

²⁰⁹ ROSSOT, *O afeto nas relações familiares e a faceta substancial do princípio da convivência familiar*, p. 14-15.

transformam-se em sentimentos e dão um sentido às relações, bem como influenciam nossa forma de interpretar o mundo.’’²¹⁰

A formação da personalidade dos filhos depende diretamente da participação, atuação e posicionamento dos genitores, bem como a forma com que os mesmos exercem seus papéis de pai e de mãe em busca do estabelecimento da convivência familiar. Neste sentido, Cláudia Maria da Silva observa que é

a partir de um ambiente familiar em que recebam confiança, amor, atenção, afeição, enfim, dos vínculos firmados com os entes familiares é que os filhos demonstrarão capacidade para formar novas relações humanas. Do nascimento à fase adulta, os filhos crescem e se desenvolvem em torno da auto-estima, do senso de moralidade, responsabilidade, empatia e de outros tantos aspectos ligados à formação da personalidade. É por isso que a cautela em torno da convivência familiar nasce com o indivíduo, uma vez que são determinantes para sua personalidade a forma e o contexto familiar quando de seu ingresso à vida. A criança precisa e depende de seu criador. Se ela é negligenciada, maltratada, rejeitada e abandonada, não desenvolve suas capacidades básicas e sofre prejuízos em sua personalidade.²¹¹

Já para Rodrigo da Cunha Pereira, o afeto possui sentido de cuidado, sendo indispensável para o desenvolvimento dos menores. Os pais quando exercem sua função de pai e de mãe estão objetivando o afeto, tirando-o apenas do campo da subjetividade, já que o mesmo é visto não somente como um sentimento, mas como uma ação, revelada pelo cuidado, instrução e educação.²¹²

A criança e o adolescente precisam constantemente ser nutridos pelo afeto de seus pais, representado através da proximidade física e emocional, sendo um valor essencial para o suporte psíquico da criança e sua futura inserção social.²¹³

Cabe destacar que amor e afeto não se dão por meio de decreto e nem mesmo pode-se comprá-los em lugar algum. O afeto surge da convivência dos pais com seus filhos e do estreitamento dos laços entre os mesmos, fazendo parte das obrigações morais de todo ser humano. A afetividade é sim um valor essencial à vida humana, sendo que a própria realização e a felicidade dependem desse elemento.²¹⁴

²¹⁰ GROENINGA, *Descumprimento do dever de convivência*: danos morais por abandono afetivo. A interdisciplina sintoniza o direito de família com o direito à família, p. 412.

²¹¹ SILVA, *Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho*, p. 132.

²¹² PEREIRA, *Divórcio*: teoria e prática, p. 89.

²¹³ MADALENO, *Repensando o direito de família*, p. 113.

²¹⁴ RIZZARDO, *Responsabilidade civil*, p. 682.

Percebe-se que o afeto tornou-se elemento de suma importância no Direito de Família, especialmente na relação paterno-filial. Mesmo sendo um bem jurídico imaterial ou abstrato, deve ser valorado juridicamente, pois é elemento essencial que deve estar presente no núcleo familiar, a fim de que os integrantes da família possam ter seus direitos de personalidade atendidos.

3.2 O dano moral nas relações familiares

Em razão do estreitamento das relações afetivas que permeiam a vida em família e devido à subjetividade que vigora nas relações interpessoais, torna-se possível, agora, falar em indenização por danos morais também nas relações familiares.

O homem, em sua vida em sociedade, conquista bens e valores, que com o passar dos tempos acabam por ingressar no acervo tutelado pela ordem jurídica. Alguns referem-se a seu patrimônio e outros à própria personalidade, sendo ambos atributos essenciais e indisponíveis da pessoa. De tal forma, é direito de cada cidadão a proteção dos bens que integram seu patrimônio assim como a preservação da incolumidade de sua personalidade.²¹⁵

Atualmente ainda é de grande discussão a possibilidade de se buscar a satisfação pecuniária decorrente do dano moral. Para isto, é mister entender o que é o dano moral, os critérios de avaliação e a possibilidade de fixação de indenizações, especialmente no âmbito familiar.

A discussão primordial é justamente acerca do que venha a ser o próprio dano moral. É o ponto de partida para a elucidação de todas as questões relacionadas, inclusive com a sua valoração.

Os conceitos tradicionais de danos morais devem ser revistos a partir da ótica da Carta Magna de 1988. Ao consagrar a dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, “[...] a Constituição deu ao dano moral uma nova feição e maior dimensão, porque a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos.”²¹⁶

²¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 4ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p. 1.

²¹⁶ CAVALIERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*, p. 82.

Em sentido estrito, o dano moral consiste na violação do próprio direito à dignidade e, assim, a Constituição Federal inseriu em seu artigo 5º, incisos V e X²¹⁷, a plena reparação do dano moral. Nessa perspectiva, destaca Sergio Cavalieri Filho que

[...] o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação da dignidade. [...] a reação psíquica da vítima só pode ser considerada dano moral quando tiver por causa uma agressão à sua dignidade.²¹⁸

De tal forma, pode-se dizer que o termo “moral” diz respeito ao que é pertinente aos costumes e hábitos sociais, às regras de conduta julgadas válidas e, abrange o que é espiritual, ou seja, nem físico e nem material. A sua configuração deve estar atrelada às interferências no domínio psicológico do ser humano, quando fogem às normalidades do cotidiano, não sendo decorrentes de meros dissabores da vida.²¹⁹

Também para Ronald A. Sharp Junior, o dano moral agride um complexo íntimo e valorativo da pessoa, ofende sua integridade psíquica e acaba repercutindo em seu organismo, ocasionando redução da capacidade física e intelectual.²²⁰

No mesmo sentido entende Maria Helena Diniz, referindo que o dano moral configura-se diante da ocorrência de uma lesão a interesses não patrimoniais causados pelo fato lesivo. Origina-se, pois, de uma ofensa a um bem imaterial. Todavia, não é qualquer dor ou aflição que poderá ser reparada, mas somente aquelas decorrentes da privação a um bem jurídico sobre o qual a vítima tenha interesse reconhecido juridicamente.²²¹

É justamente neste âmbito que se fala em violação aos deveres primordiais do ser humano, como ofensa à própria dignidade da pessoa humana.

Desta forma, o dano moral não pode ser visto exclusivamente como de ordem meramente psíquica e emocional devido ao fato de que, no ordenamento jurídico atual “[...] a

²¹⁷ Artigo 5º da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] X - 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.”

²¹⁸ CAVALIERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*, p. 83.

²¹⁹ CARDOSO, Simone Murta. *Responsabilidade civil nas relações afetivas*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/729>>. Acesso em 02 jul. 2012. p. 1-21. p. 4.

²²⁰ SHARP JUNIOR, Ronald A. *Dano moral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Destaque, 2001. p. 5-8.

²²¹ DINIZ, *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, p. 90-93.

dignidade é o fundamento central dos direitos humanos, devendo ser protegida e, quando violada, sujeita à devida reparação.²²² (grifo do autor).

Entretanto, outra questão que também gera controvérsias é o fato de que as pessoas possuem percepções distintas frente à situações semelhantes, pois o que para um é mero dissabor ou fato corriqueiro do dia a dia, para outro pode configurar grave ofensa, passível de reparação. Ainda, deve ater-se ao fato de que os comportamentos humanos também variam através dos tempos, de modo que as condutas condenáveis ou não igualmente se alteram, de acordo com o ponto de vista de cada operador do Direito.

Sabe-se que a aproximação e dependência de uma pessoa a outra constitui um impulso natural do ser humano. O julgador ao menosprezar um sentimento afetivo, entendendo como mero fato da vida cotidiana acaba ferindo os sentimentos da pessoa e, conseqüentemente, a própria dignidade humana. Neste sentido, Arnaldo Rizzardo refere que

nesta concepção, impedir a plena realização da afetividade, ou não oportunizar a sua expansão, ou violentar, ferindo, desprezando, menosprezando sentimentos que fazem parte da natureza humana, importa em amputar a pessoa na sua esfera espiritual e moral, cerceando a sua plena realização. Por isso, o direito não pode passar ao largo de certos estados pelos quais passa a pessoa, sem dar-lhe proteção, ou procurar ou reconstituir a ordem abalada ou afetada.²²³

Deve-se entender o conceito de dano moral de forma ampla, mesmo que não se possa estimar exatamente o grau de sofrimento da vítima, pois não é possível estabelecer padrões absolutos do que é o dano moral e sua forma de reparação. “Mas negar a possibilidade de reparação ou mesmo a compensação dos danos morais seria inadmitir a possibilidade e necessidade de tutela de bens jurídicos inerentes à pessoa humana.”²²⁴

Como já dito, dano moral consiste basicamente na ofensa de um bem imaterial, não se podendo quantificar ou qualificar o grau da ofensa sofrida, pois diz respeito a subjetividade de cada indivíduo. O que é certo é que o “[...] dano material atinge a pessoa no que ela tem, ao passo que o moral no que ela é.”²²⁵

²²² CAVALIERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*, p. 83.

²²³ RIZZARDO, *Responsabilidade civil*, p. 682.

²²⁴ CARDOSO, *Responsabilidade civil nas relações afetivas*. p. 5.

²²⁵ OLTRAMARI, Vitor Ugo. *O dano moral na ruptura da sociedade conjugal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 4.

Já com relação à sua função, Fábio Ulhoa Coelho destaca que “o pagamento da indenização não repõe os danos morais, apenas os compensam.”²²⁶ Seria a única forma de compensar a dor da vítima, sem ter todavia natureza de sanção ou de indenização punitiva.

A reparação pecuniária do dano moral, segundo a doutrinadora Maria Helena Diniz, é um misto entre a aplicação de uma pena e a satisfação compensatória. Refere a autora que

não se pode negar sua função: a) *penal*, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa – integridade física, moral e intelectual – não poderá ser violado impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às consequências de seu ato por não serem reparáveis; e b) *satisfatória* ou *compensatória*, pois como dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não têm preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada. Não se trata [...] de uma indenização de sua dor, da perda de sua tranquilidade ou prazer de viver, mas de uma compensação pelo dano e injustiça que sofreu, suscetível de proporcionar uma vantagem ao ofendido, pois ele poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender às satisfações materiais ou ideais que repute convenientes, atenuando assim, em parte, seu sofrimento.²²⁷ (grifo do autor).

Compreende-se que a função da responsabilidade civil por danos morais é exatamente punitiva e compensatória. Punitiva, pois possui o intuito de reprimir o autor do dano pelo ato praticado e, compensatória, visto que busca satisfazer a vítima da lesão sofrida ou ao menos diminuir-lhe sua dor, por meio da reparação pecuniária.

Ainda, menciona-se a existência de um papel preventivo ou dissuasório, que visa reprimir a ocorrência de condutas semelhantes, servindo “[...] como medida exemplar na sociedade para o fim de dissuadir os delinquentes potenciais.”²²⁸

A reparação por danos morais não busca devolver à vítima o direito violado, uma vez que esse é insuscetível de regresso, mas visa propiciar um maior consolo diante das consequências da ofensa.

Todavia, a maior dificuldade reside justamente na fixação do valor da indenização, uma vez que configurado o dano moral, o julgador deverá utilizar-se de sua subjetividade para decidir. Mesmo diante da existência de laudo psicológico, de prova documental ou testemunhal, não há como se quantificar exatamente o valor da dor sofrida.

²²⁶ COELHO, *Curso de direito civil: obrigações e responsabilidade civil*, p. 430.

²²⁷ DINIZ, *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, p. 109.

²²⁸ REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização por dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 163.

Conforme assevera Rui Stoco, o estabelecimento de valores para compensar as ofensas morais sofridas fica no poder privativo e arbitrário que o julgador possui em suas mãos. É através de critérios subjetivos e aleatórios que será definido o *quantum* indenizatório. O valor a ser fixado a título de ressarcimento, segundo o autor, deveria ser estabelecido levando-se em consideração as circunstâncias que melhor se amoldam ao caso e particularidades como a gravidade do dano, a necessidade da vítima, a intensidade do sofrimento, a repercussão da ofensa, entre outras.²²⁹

Contudo, os reflexos causados pelo dano à vítima poderão ser bem maiores do que se imagina, ou menores do que se acredita. Sabe-se da dificuldade da própria vítima em avaliar as dimensões dos danos sofridos, quem dirá dos terceiros que o julgarão.²³⁰

A fixação de valores demanda um estudo particular de cada situação. Os valores arbitrados deverão ser individuais, atendendo a condição social e econômica das pessoas envolvidas, de forma a não tornar os processos indenizatórios uma fonte de enriquecimento ilícito.

Para que exista uma razoabilidade na decisão do magistrado quando da fixação dos valores indenizatórios é necessário que a conclusão estabelecida seja compatível com os fins visados, sendo a sanção proporcional ao dano. Neste sentido, Sergio Cavalieri Filho destaca que

[...] o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes.²³¹

Visando compensar o dano moral sofrido, sem esquecer-se da função punitiva e dissuasória, deverá o magistrado realizar a árdua tarefa de fixar o *quantum* indenizatório, pautado nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Clayton Reis é sábio em suas palavras, aludindo que

²²⁹ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*: doutrina e jurisprudência. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 1878.

²³⁰ VENOSA, *Direito civil*: responsabilidade civil, p. 35.

²³¹ CAVALIERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*, p. 98.

[...] o magistrado deverá sopesar que está avaliando não um bem patrimonial, que nesse caso apenas exigiria um raciocínio meramente aritmético, mas valorando o sentimento das pessoas, devendo fazê-lo como se fora o seu próprio. A dor, a humilhação, o vexame, a aflição, a angústia, a devassidão da privacidade, o estado emocional de tensão, são todos sentimentos angustiantes que oprimem e deprimem as pessoas, produzindo inúmeros reflexos na vida de relações, e por consequência, causando imediatas perturbações na ordem social.²³²

Assim, havendo violação aos direitos de personalidade, mesmo no âmbito do Direito de Família, não se pode negar a possibilidade de reparação do dano moral. Esta reparação, embora seja expressa em valor monetário, não possui o condão de buscar uma vantagem patrimonial em favor da vítima. Revela-se, na verdade, como forma de compensação diante da ofensa sofrida, que “[...] em sua essência é de fato irreparável, atuando ao mesmo tempo em seu sentido educativo, na medida em que representa sanção aplicada ao ofensor, irradiando daí o seu efeito preventivo.”²³³

Pois bem, a evolução social fez com que questões antes não vislumbradas relacionadas ao dano moral, ganhassem espaço no Direito de Família. O afeto passou a ser elemento essencial para a formação e manutenção das relações familiares e a pessoa, colocada no centro do sistema jurídico, ganhou autonomia dentro do grupo e respeito a seus direitos personalíssimos.

Desta forma, passou-se a perceber que em alguns casos as hipóteses de violação aos direitos da pessoa e à sua dignidade trariam a tona a possibilidade de reparação civil.²³⁴ A partir daí, os danos morais também passam a se encaixar perfeitamente nas relações familiares, especialmente quando os deveres da família são violados.

Para Leandro Soares Lomeu as ofensas morais e físicas, as injúrias graves praticadas por um cônjuge contra o outro, a difamação, a transmissão e contágio de doenças graves, o abandono material e moral do companheiro bem como o abandono material e moral do pai pelo filho são alguns exemplos, que geram a possibilidade de se falar em dano moral no Direito de Família.²³⁵

²³² REIS, *Os novos rumos da indenização por dano moral*, p. 229.

²³³ BRANCO, Bernardo Castelo. *Dano moral no Direito de Família*. São Paulo: Editora Método, 2006. p. 115.

²³⁴ Neste sentido, Maria Berenice Dias refere que “o desdobramento dos direitos de personalidade faz aumentar as hipóteses de ofensa a tais direitos, ampliando-se as oportunidades para o reconhecimento da existência de danos. A busca de indenização por dano moral transformou-se na panaceia para todos os males. Visualiza-se abalo moral diante de qualquer fato que possa gerar algum desconforto, aflição, apreensão ou dissabor. Claro que essa tendência acabou se alastrando até as relações familiares. A tentativa é migrar a responsabilidade decorrente da manifestação de vontade para o âmbito dos vínculos afetivos, olvidando-se que o direito das famílias é o único campo do direito privado cujo objeto não é a vontade, é o afeto. DIAS, *Manual de direito das famílias*, p. 113.

²³⁵ LOMEU, Leandro Soares. *Afeto, abandono, responsabilidade e limite: diálogos sobre ponderação*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigod/detalhe/659>>. Acesso em 02 jun. 2012. p. 4.

A subjetividade das relações entre as pessoas, o estreitamento dos laços afetivos e a valorização da dignidade da pessoa humana fez com que, mesmo nas relações familiares, ocorressem situações ensejadoras de reparação pecuniária por dano moral. Pais e filhos, assim como cônjuges, não perdem os direitos, deveres e valores que integram a sua dignidade. A vida em comum liga ainda mais as pessoas e fortalece os vínculos existentes, de forma que a violação de qualquer dever decorrente da relação afetiva constitui motivo suficiente para fundamentar uma ação de indenização por dano moral.²³⁶

Não há mais como se conceber que um membro da família possa causar dano o outro e não sofrer nenhuma consequência por isso, exatamente em razão da existência de um vínculo familiar que os une.

Neste diapasão, questão muito polêmica acerca do dano moral no Direito de Família e que tem gerado posições divergentes nos Tribunais e na doutrina pátria é justamente a responsabilidade civil por abandono afetivo na filiação decorrente do descumprimento dos deveres paternos, como se verá adiante.

3.3 Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar

O Direito de Família se tornou mais humanizado, voltando-se para questões de aspecto pessoal, com a preocupação primordial de reconhecer a família como o local privilegiado para o desenvolvimento das relações interpessoais, baseado fundamentalmente nas relações de afeto. Partindo desse pressuposto, procurar-se-á analisar os casos em que a ausência paterna provoca danos aos filhos, tornando possível a propositura de ação de reparação civil por abandono afetivo.

A família é a célula da sociedade, local em que a pessoa cria sua primeira percepção sobre o mundo e amplia seus sentimentos. A presença e convivência com pai e mãe é estritamente necessária para o desenvolvimento dos menores.

Nesta seara, o abandono pode ser interpretado como um grave ataque à pessoa, podendo até mesmo ser entendido como uma violência silenciosa “que paira como negativa

²³⁶ CAVALIERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*, p. 83-84.

em conceder à criança seu direito ao provimento amoroso essencial, ao cuidado e ao zelo imprescindíveis ao desenvolvimento psíquico sadio.”²³⁷

Entender o que significa o abandono paterno demanda extrema cautela. Para Rodrigo da Cunha Pereira “é ausente o pai e a mãe que acredita que somente o sustento material é o suficiente para a criação de filhos.”²³⁸

Assim, com o fim da conjugalidade é comum que o genitor que não ficou com a guarda do filho somente cumpra com o sustento material da criança, ficando o outro cônjuge com a incumbência de exercer uma dupla função, de pai e de mãe, tentando encobrir a ausência daquele que não cumpre os deveres parentais.

Existe disposição expressa acerca do exercício do poder familiar. O artigo 1.634 do Código Civil²³⁹ traz em seu texto os atributos do poder familiar, entre os quais se destaca os deveres de criação, companhia e guarda dos pais em relação aos filhos. Ainda, o artigo 229 da Constituição Federal²⁴⁰ se refere às obrigações dos pais em relação aos filhos menores, novamente fazendo menção ao dever de assistência, criação e educação.²⁴¹

Tais atribuições revelam-se como verdadeiros deveres jurídicos impostos aos pais, sendo que seu descumprimento pode ir muito mais além do que a perda do poder familiar. Sob esta ótica, o abandono afetivo dos pais é capaz de causar uma lesão a direitos de outrem, através do desrespeito a um dever jurídico estabelecido pela própria lei.²⁴²

Rodrigo da Cunha Pereira é claro ao afirmar que “qualquer pessoa, qualquer criança, para se estruturar como sujeito e ter um desenvolvimento saudável necessita de alimentos para o corpo e a alma. O alimento imprescindível para a alma é o amor, o afeto.”²⁴³ Deste modo, o descumprimento do exercício do poder familiar é gerador de ato ilícito, sendo, por conseguinte, fato gerador de reparação pecuniária.

²³⁷ COELHO DE SOUZA, Ivone M. Candido. Dano moral por abandono: monetarizando o afeto. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre, v. 13, dez/jan. 2010. p. 60-74. p. 62.

²³⁸ PEREIRA, *Divórcio: teoria e prática*, p. 83.

²³⁹ Artigo 1.634 do Código Civil: “Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I – dirigir-lhes a criação e educação; II – tê-los em sua companhia e guarda; III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; V – representá-los, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que foram partes, suprindo-lhes o consentimento; VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.”

²⁴⁰ Artigo 229 da Constituição Federal: “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.”

²⁴¹ TARTUCE, Flávio. Danos morais por abandono moral. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM. v. 07, dez/jan. 2009. p. 100-115. p. 108.

²⁴² *Ibid.*, p. 109.

²⁴³ PEREIRA, op. cit., p. 89.

Entretanto, somente a ausência da figura paterna não é suficiente para caracterizar o pedido de danos morais por abandono afetivo. Faz-se necessário a real caracterização do abandono, da rejeição paterna geradora de danos à personalidade.²⁴⁴

O dever de indenizar advindo do abandono afetivo encontra seu elemento de constituição na própria funcionalização da família, que deve buscar a realização da personalidade dos membros que a integram, especialmente para a pessoa do filho.²⁴⁵

Como dito, a Constituição Federal estabelece em seu texto os deveres que competem aos pais, ressaltando o dever assistência, educação e criação dos filhos menores. Estas incumbências, além dos critérios materiais que apresentam, trazem em seu bojo características de afetividade relacionadas ao carinho e apego que os pais têm com seus filhos, capazes de proporcionar proteção e segurança no desenvolvimento dos mesmos.

Todavia, conforme analisado anteriormente, para que se configure o dever de reparar faz-se necessário que estejam presentes alguns pressupostos, quais sejam: a ação ou omissão do agente, culpa ou dolo, dano e nexó de causalidade. Portanto, quando verificado que os pais não estão cumprindo com seus deveres de assistência e cuidado para com seus filhos, e isto venha a causar danos, estarão cometendo ato ilícito, gerando direito à reparação, pois acaba “por violar preceitos de ordem pública, já que a família, em que os filhos estão inseridos, goza de proteção estatal.”²⁴⁶

Assim, para que seja possível intentar ação de indenização por abandono moral faz-se necessário que a ausência de afeto não seja temporária, devendo ser analisada no contexto familiar que se insere. A verificação de que o pai se ausenta de forma contínua e deliberada da vida dos filhos constitui forte indício da omissão de afeto.²⁴⁷

O dano que o abandono afetivo é capaz de causar é, antes de qualquer coisa, um dano culposamente provocado à personalidade humana. Para Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka este dano

²⁴⁴ GROENINGA, *Descumprimento do dever de convivência: danos morais por abandono afetivo*. A interdisciplina sintoniza o direito de família com o direito à família, p. 416.

²⁴⁵ HIRONAKA, *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos além da obrigação de caráter material*, p. 466.

²⁴⁶ CASSETTARI, Christiano. Responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo de seus filhos – dos deveres constitucionais. In: GROENINGA, (Org.). *A outra face do Poder Judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 433-445. p. 442.

²⁴⁷ PEREIRA, *A responsabilidade civil dos pais pela omissão do afeto na formação da personalidade dos filhos*, p. 285-286.

[...] 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 do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada. Trata-se de um direito da personalidade, portanto.²⁴⁸

Na mesma linha, Rodrigo da Cunha Pereira elenca a necessidade de se observar os pressupostos da responsabilidade civil, referindo que

para que haja a imposição do dever de indenizar, deve haver uma atuação lesiva que seja considerada contrária ao direito, ilícita ou antijurídica. A responsabilidade civil nos remete à idéia de atribuição das consequências danosas da conduta ao agente infrator. É indispensável também a existência de um dano ou prejuízo para que a responsabilidade civil seja configurada. Sem a ocorrência deste elemento não haveria o que indenizar, e, conseqüentemente, não teria o que responsabilizar. O abandono parental deve ser entendido como lesão a um interesse jurídico tutelado, extrapatrimonial, causado por omissão do pai ou da mãe no cumprimento do exercício e das funções parentais.²⁴⁹

Enfim, para que seja verificada a obrigação de indenizar, além da presença do dano, é necessária a presença efetiva de uma relação paterno-filial, em que tenha ocorrido culposamente o abandono afetivo propriamente dito, não interessando se existiam ainda laços conjugais entre o casal ou, até mesmo, se estes nunca existiram.²⁵⁰

Não resta dúvida de que o Código Civil ao fixar os poderes/deveres inerentes ao poder familiar vai muito além da simples obrigação de caráter material. Fazem parte desta relação os deveres de assistência moral necessários para a formação da pessoa humana. A violação destes deveres gera sanções que vão desde a suspensão ou perda do poder familiar, além do crime de abandono, sem excluir-se o dever de indenizar os danos morais causados pelo abandono afetivo.²⁵¹

Logo, para que seja possível a propositura de ação de indenização por abandono afetivo é imprescindível que estejam preenchidos alguns requisitos, comprovando-se assim a ausência paterna, o dano efetivamente provocado ao filho(a), a existência de dolo ou culpa,

²⁴⁸ HIRONAKA, *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos além da obrigação de caráter material*, p. 465.

²⁴⁹ PEREIRA, *Divórcio: teoria e prática*, p. 88.

²⁵⁰ HIRONAKA, *op. cit.*, p. 465-466.

²⁵¹ SKAF, Samira. Possibilidade legal de concessão de dano moral aos filhos abandonados afetivamente pelos pais, frente ao cometimento de ato ilícito. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: IBDFAM, v. 13, dez/jan. 2010. p. 93-118. p. 95.

assim como o nexo de causalidade entre o dano causado e a conduta culposa do pai. A partir daí é que poderá ser averiguada a (im)possibilidade da reparação civil por abandono afetivo na filiação, como se passa a analisar.

3.4 O abandono afetivo na filiação: a possibilidade de responsabilizar civilmente os pais pelo descumprimento dos deveres parentais

A questão proposta é muito sensível. Falar em abandono afetivo na relação entre pai e filho demanda imensa cautela, pois o tema, ainda, é de grande discussão doutrinária e construção jurisprudencial. Porém com base em todos os apontamentos acerca da responsabilidade civil e das relações familiares contemporâneas, que agora baseiam-se fundamentalmente em laços de afeto, passar-se-á à justificativa que enseja a reparabilidade dos danos morais nas relações paterno-filiais.

O fundamento da responsabilidade civil por abandono afetivo demanda reflexão lastreada na dignidade da pessoa humana e também no adequado desenvolvimento social, psicológico e cultural dos filhos. Verifica-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é fundamental na imputação e valoração da pretensão reparatória.²⁵²

Reforça-se novamente que o Código Civil, ao estabelecer os poderes/deveres inerentes ao poder familiar, acabou fixando, intrinsecamente, a obrigação moral como dever dos pais, indo além do simples cumprimento dos deveres materiais.²⁵³

Entre estes deveres morais, que devem ser cumpridos por parte dos pais, inclui-se o dever de assistência, educação, convívio e, principalmente, o respeito à dignidade da pessoa humana.

Sabe-se que a paternidade “não se resume no cumprimento do dever de assistência material. Abrange também a assistência moral, que é dever jurídico cujo descumprimento pode levar à pretensão indenizatória.” Da mesma forma, o poder familiar não se extingue com

²⁵² HIRONAKA, *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos além da obrigação de caráter material*, p. 466.

²⁵³ SKAF, *Possibilidade legal de concessão de dano moral aos filhos abandonados afetivamente pelos pais, frente ao cometimento de ato ilícito*, p. 108-109.

a separação do casal, exceto no que se refere à guarda dos filhos, subsistindo os deveres de instrução, criação e companhia, que não se subsumem no pagamento da prestação alimentícia.²⁵⁴

Assim, a função primordial da família, seja qual for a condição de seus membros, é a criação de um ambiente propício ao desenvolvimento dos menores, a fim de tornarem-se pessoas dignas, sabendo também respeitar a dignidade dos outros.

Neste campo a afetividade revela-se como o meio mais eficaz para a realização da dignidade humana, pois é o elo que une os membros da família. Como afirma Arnaldo Rizzardo, o afeto deve estar presente em todas as fases da vida, já que

[...] envolve o vasto mundo de uma subjetividade decisiva na estruturação psíquica da pessoa, não podendo ser desligada de seu crescimento e formação. É incontestável que o afeto desempenha um papel essencial na vida psíquica e emotiva do ser humano. A afetividade é uma condição necessária na construção do mundo interior. Desde o nascimento, o carinho, a atenção, a envolvente presença física são indispensáveis para o crescimento e desenvolvimento sadio e normal do ser humano. [...] Em todas as fases da vida se faz importante a afetividade, a qual facilita a convivência, desarma os espíritos, torna agradável a companhia, elimina a agressividade e cria um constante ambiente de amizade. Na infância, torna a criança dócil, lhe dá segurança, facilita a aprendizagem e imprime ao caráter sentimentos saudáveis. Na adolescência e juventude, fortalece o espírito, afasta os atritos, e cria ambiente para despertar os sentimentos do amor sadio, desprendido, compreensivo e respeitoso. Na vida adulta, acalenta uniões, torna mais fortes os laços de amizade, conduz à tolerância, e fortalece nas adversidades, levando a não sucumbir.²⁵⁵

A primeira forma de afeto é aquela que vem dos pais, no exercício conjunto de suas obrigações parentais. De tal forma, a falta de afetividade gera repercussões negativas na vida da pessoa, ocasionando danos e comprometendo a felicidade do ser humano.

O inadequado exercício do poder familiar pode interferir de maneira danosa no desenvolvimento dos filhos. A falta de afeto, como já mencionado, interfere muito na formação da personalidade, podendo trazer consequências gravosas, como aumento de agressividade, insegurança, uso de drogas e aumento de criminalidade, dentre outras. Aí se

²⁵⁴ LÔBO, *Direito civil: famílias*, p. 311-312.

²⁵⁵ RIZZARDO, *Responsabilidade civil*, p. 681.

justifica a importância de responsabilizar os pais pelas omissões dos deveres inerentes ao exercício do poder familiar.²⁵⁶

É claro que ninguém está obrigado a amar outra pessoa. Porém, o direito ao afeto não pode ser suprimido, a ponto de trazer graves prejuízos, principalmente à criança e ao adolescente. Neste sentido, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka discorre que

[...] não se pode obrigar ninguém ao cumprimento do *direito ao afeto*, mas é verdade também que, se esse direito for maculado – desde que sejam respeitados certos pressupostos essenciais – seu titular pode sofrer as consequências do abandono afetivo e, por isso, poderá vir a lamentar-se em juízo, desde que a ausência ou a omissão paternas tenham-lhe causado repercussões prejudiciais, ou negativas, em sua esfera pessoal – material e psicológica –, repercussões estas que passam a ser consideradas, hoje em dia, como juridicamente relevantes.²⁵⁷ (grifo do autor).

Já para Rafael Bucco Rossot, há sim no direito brasileiro o dever jurídico de afeto, de modo que os pais (ou aquele que cumpra esta função) estejam obrigados a respeitar este preceito, sob pena de serem responsabilizados civilmente.²⁵⁸

Assim, aquele pai que não convive com o filho, negando-lhe o amparo afetivo acaba por violar um direito fundamental, desrespeitando a própria personalidade da criança, que está em fase de formação. De tal maneira, torna-se clara a obrigação legal de proporcionar afeto em prol do desenvolvimento físico e moral dos filhos, não sendo suficiente apenas a quitação dos deveres inerentes ao poder familiar.

Sendo o afeto elemento indispensável na convivência da família atual, independente se os componentes do grupo familiar vivam ou não sob o mesmo teto, vem sendo admitido o dever de indenizar, a fim de persuadir os pais a darem amor, carinho e atenção a seus filhos como consequência inerente às obrigações parentais.²⁵⁹

Maria Berenice Dias também é favorável à responsabilização dos pais devido à falta de convívio e o rompimento do elo de afetividade com os filhos. Assegura que “a omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever

²⁵⁶ PEREIRA, *A responsabilidade civil dos pais pela omissão do afeto na formação da personalidade dos filhos*, p. 275.

²⁵⁷ HIRONAKA, *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos além da obrigação de caráter material*, p. 460.

²⁵⁸ ROSSOT, *O afeto nas relações familiares e a faceta substancial do princípio da convivência familiar*, p. 23.

²⁵⁹ PEREIRA, *op. cit.*, p. 279.

de ter o filho em sua companhia, produz **danos emocionais** merecedores de reparação.”²⁶⁰ (grifo do autor).

Igualmente concorda Arnaldo Rizzardo com essa posição. Segundo o autor, o pai ou a mãe que não forma uma entidade familiar com os filhos, deve ao menos buscar uma convivência regular com os mesmos, de forma a participar do desenvolvimento dos menores, buscando atender as necessidades que lhe são essenciais. De tal forma,

impedir a efetivação desse impulso que emana do próprio ser traz graves prejuízos e frustrações na realização da afetividade, com irreparáveis efeitos negativos que repercutirão na vida afora, ensejando inclusive a indenização pelo dano moral que se abate sobre o filho. Realmente, a ausência de um dos pais resulta em tristeza, insatisfação, angústia, sentimento de falta, insegurança e mesmo complexo de inferioridade em relação aos conhecidos e amigos. Quase sempre se fazem sentir efeitos de ordem psíquica, como a depressão, a ansiedade, traumas de medo e outras afecções. Se a morte de um dos progenitores, em face da sensação de ausência, enseja o direito à reparação por dano moral, o que se tornou um consenso universal, não é diferente no caso do irredutível afastamento voluntário do pai ou da mãe, até porque encontra repulsa pela consciência comum e ofende os mais comezinhos princípios da humanidade.²⁶¹

Se os pais não têm culpa por não amarem seu filho, a tem por negligenciá-lo. Assim, devem arcar com responsabilidades do abandono afetivo, pela falta do cumprimento de seus deveres primordiais, especialmente pelo não convívio com seu filho, enfim, pela negativa de todos os deveres parentais.

Ou seja, se “comprovado que a falta de convívio pode gerar danos, a ponto de comprometer o desenvolvimento pleno e saudável do filho, a omissão do pai gera dano afetivo susceptível de ser indenizado.”²⁶²

É exatamente o dever de convivência que deve ser tutelado pela teoria do abandono afetivo. Conforme destaca Priscilla Menezes da Silva,

²⁶⁰ DIAS, *Manual de direito das famílias*, p. 407.

²⁶¹ RIZZARDO, *Responsabilidade civil*, p. 688.

²⁶² DIAS, *op. cit.*, p. 408.

não se trata aqui da convivência diária, física, já que muitos pais se separaram ou nem chegam a viver juntos, mas da efetiva participação na vida dos filhos, a fim de realmente exercer o dever legal do poder familiar. Isto porque com o advento da Constituição de 1988, a criança e o adolescente deixaram de ser tratados como meros objetos de intervenção estatal e passaram a ser titulares de direitos, dentre os quais o de convivência familiar, dotado caráter fundamental.²⁶³

Realmente, não é possível impor que alguém ame um filho, pois o sentimento de afeto não necessita de um processo mecânico, é gerado de forma voluntária no inconsciente humano. Porém, o pai que é omissos deverá arcar com os efeitos decorrentes de sua ausência, em virtude das possíveis lesões causadas ao filho.

Além do mais, o dano moral por abandono afetivo pode, como já visto, além de envolver o pagamento em dinheiro, ter uma função punitiva e dissuasória.

Maria Isabel da Costa Pereira alimenta a ideia de que a indenização por danos decorrentes da omissão de afeto possui realmente caráter satisfatório e de composição do prejuízo moral sofrido pelo filho. A indenização possui o intuito de fazer com que a conduta lesiva do pai não fique impune, aplicando-lhe uma medida repressiva que iniba, porventura, a prática de outras condutas similares.²⁶⁴

A indenização, quando possui caráter compensatório, tem o objetivo principal de possibilitar ao filho a reparação do dano sofrido, atenuando parcialmente as consequências da lesão. Porém, a quantia arbitrada a este título tem valor simbólico, devido ao fato que inexistente valor que pague o real abandono. Trata-se, portanto, de uma verdadeira compensação e não um ressarcimento.²⁶⁵

Não existe nesta indenização o condão de trazer de volta o amor dos pais. Também, não se mostra possível obrigar que exista a convivência familiar entre pais e filhos, mas a indenização ajuda a preencher um vazio existente e significa responsabilizar o sujeito-pai pelo descumprimento de seus deveres primordiais.

São altamente convincentes as palavras de Rodrigo da Cunha Pereira ao afirmar que

²⁶³ SILVA, Priscilla Menezes da. *A amplitude da responsabilidade familiar: da indenização por abandono afetivo por consequência da violação do dever de convivência*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/617>>. Acesso em: 17 jul. 2012. p. 1-10. p. 6.

²⁶⁴ PEREIRA, *A responsabilidade civil dos pais pela omissão do afeto na formação da personalidade dos filhos*, p. 287-289.

²⁶⁵ PEREIRA, *Divórcio: teoria e prática*, p. 92.

[...] o filho não escolheu nascer, mas os pais, ao contrário, são responsáveis e devem ser responsabilizados pelo seu nascimento. Poderiam ter evitado, e se não o fizeram, assumiram o risco de provável concepção. Uma vez nascido o filho, tenha sido ele planejado ou não, desejado ou não, os pais devem cumprir a obrigação jurídica de criá-los e educá-los.²⁶⁶

Assim, devido à igualdade de direitos alcançada entre homens e mulheres, tanto o pai como a mãe agora dividem a responsabilidade de criar e educar os filhos, desassociando-se assim conjugalidade de parentalidade. Não se pode mais admitir que os filhos de pais divorciados ou solteiros sejam desobrigados de conviver e receber afeto de ambos os pais.

É cada vez mais evidente que o afeto não é somente um sentimento. Muito pelo contrário, é uma ação dos pais em relação aos filhos. “A reparação civil ou a indenização vem exatamente contemplar aquilo que não se pode obrigar. Dizer que não cabe reparação civil pelo abandono afetivo é o mesmo que desresponsabilizar os pais pela criação e educação de seus filhos.”²⁶⁷

Portanto, a falta de afeto dos pais – casados, separados, que vivam em união estável ou solteiros – em relação aos filhos que se encontram em fase de formação faz com que ocorram danos e desequilíbrios emocionais, que acabam por prejudicar o pleno desenvolvimento da personalidade dos filhos, sendo, por conseguinte, indenizável.²⁶⁸

Como dito, é desde o momento da concepção que inúmeras responsabilidades passam a envolver os genitores. É preciso que os pais atuem na estruturação biopsíquica da criança, sob pena de ocasionar danos e, conseqüentemente, lacunas em sua vida.²⁶⁹

De tal forma, as ações que chegam ao Poder Judiciário sob a denominação de responsabilidade civil por abandono afetivo ou danos morais por abandono afetivo devem ser observadas sob uma ótica mais abrangente. Além da comprovação do abandono deve-se evidenciar a violação de deveres previstos na Constituição Federal, especialmente o descumprimento do dever de convivência e participação na vida do filho.

O direito à convivência familiar envolve muito mais do que o simples viver em uma família. A criança precisa saber que é amada e que alguém com ela se preocupa. “Envolve

²⁶⁶ PEREIRA, *Divórcio: teoria e prática*. p. 94-95.

²⁶⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Afeto, responsabilidade e o STF*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/553>>. Acesso em: 16 jul. 2012. p. 1-2. p. 1.

²⁶⁸ COSTA, Maria Isabel Pereira da. Família: do autoritarismo ao afeto. Como e a quem indenizar a omissão do afeto? *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM. v. 07, n. 32, out./nov. 2005. p. 37-38.

²⁶⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM. v. 07, n. 32, out./nov. 2005. p. 138-158. p. 151.

esse direito mais do que a possibilidade de ter pai e/ou mãe, a prerrogativa de receber deles atenção, cuidados e carinho.”²⁷⁰

Em suma, percebe-se que grande parte da doutrina se mostra favorável à possibilidade de responsabilizar os pais pelo abandono afetivo de seus filhos. Trata-se de uma questão de humanidade, de respeito à pessoa e de realização existencial, compreendendo aqui tanto a social, a psicológica como a emocional.

De tal modo, um dos primeiros julgados acerca da responsabilidade civil por abandono afetivo foi do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana, condenando o réu ao pagamento de indenização por reconhecer configurado o dano sofrido pelo filho e a conduta ilícita do pai que deixou de cumprir seu dever de convívio e afeto, conforme ementa que segue:

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - RELAÇÃO PATERNO-FILIAL - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.²⁷¹

Recentemente o Superior Tribunal de Justiça também se manifestou em sentido favorável à reparação, reconhecendo a possibilidade de responsabilizar civilmente os pais pelo abandono afetivo. A Ministra Nancy Andrighi, relatora do caso, em seu voto, afirmou não existirem restrições legais à aplicação das regras da responsabilidade civil na esfera das relações familiares. Nesse sentido, segue a ementa da 3ª Turma:

²⁷⁰ GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. p. 107.

²⁷¹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 408.550-5*, da 7ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Unias Silva, 01 abr. 2004. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 12 jul. 2012.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido.²⁷²

A Ministra Nancy Andrighi, em seu relatório, pode resumir sua posição, referindo brilhantemente que “amar é faculdade, cuidar é dever.” Ainda, mesmo diante de tantas controvérsias e dificuldades de comprovação dos elementos que configuram o dano moral, este não deve ser o motivo de negar ao filho a possibilidade de ingressar com este tipo de ação. Segundo a Ministra “aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.”

Enfim, o afeto é princípio jurídico e pressuposto da autoridade paterna. Como não se mostra possível obrigar alguém a dar afeto, pelo viés do dever de cuidado, a única solução que se apresenta é mesmo a reparação pecuniária. Conforme destaca Rodrigo da Cunha Pereira,

²⁷² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.159.242-SP*, da 3ª Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 24 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 16 jul. 2012.

premiar pais abandonados significa também que os homens poderão continuar deixando (“encostando”) para as mulheres o exercício de educação dos filhos, e com isto enfraquecer cada vez mais a autoridade paterna, já que o afeto é um dos principais elementos integrantes desta autoridade e do exercício do “poder familiar”.²⁷³

Frente a isso, entende-se ser possível a indenização por abandono afetivo na filiação, o que não se trata da criação de uma indústria do desamor, mas da valorização da dignidade da pessoa humana e da necessidade da prevalência do afeto para o desenvolvimento de cidadãos conscientes e saudáveis, que vivem tal sentimento e que, conseqüentemente, conseguirão oferecê-lo às próximas gerações.

Todavia, ainda existem posições contrárias à indenização por abandono afetivo diante do descumprimento dos deveres parentais, mencionando justamente a possível criação de uma monetarização do afeto bem como a ineficácia de tal ação, capaz de criar um distanciamento ainda maior entre as partes.

3.4.1 A tese da impossibilidade de responsabilizar civilmente os pais pelo abandono afetivo de seus filhos

Em sentido contrário à corrente que considera possível a indenização por danos morais provocados pelo abandono afetivo, parte da doutrina e da jurisprudência vem entendendo pela impossibilidade de responsabilização dos pais.

Tal posição justifica-se no fato de que o pagamento de indenização por danos morais simplesmente calcados na negativa de afeto na relação paterno-filial acabaria por gerar um afastamento ainda maior entre as partes ou, até mesmo, uma “indústria do desamor”.

É claro, existe ainda uma grande resistência jurisprudencial no reconhecimento da possibilidade de indenização por abandono afetivo na relação entre pais e filhos. A justificativa da resistência reside no fato de se estar adentrando em um campo totalmente subjetivo, de modo a não ser possível quantificar ou qualificar o dano e a dor sofrida.

Neste sentido se posiciona Sergio Gischkow Pereira, referindo que “em um momento em que se proclama o amor como ponto central e alicerce do novo Direito de Família,

²⁷³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Nem só de pão vive o homem: responsabilidade civil por abandono afetivo*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/392>>. Acesso em 17 jul. 2012. p. 1-6. p. 5.

buscando afastar a prevalência do aspecto patrimonial, seria incoerente admitir a mensuração de sentimentos e impulsos eróticos através do dinheiro.”²⁷⁴

Por mais que o pai possua deveres decorrentes da paternidade responsável,²⁷⁵ tais obrigações não devem interferir no campo da subjetividade do afeto. A falta de tal sentimento não implica em um dano indenizável, já que outros elementos podem realizar a função paterna.²⁷⁶

O dinheiro também não seria capaz de medir a extensão do que é o afeto. Da mesma forma, não seria meio eficaz para suprimir todas as faltas sofridas pelo filho. Neste sentido, Maria Isabel Pereira da Costa afirma que “a indenização feita diretamente em dinheiro para a vítima, pela omissão do afeto, só deveria ser permitida quando o tratamento terapêutico adequado para reparar o dano, voltando ao *status quo ante*, não fosse mais possível, ou não fosse recomendável, pois ineficaz.”²⁷⁷

O afeto que emana dos pais em relação aos filhos deve ocorrer de forma natural. Não se pode falar em obrigação de amar ou imposição de tal sentimento.

Segundo João Gaspar Rodrigues, seria inconcebível que o Estado obrigue um homem a ser melhor, a ser mais generoso, carinhoso e afetuoso. O Estado pode proporcionar meios para que o indivíduo aprimore estes bens morais, mas não deve traçar parâmetros para o ser humano se guiar. Destaca o autor que

escapa, portanto, ao arbítrio do Estado (-juiz) “obrigar alguém a amar ou manter um relacionamento afetivo”, mesmo que indiretamente, ao condenar alguém a indenizar outrem por não adotar determinada postura moral. Admitir que o Estado possa obrigar o pai ou a mãe a amar os filhos é comparável, *mutatis mutandis*, a mover o Poder Judiciário para exigir que determinado indivíduo conceda esmola a um mendigo (obrigando-o, em consequência, a ser generoso ou altruísta).²⁷⁸ (grifo do autor).

²⁷⁴ PEREIRA, Sergio Gischkow. O dano moral no Direito de Família: o perigo dos excessos capazes de repatrimonializar as relações familiares. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade – dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 405-418. p. 410.

²⁷⁵ A Carta Magna de 1988 instituiu em seu artigo 226, § 7º, o princípio da paternidade responsável, que, aliado ao princípio da dignidade da pessoa humana, objetiva resguardar a convivência familiar e dar efetividade à proteção da criança e do adolescente. De tal forma, pode-se dizer que a responsabilidade dos pais inicia com a concepção e se estende até o momento em que seja necessário e justificável o acompanhamento dos filhos, respeitando suas garantias fundamentais.

²⁷⁶ HORNE, Francisco Alejandro. *O não cabimento de danos morais por abandono afetivo do pai*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/298>>. Acesso em: 12 jul. 2012. p. 1-4. p. 3.

²⁷⁷ COSTA, *Família: do autoritarismo ao afeto. Como e a quem indenizar a omissão do afeto?*, p. 37.

²⁷⁸ RODRIGUES, João Gaspar. Abandono afetivo parental - dano passível de indenização? *Revista Jurídica Consulex*. Ano XV, n. 34, 15 de julho de 2011. p. 50-53. p. 52.

A condenação pelo abandono afetivo significaria uma verdadeira monetarização do afeto e violação da liberdade afetiva de cada indivíduo. Conforme destaca Francisco Alejandro Horne,

não se está aqui a afirmar, que a atitude de um pai que não quer ver seu filho seja louvável, pelo contrário, é uma atitude moralmente reprovável. Entretanto, ser a favor da monetarização do afeto e conseqüentemente dos danos morais por negativa deste, seria monetarizar o amor, o afeto. Ao quantificar o afeto, outras situações poderiam ensejar a reparação civil. Haveria dano moral decorrente de maior ou menor grau de afeto, um pai, que possui dois filhos, entretanto, gosta mais de um do que do outro, poderia ser obrigado a ressarcir o filho prejudicado. Enfim inúmeras situações surgiriam no dia a dia com base na quantificação do afeto. [...] A liberdade afetiva esta acima de qualquer princípio componente da dignidade da pessoa humana, sob pena de gerar um dano ainda maior para ambos. Seria muito mais danoso obrigar um pai, sob o temor de uma futura ação de reparação de danos, a cumprir burocraticamente o dever de visitar o filho. Ademais, a responsabilidade civil ocupa uma função preventiva. Caso a negativa de afeto gere responsabilidade civil, não seria possível adotar providências acautelatórias preventivas, pois dessa forma o direito forçaria o pai a visitar a criança, supondo que visitar implica amar. [...] A maior punição que pode receber um pai que não deseja seu filho afetivamente e o abandona, é não ter o prazer de conviver em uma das relações mais maravilhosas que existe sobre a face da terra. Relação esta, onde ambos aprendem um dos verdadeiros sentidos da vida. O amor!²⁷⁹

De tal forma, a sétima câmara cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul se pronunciou, como se vê da ementa a seguir colacionada:

²⁷⁹ HORNE, *O não cabimento de danos morais por abandono afetivo do pai*, p. 3.

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL. ABALO EMOCIONAL PELA AUSÊNCIA DO PAI. O pedido de reparação por dano moral é juridicamente possível, pois está previsto no ordenamento jurídico pátrio. A contemplação do dano moral exige extrema cautela e a apuração criteriosa dos fatos, ainda mais no âmbito do Direito de Família. O mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui, por si, situação capaz de gerar dano moral, nem implica ofensa ao (já vulgarizado) princípio da dignidade da pessoa humana, e constitui antes um fato da vida. Afinal o questionamento das raízes do afeto ou do amor, e da negação destes, leva a perquirir as razões íntimas do distanciamento havido entre pai e filho, que perpassam necessariamente as categorias do imanente e do transcendente e implicam indébita invasão do campo jurídico ao terreno conceitual impreciso que avança pelo mundo da medicina, da biologia e da psicologia. Embora se viva num mundo materialista, onde os apelos pelo compromisso social não passam de mera retórica política, em si mesma desonesta e irresponsável, nem tudo pode ser resolvido pela solução simplista da indenização, pois afeto não tem preço, e valor econômico nenhum poderá restituir o valor de um abraço, de um beijo, enfim de um vínculo amoroso saudável entre pai e filho, sendo essa perda experimentada tanto por um quanto pelo outro. Recurso desprovido.²⁸⁰

Decidiu-se, assim, negar provimento ao recurso do autor, mantendo a decisão do juízo de 1º grau, fundamentando-se no fato de que nem tudo pode ser resolvido por meio de indenização, especialmente no que se refere às questões afetivas. O simples distanciamento entre pais e filhos não constitui situação capaz de gerar dano moral, nem mesmo implica ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Deve-se ter cuidado redobrado na contextualização de uma demanda, utilizando-se a racionalidade, sob pena haver uma banalização de indenizações por desamor. É essencial que se avalie o que caracteriza abandono afetivo caso a caso, ponderando se o desamparo realmente fere o atendimento das necessidades primordiais da criança, a fim de motivar o direito à indenização.²⁸¹

Ainda no ano de 2005, o Superior Tribunal de Justiça havia se pronunciado, afastando a possibilidade de indenização por abandono afetivo, por entender que o dano emocional não era passível de ser indenizado. Justificou, então, sua decisão no fato de escapar ao arbítrio do Poder Judiciário forçar alguém a amar ou a manter um relacionamento afetivo, bem como pelo fato de que nenhuma finalidade positiva seria obtida por meio da indenização.²⁸² É o que se vê da ementa do julgado do Superior Tribunal de Justiça, que se transcreve:

²⁸⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 70029347036*, da 7ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, 11 out. 2009. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em 05 nov. 2011.

²⁸¹ GROENINGA, *Descumprimento do dever de convivência: danos morais por abandono afetivo*. A interdisciplina sintoniza o direito de família com o direito à família, p. 407.

²⁸² RODRIGUES, *Abandono afetivo parental - dano passível de indenização?*, p. 52-53.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido.²⁸³

A decisão em primeira instância também havia julgado improcedente o pedido, salientando a inexistência de correlação entre o afastamento paterno e o desenvolvimento de sintomas psicopatológicos no autor.

No entanto, interposta apelação, a Sétima Câmara do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais reconheceu o pedido do autor, condenando o pai ao pagamento de indenização por danos morais, por entender que o dano sofrido feria a dignidade do filho diante do configurado descumprimento do dever de convivência.

Todavia, tal demanda não terminou por aí. Conforme se observa pela ementa do Superior Tribunal de Justiça, antes colacionada, o pai, inconformado com a decisão, interpôs recurso especial, que foi conhecido e provido por aquela Corte. O voto do Ministro relator Fernando Gonçalves alerta para o fato de que já existiria punição para a conduta omissa do pai, com a própria perda do poder familiar. Ainda, não teria como o Poder Judiciário obrigar o pai a amar seu filho ou com ele manter qualquer relacionamento, bem como que nenhuma finalidade positiva seria alcançada com tal indenização.

Ainda, refere João Gaspar Rodrigues que o litígio entre pais e filhos reduziria de forma considerável a esperança de aproximação dos mesmos. A indenização por abandono afetivo também não seria capaz de atender a finalidade de reparação financeira ou acolher seu efeito punitivo e dissuasório, pois o amparo, neste sentido, já é fornecido através do pagamento de pensão alimentícia.²⁸⁴

No mesmo sentido concorda Ivone M. Candido Coelho de Souza. Afirma a autora que não existiria nenhuma vantagem em responsabilizar os pais pelo abandono afetivo pois, reduziria ainda mais as chances de aproximação entre pai e filho, já que “é muito pouco provável que onerar financeiramente o pai faltoso reverta em algum suporte amoroso compensador para a criança.”²⁸⁵

²⁸³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 757.411-MG*, da 4ª Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, 29 nov. 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 16 jul. 2012.

²⁸⁴ RODRIGUES, *Abandono afetivo parental - dano passível de indenização?*, p. 53.

²⁸⁵ COELHO DE SOUZA, *Dano moral por abandono: monetarizando o afeto*, p. 69.

É imprescindível que seja conhecido o caso concreto antes de ser fixada a indenização por abandono afetivo, uma vez que deve ser analisado se a conduta do pai faltoso resulta em culpabilidade, pois, não havendo culpa, não há o que se falar em indenização.²⁸⁶

Ademais, como refere Leonardo Castro, a punição mais grave para os pais relapsos é a própria destituição do poder familiar. Desta forma, ao querer cumular a destituição do poder familiar com indenização por abandono afetivo pode-se criar uma situação ainda pior. Assim,

[...] muitos pais, não por amor, mas por temer a Justiça, passarão a exigir o direito de participar ativamente da vida do filho. Ainda que seja um mau pai, fará questão da convivência, e a mãe, zelosa, será obrigada a partilhar a guarda com alguém que claramente não possui qualquer afeto pela criança. A condição de amor compulsório poderá ser ainda pior que a ausência. Teremos, então, a figura do abandono do pai presente, visto que não é preciso estar distante fisicamente para demonstrar a falta de interesse afetivo.²⁸⁷

Ressalta ainda o mesmo autor que a indenização por abandono afetivo não alcançaria sua função social e também não seria capaz de demonstrar qualquer finalidade positiva na sua aplicação, pois, “[...] após a lide, uma barreira intransponível os afastará ainda mais, sepultando qualquer tentativa de futura reconciliação.”²⁸⁸

Assim, quando se adentra na esfera da responsabilidade civil por abandono afetivo devem ser feitas análises criteriosas, a fim de evitar a criação de uma indústria indenizatória. Ainda, deve-se ter cuidado para que o Judiciário não se torne em um instrumento tão somente de vingança pessoal, disfarçado sob o manto do abandono afetivo.

Os valores morais encontram-se na consciência de cada indivíduo, cabendo a este julgar o que considera certo ou errado. O que é certo é que o amor revela-se em um sentimento nobre, que naturalmente não exige nada em troca.

Uma decisão judicial não será capaz de reconstruir a afetividade de uma relação. Talvez apenas signifique uma forma de suprir um vazio, uma omissão, um abandono. Há sim o dever de cuidado e sustento, a fim de possibilitar o desenvolvimento físico e emocional dos menores, mas ainda não há a imposição do dever de amar.

Com efeito, observa-se que existem duas correntes de pensamento acerca da possibilidade jurídica de indenização por abandono afetivo na relação paterno-filial. Porém,

²⁸⁶ PEREIRA, *A responsabilidade civil dos pais pela omissão do afeto na formação da personalidade dos filhos*, p. 284.

²⁸⁷ CASTRO, Leonardo. O preço do abandono afetivo. *Revista IOB de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 46, fev./mar. 2008. p. 14-21. p. 19.

²⁸⁸ CASTRO, *O preço do abandono afetivo*, p. 19-20.

cada vez mais o Judiciário vem apreciando estas questões, buscando encontrar a exata solução para tais casos, à luz da afetividade e, por conseguinte, da valorização da dignidade da pessoa humana. No entanto, enquanto não encontrada uma solução, dois projetos de lei tentam alterar alguns dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Civil, a fim de que passe a constar expressamente no texto legislativo o abandono afetivo como ilícito civil e penal, passível de reparação, como se apresenta no seguimento.

3.4.2 Novas perspectivas

Em virtude da polêmica e da diversidade de entendimentos acerca do tema, o senador Marcelo Crivella apresentou, ainda no ano de 2007, o Projeto de Lei n. 700, que visa alterar a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal.

A proposta do senador pretende solucionar o problema do desamor na relação paterno-filial, frente à possibilidade de responsabilizar civil e penalmente aqueles pais que deixam de prestar assistência moral aos filhos. Para isso, o projeto faz alterações significativas no artigo 4º, parágrafos 2º e 3º²⁸⁹, artigo 5º, parágrafo único²⁹⁰, artigo 22²⁹¹ e artigo 24²⁹² do Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre outras.

Na justificativa do Projeto de Lei, o senador explica a importância e a necessidade das alterações devido à existência de decisões desfavoráveis, que acabam gerando certa insegurança jurídica. Tal problemática, entretanto, seria facilmente superada por intermédio de uma lei, que regulamentasse a situação, não deixando dúvidas quanto aos deveres primordiais dos pais.

²⁸⁹ Artigo 4º, parágrafo 2º e 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente de acordo com o Projeto de Lei nº 700/07: “Compete aos pais, além de zelar pelos direitos de que trata o art. 3º desta Lei, prestar aos filhos assistência moral, seja por convívio, seja por visitação periódica, que permitam o acompanhamento da formação psicológica, moral e social da pessoa em desenvolvimento. § 3º. Para efeitos desta Lei, compreende-se por assistência moral devida aos filhos menores de dezoito anos: I – a orientação quanto às principais escolhas e oportunidades profissionais, educacionais e culturais; II – a solidariedade e apoio nos momentos de intenso sofrimento ou dificuldade; III – a presença física espontaneamente solicitada pela criança ou adolescente e possível de ser atendida.”

²⁹⁰ Artigo 5º, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente de acordo com o Projeto de Lei nº 700/07: “Considera-se conduta ilícita, sujeita a reparação de danos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, a ação ou a omissão que ofenda direito fundamental de criança ou adolescente previsto nesta Lei, incluindo os casos de abandono moral.”

²⁹¹ Artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente de acordo com o Projeto de Lei nº 700/07: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda, convivência, assistência material e moral e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.”

²⁹² Artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente de acordo com o Projeto de Lei nº 700/07: “A perda e a suspensão do pátrio poder serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que aludem o art. 22.”

E assim, para explicar a necessidade da alteração, o senador Marcelo Crivella refere que

a lei não tem o poder de alterar a consciência dos pais, mas pode prevenir e solucionar os casos intoleráveis de negligência para com os filhos. Eis a finalidade desta proposta, e fundamenta-se na Constituição Federal, que, no seu art. 227, estabelece, entre os deveres e objetivos do Estado, juntamente com a sociedade e a família, o de assegurar a crianças e adolescentes – além do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer – o direito à dignidade e ao respeito. [...] Amor e afeto não se impõem por lei! Nossa iniciativa não tem essa pretensão. Queremos, tão somente, esclarecer, de uma vez por todas, que os pais têm o DEVER de acompanhar a formação dos filhos, orientá-los nos momentos mais importantes, prestar-lhes solidariedade e apoio nas situações de sofrimento e, na medida do possível, fazerem-se presentes quando o menor reclama espontaneamente a sua companhia.²⁹³

A principal modificação, e de maior relevância, seria mesmo a inserção do parágrafo único ao artigo 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente, passando a considerar conduta ilícita, sujeita a reparação de danos, sem prejuízo de outras sanções, a ação ou omissão dos pais que ofenda direito fundamental da criança e do adolescente, incluindo nessas hipóteses os casos de abandono moral.

Assim, o abandono moral dos pais em relação aos filhos seria uma forma de violação aos direitos fundamentais, capaz de ensejar ação de indenização pela conduta ilícita e omissão paterna.

O referido projeto foi protocolado em 06 de dezembro de 2007 e se encontra pronto para a pauta na comissão, sendo que já possui o voto favorável à sua aprovação, proferido pelo senador Demóstenes Torres, seu relator.

Ainda, deve-se mencionar outra inovação legislativa importante em tramitação. Também na Câmara dos Deputados tramita o Projeto de Lei n. 4.294, de 2008, de autoria do deputado Carlos Bezerra.

Este projeto acrescenta parágrafo único ao artigo 1.632 do Código Civil, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo. Estabelece, também, alterações no Estatuto do Idoso, Lei número 10.741, de 01 de outubro de 2003, sujeitando os filhos ao pagamento de indenizações pelo abandono afetivo de seus pais.

Na justificativa de seu projeto, o deputado Carlos Bezerra relata que

²⁹³ BRASIL, Projeto de Lei nº 700/07, de autoria do Senador Marcelo Crivella. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=51685&tp=1>>. Acesso em 11 jul. 2012.

o envolvimento familiar não pode ser mais apenas pautado em um parâmetro patrimonialista-individualista. Deve abranger também questões éticas que habitam, ou ao menos deveriam habitar, o consciente e inconsciente de todo ser humano. Entre as obrigações existentes entre pais e filhos, não há apenas a prestação de auxílio material. Encontra-se também a necessidade de auxílio moral, consistente na prestação de apoio, afeto e atenção mínimas indispensáveis ao adequado desenvolvimento da personalidade dos filhos ou adequado respeito às pessoas de maior idade. No caso dos filhos menores, o trauma decorrente do abandono afetivo parental implica marcas profundas no comportamento da criança. A espera por alguém que nunca telefona - sequer nas datas mais importantes - o sentimento de rejeição e a revolta causada pela indiferença alheia provocam prejuízos profundos em sua personalidade. No caso dos idosos, o abandono gera um sentimento de tristeza e solidão, que se reflete basicamente em deficiências funcionais e no agravamento de uma situação de isolamento social mais comum nessa fase da vida. A falta de intimidade compartilhada e a pobreza de afetos e de comunicação tendem a mudar estímulos de interação social do idoso e de seu interesse com a própria vida. Por sua vez, se é evidente que não se pode obrigar filhos e pais a se amar, deve-se ao menos permitir ao prejudicado o recebimento de indenização pelo dano causado.²⁹⁴

A proposta legislativa aguarda julgamento pela Câmara dos Deputados, mas, da mesma forma que o Projeto de Lei n. 700/07 que tramita no Senado Federal, já possui relatório favorável à sua aprovação. O voto do relator Antônio Bulhões é pela constitucionalidade, juridicidade, adequada técnica legislativa e, no mérito, pela sua aprovação.

Entretanto, enquanto não houver definição por parte do Congresso Nacional, as situações continuarão a ser decididas pelos magistrados, diante da análise de cada caso, à luz da doutrina, da jurisprudência e com base na analogia, nos costumes e princípios gerais do Direito.

De tal forma, percebe-se a real necessidade de tutela dos menores e a busca constante do atendimento de suas necessidades primordiais, dadas através do suporte físico e emocional, da presença, do carinho e do cuidado. Assim, no caso do descumprimento dos deveres decorrentes da paternidade, surge a obrigação de reparar o dano causado, como forma de desestímulo a tais condutas e mudança nos próprios valores e posturas sociais. Tal matéria deve ser analisada com extrema cautela, devido à subjetividade que a entorna, porém, a sensibilidade do assunto não pode impedir de avançar por medo de ousar.

²⁹⁴ BRASIL, Projeto de Lei nº 4.294/08, de autoria do Deputado Carlos Bezerra. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415684>>. Acesso em: 11 jul. 2012.

CONCLUSÃO

Ao final deste estudo, percebe-se que a evolução pela qual a família passou trouxe consigo alterações substanciais em sua forma e conteúdo, surgindo novos questionamentos no entorno familiar. As origens e conceitos antigos do grupo familiar não podem mais vigorar, pois os tempos mudaram, as pessoas se transformaram e as relações afetivas também se modificaram, significativamente.

Todo esse processo de mudança social, histórica e cultural fez com que novos paradigmas no âmbito do direito de família pudessem ser vislumbrados, permitindo ser considerados como avanços para a sociedade e para as relações familiares afetivas.

Nesse contexto, inicia-se falando da possibilidade de responsabilizar os pais pelo abandono afetivo de seus filhos, diante do descumprimento dos deveres parentais, capazes de gerar discussões, além da seara familiar, no próprio instituto da responsabilidade civil, buscando a adequação de seus conceitos e aplicação ao caso concreto.

Infelizmente, sabe-se que nos dias atuais as relações afetivas, e digam-se também as conjugais, são cada vez de mais rápida dissolução e os frutos de tais relacionamentos viram mero objeto, seja pelo distanciamento natural que acaba ocorrendo com o fim do relacionamento conjugal ou da união afetiva, seja simplesmente pelo abandono injustificado.

Entretanto, além de alimento para o corpo, é de extrema importância a nutrição da alma. O pagamento de pensões alimentícias não exime o genitor dos demais encargos decorrentes da relação. É da necessidade natural do ser humano a presença, o carinho, o querer bem e querer estar junto. Todos precisam uns dos outros para se desenvolverem física, psicológica e emocionalmente.

Assim, observa-se as origens da responsabilidade civil e suas alterações ao longo dos anos, em busca da reparação dos danos sofridos, sejam eles materiais ou morais, à luz de normas mais humanas, visualizadas através de uma adaptação à realidade social.

As divisões primordiais da responsabilidade civil e penal, assim como as diferentes subdivisões da responsabilidade civil em contratual, extracontratual, objetiva e subjetiva, manifestam-se como formas efetivas de evitar a irresponsabilidade humana, eis que, se

presentes os pressupostos autorizadores da responsabilização, haverá a possibilidade de se buscar a reparação do dano sofrido.

Faz-se necessário entender tal instituto para ajustá-lo, posteriormente, à questão da indenização por danos materiais e morais no direito de família, aliado aos pressupostos da responsabilidade subjetiva aplicável ao tema proposto. Assim, aquele pai omissivo que, por culpa sua, causar dano ao filho, fica obrigado a repará-lo, eis que evidenciado o nexo de causalidade entre o comportamento do ofensor e os prejuízos provocados à vítima.

A par disso, verifica-se que a família brasileira, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, ganhou uma nova roupagem, com um caráter mais humano, centrado na valorização do núcleo familiar em si, à luz da dignidade da pessoa humana. Assim, para disciplinar as novas relações existentes, surgiram os princípios constitucionais vinculados ao direito de família, ajudando a interpretação e aplicação das diretrizes legais na solução dos conflitos.

Não se pode mais falar em um conceito restrito de entidade familiar. A mesma abriu-se para novas formas de constituição, baseadas na realização existencial de cada um de seus membros, através da afetividade construída. A família, proclamada como base da sociedade, agora volta-se para o exercício de um papel mais funcional, buscando a estruturação e o desenvolvimento daqueles que a compõem.

Nesta seara, a presença efetiva de um pai e de uma mãe na vida do filho é de extrema importância. As obrigações assumidas e a serem cumpridas são cada vez maiores e, o fato do término da relação conjugal dos genitores não implica no encerramento das responsabilidades parentais. Os deveres e encargos de cada um dos pais permanecem e devem ser exercidos de forma plena, a fim de satisfazer as necessidades daqueles que deles dependem.

O poder familiar passou a ser mais um dever dos pais do que um poder propriamente dito. Trata-se agora de um encargo legal atribuído a alguém, tendo como fonte primária a própria Constituição Federal, sendo disciplinado, ainda, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente. A busca constante é pelo cumprimento das garantias fundamentais do ser humano, de crescer e se desenvolver em um ambiente socialmente adequado, voltado para sua realização existencial.

Só o convívio e a afetividade familiar proporcionam essa realização existencial, independentemente da situação em que seus membros se encontrem. Cabe primeiramente aos pais a tarefa de estabelecer as formas de realização da instrução dos filhos, impondo-lhes

limites e responsabilidades, por meio de um ambiente familiar saudável, que se estreita muito mais nos laços afetivos do que nos materiais. Tudo se resume em apenas três palavras: afeto, convivência e responsabilidade.

O afeto tornou-se núcleo essencial para a realização dos integrantes da família, tendo o centro de sua constituição se deslocado do princípio da autoridade para o da compreensão, do amor e da afetividade. As pessoas passaram a se preocupar mais com o que sentem do que com a adequação de seus atos a um modelo jurídico perfeito. O afeto agora é visto no sentido de cuidado, de realização existencial, especialmente com relação aos menores.

Da mesma forma examinou-se, em ponto mais específico, a possibilidade da ocorrência de danos morais na esfera familiar, questão esta ainda muito discutida pela doutrina e jurisprudência, que possuem posições diferentes sobre determinados aspectos. Todavia, a própria Constituição Federal dispõe acerca do direito à indenização por danos morais, disciplinada em seu artigo 5º, inciso X, assegurando a proteção dos direitos de personalidade.

Não há mais como se conceber que um membro da família possa causar dano a outro e não sofrer nenhuma consequência por sua ação ou omissão, exatamente em razão da existência de um vínculo familiar que os une.

Desta forma, o estudo realizado evidencia a possibilidade de se responsabilizar civilmente os pais pelo abandono afetivo de seus filhos, diante da comprovação do descumprimento dos deveres parentais, capazes de afetar significativamente o desenvolvimento dos menores.

É claro que existem situações em que as circunstâncias do caso concreto muitas vezes podem ser vistas como óbice para a responsabilização parental, mas isso não exime os genitores do cumprimento de seus encargos. É exatamente pelo fato de existirem relações passageiras e pela precocidade dos relacionamentos que a questão da indenização pela falta de afeto deve ser vista de forma cautelosa. A realidade social atual apresenta situações como de jovens, muitas vezes menores de idade, que se aventuram em relacionamentos afetivos e sexuais, podendo vir a ocasionar uma gestação indesejada. Porém, independentemente da condição em que se encontram, devem os genitores, ao menos, esforçar-se para o cumprimento mínimo de suas responsabilidades, na medida das possibilidades de cada um.

Com efeito, o fundamento da responsabilidade civil pelo abandono afetivo demanda reflexão lastreada na dignidade da pessoa humana e no adequado desenvolvimento social,

psicológico e cultural dos filhos. Cada caso possui suas peculiaridades e, deve ser analisado interdisciplinarmente com outras áreas do conhecimento, especialmente a psicologia e a sociologia, com o objetivo primordial de tentar adequar a situação, de modo a minimizar os impactos ocasionados por tal questão, devido à subjetividade que a envolve.

Assim, verificam-se posições favoráveis e contrárias à indenização, sendo fortes os argumentos apresentados por cada corrente de pensamento, de modo que não há que se falar em uma conclusão absoluta e invariável sobre a temática.

A análise de tais propostas pode levar a um entendimento único de que existe sim a responsabilidade dos pais no cumprimento dos deveres decorrentes do poder familiar. Contudo, diante da ausência de norma legal que discipline os casos de omissão ou negligência dos pais no cumprimento de seus deveres morais, deve o julgador analisar cada situação individualmente, de acordo com suas peculiaridades. Os laços afetivos dificilmente serão reconstruídos após uma demanda judicial e, o dinheiro, não preencherá totalmente o vazio existente.

Por outro lado, negar a possibilidade de indenização por abandono afetivo, seria uma forma de tolerar a inobservância dos deveres de cuidado inerentes à paternidade, banalizando a função paterna e desconsiderando os sentimentos naturais advindos de tal relação. Nesse sentido, mencionou-se a recente decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, condenando o pai omissor ao pagamento de indenização pelo abandono afetivo de sua filha. Ocasinou repercussão nacional e está servindo de paradigma para decisões futuras, não podendo, no entanto, afirmar-se ainda que tal questão esteja pacificada, pois existem muitos debates e indagações que fazem margem ao tema central.

Ainda existem novas perspectivas, apresentadas através de dois projetos de lei, nº 700/07 e 4.294/08, que tramitam, respectivamente, no Senado Federal e na Câmara dos Deputados, visando a alteração de alguns artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Civil, com a consequente inserção do abandono afetivo como ilícito civil e penal, passível de indenização. Entretanto, enquanto não houver decisão legislativa acerca do assunto, as mais diversas situações continuarão a ser decididas pelos magistrados, pautadas na sensibilidade e bom senso, diante da análise de cada caso, à luz da doutrina e da jurisprudência.

A indenização por abandono afetivo não deve servir como forma de enriquecimento do ofendido ou empobrecimento do ofensor. Também não deve ser vista como um meio de

criação de uma indústria do desamor ou verdadeira monetarização do afeto. Deve sim, ser observada pelo seu caráter preventivo e educativo, cabendo ao julgador analisar cada caso com a devida cautela, de acordo com suas particularidades e de uma forma extremamente subjetiva, pois cada relação envolve sentimentos diferentes.

Desta forma, entende-se pela possibilidade de indenizar os pais omissos pelo abandono e negligência de seus filhos, não como medida de reparação de um afeto que não existe mais ou que talvez nunca existiu, mas como forma de minimizar ou suprir os danos sofridos e conscientizar os pais da importância fundamental que possuem na vida dos filhos.

O afeto não tem preço, mas o desafeto pode trazer graves consequências.

REFERÊNCIAS

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 4, n. 14, p. 09, jul./set. 2002. p. 05-10.

_____. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de Família e psicanálise*. São Paulo: Imago, 2003. p. 143-154.

BRANCO, Bernardo Castelo. *Dano moral no Direito de Família*. São Paulo: Editora Método, 2006.

BRASIL, *Código Civil*, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 17 jul. 2012.

BRASIL, *Constituição*, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 jun. 2012.

BRASIL, *Estatuto da Criança e do Adolescente*, Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Publicada no Diário Oficial da União de 16 de julho de 1990 e retificada em 27 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 05 mai. 2012.

BRASIL, Projeto de Lei nº 700/07, de autoria do Senador Marcelo Crivella. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=51685&tp=1>>. Acesso em 11 jul. 2012.

BRASIL, Projeto de Lei nº 4.294/08, de autoria do Deputado Carlos Bezerra. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415684>>. Acesso em: 11 jul. 2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 757.411-MG*. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, DF, 29 nov. 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 16 jul. 2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.159.242-SP*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 24 de abr. de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 16 jul. 2012.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, (Org.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 273-313.

CARDOSO, Simone Murta. *Responsabilidade civil nas relações afetivas*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/729>>. Acesso em 02 jul. 2012. p. 1-21.

CAROSI, Eliane Goulart Martins. *O valor jurídico do afeto na ordem civil-constitucional brasileira*. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/659>>. Acesso em 02 jun. 2012. p. 1-14.

CASSETTARI, Christiano. Responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo de seus filhos – dos deveres constitucionais. In: GROENINGA, (Org.). *A outra face do Poder Judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 433-445.

CASTRO, Leonardo. O preço do abandono afetivo. *Revista IOB de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 46, fev./mar. 2008. p. 15-21.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: direito de família e sucessões*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Curso de direito civil: obrigações e responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO DE SOUZA, Ivone M. Candido. Dano moral por abandono: monetarizando o afeto. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: IBDFAM, v. 13, dez/jan. 2010. p. 60-74.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. Família: do autoritarismo ao afeto. Como e a quem indenizar a omissão do afeto? *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM. v. 07, n. 32, out./nov. 2005. p. 20-39.

CUNHA, Marcia Elena de Oliveira. *O afeto face ao princípio da dignidade da pessoa humana e seus efeitos jurídicos no Direito de Família*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/482>>. Acesso em 04 jul. 2012. p. 1-17.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. *A importância do papel dos pais no desenvolvimento dos filhos e a responsabilidade civil por abandono*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/impressao.php?t=artigos&n=703>>. Acesso em: 12 mai. 2012. p. 1-23.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. v. 7. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. v. 5. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. Responsabilidade civil nas relações familiares. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, v. 24, out/nov. 2011. p. 84-113.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08*. São Paulo: Atlas, 2008.

GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. v. 6. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GROENINGA, Giselle Câmara. Descumprimento do dever de convivência: danos morais por abandono afetivo. A interdisciplina sintoniza o direito de família com o direito à família. In: GROENINGA, (Org.). *A outra face do Poder Judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 402-419.

_____. O direito a ser humano: da culpa à responsabilidade. In: GROENINGA e PEREIRA, (Orgs.). *Direito de família e psicanálise - rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 95-106.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos além da obrigação de caráter material. In: GROENINGA, (Org.). *A outra face do Poder Judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 446-474.

HORNE, Francisco Alejandro. *O não cabimento de danos morais por abandono afetivo do pai*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/298>>. Acesso em: 12 jul. 2012. p. 1-4.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: direito de família e sucessões*. v. 5. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. A repersonalização nas relações de família. In: DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim (Coords.). *Direito de família contemporâneo e novos direitos*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 99-114.

_____. Do poder familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de Família e o novo Código Civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 177-189.

LOMEU, Leandro Soares. *Afeto, abandono, responsabilidade e limite: diálogos sobre ponderação*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigo/detalhe/659>>. Acesso em 02 jun. 2012. p. 1-12.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações e responsabilidade civil*. v. 5, 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Multa afetiva*. Disponível em: <<http://www.rolfmadaleno.com.br>>. Acesso em: 10 mai. 2012. p. 1-2.

_____. *Novas perspectivas no Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Repensando o direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MARQUES, Suzana Oliveira. *Princípios do Direito de Família e guarda dos filhos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MEIRELLES, Rose Melo Vencelau. O princípio do melhor interesse da criança. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 459-493.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 408.550-5*, da 7ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Unias Silva, 29 abr. 2004. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 12 jul. 2012.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, Tomo LIII.

MONTEIRO, Washington de Barros; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Curso de direito civil: direito de família*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: FILHO, Firly Nascimento; GUERRA, Isabella Franco; PEIXINHO, Manoel Messias. (Orgs.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 157-176.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Direito das obrigações: fundamento do direito das obrigações e introdução à responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA E TELLES, Marília Campos. *Família coragem: cuidado e responsabilidade*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/impressao.php?t=artigos&n=598>>. Acesso em: 10 mai. 2012. p. 1-24.

OLTRAMARI, Vitor Ugo. *O dano moral na ruptura da sociedade conjugal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PAULO, Beatrice Marinho. Ser pai nas novas configurações familiares: a paternidade psicoafetiva. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. v. 10, jun./jul. 2009. Belo Horizonte: IBDFAM, 2007. p. 05-33.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. v. 5. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEREIRA, Eddla Karina Gomes. Responsabilidade civil por abandono afetivo na filiação. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/impresao.php?t=artigos&n=439>>. Acesso em: 12 mai. 2012. p. 1-7.

PEREIRA, Maria Isabel da Costa. A responsabilidade civil dos pais pela omissão do afeto na formação da personalidade dos filhos. In: MADALENO e MILHORANZA, (Orgs.). *Direito de Família e Sucessões*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2008. p. 268-292.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Afeto, responsabilidade e o STF*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/553>>. Acesso em: 16 jul. 2012. p. 1-2.

_____. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *Divórcio: teoria e prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

_____. *Nem só de pão vive o homem: responsabilidade civil por abandono afetivo*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/392>>. Acesso em 17 jul. 2012. p. 1-6.

_____. Pai, por que me abandonaste? In: GROENINGA e PEREIRA, (Orgs.). *Direito de família e psicanálise - rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 219-228.

_____. *Pai, por que me abandonaste?* Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/impresao.php?t=artigos&n=41>>. Acesso em: 12 mai. 2012. p. 1-8.

_____. *Princípios fundamentais norteadores para o Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA, Sergio Gisckow. O dano moral no Direito de Família: o perigo dos excessos capazes de repatrimonializar as relações familiares. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade – dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 405-418.

PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. *Direitos fundamentais e relações familiares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

PESSANHA, Jackelline Fraga. A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Afetividade%2019_12_2011.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2012. p. 1-5.

REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização por dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 70029347036*, da 7ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, 11 out. 2009. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em 05 nov. 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Responsabilidade civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES, João Gaspar. Abandono afetivo parental - dano passível de indenização? *Revista Jurídica Consulex*. Ano XV, n. 34, 15 de julho de 2011. p. 50-53.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. v. 5. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROSSOT, Rafael Bucco. O afeto nas relações familiares e a faceta substancial do princípio da convivência familiar. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. v. 09, abr./maio 2009. Belo Horizonte: IBDFAM, 2007. p. 05-24.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEREJO, Lourival. *Direito constitucional da família*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SHARP JUNIOR, Ronald A. *Dano moral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Destaque, 2001.

SILVA, Cláudia Maria. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM, v. 6, ago/set. 2004. p. 122-147.

SILVA, Priscilla Menezes da. *A amplitude da responsabilidade familiar: da indenização por abandono afetivo por consequência da violação do dever de convivência*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/617>>. Acesso em: 17 jul. 2012. p. 1-10.

SKAF, Samira. Possibilidade legal de concessão de dano moral aos filhos abandonados afetivamente pelos pais, frente ao cometimento de ato ilícito. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: IBDFAM, v. 13, dez/jan. 2010. p. 93-118.

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TARTUCE, Flávio. Danos morais por abandono moral. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM. v. 07, dez/jan. 2009. p. 100-115.

_____. *Novos princípios do Direito de Família brasileiro*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/impressao.php?t=artigos&n=308>>. Acesso em: 09 mai. 2012. p. 1-8

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM. v. 07, n. 32, out./nov. 2005. p. 138-158.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 4ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p. 01.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. v. 6. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Direito civil: responsabilidade civil*. v. 4. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. *A importância dos princípios específicos do Direito das Famílias*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/impressao.php?t=artigos&n=615>>. Acesso em: 09 mai. 2012. p. 1-6.

WALD, Arnaldo. *O novo direito de família*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ANEXO A – PROJETO DE LEI Nº 700/07

PROJETO DE LEI DO SENADO nº. , de 2007

Modifica a Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990 (“Estatuto da Criança e do Adolescente”) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O art. 4º da Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 2º e 3º, renumerado o atual parágrafo único como § 1º:

“**Art. 4º**

§ 1º.

§ 2º. Compete aos pais, além de zelar pelos direitos de que trata o art. 3º desta Lei, prestar aos filhos assistência moral, seja por convívio, seja por visitação periódica, que permitam o acompanhamento da formação psicológica, moral e social da pessoa em desenvolvimento. **§ 3º.** Para efeitos desta Lei, compreende-se por assistência moral devida aos filhos menores de dezoito anos:

I– a orientação quanto às principais escolhas e oportunidades profissionais, educacionais e culturais;

II – a solidariedade e apoio nos momentos de intenso sofrimento ou dificuldade;

III – a presença física espontaneamente solicitada pela criança ou adolescente e possível de ser atendida.(NR)”

Art. 2º Os arts. 5º, 22, 24, 56, 58, 129 e 130 da Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“**Art. 5º.**

Parágrafo único. Considera-se conduta ilícita, sujeita a reparação de danos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, a ação ou a omissão que ofenda direito fundamental de criança ou adolescente previsto nesta Lei, incluindo os casos de abandono moral. (NR)”

“**Art. 22.** Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda, convivência, assistência material e moral e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais (NR).”

“**Art. 24.** A perda e a suspensão do pátrio poder serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que aludem o art. 22. (NR)”

“**Art. 56.**
IV – negligência, abuso ou abandono na forma prevista nos arts. 4º e 5º desta Lei. (NR)” “**Art. 58.** No processo educacional respeitar-se-ão os valores culturais, morais, éticos, artísticos e históricos próprios do contexto social da criança e do adolescente, garantindo-se a estes a liberdade da criação e o acesso às fontes de cultura. (NR)”

“**Art. 129.** São medidas aplicáveis aos pais ou responsável:.....

Parágrafo único. Na aplicação das medidas previstas nos incisos IX e X deste artigo, observar-se-á o disposto nos arts. 22, 23 e 24. (NR)”

“**Art. 130.** Verificada a hipótese de maus-tratos, negligência, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judiciária poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor ou responsável da moradia comum. (NR)”

Art. 3º A Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 232-A:

“**Art. 232-A.** Deixar, sem justa causa, de prestar assistência moral ao filho menor de dezoito anos, nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 4º desta Lei, prejudicando-lhe o desenvolvimento psicológico e social. **Pena** – detenção, de um a seis meses.”

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

A Lei não tem o poder de alterar a consciência dos pais, mas pode prevenir e solucionar os casos intoleráveis de negligência para com os filhos. Eis a finalidade desta proposta, e fundamenta-se na Constituição Federal, que, no seu art. 227, estabelece, entre os deveres e objetivos do Estado, juntamente com a sociedade e a família, o de assegurar a crianças e adolescentes – além do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer – o direito à dignidade e ao respeito.

Mas como conferir dignidade e respeito às crianças e adolescentes, se estes não receberem a presença acolhedora dos genitores? Se os pais não lhes transmitem segurança, senão silêncio e desdém? Podem a indiferença e a distância suprir as necessidades da pessoa em desenvolvimento? Pode o pai ausente -ou a mãe omissa -atender aos desejos de proximidade, de segurança e de agregação familiar reclamados pelos jovens no momento mais delicado de sua formação? São óbvias as respostas a tais questionamentos.

Ninguém está em condições de duvidar que o abandono moral por parte dos pais produz sérias e indelévels conseqüências sobre a formação psicológica e social dos filhos.

Amor e afeto não se impõem por lei! Nossa iniciativa não tem essa pretensão. Queremos, tão-somente, esclarecer, de uma vez por todas, que os pais têm o DEVER de acompanhar a formação dos filhos, orientá-los nos momentos mais importantes, prestar-lhes solidariedade e apoio nas situações de sofrimento e, na medida do possível, fazerem-se presentes quando o menor reclama espontaneamente a sua companhia.

Algumas decisões judiciais começam a perceber que a negligência ou sumiço dos pais são condutas inaceitáveis à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Por exemplo, o caso julgado pela juíza Simone Ramalho Novaes, da 1ª Vara Cível de São Gonçalo, região metropolitana do Rio de Janeiro, que condenou um pai a indenizar seu filho, um adolescente de treze anos, por abandono afetivo. Nas palavras da ilustre magistrada, *“se o pai não tem culpa por não amar o filho, a tem por negligenciá-lo. O pai deve arcar com a responsabilidade de tê-lo abandonado, por não ter cumprido com o seu dever de assistência moral, por não ter convivido com o filho, por não tê-lo educado, enfim, todos esses direitos*

impostos pela Lei”. E mais: “O poder familiar foi instituído visando à proteção dos filhos menores, por seus pais, na salvaguarda de seus direitos e deveres. Sendo assim, chega-se à conclusão de ser perfeitamente possível a condenação por abandono moral de filho com amparo em nossa legislação.”

Por outro lado, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça não demonstrou a mesma sensibilidade, como deixa ver a ementa da seguinte decisão: *“Responsabilidade civil. Abandono moral. Reparação. Danos morais. Impossibilidade. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.”* (Recurso Especial nº. 757.411/MG, Relator Ministro Fernando Gonçalves, julgamento em 29/11/2005).

Entretanto, com o devido respeito à cultura jurídica dos eminentes magistrados que proferiram tal decisão, como conjugá-la com o comando do preito art. 227 da Constituição?

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.”

Ou, ainda, com o que determina o Código Civil:

Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002

Institui o Código Civil

“Art. 1.579. O divórcio não modificará os direitos dos pais em relação aos filhos.

Parágrafo único. Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não

poderá importar em restrição aos direitos e deveres previstos neste artigo.

.....
Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quando ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

.....
Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

.....
II - tê-los em sua companhia e guarda;”

Portanto, embora consideremos que a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e o Código Civil contemplem a assistência moral, entendemos por bem estabelecer uma regra inequívoca que caracterize o abandono moral como conduta ilícita passível de reparação civil, além de repercussão penal.

Fique claro que a pensão alimentícia não esgota os deveres dos pais em relação a seus filhos. Seria uma leitura muito pobre da Constituição e do ECA. A relação entre pais e filhos não pode ser reduzida a uma dimensão monetária, de cifras. Os cuidados devidos às crianças e adolescentes compreendem atenção, presença e orientação.

É verdade que a lei assegura o poder familiar aos pais que não tenham condições materiais ideais. Mas a mesma lei não absolve a negligência e o abandono de menores, pessoas em formação de caráter, desprovidas, ainda, de completo discernimento e que não podem enfrentar, como adultos, as dificuldades da vida. Portanto, aceitam-se as limitações materiais, mas não a omissão na formação da personalidade.

Diante dessas considerações, propusemos modificações em diversos dispositivos do ECA, no sentido de aperfeiçoá-lo em suas diretrizes originais. Ao formular o tipo penal do art. 232-A, tivemos a preocupação de dar contornos objetivos ao problema, exigindo o efetivo prejuízo de ordem psicológica e social para efeito de consumação.

Lembramos que compromissos firmados por consenso internacional, e ratificados pelo Brasil, também apontam para a necessidade de aprimoramento das normas legais assecuratórias dos direitos das nossas criança e adolescentes, vejamos:

Declaração dos Direitos da Criança

Adotada pela Assembléia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil pelo Decreto n°. 99.710/1990

PRINCÍPIO 2º *A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidade e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança.*

PRINCÍPIO 6º *Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. (...)*

PRINCÍPIO 7º *(...) Ser-lhe-á propiciada uma educação capaz de promover a sua cultura geral e capacitá-la a, em condições de iguais oportunidades, desenvolver as suas aptidões, sua capacidade de emitir juízo e seu senso de responsabilidade moral e social, ea tornar-se um membro útil da sociedade.*

Os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais.

CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA

Adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 1990

ARTIGO 9

3. *Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a*

menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança.

Assim, crendo que a presente proposição, além de estabelecer uma regra inequívoca que permita a caracterização do abandono moral como conduta ilícita, também irá orientar as decisões judiciais sobre o tema, superando o atual estágio de insegurança jurídica criado por divergências em várias dessas decisões, é que confiamos em seu acolhimento pelos nobres Congressistas, de sorte a permitir a sua rápida aprovação.

Sala das Sessões,

Senador MARCELO CRIVELLA

ANEXO B – PROJETO DE LEI N° 4294/2008

PROJETO DE LEI n° , DE 2008

(Do Sr. Carlos Bezerra)

Acrescenta parágrafo ao artigo 1. 632 da lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e ao art. 3° da lei n° 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso -, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Acrescenta parágrafo ao artigo 1.632 da lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e ao art. da lei n° 10.741, de 1º de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso -, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo.

Art. 2º O artigo 1.632 da lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil – passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“ Art. 1632

Parágrafo único: O abandono afetivo sujeita os pais ao pagamento de indenização por dano moral.(NR)”

Art. 3º O parágrafo único do art. 3º da lei n° 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso - passa a vigorar como parágrafo 1º, devendo ser acrescido o seguinte parágrafo 2º ao artigo:

“Art. 3º.....

§ 1º.....

§ 2º O abandono afetivo sujeita os filhos ao pagamento de indenização por dano moral.”

JUSTIFICAÇÃO

O envolvimento familiar não pode ser mais apenas pautado em um parâmetro patrimonialista-individualista. Deve abranger também questões éticas que habitam, ou ao menos deveriam habitar, o consciente e inconsciente de todo ser humano.

Entre as obrigações existentes entre pais e filhos, não há apenas a prestação de auxílio material. Encontra-se também a necessidade de auxílio moral, consistente na prestação de apoio, afeto e atenção mínimas indispensáveis ao adequado desenvolvimento da personalidade dos filhos ou adequado respeito às pessoas de maior idade.

No caso dos filhos menores, o trauma decorrente do abandono afetivo parental implica marcas profundas no comportamento da criança. A espera por alguém que nunca telefona - sequer nas datas mais importantes - o sentimento de rejeição e a revolta causada pela indiferença alheia provocam prejuízos profundos em sua personalidade.

No caso dos idosos, o abandono gera um sentimento de tristeza e solidão, que se reflete basicamente em deficiências funcionais e no agravamento de uma situação de isolamento social mais comum nessa fase da vida. A falta de intimidade compartilhada e a pobreza de afetos e de comunicação tendem a mudar estímulos de interação social do idoso e de seu interesse com a própria vida.

Por sua vez, se é evidente que não se pode obrigar filhos e pais a se amar, deve-se ao menos permitir ao prejudicado o recebimento de indenização pelo dano causado.

Por todo exposto, clamo meus pares a aprovar o presente projeto de lei.

Sala das Sessões, em de de 2008.

Deputado CARLOS BEZERRA

ANEXO C – EMENTA E VOTO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242-SP**Superior Tribunal de Justiça
Revista Eletrônica de Jurisprudência****RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (20090193701-9)**

RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso especial interposto por ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS, com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da CF/88, contra acórdão proferido pelo TJ/SP.

Ação: de indenização por danos materiais e compensação por danos morais, ajuizada por LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA em desfavor do recorrente, por ter sofrido abandono material e afetivo durante sua infância e juventude.

Sentença: o i. Juiz julgou improcedente o pedido deduzido pela recorrida, ao fundamento de que o distanciamento entre pai e filha deveu-se, primordialmente, ao comportamento agressivo da mãe em relação ao recorrente, nas situações em que houve contato entre as partes, após a ruptura do relacionamento ocorrido entre os genitores da recorrida.

Acórdão: o TJ/SP deu provimento à apelação interposta pela recorrida, reconhecendo o seu abandono afetivo, por parte do recorrente – seu pai –, fixando a compensação por danos morais em R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais), nos termos da seguinte ementa:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. FILHA HAVIDA DE RELAÇÃO AMOROSA ANTERIOR. ABANDONO MORAL E MATERIAL. PATERNIDADE RECONHECIDA JUDICIALMENTE. PAGAMENTO DA PENSÃO ARBITRADA EM DOIS SALÁRIOS MÍNIMOS ATÉ A MAIORIDADE. ALIMENTANTE ABASTADO E PRÓSPERO. IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Recurso especial: alega violação dos arts. 159 do CC-16 (186 do CC-02); 944 e 1638 do Código Civil de 2002, bem como divergência jurisprudencial.

Sustenta que não abandonou a filha, conforme foi afirmado pelo Tribunal de origem e, ainda que assim tivesse procedido, esse fato não se reveste de ilicitude, sendo a única punição legal prevista para o descumprimento das obrigações relativas ao poder familiar – notadamente o abandono – a perda do respectivo poder familiar –, conforme o art. 1638 do CC-2002.

Aduz, ainda, que o posicionamento adotado pelo TJ/SP diverge do entendimento do STJ para a matéria, consolidado pelo julgamento do REsp n ° 757411/MG, que afasta a possibilidade de compensação por abandono moral ou afetivo.

Em pedido sucessivo, pugna pela redução do valor fixado a título de compensação por danos morais.

Contrarrazões: reitera a recorrida os argumentos relativos à existência de abandono material, moral, psicológico e humano de que teria sido vítima desde seu nascimento, fatos que por si só sustentariam a decisão do Tribunal de origem, quanto ao reconhecimento do abandono e a fixação de valor a título de compensação por dano moral.

Juízo prévio de admissibilidade: o TJ/SP admitiu o recurso especial (fls. 567/568, e-STJ).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

VOTO

Sintetiza-se a lide em determinar se o abandono afetivo da recorrida, levado a efeito pelo seu pai, ao se omitir da prática de fração dos deveres inerentes à paternidade, constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável.

1. Da existência do dano moral nas relações familiares

Faz-se salutar, inicialmente, antes de se adentrar no mérito propriamente dito, realizar pequena digressão quanto à possibilidade de ser aplicada às relações intrafamiliares a normatização referente ao dano moral.

Muitos, calcados em axiomas que se focam na existência de singularidades na relação familiar – sentimentos e emoções – negam a possibilidade de se indenizar ou compensar os danos decorrentes do descumprimento das obrigações parentais a que estão sujeitos os genitores.

Contudo, não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família. Ao revés, os textos legais que regulam a matéria (art. 5,º V e X da CF e arts. 186 e 927 do CC-02) tratam do tema de maneira ampla e irrestrita, de onde é possível se inferir que regulam, inclusive, as relações nascidas dentro de um núcleo familiar, em suas diversas formas.

Assim, a questão – que em nada contribui para uma correta aplicação da disciplina relativa ao dano moral – deve ser superada com uma interpretação técnica e sistemática do Direito aplicado à espécie, que não pode deixar de ocorrer, mesmo ante os intrincados meandros das relações familiares.

Outro aspecto que merece apreciação preliminar, diz respeito à perda do poder familiar (art. 1638, II, do CC-02), que foi apontada como a única punição possível de ser imposta aos pais que descumram do múnus a eles atribuído, de dirigirem a criação e educação de seus filhos (art. 1634, II, do CC-02).

Nota-se, contudo, que a perda do pátrio poder não suprime, nem afasta, a possibilidade de indenizações ou compensações, porque tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malculhado recebido pelos filhos.

2. Dos elementos necessários à caracterização do dano moral

É das mais mezinhas lições de Direito, a tríade que configura a responsabilidade civil subjetiva: o dano, a culpa do autor e o nexo causal. Porém, a simples lição ganha contornos extremamente complexos quando se focam as relações familiares, porquanto nessas se entremeiam fatores de alto grau de subjetividade, como afetividade, amor, mágoa, entre outros, os quais dificultam, sobremaneira, definir, ou perfeitamente identificar e/ou constatar, os elementos configuradores do dano moral.

No entanto, a par desses elementos intangíveis, é possível se visualizar, na relação entre pais e filhos, liame objetivo e subjacente, calcado no vínculo biológico ou mesmo autoimposto – casos de adoção –, para os quais há preconização constitucional e legal de obrigações mínimas.

Sendo esse elo fruto, **sempre**, de ato volitivo, emerge, para aqueles que concorreram com o nascimento ou adoção, a responsabilidade decorrente de suas ações e escolhas, vale dizer, a criação da prole.

Fernando Campos Scaff retrata bem essa vinculação entre a liberdade no exercício das ações humanas e a responsabilidade do agente pelos ônus correspondentes:

(...) a teoria da responsabilidade relaciona-se à liberdade e à racionalidade humanas, que impõe à pessoa o dever de assumir os ônus correspondentes a fatos a ela referentes. Assim, a responsabilidade é corolário da faculdade de escolha e de iniciativa que a pessoa possui no mundo, submetendo-a, ou o respectivo patrimônio,

aos resultados de suas ações que, se contrários à ordem jurídica, geram-lhe, no campo civil, a obrigação de ressarcir o dano, quando atingem componentes pessoais, morais ou patrimoniais da esfera jurídica de outrem. (Da culpa ao risco na responsabilidade civil *in*: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (coords.). **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo, Atlas, pag. 75).

Sob esse aspecto, indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos, sendo monótono o entendimento doutrinário de que, entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança.

E é esse vínculo que deve ser buscado e mensurado, para garantir a proteção do filho quando o sentimento for tão tênue a ponto de não sustentarem, por si só, a manutenção física e psíquica do filho, por seus pais – biológicos ou não.

À luz desses parâmetros, há muito se cristalizou a obrigação legal dos genitores ou adotantes, quanto à manutenção material da prole, outorgando-se tanta relevância para essa responsabilidade, a ponto de, como meio de coerção, impor-se a prisão civil para os que a descumprem, sem justa causa.

Perquirir, com vagar, não sobre o dever de assistência psicológica dos pais em relação à prole – **obrigação inescapável** –, mas sobre a viabilidade técnica de se responsabilizar, civilmente, àqueles que descumprem essa incumbência, é a outra faceta dessa moeda e a questão central que se examina neste recurso.

2.1. Da ilicitude e da culpa

A responsabilidade civil subjetiva tem como gênese uma ação, ou omissão, que redunde em dano ou prejuízo para terceiro, e está associada, entre outras situações, à negligência com que o indivíduo pratica determinado ato, ou mesmo deixa de fazê-lo, quando seria essa sua incumbência.

Assim, é necessário se refletir sobre a existência de ação ou omissão, juridicamente relevante, para fins de configuração de possível responsabilidade civil e, ainda, sobre a existência de possíveis excludentes de culpabilidade incidentes à espécie.

Sob esse aspecto, calha lançar luz sobre a crescente percepção do cuidado como valor jurídico apreciável e sua repercussão no âmbito da responsabilidade civil, pois, constituindo-se o cuidado fator curial à formação da personalidade do infante, deve ele ser alçado a um patamar de relevância que mostre o impacto que tem na higidez psicológica do futuro adulto.

Nessa linha de pensamento, é possível se afirmar que tanto pela concepção, quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole, que vão além daquelas chamadas *necessarium vitae*.

A ideia subjacente é a de que o ser humano precisa, além do básico para a sua manutenção – alimento, abrigo e saúde –, também de outros elementos, normalmente imateriais, igualmente necessários para uma adequada formação – educação, lazer, regras de conduta, etc.

Tânia da Silva Pereira – autora e coordenadora, entre outras, das obras *Cuidado e vulnerabilidade* e *O cuidado como valor jurídico* – acentua o seguinte:

O cuidado como 'expressão humanizadora', preconizado por Vera Regina Waldow, também nos remete a uma efetiva reflexão, sobretudo quando estamos diante de crianças e jovens que, de alguma forma, perderam a referência da família de origem(...).a autora afirma: 'o ser humano precisa cuidar de outro ser humano para realizar a sua humanidade, para crescer no sentido ético do termo. Da mesma maneira, o ser humano precisa ser cuidado para atingir sua plenitude, para que possa superar obstáculos e dificuldades da vida humana'. (Abrigo e alternativas de acolhimento familiar, in: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 309).

Prossegue a autora afirmando, ainda, que:

Waldow alerta para atitudes de não-cuidado ou ser des-cuidado em situações de dependência e carência que desenvolvem sentimentos, tais como, de se sentir impotente, ter perdas e ser traído por aqueles que acreditava que iriam cuidá-lo. Situações graves de desatenção e de não-cuidado são relatadas como sentimentos de alienação e perda de identidade. Referindo-se às relações humanas vinculadas à enfermagem a autora destaca os sentimentos de desvalorização como pessoa e a vulnerabilidade. 'Essa experiência torna-se uma cicatriz que, embora possa ser esquecida, permanece latente na memória'. *O cuidado dentro do contexto da convivência familiar leva à releitura de toda a proposta constitucional e legal*

relativa à prioridade constitucional para a convivência familiar. (op. cit. pp 311-312 - sem destaques no original).

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

Nesse sentido, cita-se, o estudo do psicanalista Winnicott, relativo à formação da criança:

[...]do lado psicológico, um bebê privado de algumas coisas correntes, mas necessárias, como um contato afetivo, está voltado, até certo ponto, a perturbações no seu desenvolvimento emocional que se revelarão através de dificuldades pessoais, à medida que crescer. Por outras palavras: a medida que a criança cresce e transita de fase para fase do complexo de desenvolvimento interno, até seguir finalmente uma capacidade de relação, os pais poderão verificar que a sua boa assistência constitui um ingrediente essencial. (WINNICOTT, D.W. **A criança e o seu mundo**. 6ª ed. Rio de Janeiro:LTC, 2008).

Essa percepção do cuidado como tendo valor jurídico já foi, inclusive, incorporada em nosso ordenamento jurídico, não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: **o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente**; ganha o debate contornos mais técnicos, **pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar.**

Negar ao cuidado o *status* de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na parte final do dispositivo citado: “(...) **além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (...)**”.

Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empeco sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar.

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

O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião.

O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes.

Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.

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

Fixado esse ponto, impõe-se, ainda, no universo da caracterização da ilicitude, fazer-se pequena digressão sobre a culpa e sua incidência à espécie.

Quanto a essa monótono o entendimento de que a conduta voluntária está diretamente associada à caracterização do ato ilícito, mas que se exige ainda, para a caracterização deste, a existência de dolo ou culpa comprovada do agente, em relação ao evento danoso.

Eclipsa, então, a existência de ilicitude, situações que, não obstante possam gerar algum tipo de distanciamento entre pais e filhos, como o divórcio, separações temporárias, alteração de domicílio, constituição de novas famílias, reconhecimento de orientação sexual,

entre outras, são decorrências das mutações sociais e orbitam o universo dos direitos potestativos dos pais – sendo certo que quem usa de um direito seu não causa dano a ninguém (*qui iure suo utitur neminem laedit*).

De igual forma, não caracteriza a vulneração do dever do cuidado a impossibilidade prática de sua prestação e, aqui, merece serena reflexão por parte dos julgadores, as inúmeras hipóteses em que essa circunstância é verificada, abarcando desde a alienação parental, em seus diversos graus – que pode e deve ser arguida como excludente de ilicitude pelo genitor/adotante que a sofra –, como também outras, mais costumeiras, como limitações financeiras, distâncias geográficas etc.

Todas essas circunstâncias e várias outras que se possam imaginar podem e devem ser consideradas na avaliação dos cuidados dispensados por um dos pais à sua prole, frisando-se, no entanto, que o torvelinho de situações práticas da vida moderna não toldam plenamente a responsabilidade dos pais naturais ou adotivos, em relação a seus filhos, pois, com a decisão de procriar ou adotar, nasce igualmente o indelegável ônus constitucional de cuidar.

Apesar das inúmeras hipóteses que poderiam justificar a ausência de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, não pode o julgador se olvidar que deve existir um núcleo mínimo de cuidados parentais com o menor que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

Assim, cabe ao julgador ponderar – sem nunca deixar de negar efetividade à norma constitucional protetiva dos menores – as situações fáticas que tenha à disposição para seu escrutínio, sopesando, como ocorre em relação às necessidades materiais da prole, o binômio necessidade e possibilidade.

2.2 Do dano e do nexa causal

Estabelecida a assertiva de que a negligência em relação ao objetivo dever de cuidado é ilícito civil, importa, para a caracterização do dever de indenizar, estabelecer a existência de dano e do necessário nexa causal.

Forma simples de verificar a ocorrência desses elementos é a existência de laudo formulado por especialista, que aponte a existência de uma determinada patologia psicológica e a vincule, no todo ou em parte, ao descuido por parte de um dos pais.

Porém, não se deve limitar a possibilidade de compensação por dano moral a situações símeis aos exemplos, porquanto inúmeras outras circunstâncias dão azo à compensação, como bem exemplificam os fatos declinados pelo Tribunal de origem.

Aqui, não obstante o desmazelo do pai em relação a sua filha, constado desde o forçado reconhecimento da paternidade – apesar da evidente presunção de sua paternidade –, passando pela ausência quase que completa de contato com a filha e coroado com o evidente descompasso de tratamento outorgado aos filhos posteriores, a recorrida logrou superar essas vicissitudes e crescer com razoável aprumo, a ponto de conseguir inserção profissional, constituir família, ter filhos, enfim, conduzir sua vida apesar da negligência paterna.

Entretanto, mesmo assim, não se pode negar que tenha havido sofrimento, mágoa e tristeza, e que esses sentimentos ainda persistam, por ser considerada filha de segunda classe.

Esse sentimento íntimo que a recorrida levará, *ad perpetuam*, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício de seu dever de cuidado em relação à recorrida e também de suas ações, que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano *in re ipsa* e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação.

Dessa forma, está consolidado pelo Tribunal de origem ter havido negligência do recorrente no tocante ao cuidado com a sua prole – recorrida –. Ainda, é prudente sopesar da consciência do recorrente quanto as suas omissões, da existência de fatores que pudessem interferir, negativamente, no relacionamento pai-filha, bem como das nefastas decorrências para a recorrida dessas omissões – fatos que não podem ser reapreciados na estreita via do recurso especial. Dessarte, impende considerar existente o dano moral, pela concomitante existência da tróica que a ele conduz: negligência, dano e nexos.

3. Do valor da compensação

Quanto ao valor da compensação por danos morais, já é entendimento pacificado, neste Tribunal, que apenas excepcionalmente será ele objeto de nova deliberação, no STJ, exsurgindo a exceção apenas quanto a valores notoriamente irrisórios ou exacerbados.

Na hipótese, não obstante o grau das agressões ao dever de cuidado, perpetradas pelo recorrente em detrimento de sua filha, tem-se como demasiadamente elevado o valor fixado pelo Tribunal de origem - R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) - , razão pela qual o reduzo para R\$ 200,000,00 (duzentos mil reais), na data do julgamento realizado pelo Tribunal de origem (26/11/2008 - e-STJ, fl. 429), corrigido desde então.

Forte nessas razões, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial, apenas para reduzir o valor da compensação por danos morais.

Mantidos os ônus sucumbenciais.