

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO
CAMPUS CARAZINHO

Lidiane Anita Michelini Leite

A (IM) POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO POR
DANOS MORAIS NOS CASOS DE ABANDONO AFETIVO

Carazinho
2013

Lidiane Anita Michelini Leite

A (IM) POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO POR
DANOS MORAIS NOS CASOS DE ABANDONO AFETIVO

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 da professora Vanderlise Wentz Baú.

Carazinho
2013

A minha mãe, Maria Michelini, por acreditar na minha capacidade e batalhar junto comigo pela busca de uma vida melhor e mais justa, abrindo mão de muitas coisas para me proporcionar a realização deste sonho.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que me abençoa todo dia, e me fornece força para batalhar e seguir em frente na busca de alcançar meus sonhos e realizar meus objetivos.

À minha família, mãe e irmão, por fornecer amparo, amor e carinho. Pois foram especiais e essências na minha caminhada acadêmica.

À professora Vanderlise Wentz Baú, pela dedicação, pelos belos exemplos que me foram passados, e pelo incentivo para que eu não desistisse no meio do caminho, com o objetivo de chegar à conclusão deste trabalho.

Ao meu namorado Maikel, por estar comigo sempre, me apoiando e incentivando quando eu mais precisei. Por ficar noites comigo, me ajudando a encontrar nos livros as ideias que mais explanassem o meu pensamento no desenvolvimento do texto. E principalmente, pelo incentivo e força.

Aos meus colegas de escritório, pelas palavras de apoio, pela compreensão nas faltas no trabalho, por me passar exemplos de vida e profissionalismo, que foram essências para me tornar a pessoa que sou na formação acadêmica.

A minha colega e companheira de estudos, Patrícia Garcia, com quem pude compartilhar todas as dúvidas e dificuldades que surgiam no desenvolver do curso.

Aos meus tios Aurélia, Antônio, Jaqueline e Beto, que me forneceram a sua casa como mais um local de aconchego e conforto. E acima de tudo pela ajuda para tornar este sonho realidade.

Aos meus amigos, com quem pude dividir minhas angústias, medos, dificuldades e alegrias, por me mostrarem a verdadeira amizade e a todos que de alguma forma contribuíram para a realização deste trabalho.

“O afeto merece ser visto como uma realidade
digna de tutela.”

Maria Berenice Dias

RESUMO

As relações entre pais e filhos são estabelecidas pelo vínculo biológico ou afetivo, no caso da adoção, e trazem ônus aos pais. A escolha pela paternidade/maternidade, independentemente da natureza da família, se decorrente do casamento, união estável ou mesmo de uniões homoafetivas, implica responsabilidades. Os pais têm o dever de prestar assistência material e afetiva aos filhos para que estes tenham uma boa formação psicológica e estejam preparados a enfrentar, por si, o mundo na vida adulta. O afeto dos pais para com seus filhos tem sido a característica marcante da família contemporânea. A relevância do afeto nessa relação paterno-filial tem levado a discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da possível responsabilização civil do genitor que deixa de prestar ao filho a assistência afetiva, caracterizando o chamado abandono afetivo. Para alguns, o genitor que abandona afetivamente o filho deve ser condenado a indenizá-lo sob a rubrica do dano moral, pois afeta a formação psicológica do filho. De outro, tem-se aqueles que sustentam a impossibilidade dessa responsabilização, sob o argumento de que o afeto não pode ser avaliado economicamente. A partir do método dialético e de pesquisas bibliográficas, textos legais e jurisprudência dos tribunais pátrios, foi realizado o presente trabalho, chegando-se a conclusão de que é possível estabelecer indenização em razão de abandono, visto que, não pode-se deixar os infratores sem alguma forma de punição. E, muito menos os que sofreram o abalo emocional e psíquico a mercê de atitudes negligentes do seu genitor.

Palavras-Chave: Abandono. Afeto. Danos Morais. Família. Indenização.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO.....	10
1.1 Definição e evolução histórica da responsabilidade civil.....	10
1.2. Responsabilidade objetiva, subjetiva, contratual e extracontratual.....	12
1.3 Dano moral e sua caracterização.....	23
2. A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA.....	29
2.1 Direito de Família: conceito e princípios regentes.....	29
2.2. O conceito da família contemporânea.....	37
2.3. Da proteção dos filhos.....	44
3. DA RESPONSABILIDADE NO ABANDONO AFETIVO.....	50
3.1. A importância do afeto e os reflexos do abandono afetivo dos pais em relação aos seus filhos.....	51
3.2. Possibilidade de responsabilização dos pais pela indenização por danos morais decorrente do abandono afetivo.....	59
3.3. Impossibilidade de condenar os pais ao pagamento de indenização por danos morais decorrente do abandono afetivo.....	65
CONCLUSÃO.....	72
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	74

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de Conclusão de Curso enfoca o instituto da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, além de tratar também das relações ocorridas no âmbito das famílias, juntamente com a sua evolução na sociedade. Tendo como base os princípios que regulamentam essas relações familiares, e ainda as correntes contrárias e a favor da responsabilização por danos morais nos casos de abandono afetivo.

A relevância do tema firma-se diante dos inúmeros casos de famílias em que há o afastamento/rompimento de laços afetivos entre pais e filhos por conta da ruptura da relação dos genitores, o que tem levado à reflexão acerca da possível reparação dos danos imateriais dos filhos diante dessa escolha dos pais. Juridicamente, é importante mencionar que, embora não exista vasta doutrina acerca do tema, há relevantes artigos e a jurisprudência tem-se encarregado de dar solução aos casos concretos que são submetidos à apreciação do Judiciário.

O que se propõe a pesquisar no presente trabalho é a possibilidade ou não de condenação dos pais a indenizar os filhos pelo dano moral decorrente do abandono afetivo, levando em conta os inúmeros processos sobre essa questão com os quais os operadores do direito têm-se deparado. O abandono afetivo consiste na ausência da prestação do auxílio afetivo dos genitores aos filhos. Têm-se como possível essa responsabilização porque o genitor descumpre um dever para com o filho, passível de indenização por dano moral. De outro lado, descabe essa indenização por não ser a falta de afeto mensurável economicamente.

Analisando o contexto de que a família é e sempre será a base de todo desenvolvimento psicológico de cada ser humano, observado o meio em que vivem, os fatores que contribuem para o desenvolvimento de sua personalidade, como por exemplo, o abandono, a negligência familiar, a falta de afeto e diálogo, agressões físicas e emocionais, problemas psiquiátricos, e pela ausência das figuras paterna e materna, seja pela rejeição, pela morte ou doença, muitas vezes causadas também pela violência urbana.

A escolha deste tema ocorreu em virtude da recente decisão exarada no Recurso Especial Nº 1.159.242 – SP, que reconheceu o direito de indenização por danos morais

do pai em relação ao filho, caso emblemático que evidencia a discussão sobre esse tema, tanto doutrinária como jurisprudencialmente e que ainda está em processo de construção.

No desenvolvimento do trabalho utilizar-se-á o método de abordagem dialético e o método de procedimento bibliográfico, partindo da análise de doutrina, legislação e jurisprudência. Estabelecer-se-á premissas gerais relacionadas ao tema partindo para uma informação particular, para assim se chegar a uma conclusão sobre o tema debatido. Como objetivo geral tem-se o estudo das possibilidades de aplicação da responsabilização por danos morais dos pais, nos casos de abandono afetivo dos filhos, partindo dos princípios da dignidade da pessoa humana e o da afetividade.

No primeiro capítulo será realizado um estudo do instituto da responsabilidade civil, consagrado pelo Código Civil Brasileiro, a responsabilidade objetiva, subjetiva, contratual e extracontratual, bem como a caracterização do dano moral. Em seguida, no segundo capítulo, abordar-se-á o Direito de Família, buscando definir o que se entende por família, sua influência para cada ser humano e as modificações que vem sofrendo ao longo dos tempos, ajustando-se a cada época e necessidade social, além dos princípios que norteiam o Direito de Família. No terceiro e derradeiro capítulo, abordar-se-á a problemática da aplicação da responsabilidade civil às relações familiares, em especial, no caso do abandono afetivo dos pais em relação aos filhos, passando pela doutrina e jurisprudência divergentes sobre a possibilidade ou não de condenação dos pais a pagar indenização quando caracterizado o abandono afetivo.

1. A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

A responsabilidade civil é instituto que surge para responsabilizar as pessoas pelos seus atos, de modo que sempre que alguém causar danos a outrem, e desde que presentes determinados pressupostos, emerge o dever de reparação. Parte-se da premissa de que não se deve lesar ninguém, mas se isso ocorrer, o agente causador deverá ser responsabilizado e a vítima ressarcida, objetivamente restabelecer o quanto possível o *status quo ante*.

Busca-se entender como essa responsabilidade foi se delineando ao longo dos anos e como ela é tratada pela legislação pátria contemporaneamente, passando pela análise de suas teorias, pressupostos e culminando atenção específica ao dano moral e sua caracterização, por se tratar de ponto relevante à presente pesquisa.

1.1 Definição e evolução histórica da responsabilidade civil

A sociedade caminha em direção à ampla reparação civil, de modo que nenhuma vítima de dano fique sem reparação. Por isso, há uma tendência cada vez maior de aumento do rol de danos suscetíveis de indenização, com o intuito de abranger todas as hipóteses de danos patrimoniais e mesmo morais.

A responsabilidade civil é, sem dúvida, um dos temas mais instigantes da atualidade jurídica. Cada desequilíbrio sofrido pelo homem, físico ou moralmente, ou ainda, em seu patrimônio, remete à expressão responsabilidade. O direito deve regular as condutas humanas e os meios para o restabelecimento do *status quo ante*, na hipótese de lesão e, por consequência, da ordem social.

Evidenciando a importância do tema na modernidade, ressalta Diniz que:

Grande é a importância da responsabilidade civil, nos tempos atuais, por se dirigir à restauração de um equilíbrio moral e patrimonial desfeito e à redistribuição da riqueza de conformidade com os ditames da justiça, tutelando a pertinência de um bem, com todas as suas utilidades, presentes e futuras [...]¹.

A sociedade caminha a passos largos e o direito deve acompanhá-la, estabelecendo normas que orientem a convivência humana em sociedade, já que do contrário, viver-se-ia em pleno caos, considerando a complexidade cada vez maior das relações sociais.

Com o objetivo de tornar a vida em sociedade possível, ordeira e justa, os legisladores trabalham para aprimorar o ordenamento jurídico, de maneira que o instituto da responsabilidade civil torna-se a forma eficaz na reparação dos danos causados indevidamente a outrem. A responsabilidade civil no direito pátrio está prevista no Livro I, da parte especial do Código Civil, sob o título 'Da obrigação de indenizar' e 'Da indenização', entre os artigos 927 e 954.

Atualmente, uma atividade que acarreta prejuízo a outrem traz consigo o fator da responsabilidade. A responsabilidade destina-se a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. A ideia da responsabilidade civil está, pois, relacionada à noção de não prejudicar o outro. Esse instituto se molda conforme as necessidades que surgem. Segundo Stoco:

A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana².

O conceito de responsabilidade ligado à noção de reparar o dano injustamente causado, sempre existiu, contudo, a forma de reparação deste dano é que vem sofrendo

¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 25 ed. 7 v. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 21.

² STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 114.

transformações ao longo dos anos, na expectativa de acompanhar as, cada vez mais, complexas relações sociais.

O instituto da responsabilidade civil encontra sua remota origem no Direito Romano, quando a reparação do dano estava atrelada à vingança, era coletiva, pois a ofensa a um membro do grupo causava uma reação conjunta de todos os membros daquele determinado grupo contra o agressor. Posteriormente, surgiu a vingança privada, onde as pessoas praticavam a dita justiça pelas próprias mãos. Estavam amparados pela Lei de Talião, sintetizada na fórmula “olho por olho, dente por dente”. Neste período, entendia-se que o mal teria que ser enfrentado pelo mal. Com o passar do tempo, os sujeitos foram entendendo que seria conveniente compor com o autor da ofensa, para que este o reparasse mediante a prestação de certa quantia em dinheiro ³.

Pode-se observar que, com o passar dos anos, a civilização passou a agir de forma mais prudente, a partir da formação de uma consciência no sentido de que a melhor maneira para se viver é em harmonia. Destaca-se que esta harmonia não significava deixar os causadores dos danos impunes, mas, sim, de que se deve buscar uma forma de reparação que se mostrasse razoável para intimidar o agressor a novas agressões e, ao mesmo tempo, de repor o quanto possível a situação anterior do ofendido.

A *Lex Aquilia*, de Damno, surgiu para reafirmar a ideia de reparação pecuniária do dano, trazendo a substituição da multa fixa por uma pena proporcional ao dano causado. Afirmava que o patrimônio do sujeito agressor deveria servir para suportar a sua atitude ilícita, sempre utilizando a culpa como elemento da responsabilidade. Foi de grande valia a referida lei, na medida em que estabeleceu as bases da moderna responsabilidade civil extracontratual ⁴.

A responsabilidade está, pois, ligada à conduta das pessoas, de modo que todo ato que, eventualmente, cause dano a outrem, seja moral ou patrimonial, em tese, deve ser reparado. O responsável está exposto às consequências desejadas ou não desejadas que vierem a ocorrer por sua conduta danosa, devendo ser compelido a restaurar o *status quo ante*.

³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 25 ed. 7 v. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 27.

⁴ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 159.

A responsabilidade civil costuma ser classificada pela doutrina quanto à culpa e natureza jurídica da norma violada. No primeiro caso, tem-se a responsabilidade objetiva e subjetiva e, no segundo caso, a responsabilidade contratual e extracontratual.

1.2. Responsabilidade objetiva, subjetiva, contratual e extracontratual

A responsabilidade civil poderá ser subjetiva ou objetiva, conforme seja necessária a prova do ato ilícito (culpa) do agente causador do dano. A regra geral da responsabilidade civil é a subjetiva, fundada na culpa, consoante se depreende do disposto no art. 186 “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”⁵, e 927, *caput*, ambos do Código Civil brasileiro, “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”⁶.

O ato ilícito é, portanto, fato gerador da responsabilidade civil, instituto que tem por finalidade colocar a vítima na situação em que estaria se não tivesse ocorrido o fato danoso. Ressalta-se que o abuso de direito é categoria do ato ilícito, consoante se depreende do disposto no artigo 187 do Código Civil: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-los, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”⁷.

Para a teoria subjetiva, a responsabilidade tem seu fundamento na culpa. Segundo ensina Rizzardo; “pela teoria da responsabilidade subjetiva, só é imputável, a título de culpa, aquele que praticou o fato culposo possível de ser evitado”⁸. Desta maneira, só poderá ser responsabilizado de forma culposa, aquele que praticou determinado fato que, se tivesse procedido de maneira diversa, poderia ter sido evitado.

A responsabilidade pode, também, ser objetiva, por não se vincular à conduta antijurídica/ação culposa. Para a teoria da responsabilidade objetiva, não há que se falar

⁵ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> acesso em 10 nov. de 2012.

⁶ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> acesso em 10 nov. de 2012.

⁷ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> acesso em 10 nov. de 2012.

⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 25.

em culpa, bastando para sua caracterização à presença do dano e do nexo de causalidade entre ele e a conduta do agente. Está visceralmente ligada à Teoria do Risco, segundo a qual, se aquele que presta uma atividade cria um risco de danos a terceiros, e, sendo esse dano concretizado, surge o dever de repará-lo, desde que decorrente da atividade, independentemente de dolo ou de culpa.

A responsabilidade chamada pelo ordenamento jurídico e doutrinário como objetiva, resta prevista no Código Civil de 2002, no parágrafo único do artigo 927, e possui a sua redação da seguinte maneira:

[...] haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.⁹

Arnaldo Rizzardo destaca que “fundamentalmente é a tese que defende o dever de indenizar pela simples verificação do dano, sem necessidade de se cogitar do problema da imputabilidade do evento à culpa do agente”¹⁰.

Para atribuição da responsabilidade de um fato danoso, é necessário que se estabeleça o nexo causal entre determinado fato, o prejuízo e um sujeito provocador, ou seja, que exista uma ligação entre ambos. Para ensejar a responsabilidade objetiva, é preciso que a conduta tenha produzido um dano e entre ambos se vislumbre a existência de nexo causal. A sua verificação independe da culpa. Todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e, por consequência, por ele reparado, sem se perquirir acerca da culpa.

Além do Código Civil, ressalta-se que o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) também adotou a teoria da responsabilidade objetiva do fornecedor e do fabricante, desconsiderando o elemento culpa, consoante se depreende do disposto nos artigos 12 e 13, respectivamente:

⁹ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 22 nov. 2012.

¹⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 26.

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos ¹¹.

Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando: I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados; II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador; III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis. Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso ¹².

O dever de indenizar surge sempre que presentes determinados pressupostos, quais sejam: a conduta ilícita do agente, verificada pela sua ação ou simples omissão culposa (dolo ou culpa), a existência de um dano, e o nexo de causalidade entre os dois anteriores. Trata-se dos pressupostos indispensáveis à responsabilização cível, nos casos em que se aplica a responsabilidade subjetiva, já que na objetiva, basta o nexo causal entre o dano e ação.

O primeiro pressuposto da responsabilidade civil é a ação culposa *lato sensu*, nos termos do artigo 186 do Código Civil, ao prever que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, imprudência ou imperícia, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” ¹³. Assim, sempre que alguém age de forma contrária ao direito, seja culposa ou dolosamente, e afastadas as causas legais de exclusão da responsabilidade, pratica uma conduta antijurídica (ato ilícito), e, ainda, se essa conduta causar danos a outrem, tem o agente o dever de reparar esse dano. Para Rizzardo, “o ato ilícito decorre da conduta antissocial do indivíduo, manifestada intencionalmente ou não, bem como por comissão ou omissão, ou apenas por descuido ou imprudência” ¹⁴.

Sergio Cavalieri Filho evidencia que a culpa é o principal pressuposto da responsabilidade subjetiva, consoante se depreende da lição a seguir transcrita:

¹¹BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm> Acesso em: 22 nov. 2012.

¹²BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm> Acesso em: 22 nov. 2012.

¹³BRASIL. **Código Civil.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 30 nov. de 2012.

¹⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil.** 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 25.

A ideia de culpa está visceramente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade subjetiva¹⁵.

A ação do agente pode se resumir em uma conduta ou uma sucessão de atos geradores do dano. “Na realidade, o que se avalia geralmente em matéria de responsabilidade é uma conduta do agente, qual seja, um encadeamento ou série de atos ou fatos, o que não impede que um único ato gere, por si só, o dever de indenizar”¹⁶.

A responsabilidade decorrente do ato ilícito encontra seu fundamento na culpa (subjetiva), enquanto a responsabilidade sem culpa baseia-se no risco (objetiva). É comissivo o ato que não deveria ser praticado e omissivo aquele que não observa um dever legal.

Destaca-se que a voluntariedade da conduta humana é elemento essencial para a responsabilização civil, representada pela liberdade de escolha do agente e deve estar presente tanto na responsabilidade civil subjetiva quanto na objetiva.

Ação culposa é, pois, elemento constitutivo da responsabilidade civil, que, na lição de Diniz, “vem a ser o ato humano comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause danos a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado”¹⁷. Na comissão, o ato é praticado quando não deveria, e na omissão, com a não observância de um dever de agir. É voluntária no sentido que o agente pode controlar, excluídos, assim, os atos praticados sob coação absoluta, pessoas em estado de inconsciência, sob o efeito de hipnose, delírio febril, ataque epilético, sonambulismo [...] ¹⁸.

O primeiro pressuposto da responsabilidade civil é, pois, a ação/conduta culposa *lato sensu*, que abrange a modalidade culposa *stricto sensu* e a dolosa. Se o agente procurou o resultado e voluntariamente o produziu, pode-se dizer que agiu com dolo, e se o resultado se produziu a partir de uma conduta negligente, imprudente ou imperita,

¹⁵ FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. rev. atu. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 39.

¹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 5.

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 25 ed. 7 v. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 56.

¹⁸ *Ibidem*, p. 56.

verifica-se a modalidade de culpa *stricto sensu*, ou aquiliana¹⁹. Sobre esse tema, transcreve-se, a seguir, lição de Rizzardo:

No sentido estrito culpa equivale à ação ou omissão involuntária que causa danos, e que se dá por negligência ou imprudência, no que se expande em sentidos equivalentes, como descuido, imperícia, distração, indolência, desatenção e leviandade. No sentido lato, abrange o dolo, isto é, a ação ou omissão voluntária, pretendida, procurada, almejada, que também traz danos e desrespeita-se a ordem legal estabelecida pelo direito positivo²⁰.

A lei tem o objetivo de estabelecer os deveres e os cuidados que cada agente deve ter ao praticar seus atos da vida civil, e, quando este dever de cuidado não é observado e gerar lesão de um bem juridicamente tutelado, causando, assim, danos a outrem, tem-se demonstrado ato passível de responsabilização civil.

Sempre que um sujeito pratica determinado ato, tem o dever de prever o possível resultado que dele possa decorrer, e ainda que seja involuntário o resultado, desde que fosse possível, deverá responder pelos danos decorrentes. Por outro lado, se o resultado não for previsível, não há que se falar em culpa, hipótese em que se está diante de caso fortuito ou força maior.

Consoante a teoria subjetiva só responde pelos danos aquele que praticou o ato ilícito, possível de ser evitado e que causou danos, gerando o dever de indenizar. Nessa linha, ensina Soares: “A responsabilidade subjetiva se baseia na capacidade de entendimento ético-jurídico e determinação volitiva (vontade), adequada (a certo fato), que constitui pressuposto necessário para a aplicação de determinada sanção, com fundamento na culpabilidade”²¹.

No que se refere à conduta/ação culposa *stricto sensu*, tem que analisar os seus elementos caracterizadores: a Imprudência, Negligência e Imperícia. A imprudência é um ato comissivo realizado sem a devida cautela. É um agir impulsivo, precipitado. Para a boa compreensão dessa modalidade de conduta culposa, cita-se o exemplo do

¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: responsabilidade civil. 4 v. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 315.

²⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 24.

²¹ SOARES, Orlando. **Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 67.

motorista que dirige seu veículo embriagado, ou, acima da velocidade permitida para aquela via ²².

A negligência, por sua vez, consiste em uma falta de cuidado, e o resultado se produz no ato omissivo. Quando a lei exigia um fazer, uma conduta positiva e ela não é realizada. Para melhor elucidar essa modalidade culposa, traz-se o exemplo do funcionário, que, ao final de seu turno de trabalho acaba por deixar uma porta destrancada, o que acabou viabilizando um furto ou roubo. A responsabilidade culposa se evidencia, nesse caso, pois o funcionário tinha o dever de manter o estabelecimento profissional em segurança, chaveando a porta de acesso externo, quando de sua saída. Não tendo a diligência suficiente, acabou dando causa a um resultado danoso.

Por último, mas não menos importante, tem-se a imperícia, que se demonstra pela falta de habilidades técnicas para a realização de determinadas atividades. Ocorre, quando alguém que foi contratado para realizar determinada atividade, não possui condições técnicas para assim o fazer e, diante dessa conduta, acaba produzindo um resultado danoso.

Estas modalidades tratadas acima são consideradas formas de exteriorização da conduta culposa, ou seja, as formas que elas acontecem. Sérgio Cavalieri Filho traz que “[...] as modalidades em que se desdobra a culpa nada mais são que maneiras diversas de violação do dever jurídico de cuidado” ²³.

O dano é o segundo pressuposto da responsabilidade civil, sem o qual não se poderia falar em indenização; não haveria o que ressarcir, se não houvesse o dano. Assim, quando uma pessoa pratica alguma ação ou até mesmo em decorrência de uma omissão, mesmo sem desejar, acaba afetando outrem de forma negativa, esta causou dano àquela. Pode-se dizer que dano é toda lesão causada a alguém em decorrência de uma ação ou omissão.

Com a ocorrência do dano, tem-se uma desvantagem, seja ela patrimonial ou moral. Esta desvantagem deve ser indenizada. O ordenamento jurídico deve buscar quantificar este dano de forma que a pessoa lesada tenha uma reparação do prejuízo sofrido.

²² STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 158.

²³ FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. rev. atu. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.61.

O dano constitui outro pressuposto da responsabilidade civil e consiste no resultado negativo produzido na esfera física, psíquica ou patrimonial da vítima. Para Rizzardo, o dano “[...] é o pressuposto central da responsabilidade civil”²⁴. Sem ele, não podemos estabelecer a ligação, o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado causado. O dano poderá ser patrimonial (material), moral (extrapatrimonial), contratual e extracontratual. Será patrimonial, quando tiver interesse econômico, algo que envolva riquezas materiais, que seja aferível em dinheiro e que se possa utilizar, e moral, quando está afeto a um bem sem caráter econômico, não mensurável e não pode retornar ao estado anterior²⁵.

O dano contratual nasce de um contrato, de uma obrigação anteriormente prevista e determinada por acordo de vontade entre as partes. Neste caso, existem dois ou mais sujeitos que criam uma determinada obrigação. Já o dano extracontratual, ao contrário, nasce de uma determinação legal, que se concretiza com o desrespeito de ordem legal, sem que exista qualquer relação jurídica entre os sujeitos, como ocorre no dano contratual²⁶.

O dano material ou patrimonial divide-se em danos emergentes e lucros cessantes e encontra sua previsão no artigo 402 do CC, com a seguinte disposição: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”²⁷.

Nesse passo, pode-se dizer que são lucros cessantes o que a pessoa deixou de lucrar com o acontecimento do evento danoso. Rizzardo assim explica: “Se, pois, o objeto acidentado servia de instrumento para o desempenho da atividade lucrativa, a reparação envolverá os lucros cessantes pelo período de tempo de inutilização”²⁸. Desta maneira, se o dano aconteceu atrapalhar no desempenho de alguma atividade por parte do lesado, a pessoa que o causou deverá suportar não somente o valor do efetivo dano, mas sim, juntamente o que deste dano se deixou de lucrar. Deve-se analisar o que a vítima perdeu e o que ela deixou de lucrar.

Quanto aos danos emergentes, significa dizer que é o que a pessoa efetivamente perdeu com o acontecimento danoso. Em definição retirada do site do JusBrasil, dano

²⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 13.

²⁵ *Ibidem*, p. 15.

²⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**, p. 17.

²⁷ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 30 nov. de 2012.

²⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 56.

emergente é “Perda pecuniária real que a pessoa sofre com o perecimento da coisa ou por inexecução da obrigação de outrem”²⁹. Portanto, diferentemente dos lucros cessantes, os danos emergentes são a efetiva perda sofrida. Segundo Gonçalves: “dano emergente é o efetivo prejuízo, a diminuição patrimonial sofrida pela vítima. [...] Representa, pois, a diferença entre o patrimônio que a vítima tinha antes do ato ilícito e o que passou a ter depois”³⁰.

Acerca da imprescindibilidade do dano e do nexos causal com a conduta do agente, em qualquer das teorias da responsabilidade civil, Coelho afirma que:

Tanto na responsabilidade civil subjetiva como na objetiva, incluindo a subespécie pura, não se constitui o vínculo obrigacional se o credor não tiver sofrido o dano. O desatendimento a este pressuposto caracteriza hipótese de exclusão da responsabilidade³¹.

Assim, uma vez provado o dano, cabe a correspondente reparação. Ao demonstrar que obteve um prejuízo e sofreu uma injustiça, a vítima tem direito de requerer a devida reparação, devendo ser levado em consideração para a fixação do *quantum* indenizatório a capacidade econômica do agente causador do dano e da vítima, com o intuito de reparar o quanto possível o prejuízo e de intimidar o agente da prática de condutas equivalentes. De modo que ele não volte a cometer mais atos ilícitos desta natureza, pois sabe que terá sanções de forma pecuniária, se assim o fizer.

Neste sentido, importante se faz ressaltar o entendimento de Rizzardo:

Leva-se a efeito a reparação com a atribuição de uma quantidade de dinheiro suficiente para que compense, por sub-rogação, a um interesse, observando que existem dois modos de reparar um dano: de um lado, está o ressarcimento, que consiste na recomposição da situação anterior, mediante a compensação de uma soma pecuniária equivalente; de outra parte, vem à reparação específica, ou a integração, pela qual a obrigação ressarcitória se concretiza com a restituição ao sujeito do estado anterior ao dano³².

²⁹ JUS BRASIL. Disponível em < <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/293363/dano-emergente>>. Acessado em: 30 de mai. 2013.

³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: responsabilidade civil. 4 v. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 361.

³¹ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. Obrigações e Responsabilidade Civil. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 300.

³² RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 45.

A prática de um ato ilícito determina o ressarcimento dos danos, buscando sempre a reposição das coisas em seu estado anterior. Se caso não houver a possibilidade de se voltar ao *status quo ante*, ao prejudicado resta o direito de buscar em juízo a indenização. No que se refere ao ressarcimento, Rizzardo leciona que:

O ressarcimento propriamente dito, diferentemente, estabelece uma situação econômica equivalente aquela que foi comprometida pelo dano, através de uma indenização em dinheiro. [...] Revelando caráter pecuniário, se expressa na prestação, ao prejudicado, de uma soma em dinheiro, adequada para originar um estado de coisas equivalente ao anterior³³.

No ordenamento jurídico brasileiro, estava presente no código civil de 1916 contemplado nos Capítulos I e II do Título VIII do Livro III da Parte Especial, iniciando no artigo 1.533 e indo até o artigo 1.553. No código vigente está contemplado no Código Civil, Capítulo II, Título IX do Livro I da Parte Especial, iniciando no artigo 944 e indo até o artigo 954.

Muitas vezes, essa soma pecuniária não compensa o prejuízo causado, mas o objetivo maior do legislador é não deixar o sujeito causador dos danos impune, servindo como uma espécie de punição/aprendizado para todos os membros da sociedade em que habitamos.

Outro pressuposto da responsabilidade civil é nexo causal. Este constitui um dos elementos essenciais da responsabilidade. Trata-se da relação causa e efeito entre a conduta praticada e o resultado. Para caracterizar o dever de reparar o dano, não basta a conduta ilícita e a existência do dano, mas há que a conduta ter causado o dano. Sérgio Cavalieri Filho entende que “o conceito de nexo causal não é jurídico; decorre das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado”³⁴.

O nexo de causalidade é pressuposto essencial tanto para a responsabilidade subjetiva quanto a objetiva, diversamente do que ocorre com conduta culposa, que está presente apenas na responsabilidade subjetiva.

³³ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 45.

³⁴ FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. rev. atu. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 71.

Para a solução dos conflitos entre estabelecer o nexo causal, podemos nos valer das teorias da Equivalência dos Antecedentes e da Causalidade Adequada. A primeira não faz distinção entre causa e condição. Se várias condições concorrem para o mesmo resultado, todas têm o mesmo valor, todas se equivalem. Criada por Von Buri, com base nas ideias de Stuart Mill, explica que, para saber se determinada condição é causa, elimina-se mentalmente essa condição; se o resultado persistir, a condição não é causa. Já a da causalidade adequada nos ensina que causa é o antecedente não só necessário, mas também adequado à produção do resultado. Assim, nem todas as condições serão causas, mas apenas aquela que for mais apropriada a produzir o evento³⁵.

A teoria da equivalência das condições está prevista no Código Penal, exatamente no artigo 13 do referido diploma. Na teoria da causalidade adequada, cabe ao juiz fazer a avaliação e um juízo de probabilidade. Neste sentido, Martinho Garces Neto destaca que “o juízo de probabilidade ou previsibilidade das consequências é feito pelo julgador, retrospectivamente, e em atenção ao que era cognoscível pelo agente, levando-se em consideração o homo medius”³⁶.

No direito civil pátrio, a teoria utilizada é a da Causalidade Adequada. A causa necessária é a que explica o dano, continuado a produzir efeitos, até que advenha outro fato.

Importante salientar que o dano deve ser direto e imediato do fato que o causou e não aquele advindo de outras causas. A natureza da lesão é importante para medir a responsabilidade do autor. Dessa forma, o responsável pelos eventos que surgirem será a pessoa que os causou.

Desta forma, verificado o dano e o nexo de causalidade, pode-se atribuir a responsabilidade ao sujeito que lhe deu causa, ou por fundamento na teoria do risco da atividade – responsabilidade objetiva -, ou na sua conduta culposa – responsabilidade subjetiva.

A responsabilidade contratual decorre de um contrato, enquanto a extracontratual decorre da desobediência de um dever imposto pela lei. Em ambos os casos, houve a desobediência de algo que fazia lei entre as partes, pois quando existe

³⁵ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 176.

³⁶ NETO, Martinho Garcez. **Prática de Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 128.

um contrato e as partes o ajustaram da forma que entenderam razoável, devem cumpri-lo. Não o fazendo, estarão dando margem para futuras reparações de danos.

Com o objetivo de diferenciar a responsabilidade contratual da extracontratual, cumpre ressaltar entendimento de Rizzardo, que fornece a seguinte distinção entre ambas as responsabilidades:

Na contratual, assenta a responsabilidade normalmente em face dos prejuízos trazidos pelo inadimplemento, comportando também a anulação da espécie, e incumbindo-se que se faça a prova da mera falta de cumprimento; já na extracontratual, requer-se a prova da culpa e dos danos, tarefa que incumbe ao ofendido³⁷.

Sendo contratual a responsabilidade, é mais fácil de provar o seu inadimplemento, visto que existe um contrato não cumprido. Diferentemente ocorre com a responsabilidade extracontratual, na qual ter-se-á de comprovar a culpa e os danos causados e o nexo de causalidade, conforme incida a teoria objetiva ou subjetiva, consoante antes examinado. Na lição de Rizzardo: “sendo extracontratual a responsabilidade, não existe alguma ligação entre o autor do dano e o ofendido. A partir da prática do ato ilícito, nasce a relação obrigacional”³⁸.

Estudadas as teorias da responsabilidade civil subjetiva e objetiva, e analisados os pressupostos correspondentes a cada uma delas e geradores do dever de indenizar, por interessar de maneira mais direta à presente pesquisa, além da responsabilidade contratual ou extracontratual, passar-se-á a abordagem do dano moral e sua caracterização no âmbito da responsabilidade civil.

1.3. Dano moral e sua caracterização

O dano é toda lesão sofrida por uma pessoa no seu patrimônio (material) ou sua integridade física (imaterial). O dano moral enquadra-se no dano imaterial, pois afeta os

³⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 38.

³⁸ *Ibidem*, p. 38.

direitos de personalidade, o aspecto psicológico da pessoa e não é suscetível de valor econômico.

Esclarecendo a distinção entre o dano material e imaterial, Gonçalves discorre que: “Material é o dano que afeta somente o patrimônio do ofendido. Moral é o que ofende o devedor como ser humano, não lhe atingindo o patrimônio”³⁹.

O dano moral é aquele que integra a pessoa, causando danos não patrimoniais, mas sim, envolvendo direitos da personalidade. Afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da pessoa que o sofreu. Atuando dentro dos direitos da personalidade, torna dificultoso o estabelecimento de uma justa recompensa pelo dano⁴⁰.

Para Gonçalves, o dano moral: “[...] não é propriamente a dor, angústia, desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano [...]”⁴¹.

O dano moral não deve produzir qualquer efeito patrimonial, sob pena de descaracterização. Não se enquadra em qualquer padecimento, dor, aflição ou dissabor, mas deve ser levado em conta para sua avaliação um critério objetivo do homem médio. Não se levará em conta o psiquismo da pessoa que é extremamente sensível, que se aborrece com os fatos diários da vida, tampouco aquela de mínima ou nenhuma sensibilidade. Em não havendo fórmulas seguras para auxiliar o juiz na aferição do dano moral, este deve analisar em cada caso o pulsar da sociedade que o cerca⁴².

Para Stoco, “o dano material, não sendo possível o retorno do *status quo ante*, se indeniza pelo equivalente em dinheiro, enquanto o dano moral, por não ter equivalência patrimonial ou expressão matemática, se compensa como valor convencional, mais ou menos aleatório”⁴³.

Desta forma, o dano moral não afeta diretamente o patrimônio da vítima, mas sim, seus sentimentos, sua vida íntima, interior, atinge o ofendido como ser humano. Em suma, o dano moral é aquele que atinge valores eminentemente espirituais ou

³⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: responsabilidade civil. 4 v. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 357.

⁴⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Responsabilidade Civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 49.

⁴¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: responsabilidade civil, p. 377.

⁴² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Responsabilidade Civil, p. 5.

⁴³ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1398.

morais, como a honra, a paz, a liberdade física, a tranquilidade de espírito, isto é, o puro dano moral.

Este instituto já era tratado no Código Civil de 1916, no entanto, só previa estas indenizações se o dano acarretasse em lesões corporais, como aleijão ou deformidades permanentes, ou ainda, quando atingisse mulher solteira ou viúva ainda capaz de casar. Enfim, entendia-se que o dano moral já era possível de ser requerido, claro que em situações muito mais remotas que nos dias atuais.

Também no Código de Hamurabi existiam expressões do dano moral, principalmente, no princípio geral que dava a ideia de que “o forte não prejudicará o fraco”. As ofensas pessoais eram reparadas na mesma classe social, à custa de ofensas idênticas. Entretanto, este código atribuía ainda a reparação do dano à custa de pagamento de um valor pecuniário ⁴⁴.

A lei das XII Tábuas também foi um marco da absorção pelo Direito deste instituto. Nesta época, admitia três espécies de injúria: *membrum ruptum, fractum, iniuriae simples*. A primeira espécie diz respeito à amputação de membros ou inutilização de algum órgão. Esta espécie aplicava a pena de Talião. O segundo instituto dizia que se a vítima fosse escravo, a indenização seria em quantia reduzida. A terceira e última espécie enquadrava as pequenas lesões ⁴⁵.

A reparação do dano moral foi tema que ensejou muita discussão na doutrina pátria, especialmente, porque se afirmava que diante da impossibilidade de sua quantificação, inviável se fazia a reparação, além do que inexistia previsão legal para tanto. Todavia, a doutrina e a jurisprudência foram delineando os seus contornos, inclusive, no que se refere à sua caracterização e quantificação.

Após a positivação do dano moral na Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos V e X, e, em seguida com a previsão nos artigos 186 e 927, ambos do Código Civil, a discussão quanto à sua reparação pacificou, contudo, mantêm-se, ainda, presente divergências quanto a sua identificação e fixação dos parâmetros para sua quantificação.

⁴⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**. v. 3: responsabilidade civil/ Rodolfo Pamplona Filho. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 103.

⁴⁵ OLTRAMARI, Vitor Ugo. **O Dano Moral na Ruptura da Sociedade Conjugal**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.10.

No que se refere aos pressupostos necessários à ressarcibilidade do dano moral, existem duas correntes: uma que sustenta a necessidade de comprovação da dor, que servirá de parâmetro à fixação do *quantum* indenizatório e outra, que basta a comprovação do nexu causal entre o ato praticado e o dano, sendo este presumido, pois não está em questão a prova do prejuízo, mas a violação de um direito.

Para Rizzardo, “Dano moral, ou não patrimonial, ou ainda extrapatrimonial, reclama dois elementos, em síntese, para configurar-se: o dano e a não diminuição do patrimônio”. Nesse caso, basta a simples configuração do dano para ensejar a responsabilização por danos morais, por ser presumida a dor pelas regras de experiência comum, como a dor pela morte de um ente querido.⁴⁶

A segunda corrente vem ganhando força na jurisprudência, especialmente, no STJ, que proferiu decisão na 3ª turma, pela Ministra Nancy Andrigui, no Recurso Especial nº REsp 1292141/SP:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ACIDENTE EM OBRAS DO RODOANEL MÁRIO COVAS. NECESSIDADE DE DESOCUPAÇÃO TEMPORÁRIA DE RESIDÊNCIAS. DANO MORAL IN RE IPSA. 1. Dispensa-se a comprovação de dor e sofrimento, sempre que demonstrada a ocorrência de ofensa injusta à dignidade da pessoa humana. 2. A violação de direitos individuais relacionados à moradia, bem como da legítima expectativa de segurança dos recorrentes, caracteriza dano moral in re ipsa a ser compensado. 3. Por não se enquadrar como excludente de responsabilidade, nos termos do art. 1.519 do CC/16, o estado de necessidade, embora não exclua o dever de indenizar, fundamenta a fixação das indenizações segundo o critério da proporcionalidade. 4. Indenização por danos morais fixada em R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia de efetivo afastamento do lar, valor a ser corrigido monetariamente, a contar dessa data, e acrescidos de juros moratórios no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês na vigência do CC/16 e de 1% (um por cento) ao mês na vigência do CC/02, incidentes desde a data do evento danoso. 5. Recurso especial provido.⁴⁷

Cumprе relatar que não se pode incluir, na esfera de dano moral, situações em que se faz necessária a prática de atitudes que podem ser desagradáveis. Gonçalves

⁴⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 252.

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1292141-SP. Relatora: Ministra Nancy Andrigui. Terceira Turma. Brasília, DF, 04 de dez. de 2012. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em 05 de mai 2013.

traduz tal afirmação com o exemplo, o exame de malas e bagagens de passageiros na alfândega⁴⁸. O dano moral para ser indenizado deve ser razoavelmente grave.

O dano moral direto “[...] consiste na lesão a um interesse que visa à satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade, [...] ou nos atributos da pessoa”⁴⁹. Já o dano moral indireto “consiste na lesão a um interesse tendente à satisfação ou gozo de bens jurídicos patrimoniais, que produz um menoscabo a um bem extrapatrimonial, ou melhor, é aquele que provoca prejuízo a qualquer interesse não patrimonial [...]”⁵⁰.

A questão pertinente à prova da ocorrência do dano moral merece destaque, na medida em que ocorre na esfera psíquica do indivíduo. Exatamente em razão dessa dificuldade, Gonçalves afirma que “[...] o dano moral dispensa prova em concreto, pois se passa no interior da personalidade [...]”⁵¹.

Outra questão que se apresenta polêmica é no que diz respeito à quantificação do dano moral, divergindo a doutrina quanto aos critérios utilizados para a quantificação. De um lado, sustenta-se que devem ser respeitados os princípios da equidade e da razoabilidade, levando-se em conta os elementos do caso concreto posto em juízo, a exemplo da gravidade do dano, sua extensão, reincidência do agressor, sua condição financeira e também da vítima, compensação pela dor sofrida e desestímulo da prática delituosa.

Stoco destaca que essa reparação deve manter um equilíbrio da maneira que, quem sofre esse dano, não enriqueça com essa reparação, nem ruína para quem paga⁵², mantendo assim um equilíbrio na fixação do *quantum*.

Portanto, em uma ação judicial em que um dos pedidos está fundado no dano moral, desnecessária é a preocupação no sentido de provar ao juiz da ação a devida dor e sofrimento que a vítima passou, segundo a corrente dominante, no sentido de que o prejuízo na ocorrência do dano moral é presumido. Gonçalves afirma que: “Trata-se de presunção absoluta”⁵³. Nota-se que este dano não se tem na realidade como provar, o

⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 4 v. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 379.

⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 25 ed. 7 v. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 110.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 110.

⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 4 v. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 389.

⁵² STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1398.

⁵³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**, p. 389.

juiz se julgar procedente o pedido, terá que analisar a situação e dar credibilidade ao que a vítima está alegando.

Quanto à fixação deste dano, Rui Stoco preleciona que:

Na fixação do *quantum* a título de compensação por dano moral o julgador não pode se afastar de um princípio basilar: a vítima da ofensa deve ter por objetivo único a busca de uma compensação para um sentimento ruim e não o de obter vantagem, nem de receber um valor que jamais conseguiria com a força do seu próprio trabalho⁵⁴.

Para evitar enriquecimento ilícito é que o legislador, acima citado, nos traz a ideia de valoração correta. Sem dar de mais para um sujeito que sofreu um prejuízo e sem tirar de mais daquele sujeito que causou tal prejuízo. Em notícia do Superior Tribunal de Justiça, notou-se que está sendo buscado um parâmetro para quantificar e uniformizar os valores definidos como indenizações de danos morais. Note-se tal notícia:

O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ sob a ótica de atender uma dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor para que não reincida. Como é vedado ao Tribunal reapreciar fatos e provas e interpretar cláusulas contratuais, o STJ apenas altera os valores de indenizações fixados nas instâncias locais quando se trata de quantia irrisória ou exagerada⁵⁵.

Destarte, é uma maneira indicada para quantificar o dano moral que possui tamanha dificuldade nesta seara. Não se pode deixar de analisá-lo só porque é de difícil quantificação. O juiz poderá se basear na culpa do agente e no que isso significou para a vítima. Tendo esses dois pontos, estabelecer um valor equitativo para a devida indenização.

⁵⁴ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1398.

⁵⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **STJ busca parâmetros para uniformizar valores de danos morais**. Disponível em <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679>. Acessado em 30/05/13.

Coelho entende que seria conveniente que os Tribunais criassem um banco de dados das decisões proferidas em primeiro e segundo grau que versem sobre este tema. Assim, ter-se-iam valores atualizados para ter por base em novas ações que serão ingressadas, mantendo assim o padrão tão almejado ⁵⁶.

O referido autor cita também casos para uma possível redução na fixação do *quantum* equivalente ao dano moral:

Reduzido grau de culpa do devedor: como examinado, a lei brasileira autoriza o juiz a reduzir o valor da indenização na hipótese de desproporção entre os danos e o grau de culpa do devedor. b) concorrência da culpa da vítima: se para o evento danoso concorreu culposamente a vítima, o valor da indenização deve ser reduzido proporcionalmente à participação dela; c) demora no ajuizamento da ação: como a dor com o tempo se esvaece, a circunstância de o demandante não ajuizar a ação de indenização tão logo pudesse fazê-lo indica que, mesmo tendo sido ela significativa no momento do dano, não é mais ao tempo da demanda; d) pouca sensibilidade da vítima: é indispensável levar em consideração o caráter do demandante [...]; e) atuação do devedor: se a pronta e leal atuação do responsável pelo evento danoso diminuiu o constrangimento ou sofrimento da vítima, dentro dos limites do humanamente factível, o valor da indenização também deve ser reduzido; f) ser devedor o Estado: reduz-se a indenização moral imposta às pessoas jurídicas de direito público[...] ⁵⁷.

Enfrentamos a presente situação como uma forma de punição pedagógica, pois o agressor deve pagar de uma forma pecuniária o dano causado a outro sujeito de direito. Se deixar este agressor impune, o mesmo não aprenderia, não sentiria no bolso uma perda. Nos dias atuais, infelizmente, as pessoas só se arrependem e só sentem alguma punição se esta atacar direta ou indiretamente o seu patrimônio.

Vivemos em uma sociedade extremamente consumista, onde os bens, o poder financeiro é mais importante que qualquer outro aspecto, na esmagadora maioria das vezes. Para a vítima, esta indenização pode não restabelecer o *status quo ante*, mas com certeza irá servir como uma forma de compensação. Esta compensação deve, de certa forma, estabelecer uma sensação mais agradável. É como se fosse a reposta do direito

⁵⁶ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. Obrigações e Responsabilidade Civil. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 443.

⁵⁷ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. Obrigações e Responsabilidade Civil. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 443.

frente ao dano que este sofreu. É uma prova de que os direitos fundamentais estão sendo observados e resguardados.

Destaca-se que, no âmbito do Direito de Família, têm surgido muitas controvérsias, envolvendo ações indenizatórias, dentre as quais está a possibilidade de reparação do dano moral decorrente de abandono afetivo, razão pela qual no próximo capítulo será abordado o instituto do Direito de Família, os principais princípios que o norteiam e a proteção dos filhos na hipótese de dissolução do vínculo entre os seus pais, especialmente, no aspecto psicológico.

2. A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

A família é, sem dúvida, a base de todo ser humano, que nasce inserido em um grupo familiar, no qual recebe as primeiras noções de afeto e valores que vão ser aprimorados ao longo da sua vida.

Com o estudo do Direito de Família, pode-se perceber o quanto o conceito de família vem sofrendo modificações ao longo dos tempos, na eterna busca de se ajustar a cada época e necessidade social. Essa evolução e aprimoramento são baseados nos princípios que contribuem para uma correta e eficaz aplicação das normas. Nestas normas, presentes no ordenamento jurídico, temos a proteção das relações familiares, das relações patrimoniais e assistenciais que nascem junto com as relações familiares.

O Direito de Família evolui com a sociedade. As atuais relações familiares estão pautadas no amor, compreensão, diálogo e igualdade entre seus membros. O eventual rompimento do vínculo havido entre os pais não os exonera das obrigações para com seus filhos, no sentido mais amplo de provisão material e emocional.

2.1. Direito de Família: conceito e princípios regentes

O Direito de Família é o conjunto de normas (regras e princípios) às relações entre pessoas ligadas pelo casamento, união estável ou parentesco, no caso entre pais e filhos e os institutos protetivos da tutela e curatela. As principais normas sobre o Direito de Família estão concentradas no Livro IV, Título I, Subtítulo I, Artigo 1.511 e seguintes, do Código Civil Brasileiro.

A Constituição Federal de 1988 também trata do Direito de Família, ao prever em seus artigos 226 a 230, o desenvolvimento de programas de proteção à família, ao casamento, à união estável, à filiação, à criança, ao adolescente e ao idoso. A ingerência estatal se justifica pela importância que o tema ocupa no contexto social.

De plano percebe-se o tamanho da importância deste instituto, pois além da Constituição Federal o Código Civil também tratou de criar artigos que regulamentem seus direitos e deveres, para assim, estar devidamente amparado.

Ao tratar da conceituação do complexo Direito de Família, Diniz assim discorre:

Constitui o direito de família o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas do matrimônio, a dissolução deste, a união estável, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares [...] ⁵⁸.

Ainda que as normas do Direito de Família sejam de Direito Privado, diante da importância e complexidade das relações de que trata, sofre significativa influência do Direito Público. No dizer de Rocha “o direito de família pertence ao Direito Privado, embora seja um ramo do Direito Privado marcado fortemente por normas de ordem pública, que como consequência, não podem ser modificadas por vontade das partes” ⁵⁹.

O Direito de Família não trata somente de normas que disciplinam o conjunto familiar, mas, também, do conjunto de normas e princípios que envolvem diretamente e indiretamente os institutos familiares, como o casamento, a sua validade e efeito, as relações de parentesco, relações de pais e filhos, a dissolução do casamento, os alimentos devidos ⁶⁰.

Rocha ensina que o Direito de Família está dividido em três títulos: o primeiro compõe-se do Direito matrimonial, que estuda a existência e validade do casamento; o segundo, o Direito parental, que estuda as relações de parentesco e, por último, o Direito Protetivo, que aborda os institutos da guarda e curatela ⁶¹. O referido autor ainda explica, de forma sistemática, o que entende por Direito Constitucional da Família, consoante se depreende do texto a seguir transcrito:

⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 26 ed. 5 v São Paulo: Saraiva, 2011. p. 17.

⁵⁹ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Introdução do direito de Família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 19.

⁶⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família: Lei nº 10.406 de 10.01.2002**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 02.

⁶¹ *Ibidem*, p. 18-19.

A Constituição Federal de 1988 escolheu para disciplinar a família um modelo regido por regras como a igualdade entre os cônjuges; o mútuo consenso entre os cônjuges; o de maior respeito e consideração entre os filhos menores; a eliminação da discriminação entre os filhos; e o reconhecimento da união estável de efeitos jurídicos semelhantes ao casamento. Com isso, a Constituição apenas acompanhou o processo evolutivo de deixava de lado um modelo patriarcal de família, dominado pela figura carismática do pai, que detinha um poder decisório grande sobre a vida da mulher e dos filhos e acolhia um modelo nuclear de família, baseado numa sociedade de iguais poderes e deveres entre os cônjuges e de maior respeito e consideração às aspirações dos filhos. A Constituição Federal tirou do casamento o papel de causa principal e exclusiva da constituição da família, que, no texto constitucional, pode ter por base a união livre de pessoas do sexo oposto, o casamento; a procriação natural ou artificial; e a adoção⁶².

Consoante antes referido, o Direito Familiar é composto de normas, que são o gênero das quais são espécies as regras e princípios. As regras disciplinam as relações familiares de forma mais específica, indicando o que é possível ou não fazer nessas relações, enquanto os princípios atuam de forma mais genérica, orientando essas relações.

Assim, não é possível atermo-nos apenas nas leis (normas jurídicas), mas também aos princípios como precedentes, além dos costumes, adquiridos com o passar dos tempos e com a evolução da sociedade, passando-se, a seguir, ao estudo de alguns dos princípios de maior evidência no âmbito do Direito de Família.

Desta maneira, para melhor elucidar o Direito de Família e a devida regulamentação pelos Princípios, cumpre citá-los da seguinte maneira:

a) Princípio do respeito à Dignidade da Pessoa Humana: previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal, é classificado como um dos princípios fundamentais, consoante leciona Lôbo “A dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade”⁶³.

Por ser um princípio fundamental, aplica-se em todas as áreas do Direito, especialmente no que cabe ao Direito de Família, pois conforme Gonçalves, “O direito

⁶² ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Introdução do direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 19.

⁶³ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 60.

de família é o mais humano de todos os ramos do direito”⁶⁴. Tem-se a afirmação de que o Direito de Família é o mais humano dos direitos, pois, é nele que estão regulamentados todos os direitos e deveres constantes das relações familiares, dos seres humanos que vivem dentro de um círculo familiar. De modo que, consiste em estabelecer a harmonia e a valorização deste instituto.

Serejo destaca a importância deste princípio e nos fornece uma explicação no trecho no que diz:

Com a mudança dos tempos, a efetivação dos direitos fundamentais, outros valores se levantaram. Entre nós a Carta Política de 1988 representou a positivação das novas conquistas sociais. Em todas as relações pessoais, agora, se sobressai a preocupação com a dignidade da pessoa humana, erigida como fundamento do Estado Democrático de Direito, logo no primeiro artigo da nossa constituição, impondo assim, sua exigibilidade imediata e efetiva⁶⁵.

No Direito de Família, este princípio representa a garantia e reconhecimento da função que cada membro desempenha no seio da sua família⁶⁶. Portanto, todo ato, conduta ou atitude que equipare ou trate a pessoa como uma “coisa” está violando o princípio ora estudado.

Ainda no tocante a este princípio de grande importância não só no nosso ordenamento jurídico como também na vida e dia a dia de todo cidadão, Moraes explica: “que a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, [...] e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas”⁶⁷. Esta dignidade vem de berço, é aprimorada em cada ensinamento que se obtém dos pais no desenvolvimento da vida.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no âmbito do Direito de Família encontra-se previsto no artigo 227 da Constituição Federal, redigido da seguinte forma:

⁶⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 8.ed. rev. e atual. 6 v. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 22.

⁶⁵ SEREJO, Lourival. **Direito constitucional da família**. 2 ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 17.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 18.

⁶⁷ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 48.

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a criança ao adolescente e ao jovem 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 opressão⁶⁸.

Segundo Serejo, a dignidade da pessoa humana é consagrada em nossa Constituição Federal como um fim do Estado Democrático de Direito e como um direito fundamental do cidadão, concluindo que: “A dignidade é, enfim, o respeito que cada um merece do outro, a começar no seio da própria família, onde a educação deve ser voltada para essa conscientização.”⁶⁹.

Moraes completa a ideia referida, ao explicar alguns dos direitos resguardados pela Carta Constitucional, como o direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, e explana que estes direitos fundamentais prevalecem do predomínio estatal em detrimento da liberdade individual⁷⁰.

Portanto, cabe salientar que esta dignidade é um direito resguardado a cada cidadão, dignidade à vida, à saúde, à escola entre vários outros direitos. Viver com dignidade é ter acesso a todos esses preceitos fundamentais para o desenvolvimento do ser humano;

b) Princípio da Solidariedade Familiar: antes da Constituição de 1988, este não era tratado como um princípio, era concebido apenas como um dever moral⁷¹. Está previsto no inciso I do artigo 3º da Constituição. Também no artigo 226 da Constituição quanto à proteção do grupo familiar, à proteção à criança e ao adolescente no artigo 227, e às pessoas idosas no artigo 230, ambos da Constituição Federal.

Lôbo explica no que consiste esta solidariedade nos casos mais importantes para o presente trabalho:

⁶⁸ BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 12 mar. 2013.

⁶⁹ SEREJO, Lourival. **Direito constitucional da família**. 2 ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 20.

⁷⁰ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 48.

⁷¹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 63.

A solidariedade do núcleo familiar deve entender-se como solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros, principalmente quanto à assistência moral e material. A solidariedade em relação aos filhos responde à exigência da pessoa de ser cuidada até atingir a idade adulta, isto é, de ser mantida, instruída e educada para sua plena formação social ⁷².

Para Dias, “solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e reciprocidade” ⁷³.

Nesta seara, entende-se por solidariedade aquele sentimento de carinho e afeto. De certa forma, um respeito e dever de assistência entre os membros da família, pois não se pode deixar estes à mercê da vida e suas dificuldades. A estes membros familiares que se deve estender todo apoio e fraternidade existente nos laços sanguíneos e afetivos;

c) Princípio da Igualdade Jurídica de Todos os Filhos: previsto no artigo 227, § 6º da Constituição Federal, e também nos artigos 1.596 a 1.629 do Código Civil Brasileiro. Significa dizer que todos os filhos, sejam eles legítimos, naturais ou adotivos, têm os mesmos direitos, ou seja, não se faz nenhuma distinção. “A única diferença entre as categorias de filiação seria o ingresso, ou não, no mundo jurídico, por meio do reconhecimento” ⁷⁴.

Essa distinção é quanto ao nome, poder familiar, alimentos e sucessão. Todos os seres humanos, quando nascem, têm direito de receber o nome de seus genitores, independentemente da forma que foram contraídos. Têm direito aos alimentos, pois sem eles não conseguiriam desenvolver-se e acabariam à mercê da vida. E o direito de sucessão, pois estão inseridos naquele grupo familiar, assim como têm o direito de receber o nome resguardado, devem possuir os direitos à sucessão daqueles;

⁷² LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 64.

⁷³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 66.

⁷⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 26 ed. 5 v. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 36-37.

d) Princípio da Igualdade Jurídica dos Cônjuges e dos Companheiros: previsto no artigo 226, § 5º da Constituição Federal. Pode-se dizer que o referido princípio acaba de vez com o poder marital que existia nas relações familiares. Fornecendo à mulher, iguais direitos que o homem possui ⁷⁵.

Lôbo diz que “nenhum princípio da Constituição provocou tão profunda transformação do direito de família quanto o da igualdade entre homem e mulher, entre filhos e entidades familiares” ⁷⁶. Isto explica o direito da igualdade entre todos os seres humanos, homens e mulheres são tratados de forma igual, visto que hoje têm as mesmas responsabilidades e obrigações. Os filhos também merecem tratamento de forma igual, pois, independentemente da forma que nasceram, são filhos da mesma forma. As entidades familiares também devem ter os mesmos direitos e deveres, não sendo tratadas desta forma, estaríamos indo contra todos os preceitos legais que defendem e tentam colocar em prática a igualdade que a Constituição proclama como direito fundamental.

Paulo Lôbo nos fornece uma explicação de grande valia quanto à igualdade dos cônjuges e dos filhos, quando preleciona que:

A igualdade e seus consectários não podem apagar ou desconsiderar as diferenças naturais e culturais que há entre as pessoas e entidades. Homem e mulher são diferentes; a família matrimonial, a união estável, a família monoparental e as demais entidades familiares são diferentes. Todavia, as diferenças não podem legitimar tratamento jurídico assimétrico ou desigual, no que concernir com a base comum dos direitos e deveres, ou com o núcleo intangível da dignidade de cada membro da família ⁷⁷.

Não seria justo tratar de todos os princípios atinentes ao direito de família e deixar este, o marco da evolução para trás. Hoje, o poder familiar ocupa o lugar do antigo pátrio poder, e passa a ser exercido pelo homem e pela mulher, conjuntamente;

e) Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente: no direito brasileiro, o princípio encontra fundamento no artigo 227 da Constituição Federal. Este

⁷⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** direito de família. 8.ed. rev. e atual. 6 v. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 23.

⁷⁶ LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** famílias. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 65.

⁷⁷ LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** famílias. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 67.

princípio incluiu o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Paulo Lôbo explica 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 ocorreria com a legislação anterior sobre os menores ⁷⁸.

Isso porque as crianças e adolescentes são sujeitos de direito como todos os outros cidadãos. Maria Berenice Dias afirma que a Constituição consagrou este princípio, pois os cidadãos de até 18 anos são vulneráveis e frágeis, merecendo um tratamento especial ⁷⁹.

Desta forma, este princípio “não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado” ⁸⁰.

Tendo base no todo exposto, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente trata de resguardar e assegurar o pleno desenvolvimento moral, social, educacional, levando em conta que se deve analisar as peculiaridades em que estes sujeitos estão expostos. A Constituição prevê que o Estado, os entes públicos e a sociedade são responsáveis diretos em garantir e assegurar este pleno desenvolvimento;

f) Princípio da Afetividade: Lôbo, “é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida” ⁸¹. Este princípio especializa o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da solidariedade ⁸².

Dias diz que “o Estado impõe a si obrigações para com seus cidadãos. Por isso, elenca, na Constituição, um rol de direitos individuais e sociais, como forma de garantir

⁷⁸ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 75.

⁷⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 67.

⁸⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 77.

⁸¹ *Ibidem*, p. 70.

⁸² LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**, p. 71.

a dignidade de todos. Isso nada mais é do que o compromisso de assegurar o afeto”⁸³.

Nesta seara, Lôbo afirma que “[...] a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles”⁸⁴.

Lôbo afirma que “a força determinante da afetividade, como elemento nuclear de efetiva estabilidade das relações familiares de qualquer natureza, nos dias atuais, torna relativa e, às vezes, desnecessária a intervenção do legislador”⁸⁵. Explica que, muitas vezes, essa intervenção do legislador fortalece o dever da afetividade, sendo esta afetividade o indicador das melhores soluções dos conflitos familiares⁸⁶.

Pode-se afirmar que a afetividade é um sentimento que deve existir nas relações familiares, visto que é uma interação com as pessoas que convivem dentro do seio familiar. Um exemplo que este afeto é de grande valia é uma frase dita pela Ministra Nancy Andrigui “amar é faculdade, cuidar é dever”⁸⁷;

g) Princípio da Paternidade Responsável e Planejamento Familiar: previsto no artigo 226, § 7º da Constituição Federal. Como bem explana Carlos Roberto Gonçalves, “essa responsabilidade é de ambos os genitores, cônjuges ou companheiros”⁸⁸. Está previsto também no Código Civil de 2002, no artigo 1.565 no § 2º proclamando que “o planejamento familiar é de livre decisão do casal” e também é “vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas”⁸⁹.

Este princípio define que os pais são obrigados a fornecer todo amparo que os filhos necessitam, desde o seu nascimento até adquirir forças para caminharem com as mesmas pernas. Quando “se coloca um filho no mundo”, nasce a obrigação de acompanhá-los e ampará-los, quando assim se fizer necessário.

O Direito de Família, portanto, é composto por regras e princípios que orientam as relações familiares. A constituição da família e as relações de parentesco, em especial

⁸³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 69.

⁸⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**, p. 71.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 73.

⁸⁶ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**, p. 73.

⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso **Especial n. 1292141-SP**. Relatora: Ministra Nancy Andrigui. Terceira Turma. Brasília, DF, 04 de dez. de 2012. Disponível em < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em 05 de mai 2013.

⁸⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 8.ed. rev. e atual. 6 v. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 24.

⁸⁹ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 15 mar. de 2013.

da proteção dos filhos, merecem destaque neste trabalho e constituirão objeto de abordagem nos itens seguintes.

2.2. O conceito da família contemporânea

O conceito de família vem sendo modificado com o passar dos tempos, visto que a sociedade está em constante evolução. Todos os ramos do direito vão se moldando com o objetivo de acompanhar a sociedade e as necessidades existentes em cada época e com o direito de família não poderia ser diferente. Assim, não há como compreender o que é família sem considerar os aspectos socioculturais de cada época e sociedade, consoante se depreende da doutrina de Paulo, a seguir transcrita:

Assim sendo, quando a proposta é conceituar família, não é possível abrir mão de fazer uma análise das circunstâncias sócio-históricas. A dimensão histórica modifica a noção de família, que deve ser relativizada conforme o contexto. Como tantas outras instituições, a família é também produzida culturalmente, modificando sua estrutura, sua função e seu significado social conforme a época e a localidade. Mesmo a família monogâmica não se apresenta da mesma forma, em todos os lugares e em todos os tempos⁹⁰.

Retrocedendo no tempo, tem-se que o princípio da autoridade era o que organizava a família no direito romano. Gonçalves relata que “o *pater familias* exercia sobre os filhos direito de vida e de morte. Podia, desse modo, vendê-los, impor-lhes castigos e penas corporais. [...] A mulher era totalmente subordinada à autoridade marital e podia ser repudiada por ato unilateral do marido”⁹¹. Portanto, o homem tinha o poder total de sua esposa e filhos.

Atualmente não é mais assim, cada ser humano no momento de seu nascimento adquire direitos indisponíveis, e seus genitores não são mais os seus donos, mas sim, pessoas que lhe forneceram o direito de vir ao mundo.

⁹⁰ PAULO, Beatrice Marinho. Em busca do conceito de família: desafio da contemporaneidade. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBGFAM, ano 11, n. 12, out./nov. 2009. p. 41.

⁹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 8.ed. rev. e atual. 6 v. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 31.

Um exemplo que afirma a evolução da família é que, antigamente, uma de suas funções era a procriação, onde ter filhos era uma forte característica e, de certa forma, um dever. Hoje, ter filhos não é o sonho de todo casal, visto que muitas pessoas colocam a vida profissional em primeiro plano. Verifica-se, também, que diante de casos de infertilidade entre homens e mulheres, e com o objetivo de fortalecer a natureza socioafetiva da família, tem-se optado pela adoção, que está prevista juridicamente⁹².

No que concerne ao Direito de Família no Brasil, Venosa explica que anteriormente ao século XX:

A mulher dedicava-se aos afazeres domésticos e a lei não lhe conferia os mesmos direitos do homem. O marido era considerado o chefe, o administrador e o representante da sociedade conjugal. [...] os filhos submetiam-se à autoridade paterna, como futuros continuadores da família⁹³.

A mulher ganhando espaço no mercado de trabalho deixa de ser vista apenas como a dona de casa, que deve respeito ao marido e que deve ter tempo apenas para cuidar e educar seus filhos, atribuindo uma nova configuração à família e suas funções. Com isso, atualmente a responsabilidade de uma família é dividida entre o homem e a mulher. Prova disso está na afirmação de Venosa: “O homem vai para a fábrica e a mulher lança-se para o mercado de trabalho”⁹⁴.

Seguindo essa linha de raciocínio, Rocha afirma que:

O novo código Civil teve o mérito de entronizar em seu corpo as alterações realizadas pela Constituição Federal no Direito de Família. Desapareceu a figura do marido como chefe do casal, a quem cabia a direção da família e a quem cabia fixar o domicílio do casal. A igualdade entre os cônjuges está disseminada em todo o livro que trata do Direito de Família. A direção da sociedade conjugal é exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos⁹⁵.

⁹² LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 19.

⁹³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 11 ed. 6 v. São Paulo: Atlas, 2011. p. 15.

⁹⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 11 ed. 6 v. São Paulo: Atlas, 2011. p. 05.

⁹⁵ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Introdução do direito de Família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 21.

Outro exemplo que merece destaque no que diz respeito à evolução da família, estava na função econômica. Antigamente, era necessário o maior número de filhos, para garantir os cuidados na velhice dos pais. Hoje, isto não é mais o foco principal da família, visto que a previdência social abrangeu esse aspecto ⁹⁶.

Como se vê, o direito de família vem passando, ao longo dos anos, por transformações significativas e que dão novos contornos ao conceito de família e às relações entre os seus integrantes, na medida em que se orientam pela justiça, amor, igualdade, respeito à dignidade da pessoa humana. Para Gischkow Pereira:

O direito de família evoluiu para um estágio em que as relações familiares se impregnaram de autenticidade, sinceridade, amor, compreensão, diálogo, paridade, realidade. Trata-se de afastar a hipocrisia, a falsidade institucionalizada, o fingimento, o obscurecer dos fatos sociais, fazendo emergir as verdadeiras valorações que orientam as convivências grupais. São características básicas do moderno direito de família, além da revalorização do aspecto afetivo e da busca da autenticidade nas relações familiares, a preocupação em dar primazia aos interesses das crianças e dos adolescentes [...]

Não há dúvida de que o modelo de família tradicional é aquele formado por homem e mulher unidos pelo casamento. Contudo, à toda evidência, esse modelo não se presta mais a identificar a família brasileira contemporânea. As famílias monoparentais, previstas no artigo 226, § 4º, da CF, as uniões estáveis consagradas no art. 226, § 3º, da Carta Magna, e aquelas formadas pela vinculação socioafetiva são tendências que devem, necessariamente, serem levadas em consideração ao se tratar desse tema. Nesse sentido, transcreve-se doutrina de Rocha:

O casamento, por exemplo, cria a sociedade entre cônjuges e o vínculo de afinidade que irá unir cada um dos cônjuges aos parentes do outro (parentesco por afinidade). A união estável, isto é, a convivência estável e duradoura entre homem e mulher que se comportam como se fossem marido e mulher, também da origem a uma relação familiar protegida pelo Direito, na medida em que direitos e deveres são reconhecidos a cada um dos conviventes. A procriação natural ou artificial e ainda o ato jurídico da

⁹⁶ Idem, p. 19.

⁹⁷ PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Direito de Família:** aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 17.

adoção criam o parentesco consanguíneo nos dois primeiros casos e civil no último, estabelecendo relações entre pessoas que descendem uma das outras, como pai e filho, ou então que provêm de um ancestral comum, como irmãos⁹⁸.

Gonçalves, em uma de suas obras, nos ensina a definição do que abrange o termo família dizendo: “*Lato sensu*, o vocábulo família abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidades pela afinidade e pela adoção. Compreende, pois, os cônjuges e companheiros, os parentes e os afins.”⁹⁹.

Nesta definição, o autor, anteriormente citado, já traz consigo a definição de família moderna, onde compreende também aquela que nasce dos laços afetivos, e não somente as de vínculo sanguíneo.

Venosa compreende o conceito atual de família como “[...] relações das pessoas unidas pelo matrimônio, bem como daqueles que convivem em uniões sem casamento; dos filhos e das relações destes com os pais, da sua proteção por meio da tutela [...]”¹⁰⁰.

Na linha de conceituação da família contemporânea e seguindo a tendência mundial de evidência da socioafetividade nas relações familiares, Lôbo afirma que: “[...] a família atual está matizada em paradigma que explica a sua função atual: a afetividade. Assim, enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade [...]”¹⁰¹.

Portanto, contemporaneamente, atribui-se maior valor ao afeto existente entre os grupos familiares do que somente àquelas famílias constituídas tradicionalmente pelo casamento. Como explana Venosa, “a família atual, contudo, difere das formas antigas no que concerne a suas finalidades, composição e papel de pais e mães”¹⁰².

Ainda Venosa fornece em uma breve explanação sobre o que o ordenamento jurídico pátrio compreende por família em um conceito amplo:

⁹⁸ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Introdução do direito de Família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 18.

⁹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 8.ed. rev. e atual. 6 v. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 17.

¹⁰⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 11 ed. 6 v. São Paulo: Atlas, 2011. p. 01.

¹⁰¹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 17.

¹⁰² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 11 ed. 6 v. São Paulo: Atlas, 2011. p. 05.

Importa considerar a família em conceito amplo, como parentesco, ou seja, o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Nesse sentido, compreende os ascendentes, descendentes e colaterais de uma linhagem, incluindo-se os ascendentes e descendentes e colaterais do cônjuge, que se denominam parentes por afinidade ou afins¹⁰³.

A partir da análise do conceito de família no contexto atual, nota-se uma forte tendência no ordenamento jurídico da aceitação dos diversos estilos de formação da família, buscando de todos os modos protegê-la, fundamentando-se nas relações socioafetivas. Nessa linha, pode-se citar a grande polêmica que envolveu o reconhecimento das relações homossexuais como uniões estáveis, consoante afirma Lopes:

Por mais que os homossexuais tenham sido alvos de muitos preconceitos a luta dos direitos humanos vem sendo vitoriosa e os tribunais vêm reconhecendo alguns direitos a partir da convivência em comum, direitos esses ainda insertos no contexto legislativo. A convivência de pessoas do mesmo sexo fez nascerem polêmicos Projetos de Lei cujo propósito é dar as parcerias homossexuais *status* de união estável e reconhecer os direitos de todo o ser humano além de deveres e obrigações, protegendo assim disposições de caráter patrimonial protegendo a propriedade construída pelos parceiros e o direito à adoção, garantindo ainda o direito de sucessão nos bens pelo companheiro homossexual, marcando assim a saída da clandestinidade destas relações e a regulamentação como entidade familiar que são baseados nos direitos fundamentais do ser humano¹⁰⁴.

Deste modo, diante da carência legislativa, que não acompanha a velocidade da evolução das complexas relações sociais, exige-se do Judiciário uma solução para os casos concretos que lhe são submetidos a julgamento. Os homossexuais são merecedores de respeito e de tutela legal, de quem não pode ser subtraída a pretensão de constituir família. Trata-se de questão ainda polêmica, no sentido de dever ser tratada no âmbito do Direito de Família ou na esfera do direito obrigacional. Sobre esse ponto, Rocha discorre que:

¹⁰³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** direito de família. 11 ed. 6 v. São Paulo: Atlas, 2011. p. 02.

¹⁰⁴ LOPES, Carina Deolinda da Silva. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4425&revista_caderno=14>. Acesso em 30 abr de 2013.

O enquadramento das relações homossexuais no âmbito do Direito de Família é bastante discutível. Duas orientações controvertem. A primeira, considerada conservadora, insiste em negar à relação homossexual abrigo no Direito de Família, localizando-a no campo do Direito das Obrigações ao classificá-la como pura sociedade de fato. Provada a existência de uma sociedade de fato, caberia apenas regular o destino dos bens adquiridos na constância da sociedade, por ocasião da sua dissolução. A segunda, considerada progressista, relega a segundo plano a diversidade de sexos e inclui a relação homossexual no campo do Direito de Família¹⁰⁵.

Isso nada mais é do que um pensamento crítico de alguns doutrinadores, quando enquadram as relações homossexuais no campo do direito obrigacional, pois resistem à ideia de que seja mais uma maneira de formação da família, com a proteção legal própria do Direito Familiar. No Brasil, este direito já foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 4277. A união homoafetiva ganhou espaço e reconhecimento no âmbito jurídico. Nesse sentido, leciona Ribeiro:

Essa decisão é uma conquista importante no sentido de ampliar as garantias patrimoniais entre os homossexuais que vivem em união estável, os quais, em caso de morte do companheiro ou companheira, poderão, com a aprovação desta lei, usufruir legalmente de sua herança, assim como já ocorre com todos os casais heterossexuais desde sempre. Dessa forma, colocando a questão dos direitos sobre patrimônio como o ponto central da discussão em torno desta lei, pode-se falar que a decisão do STF não proporciona uma mudança radical na organização da sociedade brasileira, pois não há restrições legais para que pessoas do mesmo sexo não tenham um relacionamento afetivo, nem mesmo para que não morem juntas. A constituição destas uniões já existe. Em outras palavras, esta decisão do poder judiciário não traz a união homoafetiva como algo novo, mas sim garante sua legalização e direitos outrora cerceados aos casais homossexuais brasileiros¹⁰⁶.

Não poderia ocorrer de maneira diversa, pois a Constituição prevê igualdade entre todos, de modo que, diante desse direito de igualdade, deve ser assegurada, inclusive, àqueles que sendo do mesmo sexo, ou seja, pretendam constituir uma família, fundada numa relação de amor e afeto, mesmo destoando da noção tradicional de família entre homem e mulher,

¹⁰⁵ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Introdução do direito de Família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 17-18.

¹⁰⁶ RIBEIRO, Paulo Silvino. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/sociologia/uniao-homoafetiva-debate-no-brasil.htm>>. Acesso em 30 de abr. de 2013.

O Estado exerce a proteção da família em nível constitucional, prevista no artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil. Lôbo nos fornece uma introdução da proteção exercida pelo Estado em prol da Família dizendo:

Fundada em bases aparentemente tão frágeis, a família atual passou a ter a proteção do Estado, constituindo essa proteção em um direito subjetivo público, oponível ao próprio Estado e à sociedade. A proteção do Estado à família é, hoje, princípio universalmente aceito e adotado nas constituições da maioria dos países, independentemente do sistema político e ideológico¹⁰⁷.

Justamente pelo fato de a família ter esta vasta importância é que o legislador se ateve a procurar a devida proteção jurídica a este instituto de grande valia para todos nós, seres humanos. Outra prova disso é a Declaração Universal de Direitos do Homem, que foi votada pela ONU, no dia 10 de dezembro de 1948, no seu artigo 16 – 3 que diz “A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado”¹⁰⁸.

A Constituição reconheceu a família formada pela união estável e a entidade monoparental¹⁰⁹. Este é mais um exemplo de que o nosso direito caminha a passos largos para acompanhar as necessidades de cada época, tentando estabelecer uma condição de igualdade e de melhor convivência com todos os cidadãos.

Segundo Rizzardo, o Direito de Família é o ramo do direito de maior incidência prática, eis que quase todos vivem em um conjunto familiar, e diante da importância social dessa instituição, o Estado intervém na manutenção de uma ordem de proteção¹¹⁰.

De todo o exposto, pode-se concluir que a família contemporânea é aquela que se forma nos laços socioafetivos, independentemente do casamento, mas também aqueles que vivem em união estável, sendo do mesmo sexo ou não, e de suas relações com os filhos. Acerca da importância de aceitar as tendências e transformações sociais e sua influência na família para uma sociedade mais justa e igualitária, Gischkow Pereira discorre que:

¹⁰⁷ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 17.

¹⁰⁸ Segundo informações constantes na página http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em 29 abril de 2013.

¹⁰⁹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**, p. 33.

¹¹⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. Rio de Janeiro : Forense, 2006. p. 01.

Uma má sociedade apenas por exceção produz boas famílias, mas famílias más também não originam uma boa sociedade. Se a família estiver estruturada e funcionalizada para transmitir aos seus componentes os valores superiores de convivência, um passo formidável terá sido dado no espaço de constituir uma sociedade mais justa, fraterna, solidária, igualitária e libertária. As transformações na família expressam o ajustamento dente ente social às novas realidades fáticas e valorativas. Por isto o direito de família vem mudando tão acentuadamente. E que se fomentem essas mudanças, para o direito não ser obstáculo ao advento de uma sociedade nova e melhor [...] ¹¹¹.

O conceito de família contemporânea é mais do que aquela formada pelo homem e mulher e o casamento, como vimos. Todavia, independentemente do tipo de família constituída, não se pode perder de vista a proteção dos filhos, mormente quando as relações entre os pais se dissolvem e os filhos ficam sob a guarda de um deles, ou, às vezes, até com terceira pessoa, como avós, por exemplo, questão a ser abordada a seguir.

2.3. Da proteção dos filhos

A filiação é a relação que se estabelece entre pais e filhos. Pode-se chamar de filiação a relação quando é encarada observando os filhos, ao contrário, quando visualizada do lado dos genitores, esse vínculo será chamado de paternidade e maternidade ¹¹². Sobre a filiação ensina Madaleno:

Os filhos são a continuação da espécie humana, representando o elo que dá sequência à representação do homem, gerando novos seres, integrando passado e futuro e a história da humanidade. É com a reprodução humana que a vida inteligente se conserva sobre a face da Terra, representando os laços sanguíneos, os mais importantes sentimento que constroem e realizam a pessoa em seus vínculos afetivos ¹¹³.

¹¹¹ PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Direito de Família:** aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 45.

¹¹² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** direito de família. 8.ed. rev. e atual. 6 v. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 318.

¹¹³ MADALENO, Rolf. **Repensando o Direito de Família.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 129.

O Código Civil regulamenta a filiação no capítulo II, intitulado como ‘Da Filiação’ exatamente nos artigos 1.596 e seguintes. Cumpre salientar que o Código Civil trata, em capítulos diferentes, os filhos nascidos na relação do casamento e os havidos fora do casamento. A estes, o amparo legal se encontra previsto no artigo 1.607 a 1.617, ambos do Código Civil.

A filiação pode se constituir biologicamente como socioafetivamente. A Constituição Federal de 1988 inovou no que diz respeito aos filhos, reconhecendo-lhes igualdade de direitos, independentemente de terem nascido da relação de casamento ou fora dela, ou mesmo da adoção, vedando quaisquer discriminações entre eles.

A filiação pode ser biológica, resultante da procriação ou civil, resultante da adoção. A ambas geram efeitos jurídicos. Rizzardo traz uma subclassificação da filiação biológica, afirmando a existência de três tipos de filiação: a biológica, a biológica presumida e a sociológica. A biológica é aquela havida da relação sexual existente entre o homem e mulher. A biológica presumida é a dos filhos havidos durante o relacionamento ou até um certo tempo depois do término. Já a sociológica é aquela filiação constituída pela adoção, sem nenhuma relação biológica, mas reconhecida pela lei ¹¹⁴.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, desapareceu qualquer forma de discriminação dos filhos, não mais subsistindo diferenças entre a filiação biológica e civil, havidos ou não do casamento, fato que constituiu grande avanço legislativo na medida em que introduz a igualdade na filiação.

Com o término do vínculo entre os pais, o dever e a responsabilidade destes com seus filhos, contudo, persiste, não podendo ser deixado de lado ou pensar que acabou junto com a relação dissolvida. Nesse sentido, Rizzardo explana que “Mesmo que falte ou desapareça a união entre os pais, os laços de parentesco jamais desaparecem, porquanto se revelam em um componente ôntico da pessoa, tanto que diverso, mais perene e profundo que qualquer outro relacionamento” ¹¹⁵.

Os filhos, que são fruto de relacionamentos entre pessoas que, por algum motivo, não deu certo, têm proteção do ordenamento jurídico, consoante se depreende

¹¹⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 408.

¹¹⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 404.

do disposto nos artigos 1.583 a 1.590 do Código Civil Brasileiro., no capítulo intitulado como ‘Proteção da pessoa dos filhos’.

O poder familiar consiste no conjunto de direitos que se exercem no interesse dos seus titulares, os pais, e, especialmente, no exercício de um dever de atenção aos interesses dos filhos menores de idade e não emancipados. No poder familiar, o que importa de fato é a proteção do filho incapaz, que é seu beneficiário essencial. Nesse passo, Grisard Filho conceitua o poder familiar como sendo:

[...] 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, física, mental, moral, espiritual e social. Para alcançar tal desiderato impõe-se ainda aos pais satisfazerem outras necessidades dos filhos, notadamente de índole afetiva, pois o conjunto de condutas pautado no art. 1.634 do CC o é em caráter mínimo, sem excluir outros que evidenciem aquela finalidade ¹¹⁶.

O poder familiar se extingue pela morte dos pais ou dos filhos, pela emancipação, pelo atingimento da maioridade, ou pela adoção ou por decisão judicial, nos termos do disposto no art. 1.635 do CC, com limitações em situações anormais previstas nos arts. 1.637 a 1.638 do CC e 22, 24 e 129, X, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O poder familiar, exercido em regra, conjuntamente por ambos os genitores pode ser cindido, no caso de dissolução do vínculo entre os pais, estabelecendo-se o exercício da guarda por um dos genitores, caso não se opte pela guarda compartilhada, com a consequente restrição da guarda exercida pelo outro cônjuge.

O Código Civil ao instituir nos arts. 1.631 e 1634 o exercício conjunto do poder familiar pelos pais, assegura-lhes na separação judicial, no divórcio ou dissolução da união estável, terem os filhos em sua companhia, o que se viabiliza por meio do instituto da guarda, cuja previsão legal está nos arts. 1.583 a 1590 do Código Civil e 33 a 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A guarda, por sua vez, é o direito-dever dos pais de conviver com os seus filhos como decorrência do exercício das funções parentais previstas no Código Civil. O dever

¹¹⁶ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 5. ed. rev. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 35-36.

de guarda é exercido por ambos os pais em decorrência do poder familiar e enquanto subsistir o vínculo entre os genitores. Adquire maior relevância jurídica a questão da guarda no caso de ruptura do vínculo entre os pais. Evidenciando a importância desse instituto, cita-se a doutrina de Grisar Filho:

Sua importância decorre da multiplicidade de problemas que envolvem esse ramo particular do direito, que deve ser constantemente aprimorado, caminhando no sentido da *proteção integral* dos filhos, para tornar efetivo seu direito fundamental à convivência familiar e comunitária e assegurar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade¹¹⁷.

Assim, a partir da análise do instituto do poder familiar exercido em condições de igualdade pelo pai e pela mãe, e na eventual hipótese de desmembramento – cisão da guarda comum -, em razão da separação, divórcio ou dissolução da união estável, passando os filhos a conviverem com um só dos genitores, competirá ao genitor que não exercerá a guarda, o direito de manter as relações paterno-filiais por meio do sistema de visitas e fiscalização, como limitações da guarda do outro.

Com o término do vínculo entre os pais, o dever e a responsabilidade destes com seus filhos persiste, cujos laços de afeto, direitos e deveres recíprocos se matem hígidos e podem ser apenas modificados, quando necessário para atender as questões pertinentes à separação dos pais. Nesse sentido, Rizzardo explana que: “Mesmo que falte ou desapareça a união entre os pais, os laços de parentesco jamais desaparecem, porquanto se revelam em um componente ôntico da pessoa, tanto que diverso, mais perene e profundo que qualquer outro relacionamento”¹¹⁸.

Dias leciona que o término da relação havida entre os pais não os exime da responsabilidade com os seus filhos, de modo que cada um siga o seu caminho sem se comprometer com os filhos e toda complexidade dessa relação, concluindo que “Quando da união nasceram filhos, a dissolução dos vínculos afetivos não se resolve simplesmente indo cada um para um lado”¹¹⁹. O que ocorre é a cisão do exercício do

¹¹⁷ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 5. ed. rev. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 71.

¹¹⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 404.

¹¹⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 398.

poder familiar pelo instituto da guarda, no caso de não restar convencionado o seu exercício de forma compartilhada, consoante se depreende da lição de Grisard Filho no texto a seguir transcrito:

Na pós-ruptura, o genitor que obtenha a guarda assume unipessoalmente o exercício de todos os direitos e deveres que antes eram cumpridos conjuntamente, sem prejuízo, entretanto, do direito do outro de ter uma adequada comunicação com o filho e supervisionar sua educação. Há, assim, uma redistribuição de suas prerrogativas ao genitor não guardião¹²⁰.

A cisão da guarda não significa que os pais percam a titularidade da autoridade parental, já que o rompimento do casal não atinge os vínculos jurídicos existentes entre pais e filhos, mas implica a modificação no seu exercício. É preciso, nesse caso, decidir acerca da forma do exercício da guarda, sempre atento ao melhor interesse dos filhos, restando despiciendo perquirir quem deu causa ao rompimento da relação, o objetivo é observar o melhor para ambos. Nesse sentido Gonçalves preleciona

Não se indaga, portanto, quem deu causa à separação e quem é o cônjuge inocente, mas qual deles revela melhores condições para exercer a guarda dos filhos menores, cujos interesses foram colocados em primeiro plano. A solução será, portanto, a mesma se ambos os pais forem culpados pela separação e se a hipótese for de ruptura da vida em comum ou de separação por motivo de doença mental¹²¹.

O acordo sobre a guarda dos filhos será realizado entre os genitores e levado ao juiz para a devida homologação, se houver consenso, do contrário, será fixada judicialmente. O juiz, analisando os fatos e a realidade ali presente, irá decidir qual ambiente é mais propício para o crescimento dos filhos menores. Desse modo, havendo filhos menores de idade, cumpre ao Estado, por intermédio do Juiz, decidir sobre estes, observando os ditames legais¹²².

¹²⁰ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 5. ed. rev. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 106.

¹²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 8.ed. rev. e atual. 6 v. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 291.

¹²² *Ibidem*, p. 291.

No ordenamento jurídico, a guarda pode ser exercida de forma compartilhada ou unilateralmente, com definição do direito de visita daquele pai/mãe que não exerce a guarda, objetivando a continuidade do relacionamento entre pais e filhos, mesmo após a separação dos pais. A guarda compartilhada é também chamada de guarda conjunta, é aquela em que os pais estão mais presentes na vida dos filhos, mantendo uma pluralização de responsabilidades. Dias afirma que a guarda compartilhada possui um objetivo maior, ou seja, “A proposta é manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária”¹²³.

A guarda compartilhada está prevista também no Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 4º do referido diploma. Este artigo, assegura, dentre outros direitos, o da convivência familiar, de grande importância para o crescimento e desenvolvimento da criança e do adolescente.

A Guarda Unilateral é aquela concedida ou definida a apenas um dos genitores, ou à mãe ou ao pai. Este terá a guarda unilateral do filho, podendo estabelecer regras quanto à visita e alguns outros pontos importantes em relação ao filho e ao genitor não guardião¹²⁴. Referida forma de guarda encontra-se prevista no parágrafo 2º do artigo 1.583 do Código Civil no que diz: “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.”¹²⁵.

Observando a redação do artigo anteriormente citado, resta autorizado concluir que os legisladores estão sempre pensando no melhor interesse das crianças, tentando mantê-los no ambiente mais favorável para seu crescimento junto de seus progenitores e no ambiente familiar em que estão inseridos.

Tendo como base o estudo realizado até o presente momento, as formas de famílias na contemporaneidade, a evolução histórica do direito de família, o reconhecimento e proteção da pessoa dos filhos e a cisão do poder familiar, no caso de dissolução do vínculo entre os genitores, e o exercício unilateral da guarda por um dos

¹²³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 401.

¹²⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 404.

¹²⁵ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 30 abr. de 2013.

genitores, passar-se-á à análise das questões daí decorrentes: o abandono afetivo e da alienação parental, temas objeto do próximo capítulo.

3. DA RESPONSABILIDADE NO ABANDONO AFETIVO

Tendo em vista que as primeiras pessoas com quem se convive e se constrói a base de todo relacionamento é a família, está comprovado que essa relação deixa marcas de tamanha significância na vida e no desenvolver dela. Assim, o bom relacionamento entre pais e filhos é de grande valia, visto que é um elo que se estabelece desde o início e prevalecerá até a morte.

Quando este elo é rompido por vontade unilateral de uma das partes, resta prejudicada a outra, e muitas vezes este prejuízo se torna quase que irreparável. Busca-se então, analisar se a responsabilidade civil poderá estar presente nesses casos. Alguns autores entendem que os pais devem fornecer amor e afeto aos seus filhos. Esse amor é um sentimento que DEVE existir de forma obrigatória, pois os filhos precisam e merecem receber esse sentimento. Outros autores entendem que responsabilizar os pais por não sentirem carinho e amor pelos seus filhos é uma indevida responsabilização, visto que não se pode exigir que alguém ame o seu semelhante sem sentir na realidade esse amor.

Deste modo, cumpre aprofundar as duas posições frente ao caso, para assim verificar em quais fundamentos cada uma das posições se baseiam, e entender qual delas é mais favorável a nossa sociedade.

Analisando o entendimento de Coelho “Em qualquer hipótese de responsabilidade civil, subjetiva ou objetiva, o credor terá direito à indenização pelos danos morais se tiver experimentado uma dor excepcional, considerável, significativa, tormentosa, pungente e grande”¹²⁶. Aquele ser humano dotado de boa conduta não deve arcar com os erros dos próximos, se alguém lhe causou algum tipo de prejuízo, este tem o direito de ingressar no judiciário buscando a devida reparação.

3.1. A importância do afeto e os reflexos do abandono afetivo dos pais em relação aos seus filhos

¹²⁶ COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. Obrigações e Responsabilidade Civil. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 438.

Enquanto a família permanece fisicamente unida, as questões relativas ao exercício do poder familiar e da guarda dos filhos menores de idade não encontram grande evidência, na medida em que o exercício se dá conjuntamente, por ambos os genitores, nos termos do disposto no art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente, artigos 1.630 a 1638 do Código Civil e art. 226, § 5º da Constituição Federal. Assim, uma vez estabelecida a relação paterno-filial, dela naturalmente decorre o poder familiar e o dever de guarda conjunta exercida por ambos os genitores.

Outrossim, quando ocorre o rompimento dos laços afetivos entre os pais, altera-se a estrutura familiar, e as questões do poder familiar e da guarda dos filhos adquirem outra dimensão, sem dúvida, mais complexa. A nova realidade implica reorganização das relações entre pais e filhos. A guarda dos filhos menores pode ser assumida por um dos genitores, assegurado o direito de visitação do outro, o que implica também distribuição das responsabilidades no que respeita aos aspectos de manutenção dos filhos, ou pode ser compartilhada entre os pais.

Nesse processo de rompimento do vínculo entre os pais ou até mesmo nos casos em que o vínculo sequer tenha-se estabelecido, pense-se no caso do relacionamento eventual do qual decorre a concepção, é possível que aquele que fique com a guarda do filho pretenda aliená-lo do relacionamento do outro, ou, ainda, que aquele que o não guardião se abstenha de prestar-lhe assistência econômica e emocional, condutas que, por certo, produzirão consequências emocionais e psicológicas nos filhos.

Quando um dos pais, aquele que detém a guarda do filho, usa de artifícios no âmbito psíquico e mesmo físico para afastá-lo da relação com o outro, evidencia-se a chamada alienação parental. Trata-se de prática muito comum, pois, na maioria dos casos o genitor guardião, em razão de sua inconformidade com o término do relacionamento acaba por adotar essa prática, até mesmo como forma de penalizar o outro, geralmente indicado como causador do rompimento da vida em comum.

A prática de alienação parental é vedada pelo direito pátrio e sua caracterização. É encontrada na Lei n. 12. 318, de 26 de agosto de 2010, ao dispor em seu artigo 2º que:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este ¹²⁷.

O artigo 6º do aludido diploma legal antes referido prevê as possíveis sanções aplicáveis àquele que pratica a alienação parental, em que pese as disposições legais tenham um caráter mais pedagógico e educativo do que punitivo, consoante afirma Gonçalves: “A lei ora comentada tem mais um caráter educativo, no sentido de conscientizar os pais, uma vez que o Judiciário já vinha tomando providências para proteger o menor quando detectado um caso da aludida síndrome” ¹²⁸.

Para melhor elucidar o referido, cumpre transcrever o artigo 6º da Lei 12.318 o qual relata:

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar ¹²⁹.

¹²⁷ BRASIL. Lei 12. 318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a Alienação Parental. In: BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em 20 jun. 2013.

¹²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 8.ed. rev. e atual. 6 v. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 307.

¹²⁹ BRASIL. Lei 12. 318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a Alienação Parental. In: BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em 20 jun. 2013.

Desta maneira, o juiz poderá se valer das possibilidades transcritas nos incisos do artigo anterior, para tentar coibir a prática da alienação parental, e, de alguma forma aproximar o menor e o genitor alienado.

Na maioria dos casos, os filhos são usados como objetos no processo de vingança do cônjuge que ainda não aceitou o fim do relacionamento, sem que tenha a consciência do grave dano psíquico que isso possa representar na vida dos filhos. As questões da ruptura do relacionamento dos pais se sobrepõem à saúde mental e bem estar dos filhos. Segundo Dias:

É preciso ter presente que esta também é uma forma de abuso que põe em risco a saúde emocional e compromete o sadio desenvolvimento de uma criança que enfrenta uma crise de lealdade e gera sentimento de culpa quando, na fase adulta, constatar que foi cúmplice de uma grande injustiça

A alienação parental pode estar representada por ações como impedir e/ou dificultar o convívio com um dos pais, denegrir sua imagem, alimentando no filho o sentimento de abandono material e afetivo, dentre outras tantas maneiras, práticas em regra decorrentes da dificuldade na adequada elaboração do genitor guardião do processo de separação, desencadeando um processo de desmoralização do ex-cônjuge/companheiro.¹³¹

A conscientização dos pais nesse processo de ruptura entre eles é fundamental para que isso não produza reflexos danosos aos seus filhos. Não se mostra razoável que os filhos sejam usados como objeto de “vingança” nas questões do término da relação, donde podem emergir danos irreparáveis que produzirão reflexos por toda vida dos filhos.

O término do relacionamento entre os genitores não implica dissolução da sua relação com os filhos. A estes o relacionamento com cada um dos pais deve manter-se intacto. Aquele pai/mãe que se mantiver com a guarda do filho deverá respeitar o direito de visita que existirá com relação ao outro genitor. Tudo isso para garantir que os filhos não sejam lesados pela separação. Sobre esse tema ensina Pereira:

¹³⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 419.

¹³¹ *Ibidem*, p. 418.

A dissolução do vínculo conjugal não pode, nem deve significar o rompimento ou alteração do vínculo parental. Por outro lado, os laços de sangue não são suficientes para garantir a maternidade e a paternidade, que é muito mais um exercício no convívio, na cumplicidade, no estabelecimento de regras e limites, no companheirismo e no amor. É assim que se estabelecem os mais sólidos e profundos vínculos, invisíveis aos olhos da genética. [...] o exercício da paternidade e da maternidade – e, por conseguinte, do estado de filiação – é um bem indisponível para o Direito de Família, cuja ausência propositada tem repercussões e consequências psíquicas sérias, e a ordem legal/constitucional deve amparo, inclusive com imposição de sanções, sob pena de termos um Direito acéfalo e inexigível¹³².

Pereira destaca a importância de atender os direitos resguardados aos filhos, visto que são os sujeitos mais prejudicados na relação quando os seus pais decidem tomar caminhos diferentes. O melhor interesse do filho deve ser a principal preocupação nesse processo de rompimento dos pais, devendo ser mantida a convivência familiar dos filhos com ambos os pais. O relacionamento entre pais e filhos é diverso do relacionamento entre os genitores.¹³³

O abandono afetivo, em última análise, pode ser compreendido como sendo aquela situação em que o genitor, ou os genitores abandonam seus filhos, material e afetivamente e se caracteriza com o descumprimento dos deveres de assistência, sustento, guarda e educação dos filhos.

Ainda, segundo Pereira, em contrapartida ao direito de guarda exercido por um dos genitores está o direito de visita do outro. Ocorre que, em muitos casos, o cônjuge não guardião acaba por se comprometer apenas em pagar a prestação alimentar do filho, abstendo-se de prestar-lhe a assistência psicológica e emocional própria da relação paterno-filial, transferindo esse ônus unicamente ao guardião¹³⁴. Nessa abstenção do genitor se caracteriza o abandono afetivo.

O afeto entre pais e filhos é elemento indispensável a ser mantido, como um mecanismo de vida familiar saudável, desde o nascimento e por toda vida pela importância que isso reflete na sua formação emocional. Nesta seara, afirma Costa: “essa presença, esse cuidado direcionado para o recém nascido representa para ele não

¹³² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Revista brasileira de direitos das famílias e sucessões**. out.□nov. 2007. Porto Alegre: Magister. Belo Horizonte: IBDFAM, 2007. p. 05-06.

¹³³ Ibidem, p. 07.

¹³⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Revista brasileira de direitos das famílias e sucessões**. out.□nov. 2007. Porto Alegre: Magister. Belo Horizonte: IBDFAM, 2007. p. 06.

só a entrega dos meios necessários à sua sobrevivência como a inserção no relacionamento com seus semelhantes”¹³⁵.

O ser humano que foi concebido e criado com amor, carinho e afeto, certamente transmitirá esses sentimentos aos seus semelhantes, contribuindo para o desenvolvimento de uma sociedade cada vez mais fraterna. A personalidade do ser humano na vida adulta dependerá desses sentimentos positivos, motivo pelo qual o afeto se torna tão considerável e ao mesmo tempo marcante na vida dos menores de idade.¹³⁶

Os sentimentos antes citados e que contribuem na boa evolução do ser humano são destacados pelo princípio da afetividade, tratado no capítulo anterior. Segundo esse princípio a afetividade é o elo que une os membros da família, assim abordado por Rizzardo:

É incontestável que o afeto desempenha um papel essencial na vida psíquica e emotiva do ser humano. A afetividade é uma condição necessária na constituição do mundo interior. 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 aos sentimentos do amor sadio, desprendido, compreensivo e respeitoso. Na vida adulta, acalenta as uniões, torna mais forte os laços de amizade, conduz à tolerância, e fortalece nas adversidades, levando a não sucumbir. [...] Nota-se, pois, que a afetividade constitui um valor inerente a vida humana. A sua essencialidade é dimensionada pelas repercussões negativas na personalidade se não satisfatoriamente realizada essa necessidade. A própria realização e a felicidade dependem deste elemento¹³⁷.

A assistência referida no art. 227 da Constituição Federal não se resume à assistência material, alcançando uma abrangência maior, que passa pela assistência afetiva e emocional dos filhos, das bases morais para que possam crescerem e se desenvolverem saudavelmente. Desta maneira cumpre salientar a ideia de Cassetari:

¹³⁵ COSTA, Maria Isabel Pereira da. Família: do autoritarismo ao afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**. v. 7, n. 32, out/nov. 2005. Porto Alegre: Síntese, 2005. p. 22.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 22.

¹³⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**: lei nº 10.406, de 10.01.2002. p. 685-686.

A Constituição Federal estabelece deveres para os pais com relação aos filhos, de assistência, criação, educação. Estes deveres não apresentam somente critérios materiais, mas, também, afetivos, já que não basta promover o sustento, mas se faz imprescindível dar carinho e afeto, como pegar no colo, beijar, abraçar, permitindo o chamado “contato de pele”, que serve para dar proteção e segurança ¹³⁸.

Costa fornece uma definição precisa acerca da função das famílias, entendendo e reafirmando a ideia trazida anteriormente sobre a importância do afeto no desenvolvimento psicológico e social de cada indivíduo. A família é a principal responsável por fornecer aos seus indivíduos a base mínima da realidade em que vivem e o quanto é importante os sentimentos benéficos, considerados também positivos para cada uma dessas pessoas quando diz:

A principal função da família é, sem dúvida, a de criar as condições para o desenvolvimento da personalidade dos filhos a fim de que se tornem dignos integrantes da sociedade, sabendo também respeitar a dignidade de todos. Esses são valores que primeiramente têm de ser aprendidos dentro de casa. Ensinos dessa natureza não se fazem com truculência nem com omissão de carinho ou de afeto ¹³⁹.

Portanto, pode-se afirmar que os seres humanos que obtiveram dos seus familiares esse mínimo entendimento do que se pode considerar correto para conviver com o próximo são os que, com certeza, vivem em plena harmonia e a transmitem aos que convivem ao seu redor. Silva destaca a importância destas relações familiares para cada ser humano no que relata:

A crucial importância do exame dos fundamentos das relações e dos vínculos familiares radica na circunstância de que é no seio deste grupo que o indivíduo nasce e se desenvolve, moldando sua personalidade ao mesmo tempo em que se integra ao meio social. Durante toda a vida, é na família que o indivíduo encontra o conforto e refúgio para a sua sobrevivência ¹⁴⁰.

¹³⁸ CASSETARI, Christiano. Responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo de seus filhos – dos deveres constitucionais. **Revista Brasileira de Direito de Família**. v. 9, n. 50, out./nov. 2008. Porto Alegre: Síntese, 2008. p. 97.

¹³⁹ COSTA, Maria Isabel Pereira da. Família: do autoritarismo ao afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**. v. 7, n. 32, out/nov. 2005. Porto Alegre: Síntese, 2005. p. 30.

¹⁴⁰ SILVA, Cláudia Maria da. **Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho**. Revista Brasileira de Direito de Família. v. 1, n. 1, abr./jun. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 1999. p. 122.

A personalidade do indivíduo se forma ao longo de toda sua vida, sendo moldada em grande parte pelos valores recebidos dos seus genitores e educadores. Quando se afirma que os indivíduos criados com carinho e afeto terão mais facilidade de se enquadrar na sociedade que respeita os ditames legais, está se afirmando que são indivíduos que dificilmente irão delinquir e faltar com o respeito com outros cidadãos, pois tiveram um correto desenvolvimento de personalidade do ser e do dever ser. Sendo que a personalidade, segundo Costa é “[...] é o conjunto de atributos que individualizam uma pessoa e determinam a maneira habitual de conduta de cada um”¹⁴¹.

Gonçalves afirma que “a educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, o amor, o carinho, devendo o descaso entre pais e filhos ser punido severamente por constituir abandono moral grave”¹⁴². Nesta breve citação, entende-se mais uma vez que a educação advém também da convivência familiar e dos sentimentos que nela se exalam.

Em suma, tendo como base todo o exposto, resta evidente e sem divergência na doutrina que a família é a base de todo ser humano e os sentimentos que os filhos recebem dos pais influenciarão de forma decisiva nas suas vidas. O afeto é um dos sentimentos importantes e que merecem destaque pela, consoante leciona Rizzardo:

Em relação aos filhos, enquanto menores, há o direito à convivência com os pais. A afetividade resta gravemente ferida na ausência dessa imposição, porquanto a natureza humana demanda a necessidade não apenas da presença, mas da real participação do pai e da mãe na criação e formação dos filhos¹⁴³.

A partir da crescente preocupação mundial na busca da proteção dos interesses superiores da criança e do adolescente, tem-se que a família é a estrutura que molda o desenvolvimento psíquico daqueles. Daí a importância de a criança e o adolescente serem nutridos do afeto dos seus pais, representado pela proximidade física e emocional que lhe dão suporte para sua saudável inserção social.

¹⁴¹ COSTA, Maria Isabel Pereira da. Família: do autoritarismo ao afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**. v. 7, n. 32, out/nov. 2005. Porto Alegre: Síntese, 2005. p. 30.

¹⁴² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: responsabilidade civil. 4 v. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 419.

¹⁴³ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 687.

Evidenciando essa questão da importância do afeto dos pais em relação aos seus filhos menores de idade, cita-se a doutrina de Madaleno:

Pouco importa sejam os vínculos de ordem genética, civil ou socioafetiva, pois têm os pais a obrigação de exercerem a sua função parental, essencial à formação moral e intelectual de sua prole, mesmo porque um filho ‘só crescerá de forma saudável, através das salutares construções que importam na ausência de ruptura dos vínculos socioafetivos’.

O amor que molda a estrutura psíquica da prole é construído no cotidiano dos relacionamentos, e é particularmente favorecido pela unidade afetiva dos pais, sabendo-se que a separação gera para os filhos dolorosas mudanças com a repentina perda do convívio na mesma habitação, isto quando os próprios irmãos não são separados, e novos personagens assumem como padrastos, o lugar do genitor na reconstrução afetiva dos pais ¹⁴⁴.

A presença de cada um dos pais na vida e convivência com seus filhos constitui fator determinante para o seu pleno desenvolvimento, mesmo após a ruptura da vida em comum dos genitores. E é justamente por conta dessas rupturas e dos ressentimentos que remanescem que em muitos casos os filhos são usados como “moeda de troca”, agindo em completo desacordo com a preocupação de proteção das pessoas dos filhos. Nesses casos:

Terminam os filhos, experimentando vivências de abandono, mutilações psíquicas e emocionais, causadas pela rejeição de um dos pais e que só servem para magoar o genitor guardião. Como bombástico e suplementar efeito, baixa a níveis irrecuperáveis de auto-estima e o amor próprio do filho enfeitado pela incompreensão dos pais ¹⁴⁵.

De todo o exposto resulta inquestionável a importância do afeto na vida dos filhos menores de idade. Contudo, questão que se mostra controversa é a possibilidade de a eventual ausência desse afeto por um dos genitores ser mensurada economicamente nos termos das regras tratadas da responsabilidade civil. O direito de família não está mais imune aos preceitos da responsabilidade civil. Inúmeras têm sido as controvérsias envolvendo ações indenizatórias no direito de família, a exemplo da reparação do dano

¹⁴⁴ MADALENO, Rolf. **Repensando o Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 1133-114.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 114.

moral decorrente de abandono afetivo, mormente pela associação da reparação com uma resposta monetária ¹⁴⁶.

Essa questão, como se verá, ainda é polêmica tanto na doutrina, quanto na jurisprudência pátria. De um lado, firma-se corrente pela possível reparação civil por abandono afetivo, e de outro, doutrina que se opõe à possibilidade da indenização, sob o argumento da impossibilidade de monetarização do afeto, consoante se abordará nos itens que seguem.

3.2. Possibilidade de responsabilização dos pais pela indenização por danos morais decorrente do abandono afetivo

A responsabilidade dos pais para com os seus filhos, em especial, no aspecto afetivo tem sido objeto de divergência nos tribunais pátrios e mesmo na doutrina. A busca de indenização aos casos de negligência do afeto fundada no princípio da dignidade da pessoa humana e no valor supremo da paternidade responsável tem sido tema recorrente e sobre o qual não se formou consenso.

Sobre a questão da responsabilização civil dos genitores na reparação do dano psíquico causado pelo abandono afetivo e os reflexos que isso produz na personalidade dos filhos é assim evidenciada por Madaleno:

A omissão injustificada de qualquer dos pais no provimento das necessidades físicas e emocionais dos filhos sob o poder parental ou o seu proceder malicioso, relegando descendentes ao abandono e ao desprezo, tem propiciado o sentimento jurisprudencial e doutrinário de proteção e de repato ao dano psíquico causado pela privação do afeto na formação da personalidade da pessoa¹⁴⁷.

Reconhecendo que os filhos são vulneráveis às instabilidades emocionais e afetivas dos seus pais, a quem incumbe o dever legal de manter a assistência material e

¹⁴⁶ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2013. p. 100.

¹⁴⁷ MADALENO, Rolf. **Repensando o Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 113.

moral daqueles, independentemente do exercício da guarda, na hipótese de ela ter sido cindida nos casos de separação, divórcio, dissolução de união estável, não há como deixar o direito de família imune às regras da responsabilidade civil nesse aspecto.

Nessa linha de responsabilização dos pais, Isabel Pereira da Costa afirma que “negar o amparo afetivo, é violar direito fundamental do filho de receber afeto, que deve ser indenizado na forma do instituto da responsabilidade civil previsto no ordenamento jurídico pátrio.”¹⁴⁸.

Tartuce também sustenta que o dever de indenizar no caso do abandono afetivo do pai ou da mãe se caracteriza pela violação do direito de afeto. Se, ao lado do ato ilícito, ainda restarem demonstrados os demais elementos caracterizadores da responsabilidade civil extracontratual, quais sejam, o dano real e o nexo causal, o dever de indenizar é possível, consoante se depreende com a lição a seguir transcrita:

Ora, pode-se afirmar que em relação ao abandono afetivo há uma violação de um direito, qual seja à convivência paterna. Presente o elemento objetivo do dano – o que demanda uma análise do caso concreto -, estarão preenchidos os dois requisitos para o ato ilícito, sendo possível a reparação civil, nos termos do que enuncia o *caput* do art. 927 da atual codificação civil¹⁴⁹.

Ainda, cumpre salientar o entendimento de Silva, que afirma a existência da responsabilidade indenizatória com base no ato ilícito (art.186 CC) do genitor que priva o filho do afeto, na medida em que tal prática produz danos psicológicos na vida do filho menor de idade. Para o autor, o genitor viola dever legal e abusa do direito, como se extrai da lição que segue:

É indubitoso que a negativa de convivência familiar importa nos ilícitos ora descritos que se tornam mais graves quando o agressor é o genitor que, embora reconhecidamente recebeu a prole, a ela não desfere o amparo afetivo, a assistência moral e a reputação social, enfim, atributos ligados à personalidade deste ofendido.
[...]

¹⁴⁸ COSTA, Maria Isabel Pereira da. Família: do autoritarismo ao afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 7, n. 32, out/nov. 2005. Porto Alegre: Síntese, 2005. p. 33.

¹⁴⁹ TARTUCE, Flávio. **Revista brasileira de direitos das famílias e sucessões**. out.□nov. 2007. Porto Alegre: Magister. Belo Horizonte: IBDFAM, 2007. p. 12.

Tem-se então: um ato comissivo do pai ou responsável, consubstanciado numa conduta positiva e danosa ao desenvolvimento da personalidade do filho, ou um comportamento negativo, negligente, violador do dever legal, uma inexecução de comportamento exigido pelo legislador para o bem estar do filho e, por fim, um abuso de direito propriamente dito ¹⁵⁰.

Analisando que na vida de cada um dos infantes, a presença da mãe pode representar àquele carinho e afeto indispensável, a presença do pai, representa aquele ser que impõe os limites. Ambos contribuem para a formação de um ser humano melhor. Se caso um destes falhar, poderá acarretar danos e deficiências para o resto da vida desses filhos. Desta forma, torna-se justificada a indenização pelos danos em razão deste abandono. Rizzardo explana que:

O mais grave, porém, e com maiores repercussões negativas, está na privação do filho da convivência de um dos progenitores, decorrente daí uma grande carga de carência e frustrações de ordem emotiva, sentimental e afetiva. É direito dos filhos, e impõe-se por reclamo da natureza humana, a convivência com o pai e com a mãe. Não interessa a separação destes últimos, ou a completa incompatibilidade de um em relação ao outro. O pai ou a mãe que não forma a entidade familiar com os filhos está obrigado a buscar a convivência regular em datas previamente combinadas, de modo a manter alguma participação na vida dos mesmos, acompanhando seu desenvolvimento, participando das necessidades que lhe são inerentes, e dispensando a afetividade, o carinho, o desvelo, a amizade e a autoridade que tanto necessitam para o sadio e normal crescimento.

Impedir a efetivação desse impulso [natural de senti-los, de haurir sua presença e de se fortalecer com o seu acompanhamento] 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 de 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 consenso universal, não é diferente no caso do irredutível afastamento voluntário do pai ou da mãe, até porque repulsa pela consciência comum e ofende os mais mezesinhos princípios da humanidade ¹⁵¹.

¹⁵⁰ SILVA, Cláudia Maria da. **Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho.** Revista Brasileira de Direito de Família. v. 1, n. 1, abr./jun. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 1999. p. 140.

¹⁵¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil:** lei nº 10.406, de 10.01.2002. p. 692-693.

Não resta dúvida, segundo as doutrinas citadas, que os filhos têm direito à convivência com os pais, e necessidade de afeto, na medida em que tanto o pai como a mãe guardam uma função importante e específica na estrutura psíquica dos filhos, razão pela qual merece ser civilmente responsabilizado o genitor que obstaculiza ou mesmo não provê de afeto o filho. Assim, o não exercício do direito de visita do genitor não guardião evidencia situação de ausência do dever de afeto para com filho.

Considerando que os pais têm o dever de participar da vida dos filhos, dispensando-lhes carinho e afeto, sempre que os pais se omitem do exercício do direito de visitas deverão: “[...] assumir a responsabilidade por irreparáveis efeitos negativos na vida dos filhos e com repercussão por toda a sua vida, com sintomas de depressão, ansiedade, tristeza, insegurança e complexo de inferioridade na comparação com os seus conhecidos e amigos.”¹⁵².

O autor referido sustenta que a reparação civil nesse caso, é devida, não com fundamento no ato ilícito, mas, sim, no abuso de direito previsto no artigo 187 do Código Civil, ainda que exclusivamente moral, quando a pessoa excede as fronteiras do exercício de seu direito. O abuso de direito independe da culpa. Madaleno entende que “Trata-se da imposição de restrições éticas ao exercício de direitos subjetivos, tendo em conta que no âmbito do conteúdo do direito de visitas existem barreiras que não podem ser ultrapassadas”¹⁵³.

A possível indenização no caso de abandono afetivo não consegue se desincumbir de repor as coisas ao *status quo ante*, em que pese essa seja uma das finalidades da responsabilidade civil, não se tratando de atribuir valor ao afeto, mas de intimidar condutas dessa natureza, em razão dos danos psíquicos que podem decorrer dessa prática pelo genitor faltoso. Nesse sentido Silva afirma que:

Não se trata, pois, de “dar preço ao amor” – como defendem os que resistem ao tema em foco –, tampouco de “compensar a dor” propriamente dita. Talvez o aspecto mais relevante seja alcançar a função punitiva e dissuasória da reparação dos danos, conscientizando o pai do gravame causado ao filho e sinalizando para ele, e outros, que sua conduta deve ser cessada e evitada, por ser reprovável e grave¹⁵⁴.

¹⁵² MADALENO, Rolf. **Repensando o Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 120.

¹⁵³ MADALENO, Rolf. **Repensando o Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 120.

¹⁵⁴ SILVA, Cláudia Maria da. **Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho**. Revista Brasileira de Direito de Família. v.6, n. 25, ago./set, 2004. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM. 2004. p. 141-142.

Seguindo o raciocínio do autor mencionado, trata-se de uma espécie de precaução, para que o genitor faltoso não reincida e que outros pais, em outras relações familiares, não pratiquem este mesmo ato danoso. Não se pode dizer que o dinheiro irá pagar a falta de amor e carinho, muito pelo contrário, é a punição destinada aos que agiram contra os sentimentos que mais se esperam dentro de uma relação familiar.

Considerando que o dano se produz da esfera imaterial, a via da correspondente indenização é o dano moral, que, no abandono afetivo, segundo Lôbo:

[...] nada mais é do que inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade. Seu campo não é exclusivamente o da moral, pois o direito o atraiu para si, conferindo-lhe consequências jurídicas que não podem ser desconsideradas. Por isso, seria possível considerar a possibilidade da responsabilidade civil, para quem descumpra o múnus inerente ao poder familiar¹⁵⁵.

No âmbito da jurisprudência, cita-se o caso emblemático noticiado pelo site Espaço Vital que trata do caso de um pai condenado a pagar a seus dois filhos o percentual de R\$ 200.000,00, a título de indenização por danos morais decorrentes do abandono afetivo. A decisão é proferida pela 4ª Turma do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. O abandono ocorreu enquanto a convivência dos filhos e genitor ainda era em comum. Após 45 dias de vida do segundo filho, o pai mudou de cidade e não visitou mais nenhum dos infantes. A pretensão foi negada em 1º grau, mas deferida em grau de recurso, atuando como relator da Apelação, Dr. Desembargador Dorival Renato Pavan.¹⁵⁶

Outro julgado relevante sobre o tema que merece destaque é o proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no Resp. n. 1.159.242, de relatoria da Ministra Nancy Andrigui, que condenou o pai a pagar R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais), de indenização à sua filha em decorrência de abandono afetivo, consoante se extrai da ementa a seguir transcrita:

¹⁵⁵ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 312.

¹⁵⁶ Notícia veiculada no site <http://www.espacovital.com.br/noticia-28578-pai-e-condenado-pagar-r-200-mil-em-indenizacao-por-abandono-afetivo>. Acesso em 06 jun. 2013.

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 conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido¹⁵⁷.

Como demonstra a ementa do referido acórdão, o recorrente descuidou de sua prole e gerou danos a sua filha. Desta maneira incorreu no ilícito e deverá indenizá-la. Conforme a decisão existem alguns cuidados, considerados essenciais que não se deve deixar para trás, os pais têm o dever de suportá-los perante seus filhos, sob pena de responsabilização. No mesmo sentido transcreve-se recente decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. DEVER DE INDENIZAR. MANUTENÇÃO DO QUANTUM ESTIPULADO NA ORIGEM. A solução encontrada pelo varão para dissolver a relação conjugal, mudando-se para outra cidade sem dar qualquer satisfação à sua família, sem prestar qualquer auxílio financeiro e moral à sua esposa e à sua filha (ao tempo com menos de um ano de vida), o que fez com que o tivessem como morto por mais de vinte anos, inclusive para fins previdenciários, extrapola os limites da razoabilidade, configurando ato ilícito passível de indenização, devendo ser mantido o quantum arbitrado na origem, adequado ao caso concreto. APELO DESPROVIDO. (Apelação

¹⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.159.242 – RS* Relatora Ministra Nancy Andrigui. Brasília, DF, 2 de jun. de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>> Acessado em 08 jun. 2013.

Cível Nº 70053381554, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 11/04/2013)¹⁵⁸.

Assim, uma vez demonstrado o ato ilícito, segundo alguns autores, ou o abuso do direito, há que se investigar a presença dos demais elementos indispensáveis à responsabilidade civil extracontratual- o dano e o nexo causal- os quais se igualmente presentes faz nascer o correspondente dever do pai ou mãe de indenizar o filho pelo dano moral sofrido a partir do abandono afetivo.

Por fim, mesmo presentes os requisitos autorizadores da responsabilização civil, há que se perquirir acerca da eventual presença de alguma das causas de exclusão da responsabilidade civil, nos termos do art. 188 do Código Civil, pois estas afastam o dever de indenizar. Maria Isabel Pereira da Costa afirma que:

Para fins indenizatórios pelos danos causados ao filho devido à ausência de afeto por parte de um dos pais, ou de ambos, não basta uma ausência temporária; não pode ser medida tão simplesmente pela ausência de uma visita ou outra, mas deve ser avaliada no contexto do exercício do poder familiar.

Só a ausência contínua e deliberada às visitas ao filho se constitui em forte indício de omissão de afeto.

[...]

Além da ausência de afeto, é necessária a avaliação do grau de culpabilidade pela omissão de afeto.

É preciso verificar se o agente é imputável e se não agiu ao abrigo de alguma excludente de culpabilidade – legítima defesa, exercício regular de direito, estado de necessidade ou dever legal de agir – e ainda, por exemplo, se a omissão decorreu em razão de doença, física ou mental do genitor, ou por total desconhecimento da existência da relação de paternidade-filiação por parte do genitor e, ainda, pelos entraves colocados pelo genitor que tem a guarda etc. Em resumo, é imprescindível analisar o caso concreto para averiguar se a conduta dos pais resultou de culpabilidade na modalidade dolosa ou culposa; não havendo culpa no sentido *lato*, não há que se falar em indenização¹⁵⁹.

A doutrina que se apresenta nesse item se mostra favorável à condenação dos genitores sempre que caracterizado o abandono afetivo, partindo da premissa de que o

¹⁵⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 70053381554**, da 8ª Câmara Cível. Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, Porto Alegre, 11 de abril de 2013. Disponível em: [HTTP://www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br)> Acesso em 14 mai. 2013.

¹⁵⁹ COSTA, Maria Isabel Pereira da. Família: do autoritarismo ao afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**. v. 7, n. 32, out/nov. 2005. Porto Alegre: Síntese, 2005. p. 35-36.

afeto é parte integrante da formação da personalidade da criança e adolescente e nessa medida, se não dispensado, deve ser compensado economicamente, se não presente alguma das causas de exclusão dessa responsabilidade. Em sentido inverso, segue-se à análise da posição em sentido contrário.

3.3. Impossibilidade de condenar os pais ao pagamento de indenização por danos morais decorrente do abandono afetivo

O afeto é elemento subjetivo e não pode ser objeto de aferição econômica, não sendo admissível que alguém seja compelido a dispensar esse sentido em face de outrem, O afeto não pode ser monetarizado. Nesse passo e, essencialmente, sob esses argumentos levanta-se doutrina contrária à indenização dos genitores pelo abandono afetivo.

Aduza-se que, muitas vezes quando os genitores se afastam de seus filhos, existem motivos intrínsecos na sua consciência que já o penalizam de tal maneira que se o Judiciário também o fizer, na forma indenizatória, será dupla a penalização. Se inexistente o afeto dos genitores para com seus filhos, não há dinheiro que possa suprir essa lacuna, sendo possível a adoção de outros mecanismos, a exemplo do acompanhamento psicológico dos filhos.

Deve-se, portanto, ter muita prudência ao analisar tais pedidos nesse campo, visto que muitos casos de abandono afetivo podem decorrer do desejo de incomodar e atingir o outro genitor pela mágoa sofrida na ruptura da vida comum dos pais. E ainda, há que se levar em consideração os casos em que os próprios não desejam a presença e o convívio com os pais em sua vida e seu dia a dia. Neste sentido Melo discorre que:

A questão é polêmica e controvertida, razão porque é preciso cautela e prudência para se analisar cada caso concreto. Não se pode esquecer que as separações de casais, no mais das vezes, se processam num clima de ódio e vingança. Nessas circunstâncias, a experiência cotidiana tem demonstrado que aquele que fica com a guarda isolada da criança, quase sempre, cria óbices e dificuldades para que o pai, ou a mãe, que não detém a guarda, não tenha acesso à criança. Comumente são transferidos à criança os sentimentos de ódio e vingança daquele que detém a sua guarda, de tal sorte que, em

muitos casos, é a própria criança que passa a não querer ver a mãe ou o pai, supostamente responsável pelas mazelas que a outra parte incute em sua cabeça¹⁶⁰.

Com base no entendimento de Melo, o Judiciário deve analisar profundamente o caso, para verificar se esta pessoa que busca a indenização não foi impelida por alguém a afastar-se do genitor que não detinha a sua guarda, ou até mesmo, se este genitor não teve motivos maiores para não tentar restabelecer o convívio com o filho de forma diversa.

Ressalta-se, ainda, que a resistência de alguns doutrinadores quanto ao tema em apreço está relacionada à dificuldade de comprovar o dano afetivo, pois se trata de uma análise subjetiva, caso a caso, já que cada pessoa é quem sabe o que sente e possui elementos para avaliar os danos psíquicos que lhe acometem, fato que não se apresenta aferível por terceira pessoa. O amor e o afeto são sentimentos que devem nascer livremente nas pessoas. Nessa linha, transcreve-se citação de Passos:

Portanto, perquirir culpa de um pai por não amar o filho, ou o filho por não amar o pai, é inócuo; é querer que o Direito determine o amor, o que é, no mínimo, um contra-senso. O amor esperado pelo senso-comum é apenas uma expectativa, não uma realidade.

[...]

Tal dano não foi provocado por conduta ilícita do pai, pois afeto, carinho são dados e conseguidos de maneira espontânea. Nenhum sentimento pode ser imposto, assim, não há como falar em uma conduta ilícita ensejadora de dano injusto.

O dever de visita pode até ser imposto por decisão judicial, mas presença não significa afeto. O fato de o pai ser presente não significa que será estabelecida relação amorosa entre pai e filho. A simples presença paterna não garante boa formação psicológica de um filho; pode, até mesmo, ser fator de deteriorização da formação filial, dependendo das características do pai

¹⁶¹

Tendo em vista o trecho citado anteriormente, o direito não pode querer obrigar o pai, a mãe ou o filho a se amarem e dedicarem afeto um em relação ao outro. Trata-se de uma construção que nasce do próprio relacionamento que, se inexistente, não pode

¹⁶⁰ MELO, Nehemias Domingos de. **Revista IOB de Direito de Família**.v. 9, n. 46, fev./mar. 2008. Porto Alegre: Síntese, 2008. p. 07.

¹⁶¹ PASSOS, Fernanda dos. **Falta de amor: um ato ilícito?** Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/falta-de-amor-um-ato-il%C3%ADcito>> Acesso em: 12 jun. 2013.

produzir afeto. Tendo por base que o sentimento deve ser livre, não se pode pretender atribuir preço pela sua ausência. Por isso, a indenização pelo abandono afetivo não encontra respaldo no âmbito da responsabilidade civil.

Uma das maiores divergências é no que tange à expressão “pagar pela falta de afeto”, o que se mostra, de certa forma, incompatível com o aspecto subjetivo do afeto, levando à ideia de mercantilização de um sentimento. Nesta seara, Silva afirma que:

O afeto não pode virar mercadoria entre os familiares. Assim, se quisermos evitar o mercantilismo da compra e venda de afeto, para que não se permita o uso abusivo de ações indenizatórias, além da necessária restrição da legitimidade para a propositura da ação, ainda é preciso que não se pague afeto diretamente com dinheiro ¹⁶².

Gonçalves afirma que cada caso concreto de abandono afetivo e pedido indenizatório nele estribado deve ser analisado com muita cautela para evitar que o Judiciário seja utilizado como meio de vingança de um dos genitores em relação ao outro, notadamente nos casos de ruptura traumática e indesejada por um deles da vida em comum. Deste modo relata que:

A questão é delicada, devendo os juízes ser cauteloso na análise de cada caso, para evitar que o Poder Judiciário seja usado, por mágoa ou outro sentimento menos nobre, como instrumento de vingança contra os pais ausentes ou negligentes no trato com seus filhos. Somente casos especiais, em que fique cabalmente demonstrada a influência negativa do descaso dos pais na formação e no desenvolvimento dos filhos, com rejeição pública e humilhante, justificam o pedido de indenização por danos morais. Simples desamor e falta de afeto não bastam ¹⁶³.

A posição do autor retro citado mostra-se contrária à indenização por dano moral com base no abandono afetivo, sob o argumento de que a simples falta de afeto não é motivo suficiente para fazer *jus* à reparação. Se a falta de carinho, amor, companheirismo e presença dos genitores resultou dano à *psique* da vítima, esta deverá

¹⁶² COSTA, Maria Isabel Pereira da. Família: do autoritarismo ao afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 7, n. 32, out/nov. 2005. Porto Alegre: Síntese, 2005. p. 37.

¹⁶³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: responsabilidade civil. 4 v. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 420.

ser encaminhada a médicos para tratamentos especializados, com o objetivo de prosseguir com sua vida, curando-se de seus traumas e, nessa medida, estará suprida a falta que sofreu em sua infância ou adolescência, sendo incabível indenização. Nesse sentido Costa argumenta que:

Se o dano é emocional, e não resta dúvida de que o seja, o que se precisa reparar é o sofrimento do filho por não ter recebido o carinho do pai ou da mãe; se atingiu a *psique* da vítima, causando danos na formação de sua personalidade, a recompensa eficaz seria o tratamento psicológico ou psiquiátrico, com o objetivo de lhes restituir a saúde emocional ou recompor o dano emocional sofrido. Assim, os responsáveis pelo dano deveriam ser constrangidos a pagar por quanto tempo fosse necessário o tratamento terapêutico recomendado por profissional especializado à vítima até a sua total recuperação¹⁶⁴.

Eventual indenização dos genitores por abandono afeito somente é possível de forma subsidiária, ou seja, se o tratamento terapêutico não foi eficiente e os danos na psiquê se apresentarem irreversíveis. Nessa linha discorre Costa: “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”¹⁶⁵.

O objetivo aqui é não deixar que o instituto da responsabilidade civil se transforme em caminho para enriquecimento indevido, visto que não se tem como provar que a pessoa realmente sofreu ou está sofrendo a falta deste aconchego familiar, exceto se os exames médicos declararem alguma deficiência decorrente do abandono afetivo, como ocorre no caso do diagnóstico de depressão.

A indenização no caso de abandono afetivo não merece acolhida, uma vez que a finalidade da reparação não é atingida. Eventual sentimento de falta que o menor tenha sentido não pode ser compensado economicamente, além de a condenação não servir para intimidar novas práticas de abandono. Sobre essa questão Fernanda dos Passos escreve que:

¹⁶⁴ COSTA, Maria Isabel Pereira da. Família: do autoritarismo ao afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**. v. 7, n. 32, out/nov. 2005. Porto Alegre: Síntese, 2005. p. 37.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 37.

Ao tratar da função da responsabilidade civil é que se tem ainda mais claro o caráter de inutilidade da prestação jurisdicional em casos de não formação do vínculo afetivo entre pai e filho, pois se realmente há um vazão deixado pela expectativa de amor paterno, este não será compensado por dinheiro.

Também não restará configurada a função de ensinamento para a sociedade, pois nenhum amor verdadeiro surgirá pelo medo de reprimenda indenizatória

¹⁶⁶

Coltro esclarece que os sentimentos que nascem quando se adquire uma família e especialmente quando da relação conjugal nascem filhos, são sentimentos naturais, sendo indevida a aplicação de medidas de condenação a pagamento de dinheiro pela carência desses sentimentos. Impossível quantificar essa falta monetariamente Destaca que:

[...] A atenção e o cuidado dos pais pelos filhos, como manifestação de amor, é algo natural e que advém, *normalmente*, do só fato da paternidade e maternidade, sem que seja possível imaginar que sentimento de tal ordem possa ser imposto a quem quer que seja e que, em função de sua existência (por mais absurdo e estranho que isso possa soar), a condenação do genitor possa *compensar* o filho por aquilo que e de forma lamentável não tenha sido possível àquele manifestar a quem deveria ser dela destinatário.

Será que respeita a dignidade da criança impor-se ao genitor uma condenação ao pagamento de valor em dinheiro pelo fato de não ter ele destinado a ela atenção necessária e devida?

Pedindo licença aos que se posicionam contrariamente, entende-se ser negativa a resposta. Aliás, e no que toca a dignidade, perece-nos que conduta conforme a referida serve a indicar, sim, a própria indignidade, mas do genitor, como pessoa, por conta da falta de respeito que indica ter em relação a si próprio ¹⁶⁷.

Na mesma linha seguida pelo autor retro citado, cumpre ressaltar o posicionamento de Pereira ao asseverar que “Não se pode obrigar ninguém a amar outrem, mas a relação paterno/materno-filial exige compromisso e responsabilidade e, por isso, é fonte de obrigação jurídica” ¹⁶⁸.

¹⁶⁶ PASSOS, Fernanda dos. **Falta de amor: um ato ilícito?** Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/falta-de-amor-um-ato-il%C3%ADcito>> Acessado em: 12 jun. 2013.

¹⁶⁷ COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Responsabilidade civil no direito de família. In: MAEDE, Gladston. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. ROCHA, Maria Vital da)Coordes). **Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 491.

¹⁶⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Revista brasileira de direitos das famílias e sucessões**. out. □ nov. 2007. Porto Alegre: Magister. Belo Horizonte: IBDFAM, 2007. p. 07.

Tendo em vista que um dos maiores objetivos nas condenações é restabelecer o *status quo*, questão que merece consideração é aquela que diz respeito a como esses pais e filhos retomam a sua convivência ou se a reparação exime o genitor faltoso desse vínculo. Sobre essa questão importa transcrever a lição de Souza:

Impõe-se, porém, indagar das vantagens de reduzir uma ligação já inviabilizada a penalidades econômicas, a cifras. Sobre que tipo de vínculo pai (réu)-filho se estará dispondo? É muito pouco provável que onerar financeiramente o pai faltoso reverta em algum suporte amoroso compensador para a criança. Ao contrário, com base na punição se incorrerá em riscos talvez maiores que a ausência do pai propriamente dita¹⁶⁹.

Como se vê a preocupação doutrinária é no sentido de que se antes esse pai ou essa mãe não conseguiram demonstrar sentimento de afeto, ou não conseguiram uma aproximação com seus filhos, não será a sua condenação pecuniária que, por certo, resolverá o problema, muito pelo contrário, isso será ainda mais difícil. Portanto, para a autora não cabe reparação civil nesses casos.

Adentrando especificadamente nas decisões de responsabilidade civil por dano moral por abandono afetivo, cumpre citar julgado n. 70044172401, da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, da relatoria de Luiz Felipe Brasil Santos, no qual restou decidido que embora os infantes tenham sofrido com a ausência do pai, não se pode obrigar o genitor a pagar indenização, visto que, sua conduta não se enquadra no conceito de ato ilícito.¹⁷⁰

Ainda, outra decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que merece referência, porque indicativa de que o distanciamento entre pais e filhos no caso de ruptura da vida em comum dos pais constitui fato normal da vida e incapaz de gerar dever de reparar dano, é a proferida Apelação n. 70053030284, julgado no dia 08 de fevereiro de 2013, de relatoria da Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro:

¹⁶⁹ SOUZA, Ivone M. Candido Coelho de. Dano moral por abandono: monetarizando o afeto. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. v. 13 dez./jan. 2010. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2010. p. 64.

¹⁷⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 70044172401**, da 8ª Câmara Cível, Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos, Porto Alegre, 13 de outubro de 2011. Disponível em: [HTTP://www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br)> Acesso em 14 maio. 2013.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ABANDONO MATERIAL, MORAL E AFETIVO. ABALO EMOCIONAL PELA AUSÊNCIA DO PAI. O pedido de reparação por dano moral no Direito de Família exige a apuração criteriosa dos fatos e o mero distanciamento afetivo entre pais e filho não constitui situação capaz de gerar dano moral, nem implica ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo mero fato da vida. RECURSO DESPROVIDO¹⁷¹.

O Superior Tribunal de Justiça, em 2009, julgou o tema, no Recurso Especial nº 514.350/SP, consoante se extrai da ementa a seguir:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO. DANOS MORAIS REJEITADOS. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO. I. Firmou o Superior Tribunal de Justiça que "A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária" (Resp n. 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 29.11.2005).¹⁷².

Tem-se evidente, por todo o exposto, que a indenização por danos morais decorrente do abandono afetivo dos genitores em relação aos filhos, mormente, quando da ruptura da vida em comum destes, é tema polêmico e ainda sem solução pacífica no direito pátrio. Alguns autores se posicionam a favor da indenização nesses casos, outros, contra, e alguns ainda, não se decidiram à qual das posições se filiam, o que demonstra, à toda evidência, o interesse e pertinência da investigação realizada no presente trabalho.

¹⁷¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 70053030284**, da 7ª Câmara Cível. Relator: Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro, Porto Alegre, 08 de fevereiro de 2013. Disponível em: <[HTTP://www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br)> Acesso em 11 jun. 2013.

¹⁷² BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso Especial n. 514.350/SP**, da 4ª Turma. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília, 28 de abril de 2009. Disponível em [HTTP://www.stj.jus.br/SCON/](http://www.stj.jus.br/SCON/). Acesso em 11 de jun. 2013.

CONCLUSÃO

A partir do estudo da responsabilidade civil, do Direito de Família, em especial da família e sua evolução ao longo da história e os princípios aplicáveis, analisou-se nesta pesquisa a (im)possibilidade da condenação dos pais por abandono afetivo dos filhos.

Com o advento da Constituição de 1988, passou-se a garantir a devida proteção aos novos institutos familiares que têm surgindo no curso da evolução social. Os direitos em favor dos filhos, dos patrimônios, com evidência das questões pessoais de cada sujeito, também estão sob o manto da proteção constitucional. Ressaltando também que a Constituição assegurou a responsabilização em decorrência de danos morais.

Tendo como base que todo ser humano necessita do próximo para crescer e se desenvolver, deve-se ter como elemento fundamental o afeto para que tenha uma boa formação e se torne um adulto emocionalmente saudável, preparado para enfrentar a vida. Ele que estabelece a base da família. No estudo realizado, percebe-se quão importante é o afeto dos pais para o desenvolvimento e formação dos filhos. Desta maneira, inócuo se faz dizer que os filhos só dependem da ajuda material para garantir o seu sustento.

O amor, carinho, compreensão, contato e convívio, são sentimentos que irão determinar a capacidade da criança e do adolescente se relacionar socialmente. É evidente que os pais quando desejam gerar uma criança assumem o compromisso de dar assisti-los material, espiritual e psicologicamente. Não basta, portanto, apenas o suporte material.

Neste diapasão, pode-se concluir que, diante da importância que o afeto ocupa na formação psicológica e emocional da criança e do adolescente a responsabilização pela reparação do abandono afetivo se mostra importante mecanismo de conscientização dos pais acerca da necessidade dos filhos. Esta ausência do relacionamento entre pais e filhos poderá resultar transtornos psicológico de grande negatividade, que poderão desencadear nos filhos dores e sofrimentos, por vezes, irreparáveis ao longo da vida.

Ainda que a reparação material a título de indenização pelos danos morais decorrentes do abandono afeito não tenha o objetivo de restabelecer a situação que existia anteriormente, porque em alguns casos isso se mostra inviável, irá sim, incentivar que os genitores tenham mais cuidado e demonstrem amor e afeto para com os seus.

Com o objetivo de resguardar sempre o interesse da criança, os julgadores devem compreender que a corrente a favor da indenização é a mais benéfica para a sociedade, de modo que, se os julgados forem sempre positivo, não terá tantos casos de pais que simplesmente abandonam os seus filhos. Lembrando que, estes não necessitam apenas de alimentos e vestimentas para sua subsistência, mas sim, carinho, amor, companheirismo. Sentimentos estes que só irão existir com o convívio e contato direto.

Desta maneira, tem-se que os filhos que sofrem com a ausência desses pais terão consequências internas para toda a sua vida, para todo seu desenvolver psicológico e para a formação da sua personalidade. Negar as pretensões neste sentido seria concordar com a falta de zelo.

Assim, nestes termos deve-se salientar a decisão da Ministra Nancy Andrigui, a qual condenou o pai a indenização a sua filha no percentual de 200 mil reais. A referida decisão teve repercussão em todo território nacional e será com certeza utilizado por todos os outros seres humanos que se identificarem com a situação.

Como não há no ordenamento jurídico uma legislação específica que regulamente a possível responsabilidade civil dos pais pelo abandono afeito dos filhos, na forma de indenização por danos morais, a doutrina e a jurisprudência vão construindo o tema a partir de casos concretos que exigem uma providência jurisdicional. A questão controvertida, por certo ainda demorará para ser consenso, mormente diante do fato de ser um tema bastante delicado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** In: PRESIDÊNCIA. Legislação. Constituição. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 12 mar. 2013.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. In: PRESIDÊNCIA. Legislação. Códigos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em 10 nov. de 2012

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. In: PRESIDÊNCIA. Legislação. Códigos. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 22 nov. 2012.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Institui o Código de Defesa do Consumidor. In: PRESIDÊNCIA. Legislação. Códigos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm> Acesso em: 22 nov. 2012.

_____. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010.** Dispõe sobre a Alienação Parental. In: PRESIDÊNCIA. Legislação. Códigos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 22 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1292141-SP**, da 3ª Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrigui. Brasília, DF, 04 de dezembro. de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em 05 mai. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **STJ busca parâmetros para uniformizar valores de danos morais.** Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679>. Acessado em 30/05/13.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.159.242 – RS** Relatora Ministra Nancy Andrigui. Brasília, DF, 2 de jun. de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>> Acessado em 08.06.2013.

_____. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 70053381554**, da 8ª Câmara Cível. Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, Porto Alegre, 11 de abril de 2013. Disponível em: [HTTP://www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br)> Acesso em 14 mai. 2013.

_____. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 70025687609**, da 8ª Câmara Cível. Relator: Des. José Ataídes Siqueira Trindade, Porto Alegre, 11 de setembro de 2008. Disponível em: [HTTP://www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br)> Acesso em 14 maio. 2013.

_____. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 70022648075**, da 8ª Câmara Cível, Relator: Des. José Ataídes Siqueira Trindade, Porto Alegre, 24 de janeiro de 2008. Disponível em: <HTTP://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em 14 maio. 2013.

_____. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 70044172401**, da 8ª Câmara Cível, Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos, Porto Alegre, 13 de outubro de 2011. Disponível em: <HTTP://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em 14 maio. 2013.

_____. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 70053030284**, da 7ª Câmara Cível. Relator: Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro, Porto Alegre, 08 de fevereiro de 2013. Disponível em: <HTTP://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em 11 jun. 2013.

_____. Superior Tribunal Federal. **Recurso Especial n. 514.350/SP**, da 4ª Turma. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília, 28 de abril de 2009. Disponível em <HTTP://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em 11 de jun. 2013.

CASSETARI, Christiano. Responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo de seus filhos – dos deveres constitucionais. **Revista Brasileira de Direito de Família**. v. 9, n. 50, out./nov. 2008. Porto Alegre: Síntese, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. 4 ed. v.2. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Família e Sucessões**. 4 ed. rev. e atual. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2011.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. Família: do autoritarismo ao afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**. v. 7, n. 32, out/nov. 2005. Porto Alegre: Síntese, 2005.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Responsabilidade civil no direito de família. In: MAMEDE, Gladston. RODRIGUES JUNIOR, Otávio. Luiz. ROCHA, Maria Vital da (Coords). **Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa**. São Paulo: Atlas, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 26 ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. rev. aum. e atual. Malheiros, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**. v. 3: responsabilidade civil/ Rodolfo Pamplona Filho. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 103.(olhar livro na upf).

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental.** 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** 8 ed. rev. e atual. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil.** 6 ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2011.

JUS BRASIL. Disponível em < <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/293363/dano-emergente>> Acessado em: 30 de mai. 2013.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES, Carina Deolinda da Silva. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4425&revista_caderno=14>. Acessado em 30 de abr de 2013.

MADALENO, Rolf. **Repensando o Direito de Família.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MELO, Nehemias Domingos de. **Revista IOB de Direito de Família.**v. 9, n. 46, fev./mar. 2008. Porto Alegre: Síntese, 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil: Direito de Família.** 39 ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência.** 9 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NETO, Martinho Garcez. **Prática de Responsabilidade Civil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

OLTRAMARI, Vitor Ugo. **O Dano Moral na Ruptura da Sociedade Conjugal.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PAI é obrigado a indenizar filha por abandono afetivo no RS. Disponível em <<http://www.espacovital.com.br/noticia-28578-pai-e-condenado-pagar-r-200-mil-em-indenizacao-por-abandono-afetivo>>. Acesso em 06 de jun. 2013.

PAULO, Beatrice Marinho. Em busca do conceito de família: desafio da contemporaneidade. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões.** Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBGFAM, ano 11, n. 12, out./nov. 2009.

PASSOS, Fernanda dos. **Falta de amor: um ato ilícito?** Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/falta-de-amor-um-ato-il%C3%ADcito>> Acessado em: 12 jun. 2013.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Direito de Família:** Aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Revista Brasileira de Direitos das Famílias e Sucessões.** v. 29. ago./set. 2012. Porto Alegre: Magister. Belo Horizonte: IBDFAM, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil.** 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RIBEIRO, Paulo Silvino. Disponível em: <http://www.brasilecola.com/sociologia/uniao-homoafetiva-debate-no-brasil.htm>. Acessado em 30 de abr. de 2013.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Introdução do direito de Família.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Cláudia Maria da. **Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho.** Revista Brasileira de Direito de Família. v. 6, n. 25, ago./set. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2004.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil:** Doutrina e Jurisprudência. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil:** Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SOARES, Orlando. **Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SOUZA, Ivone M. Candido Coelho de. Dano moral por abandono: monetarizando o afeto. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões.** v. 13 dez./jan. 2010. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2010.

SEREJO, Lourival. **Direito Constitucional da Família.** 2 ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TAVARES, José de Freitas. **Direito da Infância e da Juventude.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TARTUCE, Flávio. **Revista Brasileira de Direitos das Famílias e Sucessões.** v. 30. out./nov. 2012. Porto Alegre: Magister. Belo Horizonte: IBDFAM, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** Responsabilidade Civil. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011.