



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ - UECE
CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS- CESA
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTERIO PÚBLICO - ESMP
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DE FAMÍLIA, REGISTROS
PÚBLICOS E SUCESSÕES**

Denise Menezes Braga

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Fortaleza-CE
2011

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ - UECE
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTERIO PÚBLICO - ESMP**

DENISE MENEZES BRAGA

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Especialização em Direito de Família, Registros Públicos e Sucessões do Centro de Estudos Sociais Aplicados, da Universidade do Estado do Ceará como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito.

Orientadora: Profa. Beatriz de Castro Rosa, Mestre.

Fortaleza-Ceará
2011

B813r BRAGA, Denise Menezes.

Responsabilidade civil por abandono afetivo / Denise Menezes Braga. – Fortaleza, 2011.

71 p.

Orientadora: Profa. Ms. Beatriz de Castro Rosa

Monografia (Especialização em Direito de Família Registros Públicos e Sucessões) – Universidade Estadual do Ceará, Escola Superior do Ministério Público.

1. Dignidade Humana 2. Paternidade Responsável 3. Responsabilidade Civil 4. Abandono Afetivo

CDDir 342.16

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DE FAMÍLIA,
REGISTROS PÚBLICOS E SUCESSÕES**

Título do Trabalho:

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Autora:

DENISE MENEZES BRAGA

Defesa em: ___/___/2011

Conceito obtido: _____

Nota obtida: _____

Banca Examinadora

Orientadora: Profa. Beatriz de Castro Rosa, Ms

**Examinador:
Escola Superior do Ministério Público- ESMP**

**Examinador:
Universidade Estadual do Ceará - UECE**

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais por sempre incentivarem meus estudos.

Ao meu irmão pela eterna amizade.

Ao meu noivo, pelo companheirismo, dedicação e zelo.

À minha orientadora, professora Beatriz de Castro Rosa, pela disposição, gentileza, atenção e compreensão na condução deste trabalho.

Aos meus colegas de curso de especialização, pelos momentos felizes e descontraídos, que jamais serão esquecidos.

RESUMO

A presente monografia desenvolve a perspectiva de uma parentalidade responsável, em respeito aos princípios fundamentais referentes às crianças e adolescentes previstos na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo a assegurar o desenvolvimento saudável dos filhos menores, coibindo qualquer forma de negligência, principalmente a afetiva. Para discutir o tema realizou-se pesquisa bibliográfica e documental em obras clássicas e contemporâneas, tanto específicas da área do direito, quanto da psicologia. O foco primordial deste trabalho é abandono afetivo e a responsabilização civil do genitor desde que comprovado o dano a integridade psíquica e moral dos filhos. Inicialmente, apresenta-se a visão constitucional da família e dos princípios afetos ao tema, destacando-se o princípio da dignidade da pessoa humana, da proteção integral a crianças e adolescentes, da paternidade responsável e do afeto. A seguir é feita uma breve análise dos Códigos Civis de 1916 e 2002, com considerações sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, que refletiu a mudança do enfoque do menor antes visto como objeto de interesse dos adultos e hoje tratado como sujeito de direitos, digno de proteção integral e prioridade absoluta. Num segundo momento, realiza-se uma análise sobre a questão da responsabilidade civil e a discussão sobre a sua incidência nas relações de afeto, mormente sobre as relações paterno-filiais, com abordagem das conseqüências na visão da Psicologia para os filhos vítimas deste abandono. Por fim, apresentam-se as posições favoráveis e contrárias na doutrina e jurisprudência sobre o tema, demonstrando-se que o assunto é polêmico, e deve ser analisado caso a caso, com cautela, de forma a evitar demandas meramente gananciosas, e ao mesmo tempo não deixar sem resposta as verdadeiras vítimas do descaso paterno/materno.

Palavras-chave: Dignidade humana. Paternidade Responsável. Responsabilidade Civil. Abandono afetivo.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	7
2	ANÁLISE JURÍDICA SOBRE A FAMÍLIA NO BRASIL.....	10
2.1	A Família sob a ótica da Constituição Federal de 1988.....	10
2.1.1	Princípios Constitucionais do Direito de Família.....	15
2.1.1.1	Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	16
2.1.1.2	Princípio da Afetividade.....	18
2.1.1.3	Planejamento Familiar e Paternidade Responsável.....	20
2.1.1.4	Princípio da Solidariedade.....	22
2.1.1.5	Princípio da Igualdade.....	23
2.1.1.6	Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente.....	24
2.2	Legislação infraconstitucional.....	25
2.2.1	Código Civil de 1916 x Código Civil de 2002.....	26
2.2.2	Estatuto da Criança e do Adolescente.....	29
3	BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL.....	32
3.1	Conceito de Responsabilidade Civil.....	33
3.2	Breve evolução histórica da Responsabilidade Civil.....	35
3.3	Funções da Reparação Civil na atualidade.....	37
3.4	Elementos da Responsabilidade Civil.....	38
3.4.1	Ação.....	39
3.4.2	Nexo de Causalidade.....	40
3.4.3	Dano.....	40
3.4.3.1	Dano Moral.....	41
3.5	Classificação da Responsabilidade Civil.....	43
3.5.1	Responsabilidade Civil contratual e extracontratual.....	44
3.5.2	Responsabilidade Subjetiva e Objetiva.....	45
4	RESPONSABILIDADE CIVIL DOS GENITORES PELO	

	ABANDONO AFETIVO.....	48
4.1	Deveres dos genitores na formação dos filhos.....	49
4.2	Medidas tendentes a resguardar a convivência familiar.....	52
4.2.1	Regulamentação do direito de visita.....	52
4.2.2	Guarda.....	53
4.3	Abandono afetivo.....	55
4.4	Responsabilidade civil por abandono afetivo.....	57
4.4.1	Posicionamentos contrários ao dever de indenizar.....	59
4.4.2	Posicionamentos favoráveis ao dever de indenizar.....	63
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	68
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	71

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal assegura a criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A transição da família como unidade econômica para uma compreensão solidária e afetiva, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, traz consigo a afirmação de uma nova feição, agora fundada na ética, na afetividade e na solidariedade.

Com a evolução da doutrina da proteção integral, que transformou a criança em sujeito de direitos, destinatária de tratamento especial, o conceito de poder familiar ganhou novo significado, deixou de ter sentido de dominação para se tornar sinônimo de proteção, com mais características de deveres e obrigações dos pais para com seus filhos menores do que de direitos em relação a eles.

O princípio da proteção integral da criança e do adolescente está umbilicalmente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável, da convivência familiar e do afeto, e são nortes que devem pautar a conduta dos genitores na condução da educação e criação de seus filhos.

Atualmente, sob o fundamento do princípio da dignidade da pessoa humana, muitos filhos vem buscando o Poder Judiciário, com o intuito de serem reparados civilmente por seus genitores pelo dano psíquico causado pela privação do afeto e do convívio na sua formação.

O objetivo geral deste trabalho é estudar justamente a responsabilidade civil por abandono afetivo desde que comprovado o dano aos direitos de personalidade do filho. Pretende-se, com esta pesquisa, contribuir para a discussão sobre quais são efetivamente os deveres dos pais perante a prole e se estas

obrigações se esgotam no dever de sustento, de prestar alimentos. Isto porque se percebe que filhos abandonados afetivamente podem vir a desenvolver traumas na idade adulta. Ademais, deseja-se identificar e discutir criticamente neste trabalho como a doutrina e jurisprudência brasileira tratam do tema.

Para iniciar a discussão sobre o assunto desta monografia, realizou-se pesquisa bibliográfica e documental em obras clássicas e contemporâneas, tanto do Direito quanto da Psicologia, além da análise da jurisprudência dos tribunais que envolvam o tema em estudo.

Vale ressaltar que se tem consciência da limitação desta obra diante de assunto tão amplo e polêmico, mas tão relevante que carece de reflexão por parte dos operadores do Direito e da sociedade em geral.

Inicialmente, apresenta-se a visão constitucional da família e dos princípios afetos ao tema, destacando-se a dignidade da pessoa humana, a afetividade e a paternidade responsável.

A seguir é feita uma breve análise dos Códigos Civis de 1916 e de 2002, com considerações sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, que consagrou a proteção integral e o reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos fundamentais.

Num segundo momento, realiza-se uma análise sobre a questão da responsabilidade civil e a discussão sobre a possibilidade de sua incidência nas relações de afeto, mormente sobre as relações paterno-filiais, com abordagem das conseqüências na visão da Psicologia para os filhos vítimas deste abandono. Por fim, apresentam-se as posições favoráveis e contrárias na doutrina e jurisprudência sobre a responsabilização civil por abandono afetivo.

Na era da despatrimonialização das famílias, há que se atentar para não monetarizar o afeto, em face do valor sentimental que caracteriza os relacionamentos, bem como para não se industrializar o dano moral e banalizar as indenizações intentadas judicialmente.

É preciso ter consciência de que o dinheiro pode não cessar a dor, encerrar as mágoas e enxugar as lágrimas. No entanto, tem-se que ter em mente que em situações extremas, de profundo dano e abalo psicológico, os seus causadores não podem ficar impunes.

Destarte, é dever dos cientistas do Direito discutir e debater sobre os atuais temas do direito de família e seus institutos, e utilizá-los da melhor forma possível, sempre com moderação, para que os novos reclamos da sociedade não sejam ignorados e as vítimas do abandono afetivo sejam resguardadas.

2 ANÁLISE JURÍDICA SOBRE A FAMÍLIA NO BRASIL

A família é a base da sociedade e por isto tem especial proteção do Estado. É considerada o núcleo estruturante do indivíduo, local de realização de seus anseios e de desenvolvimento de sua personalidade.

A Constituição Brasileira de 1988 deu uma nova roupagem ao conceito de família, estabelecendo a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, assim como entre os cônjuges na sociedade conjugal. Reconheceu, ainda, juridicamente os filhos antes considerados ilegítimos, a família não casamentária e o afeto como o principal elemento que leva as pessoas a constituírem família, conforme será explanado abaixo:

2.1 A família sob a ótica da Constituição Federal de 1988

No Brasil, do período colonial até meados do século XIX, as famílias brasileiras eram amplas, englobavam não só o casal e seus filhos, mas também parentes e até escravos. O vasto número de pessoas nas casas impedia a aproximação sentimental de seus membros, dificultava a privacidade familiar e desestimulava laços afetivos.

Inexistia, assim, maior proximidade entre pais e filhos, bem como a preocupação com a subjetividade ou individualidade das crianças, já que seus direitos, assim como os das mulheres eram reduzidos, em razão da inquestionável prevalência da figura do pai/esposo sobre os demais membros da família.

Com a industrialização, houve a migração da população para os centros urbanos e o aumento da necessidade de mão de obra, o que acabou por inserir a mulher no mercado de trabalho. A família passou a ocupar espaços menores, tornando-se nuclear, formada basicamente por pais e filhos, ocasionando uma

aproximação entre seus membros e a valorização dos laços afetivos entre eles (DIAS, 2009).

Os avanços tecnológicos e culturais que se seguiram à Revolução Industrial provocaram alterações de costumes e a formação de novos núcleos familiares, a par dos já existentes.

E a Constituição Federal de 1988 reflete a sociedade atual marcada por estes avanços. Em razão das novas aspirações da sociedade, sentiu-se a necessidade de se estabelecer em seu texto, matérias até então relegadas a legislação civil ordinária, tais como os institutos da família, propriedade, contratos, dentre outros.

A Carta Magna teve então o papel de reunificar o sistema, superando a dicotomia entre direito público e privado, estabelecendo princípios que se irradiam sobre todos os ramos do Direito.

Assim, princípios como dignidade da pessoa humana, solidariedade social e igualdade passaram a demarcar os limites da autonomia privada, norteando relações até então tratadas unicamente sob o enfoque das regras de direito privado, ou seja, o legislador constituinte redimensionou a norma privada, fixando os parâmetros fundamentais interpretativos, promovendo verdadeira reconstrução da dogmática jurídica (ROSENVALD, 2006).

De fato, a Constituição Brasileira de 1988 oxigenou os institutos e conceitos do direito civil, reformulando-os em sua estrutura, reorganizando, por consequência, os parâmetros que alicerçavam a família do Código Civil de 1965: esta perdeu o seu caráter patrimonial e passou a valorizar as pessoas que compunham seu organismo, bem como a proteger a dignidade da pessoa humana, erigido como fundamento da República. Ensina Rosenvald (2010, p.32):

Percebe-se que o Direito Constitucional afastou-se de um caráter neutro e indiferente socialmente, deixando de cuidar apenas da organização política do Estado para avizinhar-se das necessidades humanas reais, concretas, ao cuidar de direitos individuais e sociais

A família ganhou status de instrumento de realização do ser humano, que foi colocado no centro do ordenamento jurídico (DIAS, 2009). A Carta Magna igualou direitos de homens e mulheres, tratou indistintamente filhos havidos ou não do casamento, e passou a reconhecer efeitos jurídicos a outros modelos familiares além do matrimonial, dissociando família de casamento, conforme previsão dos artigos 226, § 3º a 5º e art. 227, §6º, *in verbis*:

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

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

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

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal serão exercidos igualmente pelo homem e pela mulher

Art. 227: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...)

§6º Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

A família passou a ser plural, solidária, local de realização dos anseios e aspirações de seus membros, que se unem com o objetivo de serem felizes (DIAS, 2009). Não há mais sentido na manutenção constituição da família por outro motivo que não a busca de realização de seus membros (concepção eudemonista da família).

Tem-se a evolução da idéia de família-instituição, com proteção justificada por si mesmo, para o conceito de família-instrumento do desenvolvimento da pessoa humana, tutelada na medida em que promova a dignidade, igualdade substancial e solidariedade entre seus integrantes (ROSENVALD, 2010).

Neste sentido, Michel (1975 *apud* Fachin, 2003, p.32): “Não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade”.

E apenas enquanto cumpridora desta função a família justifica sua própria existência e a proteção estatal. Segundo Madaleno (2009, p.12),:

Após a promulgação da Carta Política de 88, passou a ser defendida a constitucionalização do Direito de Família, como Lei Maior do ordenamento jurídico, inaugurando mudanças e avanços que, de início, entraram em rota de colisão com os costumes e para com as disposições ordinárias até então codificadas ou espalhadas em leis autônomas como a lei do divórcio.

De acordo com Rosenvald (2010, p.10-11),:

A proteção ao núcleo familiar tem como ponto de partida e chegada a tutela da pessoa humana, sendo descabida (e inconstitucional) toda e qualquer forma de violação da dignidade do homem sobre o pretexto de garantir a proteção à família.

A família codificada teve que ceder espaço a outros núcleos familiares essencialmente informais (sem a solenidade do casamento), que tem, no entanto, em comum, o traço do compromisso da comunhão de vida, lealdade e mútua assistência. Eis a lição de Dias (2009, p.43), sobre o tema:

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

Desta forma, imperioso reconhecer que esta pluralidade de modelos familiares deve albergar a chamada família anaparental, que consiste na convivência entre parentes com unidade de propósitos, a exemplo de 2 irmãs que convivem sob o mesmo teto e constituem patrimônio comum, ou avós e netos, e a família

reconstituída ou recomposta, formada pela união de um casal onde um ou ambos têm filhos provenientes de relacionamentos anteriores (DIAS, 2009).

Percebe-se, com isto, o fenômeno contemporâneo da multiparentalidade, no qual nas famílias recompostas, padrastos e madrastas funcionam como pais socioafetivos, exercendo autoridade parental, sem que haja, no entanto, exclusão dos vínculos dos filhos com os pais biológicos (MADALENO, 2009).

E este modelo familiar foi reforçado com o advento da lei nº 11924/09, que permite ao enteado adotar o sobrenome da família do padrasto/madrasta, sem prejuízo do apelido de família, confirmando a afetividade como norte das novas relações familiares.

As uniões homoafetivas, como espécie de entidade familiar, também não podem mais ser ignoradas como fenômeno social passível de efeitos jurídicos, mormente após a edição da Lei Maria da Penha que em seu art 5º estabeleceu que “as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”.

Tal questão recentemente foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal que no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e da Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental (ADPF) nº 132, realizado em 5 de maio de 2011, reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, em uma demonstração de respeito e efetivação dos princípios da dignidade, afetividade, igualdade, e não tolerância ao preconceito ou qualquer tipo de discriminação.

Destarte, já não é mais possível pensar em Direito de Família, sem falar em dignidade, solidariedade, afeto, inclusão e cidadania (ROSENVALD, 2010).

Portanto, as questões que se apresentam sob a égide do Direito de Família reclamam soluções a partir da análise dos princípios constitucionais e da valorização da dignidade da pessoa humana, que serão a seguir analisados.

2.1.1 Princípios constitucionais do direito de família

Os princípios são as bases sobre as quais se constrói o sistema jurídico, conferindo-lhe coerência e unidade.

A Constituição Federal e seus princípios promoveram uma releitura dos institutos e normas do Direito de Família, deixando de possuir apenas força supletiva, de preenchimento de lacunas, para ganhar eficácia normativa imediata. Destarte, os princípios constitucionais “aderiram ao sistema positivo, compondo nova base axiológica e abandonando o estado de virtualidade a que sempre foram relegados” (DIAS, 2009, p.56).

Com a constitucionalização do direito civil, os princípios constitucionais tornaram-se fontes normativas que devem orientar toda a interpretação, integração e aplicação da ciência jurídica.

Ou seja, as normas e institutos de direito de família devem readequar-se aos princípios constitucionais, que pairam sobre toda a organização jurídica. Afinal deve o Direito Civil como um todo nortear-se pela legalidade constitucional, pelas premissas fundamentais que consistem os valores mais relevantes do ordenamento jurídico pátrio.

E estes valores constitucionais possuem conteúdo elástico, não podendo ser reduzidos ao texto formal da Carta Magna “sendo imprescindível conferir maior elasticidade e mobilidade à dimensão substancial da Constituição, atingindo um resultado efetivo dos princípios constitucionais explícitos e implícitos.” (ROSENVALD, 2006, p.36).

Desta forma, a violação a um princípio é considerado mais grave que a violação a uma norma, já que de certa forma atinge todo o ordenamento jurídico.

Estabelece a Constituição Federal os princípios gerais de proteção da família, dentre os quais se destacam.

2.1.1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A Carta Magna colocou a pessoa humana como centro do ordenamento, personalizando os institutos de direito civil, inclusive os de direito de família. A proteção ao patrimônio e aos interesses privados deu lugar à valorização da pessoa e de sua dignidade.

Erigido a princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, conforme disposição do art. 1º, III da Constituição Federal, a dignidade é o princípio norteador que irradia seus efeitos sobre todo o sistema jurídico.

O cidadão é visto não mais como sujeito de direitos virtuais, e sim como “titular de um patrimônio pessoal mínimo que lhe permita exercer uma vida digna, a partir da solidariedade social e da isonomia substancial” (ROSENVALD, 2006, p.29).

O princípio da dignidade da pessoa humana é considerado o valor supremo de nosso ordenamento, um super princípio, que deve nortear todas as relações jurídicas, sejam estas travadas entre particulares, ou entre particulares e o Estado.

Ensina Madaleno (2010, p.29): “A dignidade humana é princípio fundamental e, portanto, recebe integral proteção do Estado Democrático de Direito, prevalecendo sobre os demais princípios”.

E o reconhecimento da fundamentalidade deste princípio impõe ao civilista uma nova postura, de modo a assegurar não somente o direito a vida, mas a uma vida digna.

No tocante às relações familiares, a família tutelada pela Constituição deve servir como espaço e instrumento de proteção e garantia desta dignidade, conforme leciona Monteiro (2004, p.19),:

Nas relações familiares acentua-se a necessidade de tutela dos direitos da personalidade, por meio da proteção à dignidade da pessoa humana, tendo em vista que a família deve ser havida como centro de preservação da pessoa, da essência do ser humano, antes mesmo de ser tida como célula básica da sociedade

Assim, a dignidade atua no sentido de assegurar o pleno desenvolvimento e formação da personalidade de todos os integrantes do núcleo familiar, ao contrário do modelo patriarcal do passado, onde apenas a dignidade do marido era reconhecida.

Para Tavares da Silva (2011, online), este princípio reúne todos os valores e direitos que podem ser reconhecidos à pessoa humana: a afirmação de sua integridade física, psíquica, moral e intelectual, além da garantia do livre desenvolvimento de sua autonomia e personalidade, constituindo-se verdadeira cláusula geral de proteção integral à pessoa humana.

E os artigos da Constituição Federal que exemplificam esta garantia encontram-se previstos nos art. 230 e 227, que prevêem, respectivamente, que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar a pessoa idosa, defendendo sua dignidade e bem estar, bem como assegura a criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

No entanto, apesar desta proteção prevista na Carta Magna, muitos genitores negligenciam a criação de seus filhos, descumprindo os deveres paternos, que vão além da simples obrigação de subsistência.

E esta negligência pode ocasionar danos à personalidade e a dignidade dos menores, abrindo-se a discussão para as medidas que devem ser adotadas nestes casos, assunto explorado nesta monografia. Até porque, de nada adianta prever direitos sem a criação de mecanismos para garanti-los, efetivá-los.

2.1.1.2 Princípio da Afetividade

Na organização jurídica da família ganha dimensão e importância o princípio jurídico do afeto, que é o grande norteador do Direito de Família Contemporâneo (DIAS, 2009).

Em que pese a palavra “afeto” não constar expressamente na Constituição Federal de 1988, o princípio jurídico do afeto se manifesta em diversas passagens do texto constitucional, a exemplo do art. 226 parágrafo 8º, que prevê que, *in verbis*: “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Como já afirmado, houve sensível mudança na concepção de família, que passou de extensa, patrimonializada e hierárquica, a nuclear, igualitária, plural, solidária e calcada no afeto.

Atualmente, a família é compreendida como um espaço de promoção da personalidade e desenvolvimento de seus membros, fundada no afeto e na solidariedade, ou seja, a entidade familiar atual deve ser entendida como grupo social fundado essencialmente em laços de afetividade (ROSENVALD, 2010).

Para Dias (2009), a consagração do afeto o torna um verdadeiro direito fundamental, norteador do direito das famílias.

Sobre a importância do afeto nos relacionamentos familiares, discorre Madaleno (2009, p. 65):

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

E este afeto traduz a confiança esperada pelos membros da família, o respeito a sua dignidade, fazendo com que a vida destes seja sentida de forma mais intensa e sincera. Destarte, os integrantes de um núcleo familiar, e aí se compreende a noção plural de família, devem agir com ética de modo a respeitar as peculiaridades de seus membros, e a não ferirem natural confiança depositado no outro.

Ou seja, a confiança é elemento imprescindível da vida social e da ordem jurídica, sendo de interesse do ordenamento protegê-la, impondo um dever jurídico de não serem adotados comportamentos contrários aos interesses e expectativas despertadas em outrem. Assim, a afetividade deve vir acompanhada da lealdade entre seus membros, boa-fé e confiança, que pressupõe respeito e consideração mútua (ROSENVALD, 2010).

E no âmbito das relações existenciais do direito de família, a confiança se materializa sob a forma de afeto.

Continua Rosenvald (2010, p.79-80),:

Ao vislumbrar o Direito de Família, encontram-se duas diferentes faixas: as relações existenciais e as patrimoniais, ambas submetidas ao elemento confiança como traço característico fundamental, dando efetividade aos valores constitucionais, especialmente à dignidade da pessoa humana. Naquelas a confiança é concretizada pelo afeto, enquanto nestas, consubstancia-se através das especificações da boa-fé objetiva.

Segundo lição de Teixeira (2009, p.38),:

O princípio da afetividade funciona como um vetor que reestrutura a tutela jurídica do Direito de Família, que passa a se ocupar mais da qualidade dos laços travados nos núcleos familiares do que com a forma através da qual as entidades familiares se apresentam em sociedade, superando o formalismo das codificações liberais e o patrimonialismo que delas herdamos.

Com base neste princípio, também não mais se justifica distinções discriminatórias entre filhos, pois a nova família deve representar uma comunidade de afeto, fundada na tolerância entre seus membros, na pluralidade, na diversidade.

Afinal, o que determina a verdadeira filiação atualmente não são os laços sanguíneos, e sim os de afeto que são construídos, já que, de fato, a verdade biológica pode não expressar a verdadeira paternidade.

E a existência deste parentesco socioafetivo pode ser reconhecida a partir da comprovação dos requisitos que compõe a posse de estado de filho (nome, trato e fama).

A posse de estado de filho se revela como aquela situação em que alguém se comporta publicamente como filho, é tratado com afeto pelo suposto pai, utiliza o nome deste e é reconhecido como tal pela comunidade (nome, fama e trato). Sobre este tema, leciona Teixeira (2009, p. 38),:

O que constitui a essência da socioafetividade é o exercício fático da autoridade parental, ou seja, é o fato de alguém, que não o genitor biológico, desincumbir-se de praticar as condutas necessárias para criar e educar os filhos menores, com o escopo de edificar sua personalidade, independentemente de vínculos consangüíneos que geram tal obrigação legal.

Destarte, cabe aos genitores, sejam eles biológicos ou socioafetivos, proporcionarem aos filhos o convívio necessário ao desenvolvimento do afeto, tão essencial à formação do ser humano.

2.1.1.3 Planejamento Familiar e Paternidade Responsável

Conforme o art. 226, § 7º da Constituição Federal, *in verbis*:

Parágrafo 7º: Fundados nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício deste direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

O art. 2º da Lei nº 9263/96 define o planejamento familiar como ‘o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal’.

O princípio do planejamento familiar invoca a responsabilidade do casal sobre o número de filhos e o desenvolvimento físico e moral destes. Ou seja, trata-se de livre decisão do casal, desde que haja a necessária e fundamental observância dos princípios da dignidade da pessoa humana e paternidade responsável (GAMA, 2008).

Segundo Rosenvald (2010, p.47),: “O propósito do planejamento familiar, é sem dúvida, evitar a formação de núcleos familiares sem condições de sustento e de manutenção”.

Não se confunde com planejamento populacional, pois não pode haver qualquer tipo de persuasão ao comportamento sexual ou social dos indivíduos. Neste sentido, leciona Diniz (2010, p.140),:

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

Já o princípio da paternidade ou parentalidade responsável abrange a responsabilidade individual e social dos genitores em priorizar o bem estar físico, psíquico e moral de sua prole, primando pelo respeito aos direitos que lhe são reconhecidos.

A Carta Magna impõe aos pais a condução da paternidade de forma responsável, sendo a afetividade o componente fundamental nestas relações como forma de dar sentido e dignidade a existência dos filhos.

Afinal, o ato de colocar um filho no mundo deve constituir-se de algo responsável, posto que todo direito impõe obrigações, que constituem seus limites. E os direitos da prole e do bem comum configuram os seus contornos (DINIZ, 2010).

De acordo com as diretrizes constitucionais o relacionamento entre pais e filhos deve primar pela tutela da personalidade deste e pela promoção da sua dignidade enquanto sujeito detentor de direitos fundamentais, sob pena de cometimento de danos à figura dos menores (MADALENO, 2009).

Como serem em desenvolvimento, e, portanto merecedores de proteção especial, é dever dos genitores proporcionar aos seus filhos momentos de afeto e carinho, elementos essenciais ao desenvolvimento saudável de uma criança, resguardando-as contra o abandono afetivo (DIAS, 2009).

Destarte, percebe-se que os direitos reprodutivos não são absolutos, aliás, como ocorre com todos os outros direitos fundamentais, e a responsabilidade da contracepção deve ser compartilhada por ambos os genitores, que devem considerar as necessidades materiais e físicas, além das emocionais e psíquicas de seus filhos.

Portanto, é imperioso restabelecer a paternidade e a maternidade responsável, “de forma a que sejam bem compreendidas e assumidas, desempenhando suas importantes funções dentro da família, para que seus filhos cresçam em um ambiente sadio e equilibrado” (DINIZ, 2010, p.144).

2.1.1.4 Princípio da Solidariedade

Este princípio traduz os deveres recíprocos existentes entre os integrantes da família de compreensão e cooperação, de ajudarem-se mutuamente sempre que necessário, abrangendo tanto obrigações de cunho alimentar quanto de assistência imaterial (amparo, sustento, cuidado).

Atualmente, há uma preocupação em reconhecer uma perspectiva solidária nos núcleos familiares, de modo a conciliar as exigências coletivas com os interesses particulares.

De acordo com Gama (2008, p.74),:

O princípio da solidariedade se vincula necessariamente aos valores éticos do ordenamento jurídico. A solidariedade surgiu como categoria ética e moral, mas que se projetou para o universo jurídico na representação de um vínculo que compele à oferta de ajuda ao outro e a todos.

Exemplo deste princípio está previsto no art. 229 que determina, *in verbis*: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

2.1.1.5 Princípio da Igualdade

O art. 227, parágrafo 6^a consagra o princípio da isonomia entre os filhos, ao prescrever a proibição de designações discriminatórias entre filiação havida ou não do casamento ou por adoção. Ou seja, todo e qualquer filho gozará dos mesmos direitos e proteção, sem distinções em razão de sua origem biológica ou não.

Este princípio também abarca a igualdade entre homem e mulher ao prescrever no art. 5º, I, da Carta Magna que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, mormente no que tange às relações conjugais, conforme o disposto no art. 226, parágrafo 5º. Segundo Lôbo (2004, online),:

Nenhum principio da Constituição provocou tão profunda transformação do direito de família quanto o da igualdade entre homem e mulher e entre filhos. Todos os fundamentos jurídicos da família tradicional restaram destroçados, principalmente os da legitimidade, verdadeira *summa divisio* entre sujeitos e sub-sujeitos de direito, segundo os interesses patrimoniais subjacentes que protegiam, ainda que razões éticas e religiosas fossem as justificativas ostensivas.

De fato, a luta por esta isonomia entre os gêneros resultou de inúmeros avanços sociais e da edição do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4121/1962) e da Lei do Divórcio de 1977.

A igualdade dos cônjuges retrata a igualdade das pessoas que compõem o relacionamento afetivo, já que não é necessário serem civilmente casados para receberem tratamento igualitário (MADALENO, 2009).

Esta igualdade, no entanto, não é sinônimo de tratamento uniforme, já que se admite o tratamento jurídico diferenciado desde que haja um motivo que o justifique (ROSENVALD, 2010).

Porém, a realidade brasileira nos mostra um cenário diferente. A violência contra a mulher ainda é tema recorrente nas páginas policiais, visto que ainda se observa um número grande de mulheres que se subordinam aos maridos, sendo tratadas com desrespeito por estes em razão de uma dependência financeira, social e/ou afetiva.

Trata-se de resquícios do caráter conservador e patriarcal das famílias, em uma sociedade ainda marcada pelo machismo e pela desigualdade socioeconômica.

2.1.1.6 Princípio da Proteção Integral a Crianças e Adolescentes

A Constituição Federal assegura em seu art. 227, a criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A doutrina da proteção integral da criança e do adolescente transformou a criança em sujeito de direito, fazendo-a destinatária de um tratamento especial, merecedora de prioridade absoluta por parte da família, sociedade e Estado.

Este princípio está intimamente ligado aos princípios da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável e do planejamento familiar, balizas que devem nortear a conduta dos genitores na criação de seus filhos.

A criança hoje é vista como sujeito de direitos, pessoa em desenvolvimento, titular de direitos fundamentais previstos na Carta Magna, sendo, por isto, merecedora de especial proteção. Seus interesses devem ser priorizados: pelo Estado na promoção de políticas públicas voltadas a este público, pelos aplicadores do Direito na decisão que melhor satisfaça estes interesses, pela família e sociedade, no respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento (MADALENO, 2009).

Sobre este princípio, discorre Dias (2009, p. 546-547),:

A maior atenção as pessoas até os 18 anos de idade ensejou uma sensível mudança de paradigma, tornando-se o grande marco para o reconhecimento dos direitos humanos de crianças e adolescentes. Visando a dar efetividade ao comando constitucional, o ECA é todo voltado ao melhor interesse de crianças e jovens, reconhecendo-os como sujeitos de direito e atentando mais às suas necessidades pessoais, sociais e familiares, de forma a assegurar seu pleno desenvolvimento.

Manifesta-se o mencionado princípio em diversos momentos, tais como nas hipóteses de determinação da guarda ou do direito de visitas, além de orientações referentes à sua educação e formação de sua personalidade em geral (GAMA, 2008).

2.2 Legislação Infraconstitucional

A seguir será apresentada a legislação infraconstitucional abordada de acordo com o Código Civil de 1916 e de 2002 e aspectos relevantes do Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.2.1 Código Civil de 1916 e Código Civil de 2002

O Código Civil brasileiro de 1916 foi concebido sob a influência do Código Napoleônico e liberalismo econômico vigente, de cunho individualista e patrimonialista. Buscava proteger os direitos e liberdades dos cidadãos contra as ingerências do Estado, e garantir a estabilidade das atividades privadas (ROSENVALD, 2006).

Refletia um modelo de família patriarcal, no qual o homem era o chefe da família, sob forte influência da Igreja Católica. A sociedade brasileira nesta época era essencialmente rural, e as famílias extensas, compostas por um número maior de parentes e filhos.

A mulher se dedicava essencialmente aos afazeres domésticos e seus direitos eram menores do que os dos homens. Sua virgindade era preservada até o casamento, como fator decisivo para a eficácia da boda, e sua conduta deveria ser recatada e passiva, com o objetivo de preservação da paz doméstica (GIORGIS, 2010).

O homem era o chefe da família, função que exercia com a colaboração da mulher, cabendo-lhe, ainda, a administração dos bens comuns e particulares desta.

Aceitava-se a privação da satisfação pessoal de seus membros em nome da manutenção do casamento, que significava, sob esta ótica, manutenção da própria sociedade.

Assim, sob a ótica do Código de 1916, a família somente era reconhecida se originária do casamento, e tinha caráter indissolúvel, ainda sob forte alcance da igreja Católica.

Neste sentido, Fachin (2003, p. 195), explica que:

No desenho do sistema clássico do Código Civil, a linha estava em admitir excepcionalmente a dissolução da sociedade conjugal. Como a concepção da família era calcada na idéia de manutenção dos interesses da instituição, com sacrifício de outrem, nomeadamente dos filhos ou dos próprios cônjuges, a dissolução aparecia como um modo excepcional de admissão.

Percebe-se, neste período, uma visão transpessoal da família, na qual os interesses da instituição prevaleciam sobre os anseios de seus componentes.

Quanto à filiação, o Código Civil de 1916 estabelecia distinções entre filhos legítimos, que era aqueles nascidos em decorrência do casamento de seus genitores e ilegítimos se não decorriam deste. O mencionado Código vedava ao filho “adulterino” o reconhecimento da paternidade, demonstrando, desta forma, o nítido caráter discriminatório no tratamento dado a filhos advindos ou não do casamento, estabelecendo, *in verbis*: “Os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos” (art. 358 do Código Civil de 1916).

Os avanços ocorridos no reconhecimento desta filiação “adulterina” começaram com o decreto-lei nº 4737/42, que permitiu em seu art. 1º o reconhecimento do filho havido fora do casamento após o desquite do seu genitor. Somente com a edição da Constituição de 88 caiu por terra qualquer possibilidade de designações discriminatórias relativas à filiação.

O Código Civil Brasileiro de 2002, sob a influência dos nortes trazidos pela Constituição Federal, dissocia o estado de filiação do estado civil dos pais, sepultando o óbice que existia ao reconhecimento da paternidade nos casos de genitores casados, conforme previsão do art. 1607, *in verbis*: “O filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente”.

Na lição de Fachin (2010), o mencionado Código abre espaço jurídico, sob a rubrica do parentesco de “outra origem”, para o valor constitutivo da posse de estado de filho, que com fulcro na tríade nome, trato e fama, pode dar ensejo à base sócio-afetiva da filiação, conforme disposto nos artigos 1593 e 1605, inciso II, *in verbis*:

Art. 1593: O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

Art. 1605: Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação de qualquer modo admissível em direito:

(...)

II- quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos

Desta forma, o Código Civil de 2002 alarga o conceito de parentesco, o qual deixou de ser definido apenas pelo liame da consanguinidade, pautando-se também pelo critério socioafetivo, ou seja, aquele fundado no afeto e não na origem biológica (WALD, 2009).

Outra inovação foi a substituição da expressão “pátrio poder” por “poder familiar”, nos artigos 1630 e seguintes, apreendendo mais o sentido de autoridade parental e feixe de direitos subjetivos e deveres jurídicos recíprocos em relação entre pais e filhos (FACHIN, 2010).

Assim dispõe a nova redação do artigo, *in verbis*: “Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores” (art. 1630 do Código Civil de 2002).

O poder familiar deixou de ser visto como um poder para ser concebido como é hoje: um poder-dever, concedido aos pais pelo Estado para que, através dele, o genitor seja capaz de ajudar seus filhos menores, compensando a fragilidade e a falta de discernimento próprio da idade (PAULO, 2009).

O fundamento atual da autoridade paterna passa pelo reconhecimento que esta só é válida e legítima se cumpridora da finalidade da sociedade familiar que é o sustento e a formação da prole, função esta irrecusável e que deve perdurar enquanto durar esta formação. Assim, a concepção moderna do poder familiar é calcada na idéia de que esta relação entre pais e filhos deve ser pensada e exercida em benefício destes (HIRONAKA, 2007, online).

No entanto, apesar destas inovações trazidas pelo Código Civil de 2002, alguns outros assuntos não foram tratados de forma satisfatória, a exemplo do debate sobre biogenética, fertilização *in vitro*, inseminação artificial, e a não previsão

expressa da união entre pessoas do mesmo sexo, ou seja, apesar de inovador, a mencionada codificação não conseguiu regulamentar todas as inovações vivenciadas pela sociedade brasileira a partir da Lei nº 6515/1977 (Lei do divórcio) e posteriormente com a Constituição de 1988.

Resta, assim, segundo ensinamento de Fachin, à jurisprudência, preencher estes espaços e realizar uma interpretação construtiva do Código Civil de 2002, afinal, “um Código não nasce pronto, a norma se faz Código em processo contínuo de construção” (FACHIN, 2003, p.11).

Destarte, o Código Civil de 2002 deve ser lido à luz dos princípios constitucionais, que são suas balizas hermenêuticas e a expressão “Direito de Família Constitucionalizado”, traduz a necessária releitura dos institutos de direito de família sob o prisma dos valores humanistas provenientes da Carta Magna, já que tradicionais institutos jurídicos perderam força e sentido.

2.2.2 Estatuto da Criança e do Adolescente

Até a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988 não existia na legislação pátria uma doutrina de proteção integral voltada para crianças e adolescentes. Antes disto, vigorou no Brasil: a Doutrina do Direito Penal do Menor e a Doutrina da Situação Irregular.

A primeira estava ligada ao Código Penal de 1890, que tratava a criança e o adolescente como seres passíveis de serem responsabilizados criminalmente como adultos caso constatado que possuíam necessário discernimento. A análise da situação da juventude fazia-se unicamente pelo prisma penal, já que crianças e adolescentes não eram vistos como sujeitos de direito, “mas como um problema a ser resolvido quase que exclusivamente na seara criminal” (SCALCO, 2010, p. 35).

Sob a égide da Doutrina da Situação Irregular, instaurada pelo Código de Menores de 1979, crianças e adolescentes continuavam sendo considerados como

objeto de interesse dos adultos, e não como sujeitos de direito. Esta doutrina tinha um viés assistencialista, voltando a proteção do Código apenas aos menores considerados privados de condições econômicas e sociais, vítimas de abandono e omissões, que por isto mereciam ser tratados pelo Estado.

Somente com a edição da Carta Magna e posteriormente com o Estatuto da Criança e do Adolescente, a doutrina da proteção integral e do melhor interesse reconheceu a criança como sujeito de direitos fundamentais e ser humano em formação, merecedora de prioridade absoluta com vistas ao seu pleno desenvolvimento físico, moral, mental e social.

O artigo 3º do mencionado Estatuto confirma esta proteção, estabelecendo, *in verbis*:

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

O Estatuto assegura, ainda, no art. 5º, que nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer tipo de negligência, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Outro direito resguardado foi o da convivência familiar, conforme redação do art. 19, *in verbis*:

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

Desta forma, percebe-se a evolução do Direito de Família moderno de modo a preservar de forma ampla os interesses dos membros familiares, principalmente daqueles que em razão da pouca idade e de sua condição de ser humano em formação, se encontram em maior condição de vulnerabilidade.

Conclui-se que a família evoluiu na medida em que a Carta Magna e as demais legislações infraconstitucionais que a seguiram consagraram o princípio da afetividade como corolário do respeito a dignidade da pessoa humana, norteador das relações familiares e da solidariedade social, assim, os genitores devem pautar a condução da educação e criação dos filhos menores de forma ética e responsável de modo a garantir-lhes o respeito aos direitos fundamentais que lhes são assegurados.

3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

O modelo de família nas sociedades antigas, no qual vigorava o patriarcalismo e a supremacia da vontade do homem sobre esposa e filhos, fazia com que a estes coubesse apenas o estrito dever de obediência, a bem da harmonia, paz e felicidade familiar. A família gozava de um conceito sacralizado, já que “as relações afetivas foram primeiro apreendidas pela religião, que as solenizou como união divina, abençoada pelos céus” (DIAS, 2005, online).

O direito de família era impermeável, não se falando em responsabilização civil no seu âmbito justamente para preservar a harmonia conjugal. Era considerado um ramo especial do direito privado, com penalidades próprias, sem o reconhecimento da possibilidade de ocorrência de qualquer conduta entre seus membros apta a caracterizar um ilícito passível de responsabilização civil.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a previsão da igualdade entre os cônjuges, dos novos arranjos familiares, o fim do tratamento discriminatório entre os filhos e o estabelecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, esta imunidade da responsabilidade civil nas relações familiares vem sendo reduzida, já que o direito de família evoluiu e passou a preocupar-se com o respeito a autonomia e aos direitos individuais dos membros do grupo familiar.

Assim, para entender melhor o tema, faz-se necessário compreender o conceito de responsabilidade civil, analisar sua evolução histórica, classificação e elementos necessários à configuração.

3.1 Conceito de Responsabilidade Civil

Para a vida em sociedade, o ordenamento jurídico estabelece algumas regras e deveres, que caso violados configuram o ilícito, e conseqüentemente o dever jurídico de reparar, caso haja dano.

Segundo Diniz (2007), a todo instante surge o problema da responsabilidade civil, pois cada atentado sofrido pelo homem relativamente à sua pessoa ou ao seu patrimônio constitui um desequilíbrio de ordem moral ou patrimonial que reclama a criação de soluções ou remédios por parte do ordenamento jurídico, visto que o direito não poderá tolerar ofensas que fiquem sem reparação.

Conforme lição de Cavalieri Filho (2008), a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida. Assim, toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil.

Tal obrigação está respaldada na máxima da não lesão a outrem (*neminem laedere*) prevista desde o direito romano, que retrata o limite da liberdade do individuo na vida em sociedade.

A responsabilidade civil representa, então, uma obrigação derivada, um dever jurídico sucessivo “de assumir as conseqüências jurídicas de um fato, conseqüências estas que podem variar (reparação pessoal e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p.45)

O Código Civil de 2002 reproduz a obrigação de indenizar no art. 927, *in verbis*:

Art. 927: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo.

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

O ilícito ocorre quando alguém por ação ou omissão voluntária (dolo), negligência (inobservância de uma norma que ordena agir com atenção), imperícia (inaptidão para praticar certo ato) ou imprudência (ato de proceder sem cautela), causa dano a outrem, conforme disposição do art. 186 do Código Civil de 2002, in verbis:

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.

Desta forma, percebe-se pela leitura do art. 927, § único do mencionado Código, que a idéia de reparação é mais ampla do que a de ato ilícito, já que há casos de ressarcimento de prejuízo baseada no risco objetivamente considerado.

Com base nestas considerações, Diniz (2007, p.34) define a responsabilidade civil como:

a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de fato de coisa ou animal sob sua guarda, de pessoa por quem ele responde, ou ainda, de simples obrigação legal.

Esta definição guarda em sua estrutura a idéia de culpa quando se cogita da existência de ilícito (responsabilidade subjetiva), e a do risco, ou seja, responsabilidade sem culpa, sendo que esta última era impensável em tempos remotos, conforme análise histórica que segue.

3.2 Breve Evolução Histórica da Responsabilidade Civil

Historicamente, a idéia de responsabilização começou com a vingança coletiva, caracterizada pela reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus membros, causando neste dano idêntico ao que a vítima experimentou. A vingança privada veio logo após, com a Lei do Talião “olho por olho, dente por dente” e com a Lei das XX Tábuas, onde a responsabilidade era objetiva, não dependia de culpa, e almejava produzir no lesante o mesmo dano que este causou.

O período posterior da composição trouxe a idéia de reparação pecuniária, de pagamento de uma quantia em dinheiro (*poena*) estabelecida a critério da autoridade pública ou do particular, caso se tratasse de delito contra a *res publica* ou contra interesses privados. (DINIZ, 2007).

A idéia de vingança privada perdeu espaço para a compensação econômica, que inicialmente era tarifada, e posteriormente passou a ser obrigatória, imposta pela Lei das XX Tábuas, que fixava em casos concretos, o valor da pena a ser paga pelo ofensor. (ALVINO LIMA, 1999 *apud* GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011).

O patrimônio da pessoa causadora do dano respondia pelo prejuízo do lesado, pois perceberam que a substituição do mal pelo mal apenas causava prejuízo a ambas as partes sem atingir o objetivo principal que era reparar o dano.

Ainda não havia um princípio geral fixador da responsabilidade civil, que somente veio com a edição da “Lex Aquilia de damno”, que inovou ao prever a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, já que o agente se eximiria desta se tivesse agido sem este elemento.

Até este momento histórico, o atributo da culpa não era levado em consideração, visto que a responsabilidade era puramente objetiva.

Esta lei, portanto, estabeleceu as bases da responsabilidade extracontratual mediante a previsão de um valor a ser pago em dinheiro à título de indenização do prejuízo. “O Estado passou, então, a intervir nos conflitos privados, fixando o valor dos prejuízos, obrigando a vítima a aceitar a composição, renunciando a vingança”. (DINIZ, 2007, p.11).

Ainda não havia distinção entre responsabilidade civil e penal, que só começou a ocorrer na Idade Média.

Aos poucos, a noção de pena passou a ser substituída pela idéia de reparação do dano sofrido, e a inserção da culpa como elemento da responsabilidade civil foi absorvida por diversas legislações no mundo, principalmente pelo Código Civil Napoleônico, que influenciou o Código Civil brasileiro de 1916. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011).

No entanto, com o tempo percebeu-se que a culpa não era suficiente para abarcar todas as hipóteses de responsabilidade civil, justamente pela existência de casos concretos onde era impossível provar o elemento anímico.

O surto industrial que se seguiu a 1ª Guerra Mundial, o desenvolvimento tecnológico, a produção em larga escala, o crescimento das cidades e o conseqüente incremento do risco da vida em sociedade, causaram um aumento da preocupação com a segurança do cidadão, passando-se a compreender não somente a culpa como fundamento da responsabilização civil, mas também o risco da atividade.

Este fato representou uma humanização da teoria da responsabilidade civil, com o objetivo de proteger, em particular, trabalhadores e vítimas de acidentes contra os riscos destas atividades, sob o fundamento de que as pessoas que se aproveitam dos riscos ocasionados por suas atividades devem arcar com suas conseqüências (DINIZ, 2007).

É o fenômeno da socialização do direito, na qual acima dos interesses individuais devem ser garantidos os interesses sociais. Eis a lição de Madaleno (2010 p.7-8),:

O ponto de partida da socialização do direito está na denominada solidariedade social, cujo suporte fático é a pessoa humana e a defesa de sua dignidade. Seu propósito é o de reduzir as desigualdades sociais e o desequilíbrio existente na qualidade de vida das pessoas. Leva em conta a vulnerabilidade da pessoa humana e a melhor tutela dos direitos da personalidade quando surgir qualquer conflito entre uma situação jurídica material e um direito existencial.

Destarte, ganha força a teoria da responsabilidade objetiva, sem a perquirição de culpa, cujo objetivo maior é proteger a dignidade da pessoa humana e a sua situação de vulnerabilidade ante as desigualdades naturalmente existentes em uma sociedade capitalista industrializada.

3.3 Funções da Reparação Civil na Atualidade

As funções da responsabilidade civil são: compensatória (compensar o dano à vítima), punitiva do ofensor e pedagógica, com vistas a tornar público que condutas semelhantes não serão toleradas.

Esta pretensão de obrigar o agente causador do dano a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça (CAVALIERI FILHO, 2008).

De fato, a principal finalidade da responsabilidade civil é retornar a situação anterior ao dano (*status quo ante*), ou seja, restabelecer o equilíbrio econômico jurídico violado, recompondo a situação do lesado.

Caso uma ação acarrete uma reação que produza efeitos jurídicos na pessoa ou no patrimônio do outro, alterando o *status quo ante*, entra a questão da possibilidade de ressarcimento deste dano, quando não é possível a restituição da situação anterior.

Destarte, a responsabilidade civil visa garantir a segurança da pessoa e do patrimônio do lesado mediante a restituição da situação anterior, minimizando os efeitos do dano.

Quando não é possível restituir o próprio bem, é fixado um valor equivalente ao bem, ou compensatório do direito, caso este não seja redutível pecuniariamente, a ser suportado pelo ofensor. E esta obrigação de indenizar leva em consideração a situação atual do lesado e a situação hipotética caso a atividade do lesador não tivesse ocorrido.

Ou seja, busca-se sempre que possível conduzir à vítima ao estado anterior à lesão sofrida, mediante restauração ou reconstituição natural e o recurso à situação material correspondente. Somente quando esta não é possível, converte-se a obrigação em dívida de valor (DINIZ, 2007).

A segunda função é a punição do ofensor, pela ausência de cautela na prática dos seus atos. Visa persuadi-lo a não mais lesionar. A responsabilidade civil, desta forma, objetiva punir o lesante e desestimular novas práticas de atos lesivos.

Por fim, a função de cunho socioeducativo ou pedagógico objetiva alertar a sociedade que condutas como as do ofensor não serão toleradas, por causarem desequilíbrio e ofenderem a segurança da vida em comunidade.

3.4 Elementos da Responsabilidade Civil

Os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade civil são: existência de ação comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, nexo de causalidade e dano moral ou patrimonial.

3.4.1 Ação

A responsabilidade civil requer a existência de uma ação comissiva ou omissiva qualificada juridicamente, lícita ou ilícita, pois como já analisado, ao lado da culpa, há o risco como fundamentos da obrigação de indenizar. A regra básica é que a obrigação de indenizar, pela prática de atos ilícitos, advém da culpa, ou seja, da reprovabilidade ou censurabilidade da conduta do agente.

O comportamento do agente poderá ser uma comissão, ou seja, a prática de um ato que não deva se efetivar, ou uma omissão, qualificada juridicamente, que consiste na não observância do dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se (DINIZ, 2007).

A ação deverá ser voluntária no sentido de ser controlável pela vontade do autor, pois atos praticados sob absoluta coação e em estado de inconsciência não ensejam responsabilização, assim, como os danos praticados por fatos invencíveis, tais como tempestades, incêndios, terremotos, inundações etc (GONÇALVES, 2003).

Agente pode agir com dolo, se intencionalmente procura lesar outrem, ou com culpa, se assume o risco de provocar o dano, mesmo consciente das conseqüências do seu ato, agindo com imperícia, negligencia ou imprudência. Na culpa entende-se que há um erro de conduta do agente que acaba por causar lesão a direito alheio. Esta pressupõe um dever jurídico violado e a imputabilidade do agente, que é a capacidade de discernimento (MADALENO, 2010).

Deve-se verificar se o agente podia ter agido de outra forma nas circunstâncias do caso concreto. No entanto, atualmente entende-se que não existe um padrão único de conduta correta e diligente, o que existe são vários modelos de conduta e isto deverá ser levado em consideração pelo julgador no momento da apuração da culpa.

3.4.2 Nexo de Causalidade

Para que ocorra o ilícito e a consequente responsabilidade civil, faz-se necessária a presença do nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente.

Ou seja, antes de apurar se o agente é culpado pelo fato, tem-se que investigar se ele deu causa ao resultado.

E dentre as teorias que tentam oferecer soluções aos problemas envolvendo o nexo de causalidade, duas se destacam: a teoria da equivalência dos antecedentes e a teoria da causalidade adequada.

A primeira não faz distinção entre causa (aquilo de que uma coisa depende quanto a existência) e condição (o que permite à causa produzir seus efeitos), sendo que se forem várias as causas do evento, todas serão levadas em consideração com o mesmo valor. Logo, todas as condições, antecedentes necessários do resultado, se equivalem, sendo esta teoria também conhecida como da equivalência das condições (CAVALIERI FILHO, 2008).

Já para a teoria da causalidade adequada, nem todas as condições serão causas para o resultado, mas somente aquelas que forem mais adequadas à produção do evento.

3.4.3 Dano

Não poderá haver indenização sem a existência de um prejuízo, devidamente comprovado, a um bem ou interesse jurídico, seja este dano material ou moral.

No entanto, há casos, principalmente na responsabilidade contratual, onde não se exige comprovação do dano, sendo este presumido. Nestes casos a

vítima se exonera de comprovar sua existência, tais como nas obrigações pecuniárias, onde o devedor é obrigado a pagar os juros de mora mesmo que o credor não alegue o prejuízo (art. 407 do Código Civil de 2002).

Indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente, se possível, restaurando o “status quo ante”, isto é, devolvendo-se ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ilícito. Todavia, como na maioria dos casos se torna impossível tal desiderato, busca-se uma compensação em forma de indenização monetária (GONÇALVES, 2003).

O dano patrimonial pode ser direto ou indireto. O direto causa imediatamente um prejuízo no patrimônio da vítima, o indireto atinge interesses jurídicos extrapatrimoniais do agente, tais como os direitos da personalidade, causando efeitos patrimoniais reflexos.

3.4.3.1 Dano Moral

A Constituição Federal de 1988, em seus arts. 5º V e X elevou a reparação por dano moral ao patamar de direito fundamental, encerrando qualquer dúvida que pudesse existir acerca da sua previsão, *in verbis*:

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinções de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos seguintes termos:

(...)

V: é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

X : são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação

Num primeiro momento, negava-se ressarcibilidade ao dano moral sob o argumento de que ele era inestimável e que seria imoral estabelecer um preço para a dor (CAVALIERI FILHO, 2008).

Até então, este direito a reparação moral não havia sido estipulada expressamente em uma Constituição Brasileira, mas apenas em leis esparsas, a exemplo da Lei da Imprensa (Lei nº 5250/67), que em seus artigos 49, I e 56, previu a possibilidade de ocorrência de dano moral no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e de informação, cuja indenização poderia ser pleiteada em separado ao pleito por dano material.

A Súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça reconhece a possibilidade de cumulação das indenizações de dano estético e dano moral oriundos do mesmo fato, restando clara a existência de dupla lesão ao patrimônio corpóreo ou moral.

Afinal, além dos direitos patrimoniais, as pessoas têm os direitos da personalidade, que “são aqueles direitos subjetivos reconhecidos à pessoa, tomada em si mesma e em suas necessárias projeções sociais” (ROSENVALD, 2006, p. 101).

De fato, os direitos da personalidade são os direitos subjetivos da pessoa defender o que é seu, ou seja, sua identidade honra intimidade, liberdade, integridade física, moral, enfim, sua própria dignidade. A violação a estes direitos acarreta danos na esfera extrapatrimonial do indivíduo, devendo, por este motivo, serem reparados.

Configura-se o dano moral, portanto, pela violação a direito de personalidade. E as consequências deste dano são: humilhação, dor, sofrimento, vexame, tristeza etc. Não é qualquer dor ou aborrecimento, no entanto, que caracterizam o dano moral, mas somente aquele que cause violação a dignidade de alguém, sob pena de banalização deste instituto. Eis o ensinamento de Cavalieri Filho (2008, p.83),:

Só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angustias e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão de fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.

E a reparação por dano moral não visa dar preço à dor, mas atenuá-la, compensá-la de alguma forma, ou seja, funda-se não na índole dos direitos subjetivos afetados, mas nos efeitos da lesão jurídica. Ensina OLIVEIRA DEDA (*apud* DINIZ, 2007, p.60):

Quando a vítima reclama a reparação pecuniária em virtude do dano moral que recai, por exemplo, sobre a honra, nome profissional e família, não pede um preço para a sua dor, mas apenas que se lhe outorgue um meio de atenuar, em parte, as conseqüências do prejuízo.

De fato, após o estabelecimento expresso na Carta Política de 1988, diversas legislações infraconstitucionais passaram a inserir normas referentes a reparação civil por dano moral, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente, que coloca a criança e o adolescente a salvo de danos a sua integridade física, moral e psíquica, protegendo-os de lesões a sua dignidade ou a qualquer direito fundamental.

3.5 Classificação da Responsabilidade Civil

O item a seguir apreciará a responsabilidade civil contratual e extracontratual bem como a responsabilidade subjetiva e objetiva.

3.5.1 Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual

A responsabilidade civil divide-se em contratual e extracontratual. Na contratual, existe vínculo anterior, uma relação jurídica entre as partes, que as obriga a cumprirem compromissos anteriormente assumidos. Ou seja, há transgressão a um dever gerado em um negócio jurídico firmado entre os contratantes.

Não cumprida a obrigação, parcial ou totalmente, bem como em caso de mora, responde o devedor pelos prejuízos causados, salvo não comprovada a sua culpa.

Na responsabilidade contratual a culpa, em regra, é presumida, invertendo-se o ônus da prova. Destarte, ao pleitear indenização o credor não precisará prová-la, basta constituir o devedor em mora (DINIZ, 2007).

No entanto, há que se fazer uma ponderação, a depender do tipo de obrigação assumida no contrato. Se o contratante assumiu compromisso de alcançar determinado resultado (obrigação de resultado), como no exemplo do construtor que se obrigou a executar obra certa e determinada, e não obteve sucesso, haverá culpa presumida, devendo o credor provar apenas a não concretização da obra para pleitear indenização.

Nestes casos, inadimplida a obrigação, não obtido o resultado, o devedor fica obrigado a reparar o dano.

Já na obrigação de meio, a exemplo do médico (exceto cirurgião plástico, pois nestes casos a jurisprudência entende que a obrigação que assumem é de resultado) que se compromete a cuidar do paciente, não há vinculação a cura, ou seja, ao resultado, cabendo a vítima provar a culpa, ou seja, que o resultado colimado não foi obtido porque o contraente não empregou a diligência a que se encontrava obrigado (CAVALIERI FILHO, 2008).

Na responsabilidade aquiliana ou extracontratual, há violação de um dever estabelecido na lei ou no ordenamento, sem que exista relação jurídica entre

autor do dano e vítima. “Viola-se um dever necessariamente negativo, ou seja, a obrigação de não causar dano a ninguém.” (GAGLIANO;PAMPLONA FILHO, 2011, p.60).

Resume Madaleno (2010, p.5),:

Todo cidadão tem o peculiar dever de ressarcir qualquer conduta sua consciente, que tenha eventualmente vulnerado e imposto um dano a outro sujeito, quer esta violação decorra de uma transgressão contratual, quer se trate de responsabilidade *aquiliana*, quando ausente relação jurídica entre o autor do dano e a vítima do ilícito. Por conseguinte, ao agir no plano dos fatos ou dos contratos, todo ser humano tem o dever de abster-se de causar qualquer comportamento lesivo para com as demais pessoas, sob pena de ser civilmente responsabilizado em comando ao sistema normativo por quebra de dever de conduta contratual ou imposto pela lei.

3.5.2 Responsabilidade Subjetiva e Objetiva

Como dito anteriormente, a responsabilidade subjetiva não conseguiu dar vazão a todas as situações ocorridas no cotidiano, mormente após a Revolução Industrial, os avanços tecnológicos, a massificação da produção e aumento demográfico das cidades, que culminou com o incremento dos acidentes de trabalho, no trânsito e nas indústrias, tornando cada vez mais difícil a prova da culpa.

Assim, surge a responsabilidade civil objetiva, de modo a evitar injustiças e a possibilitar que mais vítimas pudessem ter seus danos indenizados, mesmo sem a prova da culpa (NADER, 2010).

Estabeleceu-se que determinadas atividades por serem potencialmente causadoras de dano, prescindem da prova da culpa para ensejarem indenização. Nestes casos, se uma pessoa determinada sofrer de forma específica mais danos que o restante da coletividade, deverá ser ressarcido.

Esta modalidade de reparação sem culpa, segundo lição de DINIZ (2007, p.50-51): “funda-se num princípio da equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas

desvantagens dela resultantes (*ubi emolumentum, ibi onus; ubi commoda, ibi incommoda*)”.

Este tipo de responsabilidade fundada no risco da atividade não necessita que a vítima prove a culpa, mas tão somente o dano e o nexo de causalidade.

Nestas situações, para Cavalieri Filho (2008, p.536), não há a rigor, que se falar em responsabilidade civil, pois o agente não viola qualquer dever jurídico, e sim, age conforme o Direito. Nestes casos há reparação de dano fundado na equidade, “por não se considerar justo deixar sem qualquer compensação o sacrifício do que se prejudicou para satisfazer um direito do agente”.

Um exemplo de atividade lícita que gera obrigação de ressarcir o prejuízo é o estado de necessidade, pois quando o autor age nesta situação, a pessoa que sofre o prejuízo e não foi a causadora do perigo terá direito a indenização, cabendo ao autor do fato acionar regressivamente o terceiro causador do perigo para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado. Outro exemplo é o da legítima defesa previsto no art. 188, I e 930 parágrafo único do Código Civil.

Além destes, temos outros exemplos previstos no Código Civil e na legislação esparsa de atividades lícitas que causam o dever de indenizar, caso gerem dano, tais como: indenização pela servidão de passagem forçada (art. 1285 do Código Civil), pela passagem de cabos e tubulações (art. 1286 do Código Civil), pelo escoamento de águas para o prédio inferior (art.1289 do Código Civil e Código das Águas), dentre outros.

A responsabilidade subjetiva encontra sua justificativa na culpa ou no dolo por ação ou omissão, lesiva a determinada pessoa. Deste modo, a culpa do agente será necessária para que surja o dever de reparar, ou seja, caberá ao lesado demonstrar que o lesante agiu com imprudência, imperícia ou negligência (DINIZ, 2007).

A responsabilidade civil no Direito de Família também é subjetiva, pois exige um juízo de censura de agente capaz de entender o caráter de sua conduta

ilícita. É preciso demonstrar sua culpa, caso contrário a vítima terá que se conformar com a sua má sorte e sozinha suportar o prejuízo (MADALENO, 2007).

Diante do exposto, observa-se que partindo da pena do Talião até a teoria do risco dos dias atuais, verifica-se que a evolução da responsabilidade civil foi lenta e gradual, sempre com o propósito de afastar injustiças e possibilitar o pagamento de indenização à vítima. Assim também o conceito de dano, antes restrito ao aspecto material e atualmente também alcançando prejuízos extrapatrimoniais, inclusive na esfera familiar, sendo de grande relevo o reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana expresso pelo respeito aos direitos inerentes à personalidade como norte a pautar interesses jurídicos até então sequer imaginados.

Neste ponto, abre-se discussão sobre a possibilidade de responsabilização civil por abandono afetivo. Observa-se que um genitor que ostensivamente humilha seu filho, exteriorizando qualquer tipo de conduta vexatória, inegavelmente, em tese, cometeria ato ilícito passível de indenização por dano moral, assim como qualquer outra pessoa poderia ser responsabilizada. A questão que se coloca é outra. Da conduta negligente do pai ou mãe em dar afeto ao filho, mesmo suprindo todas as suas necessidades materiais de sustento, acarretaria um dano moral passível de ser indenizado?

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS GENITORES PELO ABANDONO AFETIVO

Os direitos dos filhos encontram-se resguardados constitucionalmente sob a forma de princípios: dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal), direito a convivência familiar (art. 227, *caput* da Carta Magna), paternidade responsável, planejamento familiar (previstos no art. 226, § 7º da Constituição Federal), e prioridade absoluta a criança e ao adolescente.

Com a separação dos genitores, ou mesmo quando estes nunca conviveram (casos de pais ou mães solteiras), em que pese os deveres atinentes ao poder familiar permanecerem inalterados, muitos pais negligenciam sua prole, se preocupando apenas em pagar a pensão alimentícia, (e quando pagam!), abandonando-os afetivamente.

Esta situação de negligência pode causar aos filhos traumas e danos psicológicos difíceis de serem apagados com o tempo, dispendo a legislação civil e as regras do Direito de Família de mecanismos próprios para punir os genitores descumpridores da autoridade parental, como a pena da perda ou suspensão do poder familiar.

No entanto, sob o fundamento do princípio da dignidade da pessoa humana, do afeto e da paternidade responsável, estas vítimas do abandono afetivo tem ingressado judicialmente com o intuito de serem ressarcidas civilmente por seus genitores pelo dano psíquico causado pela privação do afeto e do convívio na sua formação. E o presente capítulo se propõe justamente a analisar se esta questão pode ser resolvida na esfera da responsabilidade civil.

4.1 Deveres dos genitores na formação dos filhos

Conforme já analisado, a família sob a ótica constitucional tem conotação solidária e afetiva, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade e o

respeito aos direitos fundamentais de seus membros. Deve configurar um espaço de concretização da afetividade, no qual seus integrantes sintam-se acolhidos e amados.

No tocante às relações paterno-filiais, o afeto encontra guarida na previsão constitucional do direito a dignidade do menor, da convivência familiar, e da proteção integral de crianças e adolescentes. Não se trata, portanto, de mera recomendação ética, e sim, diretriz que deve pautar as relações entre pais e crianças e adolescentes, que são merecedoras desta atenção especial justamente pela condição de seres humanos em formação de sua personalidade.

De fato, o afeto depende de condições para sua efetivação e realização, e é a convivência que permite que estes vínculos se desenvolvam e saiam do plano da subjetividade individual para construir a intersubjetividade. Daí a importância tão grande que deve ser atribuída a convivência, que atende um direito da personalidade do menor, e encontra-se positivada tanto na Constituição Federal, quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente e nas questões relativas à guarda dos filhos menores (GROENINGA, 2010).

Conviver não representa apenas o estar perto, fisicamente presente, mas possui também um sentido substancial ou qualificado, na direção de propiciar atenção, carinho, amor, enfim, afeto (ROSSOT, 2009).

Eis a lição de Dias (2009, p.415),:

O conceito atual de família, centrada no afeto como elemento agregador, exige dos pais o dever de criar e educar seus filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade, como atribuição do exercício do poder familiar. A grande evolução das ciências que estudam o psiquismo humano veio a escancarar a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio das pessoas em formação. Não se podendo mais ignorar essa realidade, passou-se a falar em paternidade responsável.

Desta forma, em que pese o dever de prover afeto não constar expressamente do rol previsto no art. 1634 do Código Civil, que enumera os deveres

dos pais em relação aos filhos menores, dentre eles o de dirigir-lhes a criação e educação e tê-los em sua companhia e guarda, outro não deve ser o entendimento em razão da própria missão constitucional dos genitores. Eis a redação do artigo 1634 do Código Civil de 2002:

Art. 1634: Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

- I- Dirigir-lhes a criação e a educação;
- II- Tê-los em sua companhia e guarda;
- III- Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV- Nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobrevier, ou sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- V- Representar-lhes, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após esta idade, nos atos em que forem parte, suprindo-lhes consentimento;
- VI- Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- VII- Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.(grifos nossos).

Neste sentido, leciona Dias (2009, p. 388),:

Nesse extenso rol não consta o que talvez seja o mais importante dever dos pais com relação aos filhos: o dever de lhes dar amor, afeto e carinho. A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a vertentes patrimoniais. A essência existencial do poder parental é a mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar.

O reconhecimento e a importância do afeto no ordenamento jurídico também encontra-se exemplificado no art. 28, parágrafo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que ao dispor do pedido de colocação em família substituta, assim determina, *in verbis*: “Na apreciação do pedido levar-se-à em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as conseqüências decorrentes da medida”.

Percebe-se que não basta prover materialmente os filhos, alimentá-los, é necessário proporcioná-los outros componentes tão ou mais importantes para a formação saudável de um ser humano, como o cuidado, o afeto, a atenção (NADER, 2010).

Na condução do papel de pai/mãe, estes devem agir em benefício dos filhos, de forma ética, responsável, de modo a assegurar o respeito aos direitos fundamentais de dignidade, convivência familiar e proteção integral, com vistas a não prejudicarem a formação e o desenvolvimento dos filhos.

Ou seja, ser pai/mãe exige disposição para educar, disciplinar, conviver, respeitar, conforme ensina Pereira (2011, p. 117),: “A paternidade é função na qual se insere a construção do amor paterno-filial, cuja base é o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual, cultural e social da pessoa em formação.”

Mesmo o término do vínculo dos genitores não é capaz de alterar as relações entre pais e filhos, permanecendo incólume a responsabilidade parental, conforme determina o art. 1632 do Código Civil, *in verbis*: “A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos, senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.”

Este dispositivo reforça a preocupação do ordenamento jurídico constitucional e ordinário em resguardar as relações entre pais e filhos, de modo a preservar e estimular a convivência entre ambos.

Desta forma, com o objetivo de preservar o direito a convivência familiar, resguardando, assim o pleno desenvolvimento físico, mental e psicológico dos filhos, a legislação pátria dispõe de alguns mecanismos que podem ser utilizados em casos de pais que não residam sob o mesmo teto. São elas a regulamentação do direito de visita e o estabelecimento da guarda no melhor interesse da criança/adolescente.

4.2 Medidas tendentes a resguardar a convivência familiar

4.2.1 Regulamentação do direito de visita

De acordo com o estabelecido no art. 1589 do Código Civil, o pai ou a mãe em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, bem como fiscalizar sua manutenção e educação, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz.

A visita é um mecanismo jurídico que pretende preencher os efeitos da ruptura familiar, representando um desdobramento da guarda definida com a separação dos pais.

Muito embora o instituto das visitas seja referido como um direito, não deixa de ser um dever dos genitores concretizar esta convivência, conforme o disposto no art. 1634, II do Código Civil, *in verbis*: “ Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores, tê-los em sua companhia e guarda”.

Ou seja, representa o direito do próprio filho menor de conviver com seus pais, em razão da necessidade de cultivar o afeto quando não for possível a convivência diária sob o mesmo teto.

Segundo Madaleno (2009), falar em visita acarreta reconhecer a soberania constitucional de o menor ser visitado, conforme direito fundamental previsto no art. 227 da Constituição Federal, qual seja, o direito a convivência familiar, que encontra guarida na proteção integral de crianças e adolescentes.

Cabe ao genitor não guardião acompanhar a trajetória do seu filho menor, inteirando-se dos atos da vida, do seu desempenho escolar, enfim, tudo que for relevante ao seu desenvolvimento. O abandono nestes casos é injustificável e suscetível de caracterizar dano moral (NADER, 2010).

E como medida tendente a evitar do descumprimento injustificado do dever de ter o filho em sua companhia ou mesmo pela violação a cláusula estipulada no regime de visitas, fala-se, inclusive, na possível a aplicação da pena de multa conforme o disposto no art. 213, § 2º do ECA que estabelece que na ação que ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica ou determinará providencias que assegurem o resultado prático equivalente ao do inadimplemento, podendo impor multa diária (MONTEIRO, 2010).

No entanto, caso o exercício deste direito de visitas seja prejudicial ao menor, em razão de condutas prejudiciais do visitante, o juiz poderá aplicar a pena da suspensão ou restrição destas visitas, com o objetivo de resguardar o melhor interesse da criança.

4.1.2 Guarda

Como já mencionado, os pais, como detentores do poder familiar, têm o direito de terem os filhos menores consigo como forma de orientar a formação e educação dos mesmos. E na eventualidade de uma separação, a lei deve observar a vontade dos genitores na determinação deste instituto, conforme o disposto no art. 1584 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1584: A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:
I- requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar
II- decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

Durante a vigência do Código Civil de 1916, ocorrendo a separação dos genitores, atribuía-se a guarda dos filhos menores do casal ao cônjuge considerado inocente. Ou seja, punia-se o cônjuge culpado pela separação com a perda da prole, atribuindo como prêmio ao inocente a guarda dos filhos menores. (DIAS, 2009).

Com a Constituição Federal, e a previsão da igualdade entre homens e mulher e entre os cônjuges na relação com os filhos, aliado ao princípio da proteção integral de crianças e adolescentes, a baliza que determina a definição da guarda é melhor interesse dos filhos, o seu bem estar. Ou seja, guardião não é mais exclusivamente a mãe, mas aquele que demonstrar ter melhores condições de cuidar dos menores.

Quando não houver acordo entre os genitores, deve ser aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada, regulamentada pela Lei nº 11698/2008 e conceituada pelo parágrafo 1º do art. 1583 do Código Civil como: “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”.

Com a previsão deste instituto, os pais assumem em conjunto a responsabilidade de criar e educar os filhos, mesmo residindo em lares distintos. Há o objetivo de permitir que os pais participem ativamente da vida dos filhos, afinal o contato contínuo com os pais mediante um ambiente sadio favorece o desenvolvimento e a formação da personalidade dos filhos, de modo que estes não sejam afetados, ou pelo menos sejam o menos possível, com a separação dos genitores (DIAS, 2009).

Segundo a lei, a guarda compartilhada poderá ser estabelecida em comum acordo ou por ordem judicial, sempre com vistas ao bem estar da criança, No entanto, “afigura-se difícil impo-la por ordem judicial quando não existe diálogo e cooperação entre os pais detentores do poder familiar.” (MADALENO, 2009, p.266).

Assim, nos casos em que não há diálogo entre os genitores, no qual o relacionamento dos mesmos é conturbado, revela-se aconselhado estabelecer a guarda unilateral ao genitor que detenha melhores condições emocionais de prover afeto, saúde, segurança e educação aos filhos, sem prejuízo do direito do genitor não guardião de supervisionar os interesses de sua prole, conforme ditames do parágrafo 2º e 3º do art. 1583 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1583 (...)

(...)

§2º: A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

- I- Afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;
- II- Saúde e segurança
- III- Educação

§ 3º: A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

Desta forma, cabe ao genitor guardião propiciar e incentivar o convívio do filho com o genitor que não detém a guarda e com seus familiares, em respeito aos princípios da convivência familiar e proteção integral de crianças e adolescentes.

No entanto, são comuns as situações em que o guardião cria empecilhos aos momentos de visita do outro genitor, praticando verdadeiro abuso, e o filho acaba servindo de objeto de uma relação mal resolvida, sofrendo danos em sua personalidade ainda em formação (NADER, 2010).

4.3 Abandono afetivo

Nem sempre a responsabilidade parental é bem compreendida, fazendo com que muitos genitores se afastem intencionalmente dos filhos após a separação do casal, negligenciando os deveres de assistência moral, psíquica e afetiva.

Mesmo nas situações em que a relação dos genitores nunca existiu (famílias monoparentais), muitos pais abandonam afetivamente seus filhos, sem exercer o direito de visitas, negligenciando-os em sua criação e convívio.

Acerca do abandono moral dos genitores, Madaleno (2009, p. 310) disserta:

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

Diversas situações podem caracterizar este abandono: alguns genitores ainda acreditam que a manutenção dos filhos através do pagamento de pensão alimentícia é suficiente para eximir sua responsabilidade, sem se preocuparem em visitá-los, fiscalizar-lhes a educação ou proverem afeto. Outros, muitas vezes em razão de nunca terem convivido com a mãe/pai da criança, acreditam que não convivendo com o filho, exoneram-se da obrigação alimentar.

Em outras situações, com a dissolução dos casamentos e uniões estáveis, quando destes relacionamentos advém filhos, os genitores não guardiões negligenciam seus filhos, passando a exercer a paternidade com relação aos filhos da nova companheira ou novo companheiro de forma muito mais efetiva do que com seus filhos biológicos, relegando-os ao abandono.

O intencional descumprimento do direito de visitas por parte do genitor não guardião ao seu filho, muitas vezes motivado pelo sentimento de vingança ao ex-cônjuge, também pode configurar hipótese de abandono afetivo, causando aos filhos sentimentos de rejeição e abalo a sua autoestima (NADER, 2010).

Percebe-se, em todas estas situações, o traço marcante do abandono afetivo, que consiste no descaso intencional pela criação, educação e convívio com os filhos, podendo ser nefasto para o desenvolvimento destas crianças (MADALENO, 2009).

De fato, a Psicologia retrata que a omissão e o afastamento paterno podem desenvolver nos filhos sintomas de rejeição, baixa autoestima, insuficiente rendimento escolar e conseqüências que perduram durante toda a vida, afetando a vida profissional e social destes futuros adultos.

Sobre as consequências da conduta de pais negligentes, Gomide (2004, p.69), constata:

A negligência é considerada um dos principais fatores, senão o principal, a desencadear comportamentos antissociais nas crianças. E está muito associada à história de vida de usuários de álcool e outras drogas, e de adolescentes com o comportamento infrator.

Ainda segundo a mencionada autora, a criança negligenciada é insegura, e por não ter recebido afeto, demonstra-se frágil. Algumas se comportam de forma apática, outras agressivas, mas nunca de forma equilibrada (GOMIDE, 2004).

Conforme Nader (2010, p. 262),:

A vida na idade adulta e a formação deste ser resultam de experiências vividas ao longo da vida, mormente no ambiente familiar, especialmente na infância e adolescência (,,,) Se a criança cresce em um ambiente sadio, benquista por seus pais, cercada de atenção, desenvolve naturalmente a autoestima, componente psicológico fundamental ao bom desempenho escolar, ao futuro sucesso profissional e ao bom relacionamento com as pessoas.

De acordo com Diniz (2010), a falta do genitor, para muitas crianças, implica perder a proteção, a companhia, o afeto e os recursos econômicos, podendo levá-las à delinquência juvenil, ao fracasso na escolaridade e ao consumo de drogas.

4.4 Responsabilidade civil por abandono afetivo

Conforme previsão dos arts. 1.637 e 1.638 do Código Civil de 2002, caso os genitores não conduzam a criação de seus filhos menores de maneira responsável, sem observância dos preceitos constitucionais, poderão ser penalizado com a destituição ou a suspensão do poder familiar:

Art. 1637: Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou ao Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

O questionamento que se faz é se estas medidas não acabariam por premiar o genitor infrator, prejudicando e deixando sem resposta a questão da reparação civil por abandono, pois como já se viu aos filhos em formação é de fundamental importância o convívio saudável com seus genitores, o afeto, o sentimento de acolhimento (MADALENO, 2010). O art. 1638 do Código Civil de 2002 assim dispõe:

Art. 1638: Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
I- Castigar imoderadamente o filho
II- Deixar o filho em abandono
III- Praticar atos contrários à moral e aos bons costumes
IV- Incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Existem projetos de lei que visam regular a matéria, dentre eles o Projeto de Lei nº 700 de autoria do Senador Marcelo Crivela, atualmente em tramitação na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal, que visa alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, de modo a garantir a aplicação dos princípios da responsabilidade civil nas relações entre pais e filhos.

Este projeto pretende acrescentar ao art. 5º do mencionado Estatuto o seguinte parágrafo único:

Considera-se conduta ilícita, sujeita a reparação de danos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, a ação ou omissão que ofenda direito fundamental de criança ou adolescente previsto nesta Lei, incluindo os casos de abandono moral.

Outro projeto de lei que trata do abandono afetivo é o de nº 4294/2008, em tramitação na Câmara dos Deputados, que pretende acrescentar parágrafo único ao art. 1632 do Código Civil de modo a estabelecer a indenização por dano moral nestes casos.

Ocorre que a aplicação dos princípios da responsabilidade civil nas relações em tela independem de alteração na legislação pátria, visto a existência da previsão contida no art. 186 do Código Civil de que todo cidadão tem o dever de ressarcir eventual dano causado a outrem com a sua conduta voluntária e consciente.

No entanto, esta responsabilização civil por abandono afetivo é controversa na doutrina e jurisprudência pátria, porque muitos doutrinadores consideram que a indenização não surtiria o efeito de aproximar pais e filhos, não havendo efeitos práticos nesta medida em razão de inexistir o dever jurídico de amar.

3.4.1 Posicionamentos contrários ao dever de indenizar

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), órgão máximo de apreciação das questões infraconstitucionais, em abril de 2009, no julgamento do Recurso Especial nº 514.350-SP, cujo Relator foi o Ministro Aldir Passarinho Junior, confirmou posicionamento desta Corte no sentido de negar direito a indenização por danos morais sofridos por filho resultante do abandono moral e afetivo de seu pai. O referido Tribunal sustenta que abandono afetivo não caracteriza ilícito passível de reparação, bem como que o Poder Judiciário não pode compelir alguém a um relacionamento afetivo, não havendo nenhuma finalidade positiva a ser alcançada com a concessão da indenização pleiteada. (Resp. 514.350-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 28/4/2009. Quarta Turma).

Os doutrinadores que resistem a aplicação da teoria da responsabilidade civil no direito de Família temem que o pai condenado à pena pecuniária por sua ausência será um pai que jamais tornará a se aproximar daquele rebento, em nada contribuindo pedagogicamente o pagamento da indenização para restabelecer o amor (COSTA, 2005).

Neste sentido, o Tribunal de Santa Catarina no julgamento da apelação cível nº 2008.057288-0, realizado em janeiro de 2009, reconheceu que o abandono afetivo poderá causar danos ao filho, mas entendeu que esta reparação além de não acalantar o sofrimento do filho ou suprir a falta do amor paterno, provocará um afastamento entre pai e filho, acabando com qualquer possibilidade de reaproximação (Apelação Cível nº 2008.0057288-0, 3º Câmara de Direito Civil do TJRS, Rel. Fernando Carioni.unânime,DJ 07.01.2009).

Segundo Rosenvald (2010), a pura e simples violação do afeto não deve ser motivo para ensejar uma indenização por dano moral, pois somente quando uma conduta caracteriza-se como ilícita, é que será possível falar-se em indenização pelos danos dela decorrentes, sejam eles materiais ou morais. Para o autor, reconhecer a indenizabilidade decorrente da negativa do afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica, subvertendo a evolução natural da ciência jurídica, retrocedendo a um período em que o ter valia mais do que o ser.

No entanto, o mesmo autor pondera que, em que pese a negativa de afeto entre pai e filho não dê ensejo a uma indenização por dano moral, devendo-se utilizar os mecanismos dispostos pelo Direito de Família para a solução do caso, é possível que este abandono enseje um dano material, por exemplo, quando desta negligência advier traumas que demandam tratamento psicológico. Nestes casos o dano é tão somente de ordem patrimonial, gerando uma indenização, com base no ressarcimento integral (*restitutio in integrum*) (ROSENVALD, 2010).

Desta forma, a corrente negativa do dever de indenizar pela falta de afetividade defende que os deveres decorrentes da paternidade não podem invadir o campo subjetivo do afeto, inexistindo obrigação legal de amar.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no julgamento da Apelação Cível nº 1002407790961-2, corroborou o entendimento de que a omissão afetiva dos genitores não caracteriza ilícito por inexistir obrigação de dedicar amor:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO - ATO ILÍCITO - INEXISTÊNCIA - DEVER DE INDENIZAR - AUSÊNCIA. A omissão do pai quanto à assistência afetiva pretendida pelo filho não se reveste de ato ilícito por absoluta falta de previsão legal, porquanto ninguém é obrigado a amar ou a dedicar amor. Inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 186 do Código Civil, eis que ausente o ato ilícito, não há como reconhecer o abandono afetivo como passível de indenização. (Apelação Cível nº 1002407790961-2, 12ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Des. Alvimar de Ávila, j. 11.02.2009, DJ 13.07.2009).

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em recente julgamento da Apelação nº 0004614-77.2009.8.26.0634, ocorrido em abril de 2011, negou indenização por abandono afetivo, sob o fundamento de que este não caracteriza ilícito, bem como não cabe ao Judiciário adentrar nas questões de cunho sentimental, pois o carinho não se impõe, se conquista. Eis a ementa, *in verbis*:

RESPONSABILIDADE CIVIL. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS CUMULADAS COM ALIMENTOS. ALEGAÇÃO DE ABANDONO AFETIVO. TEORIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL QUE NÃO SE CONSUBSTANCIA EM ATO ILÍCITO - ELEMENTO INDISPENSÁVEL PARA CARACTERIZAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR. IMPOSSIBILIDADE OBRIGACIONAL. AFETO É SENTIMENTO INCONDICIONAL. PRECEDENTE DO COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PEDIDO DE ALIMENTOS. REQUERENTE MAIOR. AUSÊNCIA DO TRINÔMIO POSSIBILIDADE - NECESSIDADE - PROPORCIONALIDADE. CORRETA IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. (Apelação Civil nº 0004614-77.2009.8.26.0634, 10ª Câmara de Direito Privado do TJSP, Rel. Des. Coleho Mendes, j. 05.04.2011, DJ 20.04.2011).

Neste julgamento, pondera o relator, Desembargador Coelho Mendes:

(...) Assim, creio que, nas relações familiares compete ao Judiciário a defesa dos direitos fundamentais, sem intromissão em questões de cunho sentimental, pois a reparação monetária não é a resposta para um caminho para a felicidade, e o carinho não se impõe por um mandamento estatal, mas se conquista, com respeito, diálogo e consideração.

Tavares da Silva (2011, online), entende que não é falta de amor em si que acarreta a obrigação de indenizar, e sim o preenchimento dos requisitos da responsabilidade civil nestes casos, quais sejam: descumprimento intencional e injustificado dos deveres dos genitores de educar e ter os filhos em sua companhia, ou seja, o desrespeito ao direito destes à convivência familiar, além do nexo entre

esta omissão ou negligência e o dano comprovado à figura dos filhos através de perícia. Eis a lição da autora:

(...) amar não é dever ou direito no plano jurídico. Portanto não há qualquer ilicitude na falta de amor. Quem deixa de amar, numa relação de família, não pratica ato ilícito. (...) O amor é sentido e não definido. No entanto, existem deveres e direitos que resultam do vínculo familiar. Nas relações entre pais e filhos, tanto o Código Civil anterior (art. 384, I e II), como o Código Civil atual (art. 1.634, I e II) estabelecem deveres, dentre os quais está o dever do pai e da mãe de ter o filho em sua companhia e educá-lo. (...) O abandono do filho, desde que seja voluntário e injustificado, configura violação ao dever do pai de ter o filho em sua companhia. Essa conduta desrespeita o direito do filho à convivência familiar. Aí reside a ação ou omissão, um dos requisitos da responsabilidade civil.

Se dessa conduta resultam danos ao filho, como no caso apurou o laudo pericial, estarão preenchidos os outros requisitos da responsabilidade civil: nexo causal e dano.

A falta de afeto ou de amor não pode gerar a condenação paterna no pagamento de indenização ao filho, mas, sim, o ato ilícito acima descrito. (TAVARES DA SILVA, online)

Outro fundamento contrário ao pleito indenizatório é a reflexão que se faz sobre os eventuais efeitos práticos desta condenação, pois a tendência do direito moderno é a busca de soluções pacíficas e negociadas dos conflitos, principalmente através da mediação, numa tentativa de desafogar o Judiciário e promover a pacificação social, já que não é interesse do Estado incentivar ou promover mais litígios. Destarte, pondera-se até que ponto a promoção de ações de indenização por dano moral na seara do direito de família não estaria a estimular o acirramento dos ânimos, e se haveria finalidade prática concreta para solução definitiva e genuína do verdadeiro problema, que muitas vezes reside na falta de diálogo entre os membros da família.

4.4.2 Posicionamentos favoráveis ao dever de indenizar

Para esta corrente, encabeçada por autores como Rolf Madaleno (2009) e Berenice Dias (2009), subsistem razões para discordar da vertente que nega a reparação pela omissão do afeto parental, pois a indenização nestes casos não tem mais nenhum propósito de compelir o restabelecimento do amor, já desfeito pelo

longo tempo transcorrido diante da total ausência de contato e de afeto paterno ou materno. Esta pretensão por danos de ordem moral visa a reparar o irreversível prejuízo já causado ao filho que sofreu pela ausência de seu pai ou de sua mãe, já não mais existindo amor para recuperar.

Dias (2009, p. 416), entende que “a omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, privando seu filho do convívio paterno, pode produzir danos emocionais merecedores de reparação”.

Desta forma, estabelecida exata correlação entre o afastamento paterno e o desenvolvimento de sintomas psicopatológicos no filho, comprovado o comprometimento da sua saúde física e psicológica em razão do eventual fracasso do laço paterno, é passível falar-se de indenização o abandono afetivo com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana, cuja previsão encontra guarida no art. 1º, III da Carta Magna.

Tal indenização se justificaria pela previsão de que todo cidadão tem o dever de ressarcir eventual dano causado a outrem com a sua conduta voluntária e consciente, responsabilidade esta prevista nos arts. 186 e 187 do Código Civil de 2003.

Nesta acepção, restringir este afeto, omitindo-se diante de uma paternidade ou maternidade, inviabilizando a convivência entre pai/mãe e filho, constitui abuso de direito (MADALENO, 2009). Este surge, conforme previsão do art. 187 do Código Civil de 2002, quando alguém tem um determinado direito subjetivo, mas o exerce de maneira desproporcional, violando, assim, os limites éticos do ordenamento jurídico, *in verbis*:

Art. 187: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Não se trata, portanto, de dar preço ao amor, conforme explana Silva (2004),:

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 reprovável e grave.

Apesar de posicionar-se favorável à reparação, Nader (2010, p.365), pondera que: "seriam raros na prática os casos de sucesso, pois o ônus de todas as provas seria do lesado, a quem caberia comprovar o dano, a conduta nociva e o nexo, que se revela de difícil comprovação caso as lesões tenham sido de natureza psíquica."

Camargo Neto (2010), observa que, se no final do século XIX e início do século XX, a simples idéia da responsabilidade objetiva, hoje aceita sem discussão, chocou os defensores da culpa, o mesmo pode acontecer com a noção de reparabilidade de dano afetivo, repugnante para alguns, mas sem dúvida, uma esperança para os que hoje não privam do contato com o pai ou a mãe despojados da guarda, mas que no futuro, poderão ter aquele ou esta em sua companhia, senão espontaneamente, pelo menos para evitar eventual condenação a pagamento de indenização.

No Rio Grande do Sul, julgamento pioneiro foi proferido na comarca de Capão da Canoa, em 2003, cuja sentença reconheceu o direito à indenização de uma filha de 23 anos, abandonada afetivamente pelo pai aos 10 anos, embora a pensão alimentícia fosse paga regularmente. Na sentença, o juiz reconheceu que o descaso e a rejeição do pai em relação à filha violaram sua honra e imagem de modo a ensejar o reconhecimento da obrigação de reparar o dano com fulcro no art. 5º, X da Carta Magna e no art. 22 do ECA. Eis o fundamento da sentença:

(...) a educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se autoafirme. Desnecessário discorrer acerca da importância da presença do pai no desenvolvimento da criança. A ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho recém-nascido ou em desenvolvimento violam a sua honra e a sua imagem. Basta atentar para os jovens drogados e ver-se-á que grande parte deles derivam de pais que não lhe dedicam amor e carinho; assim também em relação aos criminosos. De outra parte se a inclusão no SPC dá margem à indenização por danos morais, pois viola a honra e a imagem, quanto mais a rejeição do pai. (processo n.º 1.030.012.032-0, 2º Vara da Comarca de Capão da Canoa, RS, juiz Mario Romano)

Em outro julgado, o Tribunal do Rio Grande do Sul, entendeu que restando caracterizada a conduta ilícita do pai em relação ao filho, bem como o nexo de causalidade e o dano, cabe indenização por danos morais e materiais (apelação cível nº 70021427695, rel.Des.Claudir Fidelis Faccenda, julgado em 29/11/2007).

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no julgamento da apelação Cível nº 0012003-04.2004.8.19.0208 (2006.001.62576), ocorrido em 11/04/2007, em que pese no caso concreto não ter provido o apelo por falta de provas, reconheceu a possibilidade de condenação dos genitores por danos morais causados aos filhos, desde que devidamente comprovados, sob o argumento de que as necessidades do homem vão além das materiais, incluindo as emocionais e psíquicas e a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente assegura com absoluta prioridade a proteção dos direitos fundamentais dos menores que devem ser indenizados caso violados. Eis um trecho da ementa:

Apelação Cível. Ação indenizatória. Dano moral causado pelo pai, por maus tratos e abandono afetivo à autora. Ação de improcedência. Improvimento do apelo. A Constituição Federal, de 05/10/88 (art. 227), e o Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei n. 8.069/90 (art. 4.), adotaram, no ordenamento pátrio, a Doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, que assegura, com absoluta prioridade, a proteção dos direitos infanto-juvenis, os quais não se limitam à guarda, sustento e educação, inerentes ao exercício do poder familiar (antigo pátrio poder), na forma prevista no Código Civil. Assim, o dever-poder dos pais, de forma concorrente com o Estado e a sociedade, inclui, além daqueles, a garantia de direitos outros, dentre eles, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar, além de colocá-los "a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão". Não bastaria a Constituição e a lei prevê a garantia de tais direitos, impondo a proteção integral também aos pais, sem que autorizasse, em consequência, a devida punição dos mesmos pela infringência de tais normas. A evolução social e científica, ao reconhecer que as necessidades do homem vão além das

materiais e físicas, incluindo as emocionais e psíquicas, refletiu no ordenamento jurídico pátrio, que passou a contemplar normas que protegem os direitos patrimoniais e, conseqüentemente, as que punem a infringência dos mesmos. Assim, não se pode limitar a aplicação do art. 159 do Código Civil/16, que tem no art. 186, correspondente no novo Código Civil/02, a inclusão do dano moral no rol dos atos ilícitos, passíveis de indenização. Com fulcro em tais fundamentos, este Colegiado se filia à corrente que entende possível a condenação dos genitores por danos morais causados a filho (os), quando devidamente comprovados em cada caso concreto, trazido ao exame do Judiciário. (apelação cível nº 0012003-04.2004.8.19.0208, Rel. Des. CLAUDIO DE MELLO TAVARES - Julgamento: 11/04/2007, DJ: 25/04/2007 - DECIMA PRIMEIRA CAMARA CIVEL).(Grifos nossos)

Destarte, para os defensores desta indenização, caso o distanciamento intencional e voluntário dos pais cause danos à figura dos filhos, a responsabilização civil seria uma forma de compensar este sofrimento e punir o genitor infrator, além de alertar os demais genitores para as conseqüências destes atos (HIRONAKA, 2011, online).

Juridicamente, entende-se que o afeto é emanção do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito à convivência familiar, do princípio da paternidade responsável, e da proteção integral de crianças e adolescentes. Assim, o abandono afetivo é passível de indenização desde que comprovado o dano a integridade física e moral dos filhos, bem como a conduta ofensiva e o nexo de causalidade.

A indenização conferida nestes casos não tem a finalidade de compelir os pais ao cumprimento de seus deveres, nem de reaproximar os laços existentes entre pais e filhos, pois muitas vezes estes nunca existiram ou não são almejados pelos genitores. Assim, com esta ação reparatória, não busca o filho o amor que nunca recebeu, e sim, indenização pelo abandono sofrido, que lhe causou danos que precisam ser ressarcidos. Afinal, os filhos não podem ser penalizados pela conduta irresponsável de seus pais, sendo relevante a discussão para a construção de uma cultura de paternidade responsável.

A admissibilidade destas ações, no entanto, deve ser analisada no caso concreto, com a devida prudência de modo a evitar ações meramente gananciosas e

ao mesmo tempo assegurar que condutas ofensivas a direitos da personalidade dos filhos não fiquem impunes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o que foi constatado e objetivamente demonstrado na presente monografia, é possível concluir que a Carta Magna de 1988 inovou profundamente o conceito jurídico da família brasileira, estabelecendo dentre as principais alterações a igualdade entre cônjuges, filhos, advindos ou não do casamento, o reconhecimento da união estável e da família monoparental e a proteção integral a crianças e adolescentes.

A transição da família evoluiu para uma compreensão solidária e afetiva, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, trazendo consigo a afirmação de uma feição fundada na ética, na afetividade e na solidariedade.

A Carta Magna consagra, assim, o princípio da afetividade como corolário do respeito a dignidade da pessoa humana, norteador das relações familiares e da solidariedade social.

Ao lado da afetividade, o princípio da proteção integral a crianças e adolescentes, estabelecido no ordenamento brasileiro com a Constituição Federal e posteriormente com o Estatuto da Criança e do Adolescente, reconheceu crianças e adolescentes como sujeitos de direito fundamentais, merecedores de especial proteção por parte da família, sociedade e Estado em razão de sua condição de ser humano em formação, dotadas de necessidades tanto de cunho alimentar, quanto de afeto, carinho e convívio para o seu pleno desenvolvimento.

Nesta perspectiva, a paternidade deve ser compreendida de modo responsável, um ato cercado de consciência, de modo a resguardar os direitos assegurados constitucionalmente aos filhos, até porque a formação do ser humano resulta de experiências vividas no ambiente familiar, principalmente na infância e adolescência.

Destarte, é preciso restabelecer a parentalidade responsável, provocar uma mudança de cultura numa sociedade onde muitos pais só exercem a paternidade nos finais de semana, quando o fazem, negligenciando seus filhos, preterindo-os muitas vezes, em favor dos filhos de sua nova companheira (o).

Desta forma, o que se deseja com estas ações de indenização é a conscientização da sociedade para o correto desempenho das funções paternas, de acordo com os ditames estabelecidos pela Carta Magna e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

O planejamento familiar e a paternidade responsável devem ser incentivados e bem compreendidos para que crianças inocentes não sejam negligenciadas por aqueles que não querem ou não tem interesse em exercer o papel de pai/mãe. Certamente esta conscientização do verdadeiro papel dos genitores na formação de crianças e adolescentes contribuirá para a defesa do bem estar dos filhos e seu desenvolvimento em um ambiente sadio e equilibrado, tornando-os adultos melhores.

E o instituto da responsabilidade civil penetra no direito de família justamente para evitar a impunidade frente aos atos considerados ilícitos, a exemplo do abandono afetivo que configura desrespeito a direitos constitucionalmente assegurados.

Defende-se que cabe esta indenização desde que comprovada a conduta nociva do genitor (intencional ou decorrente da negligência ou imprudência), o dano aos direitos da personalidade dos filhos e o nexos entre a conduta e o dano, ou seja, não é qualquer abandono que gera a obrigação de indenizar, sob pena de banalização destas ações. Tal dificuldade de configuração, no entanto, não pode ser motivo para que estas ações sejam rechaçadas de pronto, sem qualquer discussão, sob pena de fomentarmos irresponsabilidades.

Conclui-se que a reparação nestes casos tem o condão de compensar o filho ofendido, ao passo que representa também uma sanção para o genitor causador do dano e um alerta para outros pais, no sentido de desestimular esse tipo

de comportamento, prevenindo comportamentos repulsivos por parte de pais faltosos, promovendo com isto, uma nova concepção de família e sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

CAMARGO NETO, Leodureto de Almeida. Responsabilidade por dano afetivo. In: **TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz (Coord.) Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões.** São Paulo: Saraiva, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sérgio: Programa de Responsabilidade civil. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

COSTA, Maria Aracy Menezes da. Responsabilidade civil no Direito de Família. XII Jornada de Direito de Família, Rio de Janeiro: COAD, Edição Especial, fevereiro, 2005.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 5º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. A ética do afeto. **Jus Navigandi, Teresina, ano 10, nº 668, 4 maio 2005.** Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6668> Acesso em 1 de março de 2011.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 7º volume: responsabilidade civil, 21 ed, São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. O atual estado do Biodireito. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. Direito de Família: Elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Inovação e tradição do Direito de Família Contemporâneo sob o novo Código Civil Brasileiro. In: **Afeto e Estruturas Familiares, Coordenadores: Maria Berenice Dias e outros.** Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Princípios constitucionais de Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2008.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. Arqueologia das famílias: da Ginecocracia aos Arranjos Plurais. In: **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões/Edições/17 - Agosto/Set 2010 – Porto Alegre: Magister.**

GOMIDE, Paula Inez. Pais presentes pais ausentes: regras e limites. Petrópolis: Vozes, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto: Responsabilidade civil. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GROENINGA, Giselle Câmara. A função do afeto nos contratos familiares. In: **Afeto e Estruturas Familiares, Coordenadores: Maria Berenice Dias, Eliene Ferreira Bastos e Naime Marcio Martins Moraes, Belo Horizonte: Del Rey, 2010.**

HIRONAKA, GISELDA MARIA FERNANDES. Responsabilidade civil na relação paterno-filial. Instituto Brasileiro de Direito de Família, 22 de abril de 2007. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=285>. Acesso em 4 de março de 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n 307, 10 maio 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5201/>. Acesso em 04 de fevereiro de 2011;

_____. Famílias Contemporâneas e as Dimensões da Responsabilidade. *in: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões/Edições/12 - Out/Nov 2009 – Porto Alegre: Magister;*

MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Responsabilidade Civil na Conjugalidade e Alimentos Compensatórios. *in*: **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões/Edições/13 - Dez/Jan 2010 – Porto Alegre: Magister.**

_____Repensando o Direito de Família. **Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.**

MONTEIRO, Washington de Barros; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz, Curso de Direito Civil: Direito de Família. **40 Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.**

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil. **Vol. 7: Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2010.**

PAULO, Beatrice Marinho. Ser pai nas novas configurações familiares: a paternidade psicoafetiva. *In*: **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões/Edições/10 – Jun/Jul 2009 – Porto Alegre: Magister;**

PEREIRA, Tânia da Silva. O cuidado chega ao STJ. *In*: **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões/Edições/19 – Dez/Jan 2011 – Porto Alegre: Magister.**

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves. Direito das Famílias. **2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2010.**

_____ Direito Civil. Teoria Geral. **4º Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2006.**

ROSSOT, Rafael Bucco. O afeto nas Relações Familiares e a Faceta Substancial do Princípio da Convivência Familiar. *In*: **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões/Edições/09 – Abril/Maio 2009 – Porto Alegre: Magister.**

SILVA, Claudia Maria Teixeira. Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho. *In* **Revista Brasileira de Direito de Família, ano VI, nº 25 - Ago-Set 2004. Porto Alegre: Magister.**

SCALCO, PEDRO. A Corrupção de Menores no Estatuto da Criança e do Adolescente: **uma releitura crítica de acordo com o princípio da Proteção Integral.** *In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões/Edições/18 – Out/Nov 2010 – Porto Alegre: Magister.*

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Caso real de abandono paterno. Disponível em <http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=203>. Acesso em 2 de abril de 2011.

_____. Responsabilidade civil nas relações de família. Disponível em <http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=118>. São Paulo. Acesso em 10 de março de 2011.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Multiparentalidade como efeito da socioafetividade nas famílias recompostas. *In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões/Edições/10 – Jun/Jul 2009 – Porto Alegre: Magister.*

WALD, Arnold. Direito Civil: **Direito de Família.** Vol. 5, 17º Ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009.