

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Roger Lucas Bavaresco Acadroli

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Porto Alegre
2015

ROGER LUCAS BAVARESCO ACADROLI

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Doutora Simone Tassinari Cardoso.

Porto Alegre

2015

ROGER LUCAS BAVARESCO ACADROLI

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Doutora Simone Tassinari Cardoso.

Aprovado em ____ de _____ de 2015.

BANCA EXAMINADORA:

Professora Doutora Simone Tassinari Cardoso
Orientadora

Professor Doutor Bruno Nubens Barbosa Miragem

Professor Doutor Marcos Karan

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais e irmã, pelo afeto, diálogo e compreensão. Sou o reflexo de todo o amor e dedicação recebidos de vocês durante essas quase três décadas de vida.

Aos demais familiares, por terem construído o ambiente de convívio mais magnífico de todos.

Aos amigos, por serem as tintas que colorem a vida e o dia a dia. Obrigado pelas conversas, pelas aventuras, pelos dias, pelas noites, pelas risadas, pelas emoções e por todos os demais encantos que só a amizade verdadeira poderia propiciar.

Aos colegas do curso de Direito, por esses cinco anos de trajetória e união.

Aos meus professores, por terem me alcançado a herança mais nobre de todas: o conhecimento.

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo examinar a possibilidade de se responsabilizar civilmente os pais que abandonam afetivamente seus filhos, causando-lhes danos psicológicos e lesões de ordem moral em suas formações. Inicialmente, é apresentado o conceito de família, que, como instituição social, passou por inúmeras transformações, sendo a principal delas sua remodelação de um caráter meramente biológico e patrimonial para um novo padrão centrado no afeto e no dever de cuidado. Em seguida, são apresentados os princípios pertinentes ao tema, destacando-se o princípio da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável e da afetividade. Num terceiro momento, analisa-se a questão do poder familiar, seu exercício e causas de suspensão e perda. Então, é feito um breve estudo sobre a responsabilidade civil, seus pressupostos e suas funções, objetivando especialmente demonstrar sua incidência nas relações familiares. A segunda parte do trabalho analisa o instituto do abandono afetivo em si, que se configura quando um dos genitores deixa de exercer seus deveres de cuidado, apoio e suporte emocional em relação aos filhos, ocasionando-lhes danos. Em prosseguimento, são apresentadas as duas posições determinantes da jurisprudência acerca da matéria, tendo como objeto a análise dos Recursos Especiais nºs 757411/MG e 1159242/SP. Também serão abordadas as conseqüências psicológicas do abandono afetivo na criança e, finalizando o trabalho, serão apresentados dois projetos que tencionam transportar o assunto ao plano legislativo.

Palavras-chave: Abandono afetivo. Responsabilidade civil. Dano moral. Dever de cuidado. Princípio da afetividade. Poder familiar. Direito de família.

ABSTRACT

This monograph has as its objective to examine the possibility to hold parents civilly responsible for abandoning affectively their children, causing them physiological damages and moral ground injuries in their growth. Initially, the family concept is presented, which, as a social institution, has been through many transformations, as the remodeling being its main change, from a purely biological and patrimonial character to a new standard focused on affection and the duty of care. Thereafter, the relevant principles are mentioned, emphasizing the principle of human dignity, responsible parenthood and affection. In a third instant, it is analyzed the family's powers, its exercise and the cause of suspension and loss. Then, a brief study is made about the civil responsibility, its assumptions and functions, specially aiming to demonstrate its impact on family relationships. The second part examines the emotional abandonment institute itself, which is configured when a parent fails to exercise their duties of care and emotional support to their children, causing them harm. Next, essential jurisprudence keys are presented, as well as remarkable topics about the subject, having as object the analysis of the trials (*Recurso Especial*) numbers 757411/MG and 1159242/SP. In addition, the psychological consequences of the affective abandon in children will be addressed. Finishing this study, it will be presented two projects of law intending to carry the abstract to the legislative plan.

Key-words: Affectively abandon. Civil responsibility. Moral damage. Duty of care. Affection principle. Family's powers. Family law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1ª PARTE: O DIREITO DE FAMÍLIA E A RESPONSABILIDADE CIVIL	11
1.1 CONCEITO DE FAMÍLIA E SUA EVOLUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	11
1.2 PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA PERTINENTES AO TEMA	15
1.3 O PODER FAMILIAR	19
1.3.1 EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR	22
1.3.2 SUSPENSÃO E PERDA DO PODER FAMILIAR	25
1.4 A RESPONSABILIDADE CIVIL	29
1.4.1 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	32
1.4.2 FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL	36
1.4.3 RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA	39
2ª PARTE: O ABANDONO AFETIVO E SEUS EFEITOS JURÍDICOS	44
2.1 O AFETO COMO VALOR JURÍDICO	44
2.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO	47
2.2.1 DA IMPOSSIBILIDADE DE O GENITOR SER RESPONSABILIZADO PELO ABANDONO AFETIVO: O RECURSO ESPECIAL Nº 757411/MG	52
2.2.2 DA POSSIBILIDADE DE O GENITOR SER RESPONSABILIZADO PELO ABANDONO AFETIVO: O RECURSO ESPECIAL Nº 1159242/SP	59
2.3 CONSEQUÊNCIAS PSICOLÓGICAS DO ABANDONO AFETIVO	64
2.4 PROJETOS DE LEI	67
2.4.1 Nº 700/2007	68
2.4.2 Nº 4294/2008	69
CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	76

INTRODUÇÃO

A presente monografia discute a possibilidade ou não da aplicação do instituto da responsabilidade civil às hipóteses de descumprimento dos deveres familiares pelos pais, notadamente os deveres de afeto e de cuidado. Dentre os objetivos do presente estudo, está o de analisar os vínculos afetivos existentes entre pais, mães e filhos e, em que medida, nos casos de violação dos deveres de afeto e cuidado, aplica-se a indenização.

Do ponto de vista histórico, a família sempre foi compreendida como sendo “o berço da sociedade”. A formação dos grupos familiares ao longo da história se deu por fundamentos diversos, como os vínculos sanguíneos ou em decorrência de questões afetivas. Para o menor, a convivência com a família é de suma relevância na sua formação psíquica e, nesse aspecto, os pais são agentes determinantes na preparação dos filhos para a vida em sociedade, pois têm o dever de lhes proporcionar todos os suportes materiais e morais.

Em que pesem as inquestionáveis necessidades de natureza financeira, muitos pais ainda se prendem à ideia de que a formação de suas proles restringe-se somente aos aspectos materiais, deixando de lado o cumprimento de uma série de responsabilidades de cunho moral e afetivo. Outros pais, ainda, sequer estabelecem contato com os filhos ao longo da vida, enquanto outros persistem na crença de que os bens materiais podem equivaler ao carinho e ao amor.

Hoje é fácil percebermos que o instituto da família passou por profundas e significativas transformações, dentre elas o notável afastamento das influências religiosas e estatais. A família atual identifica na solidariedade entre seus membros um dos fundamentos da afetividade, sendo que, cada vez mais, as relações familiares e de parentesco distinguem-se pela sua estruturação com base na socioafetividade. O instituto familiar abandonou quase que por completo sua feição patriarcal em favor de um renovado instituto, fundamentado em elementos socioafetivos. Permanece o entendimento de que a família é a célula elementar da sociedade e ambiente decisivo no qual o indivíduo se desenvolve como ser humano e como cidadão de direitos.

O advento da Constituição da República de 1988 trouxe consigo uma nova conceituação de família. Em seu artigo 227¹, a Magna Carta traz como dever da família assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. A violação e a inobservância desses deveres, mormente no que toca ao cuidado dos pais em relação aos filhos, é ensejador da aplicação da responsabilidade civil.

Em face às novas configurações familiares e às novas realidades no âmbito do direito de família, o Poder Judiciário vem percebendo, cada dia mais, o aumento de demandas pelas quais filhos buscam ressarcimento pecuniário em razão da ausência dos pais na convivência afetiva e das falhas nos deveres de cuidado. A pretensão desses filhos é obter, por meio da condenação judicial, um abrandamento do sofrimento suportado, e a mitigação de sentimentos como a mágoa, a raiva e a tristeza, acarretados pela ausência das figuras paternas ou maternas em suas vidas.

O assunto ora debatido ganhou indiscutível notoriedade quando o Supremo Tribunal de Justiça julgou, em 24 de abril de 2012, o Recurso Especial nº 1.159.242 - SP², que trouxe importantes inovações para o ordenamento jurídico brasileiro ao reconhecer o afeto como um valor jurídico, concedendo o direito à indenização a uma criança em razão do abandono afetivo praticado pelo pai.

A controvérsia acerca do assunto vem mostrando-se cada vez mais acalorada no seio da doutrina, dos tribunais, bem como no ambiente acadêmico. Enquanto parcela de doutrinadores e juristas entende ser plenamente admissível a indenização pelo abandono afetivo, outra parte defende a impossibilidade da sua incidência, sob a alegação de que não é possível obrigar alguém a amar.

Partindo desses pressupostos, o propósito central dessa monografia é deliberar acerca da possibilidade de se responsabilizar civilmente os pais pelo danos morais e psicológicos oriundos do abandono afetivo nas relações familiares. A análise terá como suporte doutrinas destacadas sobre o tema, jurisprudência e artigos disponíveis em âmbito acadêmico e espaços virtuais.

¹ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

² Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901937019>> Acesso em outubro de 2015.

Em sua primeira parte, o trabalho irá abordar os institutos da família, do poder familiar e da responsabilidade civil. Serão examinados os mais relevantes princípios do direito de família que guardam relação com o tema. Também será objeto de exame a questão do exercício do poder familiar e seus respectivos casos de suspensão e perda. Ademais, será feita uma breve exposição acerca da responsabilidade civil, seus pressupostos e funções, bem como sua relação com o direito de família.

Na segunda parte, adentrar-se-á no instituto do abandono afetivo em si, sendo que a análise partirá do pressuposto fundamental do afeto como dever jurídico, a fim de se averiguar o instituto do abandono afetivo e suas características. Será feita uma análise detalhada dos dois julgados tidos como paradigmas³ da jurisprudência brasileira afeta ao tema, no intuito de sublinhar os argumentos a favor e contra a aplicação do instituto no âmbito do direito de família. Ainda, com a finalidade de estabelecer um diálogo interdisciplinar, serão investigadas as consequências psicológicas do abandono afetivo na criança, pelas quais poderão ser verificados os reflexos psíquicos da ausência de afeto, bem como as particularidades psicológicas daquelas crianças e adolescentes que sofreram com o abandono afetivo. Finalizando o trabalho, serão apresentando dois projetos de lei pretensos a legislar o instituto do abandono afetivo.

³ Recursos Especiais nºs 757411/MG e 1159242/SP

1ª PARTE: O DIREITO DE FAMÍLIA E A RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 CONCEITO DE FAMÍLIA E SUA EVOLUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

O dicionário Michaelis atribui ao vocábulo⁴ família as seguintes definições:

1. Conjunto de pessoas, em geral ligadas por laços de parentesco, que vivem sob o mesmo teto, particularmente o pai, a mãe e os filhos. 2. Conjunto de ascendentes, descendentes, colaterais e afins de uma linhagem ou provenientes de um mesmo tronco; estirpe. 3. Pessoas do mesmo sangue ou não, ligadas entre si por casamento, filiação, ou mesmo adoção, que vivem ou não em comum.

Na doutrina, a definição de Maria Berenice Dias⁵ é de que “a família é o primeiro agente socializador do ser humano (...) cantada e decantada como a base da sociedade”, sendo que

a família é tanto uma estrutura pública como uma relação privada, pois identifica o indivíduo como integrante do vínculo familiar e também como partícipe do contexto social. O direito das famílias, por dizer respeito a todos os cidadãos, revela-se como o recorte da vida privada que mais se presta às expectativas e mais está sujeito a críticas de toda sorte.

A Constituição Federal, por sua vez, traz em seu artigo 226⁶ a definição de família como sendo a base da sociedade, além de digna da proteção especial pelo Estado. Desse modo, em que pese a família estar enquadrada no âmbito das relações privadas, a ingerência estatal sobre ela dar-se-á sempre que presentes o interesse público ou o social. Além de que, o instituto familiar também se integra ao direito público, como se denota dos casos de intervenção obrigatória do Ministério Público⁷ nos litígios que o envolvem.

⁴ Michaelis Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. Disponível em <<http://michaelis.uol.com.br>> Acesso em outubro de 2015.

⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. p. 30/31.

⁶ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

⁷ Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir:

II - nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade;

Ante a multiplicidade de definições que o termo traz, esclarece Sílvio de Salvo Venosa⁸ que nos diversos direitos positivos dos povos e, mesmo em diferentes ramos de direito de um mesmo ordenamento, podem coexistir diversos significados de família. Para esse autor, a conceituação de família pode ser ampla ou restritiva:

importa considerar a família em conceito amplo, como parentesco, ou seja, o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Nesse sentido, compreende os ascendentes, descendentes e colaterais de uma linhagem, incluindo-se os ascendentes, descendentes e colaterais do cônjuge, que se denominam parentes por afinidade ou afins. Nessa compreensão, inclui-se o cônjuge, que não é considerado parente. Em conceito restrito, família compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder ou poder familiar.

Dentro da sua própria estrutura, percebe-se que o Direito traz diferentes conceituações e interpretações acerca do que é família, variando seu alcance conforme o ramo em que é analisado. Por tais razões, vistas as variedades de definições apresentadas, é de se concluir que a família é uma unidade mutável e que vem sofrendo transformações através dos tempos, acompanhando as mudanças sociais, religiosas, culturais e econômicas.

A primeira noção de família no Brasil, segundo Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e Leonardo Macedo Poli⁹, é aquela relacionada ao modelo patricarcal, ou seja, concentrada na figura paterna e de natureza predominantemente patrimonial. Esse tipo familiar era conduzido pelo pai, que detinha todos os comandos da administração familiar – o pátrio poder¹⁰. Nesse contexto, uma família era tida como tal somente se constituída pelo casamento e com finalidades eminentemente econômicas. Esclarece sobre essa natureza familiar Rolf Madaleno¹¹:

⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2013. p.2.

⁹ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo e POLI, Leonardo Macedo. *Os efeitos do abandono afetivo e a mediação como forma de solução de conflitos paterno-filiais*. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12913>. Acesso em outubro de 2015.

¹⁰ *Ibidem*. Narram os autores que a mulher casada era relativamente incapaz, além de necessitar da outorga marital para determinados atos da vida civil, não exercia sobre os filhos autoridade, haja vista que o pátrio poder, como o próprio nome sugere, era de exercício exclusivo do pai, a quem cabia o poder de decisão, somente outorgado à mãe na falta do patriarca.

¹¹ MADALENO, Rolf. "O preço do afeto" in *A Ética da Convivência Familiar*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 155.

portanto, dentro daquela estrutura seus membros estavam subordinados à autoridade do chefe da família, sujeitados os filhos ao despótico poder paterno, que se acentuava sobre toda movimentação familiar, dele emanado todas as regras de conduta, de permissão e de restrição de ação, desde os comezinhos hábitos domésticos, como na indicação dos horários de saída e de regresso dos filhos ao lar, passando pela correção física das faltas e infrações da prole. O pai era o patrão dos filhos, com o dever de dirigir-lhes a criação e educação ladeando pela ajuda da materna; era dele o ônus de sustento da prole, devendo lhes propiciar sempre o necessário, atendimento médico ou hospitalar, habitação, vestuário, educação, incluída a orientação religiosa, zelar por sua formação moral e poder lhes corrigir, com moderação, os eventuais desvios.

Esse modelo de família era aquele tutelado pelo Código Civil de 1916, que restringia a definição de família para somente aquela decorrente do matrimônio¹². Com o crescimento das populações urbanas nos meados do século XX, ocorreram diversas modificações no cenário social, o que veio a alterar substancialmente o padrão familiar. O ingresso da mulher no mercado de trabalho, aliado à vertiginosa queda do número de filhos por casal, em decorrência do alto custo de vida, acabou por gerar uma maior aproximação entre os componentes do grupo familiar¹³.

No panorama jurídico brasileiro, os maiores reflexos da transformação da família podem ser facilmente percebidos na Constituição Federal de 1988, que se desvinculou da antiga concepção matrimonialista, englobando agora também a união estável (art. 226, § 3º)¹⁴ e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, grupamento definido como *família monoparental*¹⁵, nos termos do art. 226, § 4º da Constituição pátria¹⁶. Essa visão ampliativa trazida pela Lei Maior evidencia uma significativa evolução no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no que toca ao reconhecimento do pluralismo familiar constituído no plano fático, identificando-se novas espécies de famílias, que foram surgindo no decorrer dos tempos¹⁷.

¹² Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251). Lei nº 3.071 de 1916. Código Civil Brasileiro de 1916.

¹³ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.* p. 30

¹⁴ § 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.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.* p. 139.

¹⁶ § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

¹⁷ STF. ADI 4277.

A expansão conceitual efetivada pela Constituição não quer dizer, contudo, que apenas aquelas formas ali aludidas são reconhecidas pelo ordenamento jurídico. Nesse aspecto, defende Maria Berenice Dias¹⁸ que aquela enumeração foi exemplificativa:

Mesmo que a Constituição tenha alargado o conceito de família, ainda assim não enumerou todas as conformações familiares que existem. A diferença de gerações não pode servir de parâmetro para o reconhecimento de uma estrutura familiar. Não é a verticalidade dos vínculos parentais em dois planos que autoriza reconhecer a presença de uma família merecedora da proteção jurídica. No entanto, olvidou-se o legislador de regular essas entidades familiares. A convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito, impõe o reconhecimento da existência de entidade familiar batizada com o nome de família parental ou anaparental.

A delimitação pela lei, portanto, não impediu que a sociedade concebesse (e ainda conceba) outros protótipos familiares, que acabam, conseqüentemente, sendo reconhecidos pela lei, pela doutrina e pela jurisprudência, como ocorreu com as famílias homoafetivas e as famílias pluriparentais¹⁹. Esta última refere-se àquelas famílias decorrentes da pluralidade de relações parentais, produto de divórcios, novos casamentos ou, então, uniões de fato²⁰. Em suma, nas famílias pluriparentais, tem-se a reconstrução de casais que trazem seus filhos de casamentos e relações anteriores²¹.

Tendo em vista que o reconhecimento do núcleo familiar atualmente não se dá mais apenas pelo casamento ou pela consanguinidade, o marco distintivo da família, nos dias de hoje, é, inquestionavelmente, a afetividade. É o que preleciona Maria Berenice Dias²²:

Nos dias de hoje, o elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo. Cada

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.* p. 140

¹⁹ STJ - REsp 889852/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª. Turma, DJe 10/08/2010.

²⁰ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.* p.141

²¹ STJ - REsp: 878941 DF 2006/0086284-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 20/08/2007, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 17.09.2007.

²² DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.* p. 131

vez mais a ideia de família afasta-se da estrutura do casamento. A família já não se condiciona aos paradigmas originários: casamento, sexo e procriação.

Desse modo, quando constatado o sentimento de afeto entre uma pluralidade de pessoas, pode-se dizer que há o surgimento de uma família, ou, no dizer de Paulo Luiz Netto Lôbo²³, “onde houver uma relação ou comunidade unidas por laços de afetividade, sendo estas suas causas originária e final, haverá família.”

1.2 PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA PERTINENTES AO TEMA

Os princípios balizadores do direito de família atual foram consagrados pela Constituição Federal de 1988, que desvinculou o poder familiar da figura central paterna, então o único chefe da sociedade conjugal²⁴. Os filhos havidos durante o casamento e os concebidos fora do casamento foram todos igualados pela Carta Magna, da mesma forma que os filhos adotivos, sendo vedados quaisquer atos discriminatórios em relação a estes.²⁵

O *princípio da dignidade da pessoa humana*, além de ser um dos pilares fundamentais da Constituição Federal de 1988 e do Estado de Direito²⁶, é um dos princípios de maior relevância para o direito de família, uma vez que é no seio familiar que é buscado o desenvolvimento e a realização de seus membros²⁷. O § 7º do art. 226²⁸ da Constituição Federal diz que o planejamento familiar é livre decisão

²³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>> Acesso em outubro de 2015.

²⁴ Ver DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. Evolução histórica e legislativa da família e da filiação. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019>. Acesso em outubro de 2015.

²⁵ § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (CF, 227)

²⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

²⁷ Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

²⁸ § 7º Fundado 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 desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

do casal, estando tal preceito fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. No mesmo sentido, o art. 227, *caput*, da Constituição, assegura à criança e ao adolescente, da mesma forma, tal princípio:

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

A importância desse princípio é destacada no ensinamento de Maria Berenice Dias²⁹:

O princípio da dignidade humana é o mais universal de todos os princípios. É um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos.

A dignidade é um atributo universal que todas as pessoas detêm, independentemente de suas características e peculiaridades³⁰. É, assim, um complexo de direitos essenciais e necessários aos indivíduos, em igual proporção. Ademais, ele é tido como centralizador do ordenamento jurídico e balizador de todos os demais direitos³¹.

A dignidade da pessoa humana, para Maria Berenice Dias³² “encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem.” Em suma, esse princípio visa preservar e desenvolver as qualidades mais relevantes entre os membros dos grupos familiares, permitindo, dessa maneira, o pleno desenvolvimento pessoal de cada membro, com base em uma ótica pluralista, democrática e humanista.

²⁹ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.* p. 44

³⁰ Artigo 2. A todo indivíduo é devido respeito à sua dignidade e aos seus direitos, independentemente de suas características genéticas. (Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos. UNESCO. 2002)

³¹ Ver SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre : Livraria do Advogado. 2001., p. 60.

³² DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.* p. 46

O segundo princípio a ser analisado é também trazido pela Carta Constitucional: *princípio da igualdade*, insculpido em seu artigo 5º, *caput*³³. O escopo desse princípio é vedar qualquer tipo de arbitrariedade do Estado em relação aos seus indivíduos, banindo discriminações de qualquer ordem. No direito de família, sua incidência é vasta, conforme discorre Maria Berenice Dias³⁴:

Não bastou a Constituição proclamar o princípio da igualdade em seu preâmbulo. Reafirmou o direito à igualdade ao dizer (CF 5º): todos são iguais perante a lei. E foi além. De modo enfático, foi até repetitiva ao afirmar que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (CF 5º, I), decantando mais uma vez a igualdade de direitos e deveres de ambos no referente à sociedade conjugal (CF 226 § 5º). Assim, é a carta constitucional a grande artífice do princípio da isonomia no direito das famílias. A supremacia do princípio da igualdade alcançou também os vínculos de filiação, ao ser proibida qualquer designação discriminatória com relação aos filhos havidos ou não da relação de casamento ou por adoção (CF 227 § 6º). Em boa hora o constituinte acabou com a abominável hipocrisia que rotulava a prole pela condição dos pais. Também em respeito ao princípio da igualdade é livre a decisão do casal sobre o planejamento familiar (CC 1.565 § 2º e CF 226 § 7º), sendo vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas. É limitada a interferência do Estado, que deve propiciar os recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito.

Pelo *princípio da paternidade responsável*, estabelecido na Constituição Federal em seu artigo 226, § 7º e no Código Civil de 2002 no artigo 1.565, § 2º³⁵, os cônjuges possuem plena liberdade no que concerne ao planejamento familiar, ficando impedido o poder público de ingerir nas decisões tomadas pelo casal. Compete aos cônjuges, também, zelar pelos direitos dos filhos, tais como saúde, alimentação, educação, lazer e, sobretudo, o afeto.

Hoje, como já visto, a família é assentada precipuamente no afeto, sendo que esse valor passou a ganhar maior relevância no Direito de Família apenas

³³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

³⁴ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.* p. 47

³⁵ Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

(...)

§ 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

recentemente. Sobre a ausência de dispositivos legais abarcando tal princípio, esclarece Flávio Tartuce³⁶ que:

apesar da falta de sua previsão expressa na legislação, percebe-se que a sensibilidade dos juristas é capaz de demonstrar que a afetividade é um princípio do nosso sistema. Como é cediço, os princípios jurídicos são concebidos como abstrações realizadas pelos intérpretes, a partir das normas, dos costumes, da doutrina, da jurisprudência e de aspectos políticos, econômicos e sociais.

No que toca ao princípio, a doutrina divide-se quanto à natureza da afetividade: uma primeira linha a defende como sendo um princípio jurídico; uma segunda considera a afetividade como sendo um valor moral, sem qualquer sentido jurídico. A doutrina majoritária brasileira concebe o afeto como um princípio jurídico, entendimento que, por si só, traz diversas implicações, conforme destacam Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e Leonardo Macedo Poli³⁷:

Afirmar ser a afetividade um princípio jurídico implica em admitir todos os efeitos que tal atribuição gera. Os princípios são normas, dotados, portanto de imperatividade, o que significa que se pode impor a outrem. Não estão adstritos somente ao campo da interpretação.

A outra parte da doutrina³⁸, que enxerga o afeto apenas como um valor moral, entende pela impossibilidade de se indenizar pelo abandono afetivo. Isso porque o afeto, acaso fosse princípio, seria exigível, o que não pode prosperar, tendo em consideração sua característica de espontaneidade. Nesse sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal³⁹:

³⁶ TARTUCE, Flávio. Revista Consulex nº. 378, de 15 de outubro de 2012, pgs. 28 e 29 (Ano XVI, Brasília, DF)

³⁷ VIEGAS, Mara de Almeida Rabelo e POLI, Leonardo Macedo. *Op. cit.*

³⁸ Para Leonardo Castro, por exemplo, “nas relações familiares, cabe ao judiciário apenas a defesa aos direitos fundamentais do menor. A sua intromissão em questões relacionadas ao sentimento é abusiva, perigosa e põe em risco relações que não são de sua alçada”. In CASTRO, Leonardo. O preço do abandono afetivo. Revista IOB de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, a. 9, n. 46, p. 14-21, fev./mar. 2008.

³⁹ DELLARMELENA, Neuza Trevizane *apud* FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. Abandono afetivo. Disponível em <<http://iesla.com.br/artigos/abandono-afetivo>> Acesso em outubro de 2015.

quem oferece afeto a outra pessoa, o faz porque tem no coração, e quem não tem não pode ofertar o que não tem. Trata-se pois de uma situação que não comporta exigibilidade jurídica nas relações nas quais ele se apresenta voluntariamente, em face de seu inescandível caráter de sentimento espontâneo.

Em favor do afeto como princípio normativo, observa-se que a Constituição Federal impõe, ainda, o dever de paternidade e maternidade responsável (art. 226, § 7º), corroborando a ideia de que o afeto é um dever fundamental. Tendo em vista que o afeto passou a ser tutelado juridicamente⁴⁰, o compromisso dos pais com relação aos filhos ganha maior responsabilidade:

Em decorrência do acolhimento do afeto como princípio jurídico e bem tutelável pelo Estado, o compromisso legal dos pais, de prestarem sustento alimentício ou material a seus filhos, não seria mais suficiente por si só, ampliando-se o conceito de sustento por força da afetividade. O comprometimento afetivo em suas concepções de envolvimento, cuidado, dedicação e implicação com o outro. O afeto como propiciador da convivência familiar.⁴¹

O direito de família vem pronunciando novos princípios, tendo todos eles em comum o propósito de favorecer a realização do indivíduo no âmbito familiar, com seu alicerce estruturado sob a afetividade. A antiga natureza econômica, religiosa e meramente procracional da família hoje fica restrita a um plano secundário, sendo que, cada vez mais, o seio familiar é tido como um ambiente de convivência harmônica baseado nos valores da solidariedade e afetividade.

1.3 O PODER FAMILIAR

No direito romano, o modelo de família prevalecente era aquele fundado na autoridade do *pater familias*, o qual exercia um incontestável comando sobre os indivíduos a ele subordinados. Desse modo, como “senhor absoluto” do lar, todos que com ele conviviam deviam-lhe obediência: a esposa, os filhos, os netos, os irmãos, os escravos⁴².

⁴⁰ Ver BRAGA, Julio Cezar de Oliveira. *Abandono afetivo: da urgência do diálogo entre direito e psicanálise*. Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, 2012. p.30

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 5ª ed. Ver. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 675.

O *pater familias* detinha o poder de matar os próprios filhos, assim como, da mesma forma, poderia vendê-los. Além dessas prerrogativas, pode-se mencionar ainda a faculdade que ele dispunha de abandonar o recém nascido, no intuito de promover uma seleção gênica quando a criança nascesse com alguma deficiência⁴³. No Brasil Colonial, regido pelas Ordenações Filipinas, a figura do pai naquela sociedade tinha um poder semelhante ao do *pater familias*, tão absoluto quanto o do instituto de família romano, conforme explica Madaleno⁴⁴:

o pai tinha um domínio quase absoluto sobre os filhos, com poder de correção que se manifestava em reprimendas e castigos corporais moderados e que não resultassem em ofensas físicas sérias, em realidade, o *pater familias* colonial reconhecia a autoridade do marido não só sobre seus filhos, mas também sobre sua mulher e seus escravos, fazendo com que todos em casa cumprissem sua autoridade.

O Código Civil de 1916 adotou claramente a ideologia romana, pela qual apenas o homem detém o poder familiar. É o que se pode verificar de seus artigos 379 e 380, na sequência transcritos:

Art. 379. Os filhos legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores.

Art. 380. Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher.

Foi somente com o advento da Constituição de 1988 que a Carta Civil de 1916 ganhou nova interpretação, pois, pelo artigo 5º da Lei Maior, homens e mulheres passaram a ser tratados de maneira igualitária. Com o Código Civil de 2002, a nomenclatura “pátrio poder” foi oficialmente modificada para “poder familiar”, legitimando de vez que o comando da família não cabe tão somente ao homem, mas de forma isenta à ambos os cônjuges: homem e mulher.

Assim, desde 1988 existe a certeza de que o poder familiar se traduz como um poder relacionado aos filhos. O que se verifica, contudo, é que atualmente os pais têm mais deveres em relação aos filhos do que poderes propriamente ditos,

⁴³ Ver MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito de Família. São Paulo. Max Limonad Editor, 1947. V III, p.109

⁴⁴ MADALENO, ROLF. *Op. cit.* p. 676

afinal são os pais quem decidem tudo aquilo que for relacionado à vida dos filhos: moradia, educação, vestuário, lazer, alimentação, saúde, etc.

A responsabilidade dos pais é dever irrenunciável. Essa prerrogativa tem em vista a vulnerabilidade das crianças e dos adolescentes, seres em fase de desenvolvimento e que merecem tratamento distinto. Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro atribui aos pais uma série de deveres, decorrentes do poder familiar. A Constituição Federal, em seu artigo 227, incumbe à família o dever de educar, bem como o dever de convivência e respeito à dignidade dos filhos, enquanto que seu artigo 229 também atribui aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos.

Já a Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA) traz uma gama de deveres intrínsecos ao poder familiar, outorgando aos pais obrigações não somente de natureza material, como também morais, afetivas, e psíquicas. O artigo 3º do ECA⁴⁵ preceitua que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, a fim de lhes proporcionar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. O Código Civil, por sua vez, em seu artigo 1.634 impõe, dentre os deveres dos pais, o de sustento, criação, guarda, companhia e educação dos filhos, enquanto que os artigos 1.583 à 1.590 do mesmo diploma dispõem sobre a proteção dos filhos em caso de rompimento da sociedade conjugal.

A família é, portanto, um ambiente de convivência baseado no cuidado e no afeto, distinguindo-se como *locus* propício para o desenvolvimento pessoal da criança e do adolescente. Suas antigas feições econômica e procriativa hoje estão relegadas a papel secundário, tendo em vista sua evolução ao longo da história e em virtude das mudanças de paradigma ocorridas no Direito de Família. Nesse sentido, argumentam Michele Amaral Dill e Thanabi Bellenzier Calderan⁴⁶:

Os novos princípios trazidos pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente provocaram alterações significativas nas estruturas familiares. A família atual é a que se forma pelo afeto, através do convívio entre seus membros e não mais através do sacramento do casamento com a finalidade

⁴⁵ 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 de dignidade.

⁴⁶ DILL, Michele Amaral e CALDERAN, Thanabi Bellenzier. *Op cit.*

puramente patrimonial e procriativa. Não obstante, o instituto adotou como seus princípios basilares a dignidade humana, a liberdade, a igualdade, a afetividade, a proteção integral da criança e do adolescente e a prevalência do interesse do infante.

Dentro desse contexto de evolução, o conceito de Poder Familiar sofreu transformações. Hoje não mais se reconhece como poder a autoridade dos pais sobre os filhos, mas sim, um poder-dever⁴⁷. É dever dos pais – e do Estado – promover a proteção das crianças e adolescentes, assim como buscar a efetivação dos seus direitos fundamentais.

1.3.1 EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR

A evolução da entidade familiar veio a ocasionar importantes mudanças no ordenamento jurídico pátrio, mormente no Código Civil de 2002. Como visto, a expressão “pátrio poder” deu lugar ao termo “poder familiar”⁴⁸, mudança essa que reflete o novo olhar com o qual é percebido o instituto. O exame dessas mudanças revela que o principal objetivo do legislador foi assegurar que o exercício do poder familiar seja cumprido por ambos os genitores, sem qualquer distinção, sendo que tanto ao pai quanto à mãe são dados todos os direitos e deveres em relação aos filhos, em igualdade de condições.

Cumprir destacar, ainda, que nos termos do artigo 1.630 do Novo Código Civil, os filhos, enquanto menores, sujeitam-se ao poder familiar, não havendo quaisquer diferenciações entre aqueles concebidos dentro ou fora do casamento, ou, então, entrar aqueles frutos de adoção ou mesmo oriundos da socioafetividade. Quanto à questão da menoridade, o poder familiar é exercido até os 18 anos ou pela emancipação, conforme preceitua a lei civil⁴⁹.

O caráter autoritário da figura paterna hoje deu lugar a um conjunto de deveres que devem ser desempenhados por ambos os genitores em proveito dos

⁴⁷ *Ibidem*

⁴⁸ “A evolução do presente instituto foi no sentido do termo “poder familiar”, antes intitulado pátrio-poder, deixar de ser o poder que o pai detinha sobre a vida e morte dos filhos, passando a ser um munus público, um poder/dever dos pais no interesse dos filhos. Foi em virtude do reconhecimento dos filhos como seres humanos dotados de dignidade, que se passou a reconhecer seus direitos, destacando o direito/dever de convívio com ambos os pais, independente de coabitação.” Em DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. *Op cit.*

⁴⁹ Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

filhos, sujeitos de direito, e não mais objetos do direito⁵⁰. Nesse sentido, estabelece o art. 229 da Carta Constitucional que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. Sendo deveres constitucionalmente determinados, não há espaço algum para eventual discricionariedade que poderia permitir aos pais optar por exercer ou não tais deveres.

Os pais devem sempre agir conforme o melhor interesse dos menores, seres que merecem tratamento prioritário, haja vista se encontrarem em condições peculiares de desenvolvimento físico e emocional. Desse modo, o art. 1.634 do Código Civil relaciona os principais deveres legais da competência dos pais em relação aos filhos:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Assevera Maria Berenice Dias⁵¹, quanto ao supramencionado artigo, que

O elenco dos deveres inerentes ao poder familiar também não faz referência expressa aos deveres impostos aos pais pela Constituição (CF 227 e 229) e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA 22). Assim, às obrigações e direitos previstos pela lei civil somam-se todos os outros que também são derivados do poder familiar.

⁵⁰ Ver VILAS-BÔAS, Renata Malta. Compreendendo a criança como sujeito de direito: a evolução histórica de um pensamento. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11583>. Acesso em outubro de 2015.

⁵¹ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.* p. 466

A ausência do cumprimento de tais deveres legais pelos genitores é condição suficiente para que se configure um ato ilícito⁵², conforme sustenta Ana Carolina Brochado Teixeira⁵³:

A conduta de um genitor ausente, que não cumpre as responsabilidades intrínsecas ao poder familiar, enquadra-se perfeitamente entre os atos ilícitos, tendo ele descumprido seus deveres parentais perante o filho, inerentes ao poder familiar, esculpidos nos arts. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, 1.566, IV, 34 e 1.634, I e II, do CCB/02.

A obrigação de educar, prevista no art. 22 do ECA⁵⁴, compreende a preparação do indivíduo no intuito de aperfeiçoar sua independência pessoal, a fim de que o ingresso autônomo na vida em sociedade, futuramente, efetive-se com maturidade e sensatez. Assim, cabe aos pais garantir a educação em instituições escolares de qualidade, bem como auxiliar no posterior ingresso em universidades, a fim de que seus filhos se tornem seres qualificados e convictos para a vida profissional.

Nesse contexto, para que os deveres de educação, assistência, cuidado e demais legalmente previstos sejam alcançados, faz-se imprescindível uma saudável convivência familiar. Emerge, nesse sentido, o dever da companhia junto aos filhos, pois é somente com a convivência harmônica, com a troca de conhecimentos e experiências, com a participação ativa na vida dos infantes e a atuação em prol do seu melhor interesse que os pais viabilizam um crescimento e desenvolvimento salutareos.

⁵² Sobre o ato ilícito, cabe destacar a definição de Carlos Roberto Gonçalves: “ato ilícito é o praticado com infração ao dever legal de não violar direito e não lesar a outrem. Tal dever é imposto a todos no art. 186 do Código Civil, que prescreve: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Também o comete quem abusa de seu direito (art. 187). Ato ilícito é, portanto, fonte de obrigação: a de indenizar ou ressarcir o prejuízo causado (CC, art. 927). É praticado com infração a um dever de conduta, por meio de ações ou omissões culposas ou dolosas do agente, das quais resulta dano para outrem. O Código Civil de 2002 aperfeiçoou o conceito de ato ilícito, ao dizer que o pratica quem “violar direito e causar dano a outrem” (art. 186), substituindo o “ou” (“violar direito ou causar dano a outrem”), que constava do art. 159 do diploma anterior. Com efeito, mesmo que haja violação de um dever jurídico e que tenha havido culpa, e até mesmo dolo, por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo. Em GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 33.

⁵³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade Civil: responsabilidade civil e ofensa à dignidade. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, v. 7, n. 32, p. 152, out-nov, 2005.

⁵⁴ Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

O exercício do poder familiar, nas palavras de Maria Helena Diniz⁵⁵ é “irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. Decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva. As obrigações que dele fluem são personalíssimas”. Desse modo, nem mesmo o divórcio dos pais ou o fato de estes contraírem novas núpcias porá termo às suas obrigações para com seus filhos. Ainda, na ocasião de a guarda da criança ser determinada somente a um dos genitores, tal imposição não exime o outro das suas responsabilidades, uma vez que se conserva mantido todo o conjunto de direitos e deveres.

A convivência familiar garante a consolidação dos laços familiares, além de ser elemento assegurador do desenvolvimento saudável do ser humano. A ruptura do elo afetivo e a falha no dever de cuidar vêm a comprometer o desenvolvimento apropriado do menor. Ademais, o dever da convivência possui tamanha relevância no Direito de Família que o genitor omissivo e negligente poderá vir a ser destituído do poder familiar (art. 1.638, II, do Código Civil)⁵⁶. Assim, conclui-se que o exercício do poder familiar tem como referência primordial o dever dos pais em proporcionar aos filhos um crescimento saudável e digno. O adequado exercício do poder familiar, ainda, deverá ser efetivado com prioridade absoluta, eis que não mais se trata de um mero direito, mas sim, de imposição legal.

1.3.2 SUSPENSÃO E PERDA DO PODER FAMILIAR

O exercício do poder familiar, como visto, é um encargo que deve ser exercido pelos pais sob a ótica do melhor interesse da criança e do adolescente. O Estado, contudo, poderá intervir nessa relação, principalmente diante da verificação da violação daqueles deveres legais relacionados à paternidade (e maternidade) responsável⁵⁷, no intuito de defender esses indivíduos vulneráveis. Desse modo, o Estado acaba atuando verdadeiramente como um fiscalizador da conduta dos pais

⁵⁵ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 30. ed. rev. Atual. São Paulo: Saraiva. 2007. v..5.p. 462.

⁵⁶ Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

(...)

II - deixar o filho em abandono;

⁵⁷ RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO AFETIVO. Paternidade responsável implica o dever de presença dos pais na vida dos filhos. Ausência do réu que não foi comprovada. Prova que demonstra a convivência com os autores ainda que permeada de conflitos. Transtornos psicológicos que não podem ser diretamente relacionados às atitudes do réu. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJ-SP - APL: 00033968920118260457 SP 0003396-89.2011.8.26.0457, Relator: Milton Carvalho, Data de Julgamento: 29/01/2015, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 04/02/2015)

diante dos filhos, inclusive cabendo-lhe a prerrogativa de suspender o poder familiar e, em casos severos, decretar sua perda. Maria Berenice Dias desmistifica essa atuação estatal⁵⁸:

Quando um ou ambos genitores deixam de cumprir com os deveres decorrentes do poder familiar, mantendo comportamento que possa prejudicar o filho, o Estado deve intervir. É prioritário o dever de preservar a integridade física e psíquica de crianças e adolescentes, nem que para isso tenha o Poder Público de afastá-los do convívio de seus pais.

Considerando os eventuais efeitos danosos à criança que a perda ou a suspensão do poder familiar poderão gerar, tais medidas somente devem ser determinadas quando a conduta do genitor claramente – e inequivocadamente – colocar em risco a segurança e a dignidade do menor. Assim, cabe também ao magistrado empregar o máximo de cautela possível no exame do caso *sub judice*, previamente à imposição de medidas extremadas.

A lei civil disciplina os casos pelos quais o titular do poder familiar poderá ser tolhido de seu exercício, seja de forma temporária ou, então, definitivamente. As hipóteses ensejadoras da suspensão do poder familiar encontram-se previstas no art. 1.637 e em seu parágrafo único:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Já as hipóteses de perda do poder familiar vêm arroladas no art. 1.638 do mesmo diploma:

⁵⁸ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.* p. 444

Art. 1.638. 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

A suspensão permite sempre ser revista, diante da superação dos fatores que a ocasionaram, diferentemente da perda do poder familiar, que se distingue como sendo o término definitivo desse poder⁵⁹. A perda do poder familiar trata-se, em verdade, da mais grave sanção possível de ser imposta aos pais que se omitirem nos deveres relacionados aos filhos⁶⁰. Não obstante a lei elencar as causas de suspensão e perda do poder familiar, tais hipóteses são apresentadas de maneira genérica, tendo em vista que o juiz dispõe de ampla liberdade no exame dos casos que possam justificar o afastamento do genitor das suas funções parentais.

No que concerne à suspensão, Rolf Madaleno⁶¹ explica que se trata de medida menos grave, visto que possibilita ser revista. Além do mais, ela é facultativa, ficando ao arbítrio do juiz a sua aplicação. Ainda, ela pode ser decretada somente em relação a um único filho, e não à prole como um todo. Previamente à sua aplicação, haverão de serem analisadas, também, as especificidades de cada caso, uma vez que na hipótese da má administração dos bens dos menores, existe a possibilidade de o genitor ser apenas afastado da gerência patrimonial, conservando-se o exercício dos demais deveres.

Quanto à perda do poder familiar, há de se fazer uma distinção inicial: a perda é uma penalidade imposta por meio de decisão judicial, ao passo que a extinção decorre da configuração de uma das hipóteses fixadas no art. 1.635 do Novo Código Civil⁶²: pela morte dos pais ou do filho, pela emancipação, pela maioridade, pela adoção ou por decisão judicial.

⁵⁹ MADALENO, Rolf. *Op. cit.* p. 694/695.

⁶⁰ Caio Mario da Silva Pereira também segue a mesma linha de pensamento ao mencionar que “a perda do poder familiar é a mais grave sanção imposta ao que faltar aos seus deveres para com o filho, ou falhar em relação à sua condição paterna ou materna.”. Em PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, Vol. V, 14ª ed., Forense. p. 435

⁶¹ MADALENO, Rolf. *Op. cit.* p. 695

⁶² Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:

I - pela morte dos pais ou do filho;

II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;

III - pela maioridade;

IV - pela adoção;

V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

A vedação ao castigo imoderado, insculpida no inciso I do art. 1.638, acaba por denunciar uma tolerância para com o castigo praticado moderadamente, o que, nas palavras de Maria Berenice Dias “não deixa de consistir ato de violência à integridade física do filho”. Aduz a autora⁶³:

Tal permissividade afronta um punhado de normas protetoras de crianças e adolescentes. Desfrutam eles do direito fundamental à inviolabilidade da pessoa humana, que também é oponível aos pais. É dever da família colocar criança e adolescente (ou seja, os filhos) a salvo de toda violência (CF 227). O castigo físico, ainda que moderado, por certo configura prática de violência. Até a integridade física dos presos é assegurada (CF 5º XLIX). Se é assim com o adulto, com maior razão deve ser com relação à criança ou ao adolescente, ainda que de castigo moderado se trate.

Os atos que contrariarem a moral e os bons costumes – inciso II do art. 1.638 do Código Civil – exigem, para sua identificação, um exame subjetivo, incluindo-se aqui aquelas condutas tidas por ilícitas pelo direito. No entanto, como assevera Maria Berenice Dias, “não se pode subtrair a possibilidade de o juiz decidir pela exoneração por fatos que considere incompatíveis com o poder familiar e configurem abuso de autoridade”⁶⁴. Por fim, deixar o filho em abandono é impedi-lo de conviver com os pais e desfrutar dos cuidados inerentes aos deveres paternos e maternos a tutelar a formação emocional e moral. Nas palavras de Rolf Madaleno⁶⁵:

É direito fundamental da criança e do adolescente usufruir da convivência familiar e comunitária, não merecendo ser abandonado material, emocional e psicologicamente, podendo ser privado do poder familiar o genitor que abandona moral e materialmente seu filho, além de responder pelo crime de abandono material (CP, art. 244), abandono intelectual (CP, art. 245), abandono moral (CP, art. 247), abandono de incapaz (CP, art. 133), e abandono de recém-nascido (CP, art. 134).

⁶³ DIAS, Maria Berenice. *Op cit.* p. 447

⁶⁴ Importante se faz sublinhar que a autora recomenda a aplicação de medida protetiva cumulada à decretação de suspensão ou perda do poder familiar: “*Em qualquer circunstância, o supremo valor é o melhor interesse do menor. Como o afastamento do filho do convívio de um ou de ambos os pais certamente produz sequelas que podem comprometer seu desenvolvimento psicológico, recomendável que, ao ser decretada a suspensão ou perda do poder familiar, seja aplicada alguma medida protetiva de acompanhamento, apoio e orientação tanto ao filho (ECA 100) como a seus pais (ECA 129) . Caso o filho seja acolhido em programa institucional ou familiar, será elaborado um plano individual de atendimento (ECA 101 § 4.º)*”. Em DIAS, Maria Berenice. *Op cit.* p. 474.

⁶⁵ MADALENO, Rolf. *Op. cit.* p. 693

O decreto da perda do poder parental pela via judicial conduz ao encerramento definitivo do exercício do poder familiar. Não obstante a severidade de tal decisão, a perda desse poder não significa o afastamento definitivo ou a vedação absoluta do contato entre genitor e filho, porquanto eventuais visitas ou demais formas alternativas de contato poderão ser estabelecidas voluntariamente ou determinadas judicialmente⁶⁶.

1.4 A RESPONSABILIDADE CIVIL

Nos primeiros cenários da responsabilidade civil, este instituto equivalia a atos de “justiça com as próprias mãos”, vingança em sua mais pura forma, sem que o Estado interviesse. O sujeito ofendido podia, por seu próprio arbítrio, retaliar seu ofensor, sem que o poder estatal reprimisse o ato de revanche⁶⁷. No Direito Romano, berço do instituto da responsabilidade civil, a Lei do Talião foi a responsável por uma certa evolução, passando-se para o “estágio da correspondência”, que consistia em estabelecer, para cada ofensa, uma sanção e/ou uma retribuição.⁶⁸

No Brasil, o Código Civil de 1916, formulado em uma sociedade de cunho eminentemente rural e patriarcal, preocupava-se mais com a proteção da propriedade do que com os elementos sociais e as relações entre os indivíduos⁶⁹. Para certificação acerca desse caráter, a simples leitura do artigo-portal do título então relacionado à responsabilidade civil demonstra o argumentado:

Art. 1.518. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outros ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se tiver mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação.

⁶⁶ AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RESTABELECIMENTO DE PODER FAMILIAR. VISITAS. Se as visitas fixadas de forma ponderada e com a presença da avó paterna foram precedidas de avaliação psicológica da genitora, que não apontou qualquer empecilho à aproximação gradual entre mãe e filha, resta preservado o melhor interesse da infante. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. (Agravo de Instrumento Nº 70060077260, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 25/09/2014)

⁶⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 7. p. 10.

⁶⁸ Ver BRITTO, Marcelo Silva. Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no novo Código Civil. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 314, 17 maio 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5159>>. Acesso em outubro de 2015.

⁶⁹ CURSO 10 ANOS DO CÓDIGO CIVIL: aplicação, acertos, desacertos e novos rumos. EMERJ EDITORA. 2012, Rio de Janeiro, p. 19.

A nova Carta Civil, em 2002, trouxe uma série de inovações no que toca ao tema da responsabilidade civil, salientando Carlos Roberto Gonçalves⁷⁰ que:

O Projeto de Lei nº 634-B, de 1975, que se transformou no novo Código Civil, melhor sistematizou a matéria, dedicando um título especial e autônomo à responsabilidade civil. Contudo, repetiu, em grande parte, *ipsis litteris*, alguns dispositivos, corrigindo a redação de outros, trazendo, porém, poucas inovações. Perdeu-se a oportunidade, por exemplo, de se estabelecer a extensão e os contornos do dano moral, bem como de se disciplinar a sua liquidação, prevendo alguns parâmetros básicos destinados a evitar decisões díspares, relegando novamente à jurisprudência essa tarefa.

A responsabilidade civil encontra-se inserida na esfera das relações obrigacionais. É, em verdade, uma espécie de obrigação: a obrigação de indenizar. Desse modo, o instituto conta com requisitos próprios da relação jurídica: sujeitos, objeto e vínculo jurídico. Dentre os sujeitos típicos da relação de responsabilidade civil, elenca estes Bruno Miragem⁷¹:

a) a vítima (ou seus sucessores, no caso de morte – art. 12, parágrafo único, do Código Civil); e b) aquele a quem é imputado o dever de indenizar. Pode ser o autor do dano – hipótese mais comum (art. 927, caput) – ou outra pessoa a quem a lei atribua a responsabilidade pela indenização (responsabilidade pelo fato de outrem, como ocorre no caso do empregador que responde pelos danos causados pelo empregado, no exercício de sua atividade laboral, hipótese do art. 932, III).

O objeto da relação jurídica obrigacional, no caso da responsabilidade civil, é o dever indenizatório. O agente causador do dano – ou quem então a lei atribuir como responsável pelo dano causado à vítima – deverá prestar determinada quantia pecuniária ao ofendido, que servirá como compensação pelos prejuízos experimentados. Essa prestação, conforme explana Bruno Miragem “deve ser suficiente para reparar o prejuízo econômico sofrido, no caso de danos patrimoniais, ou para compensar dano extrapatrimonial, insuscetível de avaliação econômica, oferecendo certo conforto à vítima.”⁷²

⁷⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.* p. 3.

⁷¹ Em MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*, 1ª ed. Saraiva, 2015. p.115.

⁷² *Ibidem*.

A responsabilidade civil usualmente é classificada pela doutrina em razão da culpa e quanto à natureza jurídica da norma violada. No que tange ao primeiro critério, a responsabilidade é dividida em objetiva e subjetiva. Quanto ao segundo critério, ela pode ser dividida em responsabilidade contratual e extracontratual. A responsabilidade subjetiva é explicada por Pablo de Paula Saul Santos em seu esclarecedor artigo⁷³:

Denomina-se responsabilidade civil subjetiva aquela causada por conduta culposa *lato sensu*, que envolve a culpa *stricto sensu* e o dolo. A culpa (*stricto sensu*) caracteriza-se quando o agente causador do dano praticar o ato com negligência ou imprudência. Já o dolo é a vontade conscientemente dirigida à produção do resultado ilícito.

Já a responsabilidade objetiva fundamenta-se na ideia de risco, dispensando a comprovação da culpa do agente, porquanto todo sujeito que pratica alguma atividade acaba criando um risco de dano para outrem. Causado o dano, ainda que a conduta seja alheia à culpa, surgirá o dever de reparar a ofensa. Entende-se assim que, na responsabilidade objetiva, há uma transferência da noção de culpa para a ideia do risco, bastando apenas a comprovação do nexo de causalidade entre a ação do agente causador do fato e o dano causado, sem necessidade de que o ato seja ilícito, conforme esclarece Maria Helena Diniz⁷⁴:

Na *responsabilidade objetiva*, a atividade que gerou o dano é lícita, mas causou perigo a outrem, de modo que aquele que exerce, por ter a obrigação de velar para que dela não resulte prejuízo, terá o dever ressarcitório, pelo simples implemento do nexo causal. A vítima deverá pura e simplesmente demonstrar o nexo de causalidade entre o dano e a ação que o produziu (grifo do autor)

Concernente ao critério da natureza jurídica da norma violada, Cavaliere Filho⁷⁵ disserta que se “preexistir um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo”. Já a responsabilidade extracontratual, ou

⁷³ SANTOS, Pablo de Paula Saul. Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875>. Acesso em outubro de 2015.

⁷⁴ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.* p. 53

⁷⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. – 7. Ed. – 2. Reimpr. – São Paulo: Atlas, 2007.p. 15

aquiliana, surge se o dever de indenizar decorrer de uma lesão ao direito subjetivo, sem que exista entre quem sofreu o dano e quem o cometeu qualquer relação jurídica.

1.4.1 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Para que se constitua uma relação jurídica típica de responsabilidade civil, mister se faz a presença dos seus pressupostos, a fim de que se configure o dever de indenizar. Da leitura do artigo 186 do Código Civil, é possível extrair tais elementos conformadores desse instituto civil: *“aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”*

Assim, os pressupostos são: conduta danosa do agente, dano, nexos de causalidade (entre a conduta danosa e o dano) e a culpa. Para Bruno Miragem⁷⁶, a análise desses pressupostos “deve ter o cuidado de promover a correta distinção entre eles, de modo a permitir que se lhes trace o exato significado e função ao caracterizarem a relação de responsabilidade.”

O primeiro pressuposto da responsabilidade civil é a conduta, melhor dizendo, a conduta humana. Por conduta, entende-se como sendo o comportamento humano voluntário que se exterioriza por meio de uma ação ou de omissão, produzindo consequências jurídicas. Leciona Maria Helena Diniz⁷⁷:

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

O ato comissivo, nesse contexto, é aquele que não deveria ser praticado, enquanto que a omissão é a inobservância de um dever. A conduta é comissiva quando se consubstancia em uma ação que se materializa no plano concreto através de um ato positivo, e será omissiva quando, diferentemente da comissiva, revelar-se em um ato negativo, isto é, em uma conduta contrária ao que se espera,

⁷⁶ *Op cit.* p. 116

⁷⁷ DINIZ, Maria Helena. *Op cit.* p. 43.

demonstrando relevância para o ordenamento jurídico, de modo a atingir um bem juridicamente tutelado, resultando, assim, no evento danoso.⁷⁸

O segundo pressuposto essencial da responsabilidade civil, a ser examinado, é o dano. Segundo Maria Helena Diniz⁷⁹, “o dano pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral”. Para Rui Stoco⁸⁰

O dano é, pois, elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente, seja essa obrigação originada de ato ilícito ou de inadimplemento contratual, independente, ainda, de se tratar de responsabilidade objetiva ou subjetiva.

A definição de dano, portanto, tem o sentido de perda, uma lesão que atinge o patrimônio do indivíduo, quer seja o conjunto de bens e direitos possuídos por essa pessoa, ora vítima. É, em suma, a lesão a interesses protegidos juridicamente. Contudo, para que surja o dever de indenizar, esse dano tem que ser injusto, como pontua Bruno Miragem⁸¹:

Dano é consequência da violação de um direito. Como pressuposto da responsabilidade civil, note-se que só se pode referir à indenização e ao dever de indenizar na medida em que haja dano injusto. É a existência do dano injusto que se configura causa de atribuição patrimonial para que determinado valor pecuniário se transfira do patrimônio do autor do dano ou de quem responda pelo dever de indenizar para a vítima.

O *quantum* indenizatório será estabelecido em conformidade com a dimensão do dano, conforme preceitua o art. 944 do Código Civil: *a indenização mede-se pela extensão do dano*. Em se tratando de prejuízos suscetíveis de serem avaliados economicamente, a fixação da soma indenizatória não surtirá maiores impasses. A complexidade residirá, desse modo, quando se tratarem de danos extrapatrimoniais, uma vez que lesionam interesses de difícil ponderação econômica. Não é diverso o entendimento de Bruno Miragem:

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ DINIZ, Maria Helena. *Op cit.* p.68

⁸⁰ STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 7 ed. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.128

⁸¹ *Op. cit.* p. 156

Mais difícil, contudo, será o que se entende por danos decorrentes de lesão a interesses insuscetíveis de avaliação econômica, mas que, paradoxalmente, também são indenizáveis sob a forma de indenização em dinheiro. Trata-se, nesse caso, de danos extrapatrimoniais, em que a violação aos direitos subjetivos referentes a atributos da personalidade dá causa a lesões insuscetíveis de avaliação econômica.⁸²

Partindo-se das definições apresentadas, entende-se então que os danos extrapatrimoniais afetam a esfera subjetiva do indivíduo: sua intimidade, sua vida privada, sua honra, sua imagem, sua reputação, seus valores, seus sentimentos, em síntese, todo o conjunto de bens jurídicos tutelados juridicamente no que tange a esfera pessoal do indivíduo. Com o advento da Constituição de 1988, os incisos V e X do art. 5º⁸³ não deixaram qualquer resquício de dúvida acerca da possibilidade de se indenizar os danos extrapatrimoniais⁸⁴.

O penúltimo pressuposto da responsabilidade civil é o nexo causal. O conceito de nexo causal não é jurídico, decorre das leis naturais. Ele é o vínculo, ou relação de causa e efeito, entre a conduta praticada e o resultado. Referido pressuposto é elemento indispensável em qualquer das espécies de responsabilidade civil⁸⁵. Sergio Cavalieri Filho define o nexo causal como sendo o “elemento referencial entre a conduta e o resultado. É através dele que poderemos concluir quem foi o causador do dano.” Para o autor, poderá haver responsabilidade sem culpa, contudo não poderá haver responsabilidade sem nexo causal. Existem, ainda, hipóteses pelas quais o nexo causal é excluído e que, por consequência, afastarão o dever de indenizar. Sílvio de Salvo Venosa sintetiza tais hipóteses:

⁸² *Op. cit.* p. 157.

⁸³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

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

(...)

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

⁸⁴ “A partir da previsão expressa da Constituição de 1988, que em seu art. 5o, V, previu a ampla reparabilidade do dano moral, material e à imagem, afirma-se a autonomia dessas espécies de dano, e a possibilidade tanto de seu reconhecimento independente um do outro quanto de cumulação. Nesse sentido, aliás, restou consagrado na jurisprudência, por intermédio da Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça, que define: “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundo do mesmo fato”. Em MIRAGEM, Bruno. *Op cit.* p.173.

⁸⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op cit.* p.67

são excludentes de responsabilidade, que impedem que se concretize o nexo causal, a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior e, no campo contratual, a cláusula de não indenizar. São situações que a doutrina costuma denominar rompimento do nexo causal.⁸⁶

O último dos pressupostos da responsabilidade civil é a culpa. Nesse sentido, dispõe o art. 186 do Código Civil de 2002 que a ação ou omissão do agente deve ser “voluntária” ou que haja ao menos “negligência” ou “imprudência”. Assim, para que se configure a obrigação de indenizar, não basta que o agente causador do fato danoso tenha procedido ilicitamente, violando um direito subjetivo de outrem ou, então, infringindo uma norma jurídica tuteladora de interesses particulares:

a obrigação de indenizar não existe, em regra, só porque o agente causador do dano procedeu objetivamente mal. É essencial que ele tenha agido com culpa: por ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência, como expressamente se exige no art. 186 do Código Civil. Agir com culpa significa atuar o agente em termos de, pessoalmente, merecer a censura ou reprovação do direito. E o agente só pode ser pessoalmente censurado, ou reprovado na sua conduta, quando, em face das circunstâncias concretas da situação, caiba a afirmação de que ele podia e devia ter agido de outro modo.⁸⁷

Se a conduta ofensiva do agente é deliberadamente procurada, voluntariamente alcançada, tem-se a presença do dolo, elemento compreendido na culpa *lato sensu*. No entanto, se o prejuízo sofrido pela vítima decorreu de comportamento negligente ou imprudente do agente causador do dano, diz-se que houve culpa *stricto sensu*. Para Carlos Roberto Gonçalves, tanto no dolo como na culpa a conduta do agente é voluntária:

só que no primeiro caso a conduta já nasce ilícita, porquanto a vontade se dirige à concretização de um resultado antijurídico — o dolo abrange a conduta e o efeito lesivo dele resultante —, enquanto no segundo a conduta nasce lícita, tornando-se ilícita na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados. O juízo de desvalor no dolo incide sobre a conduta, ilícita desde a sua origem; na culpa, incide apenas sobre o resultado. Em suma, no dolo o agente quer a ação e o resultado, ao passo que na culpa ele só quer

⁸⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Responsabilidade Civil. 5ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2005, Vol. IV. p. 55

⁸⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.* p. 296.

a ação, vindo a atingir o resultado por desvio accidental de conduta decorrente da falta de cuidado.⁸⁸

Estabelecidos os pressupostos da responsabilidade civil, surge o dever de indenizar. A indagação que naturalmente surge é: mas qual seria a função – ou as funções – desempenhadas pela indenização na responsabilidade civil? Se, por um lado, a doutrina como um todo defende a (precípua) função reparatória, que visa, obviamente, reparar os danos causados à vítima, outras funções também podem ser encontradas no âmbito de tão importante instituto civil. Tais questões serão objeto de exame no item a seguir.

1.4.2. FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

É destacado o entendimento de que a responsabilidade civil tem, como função essencial, a reparação dos prejuízos suportados por um indivíduo e advindos da conduta ilícita de um agente humano. Contudo, a doutrina ainda reconhece a existência de duas outras funções: a punitiva e a dissuasória⁸⁹.

A função reparatória nasce da necessidade de se reestabelecer o estado alterado pelo dano, eliminando ou mitigando seus efeitos. Segundo Cavalieri Filho⁹⁰, a principal função da responsabilidade civil é a reparatória, ou seja, aquela que permite restabelecer o equilíbrio jurídico violado, encontrando parâmetro “no mais elementar sentimento de justiça”. O dano ocasionado pela ação ou pela omissão do agente rompe o equilíbrio jurídico existente. Dessa circunstância irrompe-se a necessidade de restabelecimento desse equilíbrio então violado, restituindo o lesionado ao *status quo ante* por intermédio da reparação. Bruno Miragem defende, contudo, que os danos morais, quer sejam aqueles de ordem extrapatrimonial, são irreparáveis, de maneira que a vítima, de modo algum, retornará ao estado anterior à ofensa, não se cogitando, desse modo, de reparação dos danos. Diante de tal impossibilidade, elucida⁹¹:

⁸⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.* p. 297

⁸⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.* p. 13

⁹⁰ *Ibidem.*

⁹¹ MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.* p. 385

A indenização de danos extrapatrimoniais, desse modo, atenderá a uma função compensatória, ou seja, de que a prestação pecuniária exigível do responsável pelo dano tenha o caráter de compensar uma perda, cujas consequências não serão possíveis de serem eliminadas. A compensação do dano, nesse sentido, é oferecida mediante condenação do responsável à prestação pecuniária que permita à vítima usufruir de certo conforto ou situação agradável, ao mesmo tempo que agrava o patrimônio do devedor.

A finalidade dissuasória opera-se juntamente com a função punitiva, de modo a desmotivar condutas lesivas futuras, porquanto “obrigando o lesante a reparar o dano causado, contribui-se para coibir a prática de outros atos danosos não só pela mesma pessoa como sobretudo por quaisquer outras”⁹². A função dissuasória, por conseguinte, tem o propósito de desestimular o comportamento nocivo que produziu o dano, tanto em relação ao próprio agente quanto aos demais integrantes da sociedade, visto que corresponde a uma sanção pela lesão a um direito.

A função punitiva não por acaso é a última a ser aqui verificada: o debate acerca da possibilidade de a sanção servir como punição ao ofensor suscita controvérsia na doutrina. Referida função destinar-se-ia a retribuir o ilícito por meio da imposição de uma pena ao agente ofensor, sempre observando a proporcionalidade entre o dano causado e a sanção. Para Maria Helena Diniz⁹³ a obrigação de reparar o dano ganha contornos de pena privada, considerando-se que tal função

constitui uma *sanção civil*, por decorrer de infração de norma de direito privado, cujo objetivo é o interesse particular, e, em sua natureza, é *compensatória*, por abranger indenização ou reparação de dano causado por ato ilícito, contratual ou extracontratual e por ato lícito (grifos da autora).

A doutrina de Bruno Miragem não discorda que a função punitiva conformaria uma espécie de sanção civil, porém ressalta o doutrinador que seu fundamento seria o de “punir o ofensor em razão de sua motivação, ou da reiteração da conduta, para servir como desestímulo a ele próprio e à generalidade das pessoas ao cometimento de condutas semelhantes”⁹⁴

⁹² NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. I. p. 439.

⁹³ DINIZ, Maria Helena. *Op cit.*, p. 8/9

⁹⁴ MIRAGEM, Bruno. *Op cit.* p. 391

Conquanto se reconheça a possibilidade de a indenização na responsabilidade civil ter função punitiva, inclusive já tendo surgido intrigante movimento doutrinário nesse sentido, denominado *teoria dos "punitive damages"*⁹⁵, ainda há estudiosos que discordam da ideia de que, entre as funções da reparação civil, estaria aquela de caráter punitivo. Para José de Aguiar Dias⁹⁶, o caráter punitivo estaria adstrito à responsabilidade penal. Defende tal posicionamento elencando suas razões:

a) a pena tem em vista a culpa do delinquente, enquanto a indenização atende à preocupação de reparar o dano. A primeira não se preocupa com a existência do prejuízo, isto é, não se aplica por força do dano, pois cogita de impor o mal ao causador do mal. A segunda não se compreende sem o dano, porque se mede em função dele; b) a pena é sempre consequência de delito, ao passo que a indenização tem no ato ilícito apenas uma das diversas causas de que pode surgir; c) a pena é, mas a indenização não é, inseparável da pessoa do delinquente; d) se tivesse caráter penal, a indenização não seria transmissível aos herdeiros do lesado; e) o irresponsável não está sujeito a pena, mas está sujeito a indenização; f) a pena pode ser convertida em outro castigo, se o delinquente não a pode satisfazer; a obrigação de indenizar subsiste, embora inexecutável.

Investigadas concisamente as funções da responsabilidade civil, é de se acolher que sua intenção determinante traduz-se no "interesse de restabelecer o equilíbrio violado pelo dano"⁹⁷. Desse modo, o arbitramento da indenização pelo magistrado deve ser proporcional ao dano, sob pena de se responsabilizar a vítima pelo prejuízo patrimonial ou moral que ela mesma sofreu, pois "indenizar pela

⁹⁵ Acerca da teoria e suas controvérsias, cabe mencionar a explicação oferecida por Lucas Levi Correia Rezende em seu proveitoso artigo, no qual expende que "a tradução mais adequada e mais aceita doutrinariamente da expressão *punitive damages* seria indenização punitiva, tendo em vista que *damages* faz referência a uma pecúnia ou indenização proveniente da prática de um ato ilícito e a palavra *punitive*, provém exatamente de punição, incluímos também a expressão comumente usada *exemplary damages* que traduz indenização exemplar, nomenclatura mais utilizada em alguns países. Compreendido o sentido literal do termo, devemos esclarecer o entendimento conceitual do retromencionado instituto. *Punitive* ou *exemplary damages* nos remete ao sentido que diverge do *compensatory damages*. Enquanto este último (indenização compensatória) trata-se de uma indenização referente à proporção do dano, ou seja, que busca reparar ou compensar o dano sofrido; o primeiro instituto é o entendimento de aplicar um objetivo punitivo ao infrator, com o escopo de desestimular a sua conduta e também a de outrem, seria uma situação que além da compensação, há a punição." In REZENDE, Lucas Levi Correia. Indenização punitiva: uma análise acerca do "punitive damages" e sua aplicabilidade no direito brasileiro. Disponível em: <<http://lucaslcrezende.jusbrasil.com.br/artigos/112312440/indenizacao-punitiva-uma-analise-acerca-do-punitive-damages-e-sua-aplicabilidade-no-direito-brasileiro>> Acesso em outubro de 2015.

⁹⁶ DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 11 ed. atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.1211

⁹⁷ DINIZ, Maria Helena. *Op cit.* p.5

metade é responsabilizar a vítima pelo resto”⁹⁸. A reparação, ainda, não deve prestar-se como critério de enriquecimento ilícito pelo ofendido, mas apenas buscar a restauração da situação anterior ao prejuízo. Ou, então, ao menos suavizar seus hostis efeitos.

1.4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA

Assim como nos mais diversos ramos do Direito, a responsabilidade civil hoje também se apresenta no direito de família. Nesse contexto de atualidade, Venosa⁹⁹ ressalta que:

Apenas recentemente a doutrina preocupou-se com situações específicas que podem gerar dever de indenizar entre membros da família, cônjuges, conviventes, pais e filhos. Quando determinada área do direito atinge certo patamar de sofisticação e passa a gozar de princípios próprios, é natural que seja cerceada de especificidade para as soluções do dever de indenizar. É o que ocorre com o direito de família.

A responsabilidade civil e o direito de família, ambas disciplinas do direito civil, somente há pouco tempo passaram a se concatenar. Essa imaturidade, distingue Douglas Philip Freitas¹⁰⁰, ainda promove discrepâncias na compreensão da relação entre essas duas áreas civilistas, tendo em vista que certas opiniões e decisões “pendem ora para os pressupostos do direito de família – de caráter não indenizatório, conciliador; ora para os ditames da responsabilidade civil – de natureza financista”. Sobre o assunto, ainda, opina Aline Biasus Suarez Karow¹⁰¹:

A responsabilidade civil no seio da família é o tipo de responsabilidade mais “delicada” que pode ser estudada, pois confrontam dois princípios muito próximos em si mesmos, aquele que coloca a dignidade do membro familiar acima de qualquer circunstâncias com aquele que dispõe sobre a função social da família e a limitação da intervenção estatal.

⁹⁸ PIZZARO, Daniel. em *Daños*, 1991.

⁹⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Op cit.* p. 298

¹⁰⁰ FREITAS, Douglas Phillips; CARVALHO, Dimas Messias de e ROSA, Conrado Paulino da. *Dano Moral e direito das famílias* 2ª ed. Editora Del Rey. Belo Horizonte: 2012. p.2.

¹⁰¹ KAROW, Aline Biasuz Suarez. *Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 164.

Como bem observa Rolf Madaleno¹⁰², o direito de família ainda não mantém simpatia para com o instituto da responsabilidade civil, assim como o Código Civil Brasileiro ainda silencia acerca da sua convergência às relações familiares. A responsabilidade civil derivada dos atos praticados no âmbito da família é de natureza subjetiva, eis que em seu contexto não incide a aplicação dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil objetiva, porquanto esta se restringe aos casos tipificados na lei e decorrentes das atividades de risco¹⁰³. Inegável, portanto, que em alguma medida e em algum momento ambas áreas civis haverão de estabelecer uma conexão. Recordam, quanto à discussão, Rosa, Carvalho e Freitas¹⁰⁴:

estamos no campo da subjetividade, sem dúvidas, mas também da responsabilidade parental, conjugal e humana, onde o respeito e tolerância devem andar de mãos dadas. Sem monetarizar o afeto, mas também sem excluir a responsabilidade que as interrelações humanas podem produzir.

Dentro dessa perspectiva, a responsabilidade civil, no presente estudo, restringir-se-á às condutas praticadas em âmbito familiar, mais precisamente envolvendo a omissão nos deveres de cuidado e de afeto pelos pais na tarefa da criação dos seus filhos, temática a qual apesar dos avanços e novas perspectivas trazidas, apresenta ainda intrigante resistência pela jurisprudência. É o que salienta Yusef Said Cahali¹⁰⁵, ao mencionar que “a jurisprudência não tem revelado maior entusiasmo quanto à pretensa responsabilidade civil indenizatória dessa modalidade de *dano moral*, que seria, na realidade, mais *dever ético/moral* que *obrigação jurídica*”.

Um dos grandes embaraços ao reconhecimento da responsabilidade civil no direito de família diz com a estabilidade aparente das relações familiares, dentro de uma visão conservadora do instituto familiar. Com a extinção do modelo patrimonial, a família atual restou alicerçada em elementos afetivos, pouco importando sua configuração (biparental, monoparental, entre pares homossexuais, heterossexuais,

¹⁰² MADALENO, Rolf. Responsabilidade Civil na Conjugalidade e Alimentos Compensatórios. *Revista Brasileira de Direitos e Sucessões*, São Paulo, n. 13, p. 29.

¹⁰³ *Ibidem*. p. 44

¹⁰⁴ FREITAS, Douglas Phillips; CARVALHO, Dimas Messias de e ROSA, Conrado Paulino da. *Dano Moral e direito das famílias* 2ª ed. Editora Del Rey. Belo Horizonte: 2012. p.45

¹⁰⁵ CAHALI, Yusef Said. *Dano moral*. 4ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 583

com filhos biológicos ou adotivos): basta que estejam presentes a comunhão, a união e o afeto como pressupostos comuns no relacionamento entre seus membros.

A investigação da incidência da responsabilidade civil às hipóteses de abandono afetivo envolve tanto o estudo da legislação relacionada ao direito de família como também a análise crítica da atividade judicial no julgamento desses casos. Outrossim, envolve-se nesse conjunto também aspectos éticos e morais, tendo-se em vista que a família brasileira passou (e vem passando) por diversas modificações, todas elas buscando humanizar o relacionamento entre pais e filhos.

O abandono afetivo, um dos temas mais polêmicos na intersecção entre o direito de família e a responsabilidade civil vem sendo definido como a falha de um dos pais na tarefa de cumprir deveres morais, psicológicos e afetivos ao menor. Contudo, em que pese a contenda envolvendo o tema, bem como a incessante atividade judicial na aplicação prática do instituto, ainda não há previsão legal acerca do assunto. Sabe-se que o dano causado pelo genitor à prole é o dano moral, sujeito à indenização, conforme autoriza o art. 5º e seus incisos V e X da Constituição Federal. A indenização pela omissão afetiva, portanto, decorre da configuração de ato ilícito que ofenda aos direitos de personalidade do menor, tais como a honra, a integridade psíquica, a intimidade, o intelecto, dentre outros, ocasionando ao lesado dor moral e desconforto. Yussef Said Cahali¹⁰⁶, no contexto ora em discussão, define o dano moral como sendo

a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra, e os demais sagrados afetos; classificando-se, desse modo, em dano que afeta a “parte social do patrimônio moral” (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a “parte afetiva do patrimônio moral” (dor, tristeza, saudade, etc.); dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante etc.) e dano moral puro (dor, tristeza etc.).

Cavaliere Filho enxerga, ainda, uma ampliação no conceito de dano moral:

hoje o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos – os complexos de ordem ética -, razão pela qual podemos defini-lo, de

¹⁰⁶ *Op cit.* p. 19/20

forma abrangente, como sendo **uma agressão a um bem ou atributo da personalidade**. Em razão de sua natureza imaterial, o dano moral é insusceptível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização. (grifo do autor)¹⁰⁷

Ao se contemplar as palavras dos autores, no intuito de concluir se é possível ou não imputar uma indenização ao genitor em virtude do dano moral por ele praticado, deve-se, particularmente, examinar as peculiaridades e pormenores relacionadas ao caso concreto para, então, buscar definir se existem critérios justos que autorizem a responsabilização. Maria Berenice Dias¹⁰⁸, nesse diapasão, ressalta que

a convivência dos filhos com os pais não é direito, é dever. Não há direito de visitá-lo, há obrigação de conviver com ele. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. Os sentimentos de dor e de abandono podem deixar reflexos permanentes em sua vida.

A imposição da indenização pelo dano moral serve também como instrumento refrecedor e desestimulante da conduta ofensiva do agente, visto pela ótica da sua função dissuasória. Entretanto, a maior finalidade da imposição de uma indenização é a de reparar o ato ilícito, fazendo com que, nas palavras de Fernanda Rempel Heinen e Fernanda Trentin¹⁰⁹ “o agente se submeta a uma forma de retribuir o mal gerado, eis que não seria possível uma restituição material do dano causado, considerando que é difícil a análise concreta da extensão do dano no abandono afetivo.”

Os deveres de cuidado e afeto, conquanto possam ser entendidos como implícitos no cumprimento dos poderes parentais, ainda não são uma realidade verificada em todas as famílias. Na última década, o direito de família tem se devotado no aprofundamento da possibilidade de se reconhecer um “direito ao afeto”

¹⁰⁷ CAVALIERI FILHO, *Op cit.* p. 90/91.

¹⁰⁸ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.* p. 469/470

¹⁰⁹ HEINEN, Fernanda Rempel; TRENTIN, Fernanda. A responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVII, n. 124, maio 2014. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14099>. Acesso em outubro de 2015.

nas relações de filiação, assim como de determinar responsabilização dos genitores diante das hipóteses de descumprimento de deveres que tangem ao trato dos filhos.

A segunda parte dessa monografia terá como objeto o debate acerca do afeto como valor jurídico, a possibilidade (ou não) de o genitor ser responsabilizado pela falta de afeto a partir da análise de dois julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, tidos como paradigmas pelo direito brasileiro, o exame das consequências psicológicas na vida do menor e duas recentes mobilizações legislativas versando a respeito da matéria.

2ª PARTE: O ABANDONO AFETIVO E SEUS EFEITOS JURÍDICOS

2.1 O AFETO COMO VALOR JURÍDICO

A função do direito de família é regular as relações familiares e, nos últimos tempos, acompanhando as evoluções sociais, legislativas e jurisprudenciais, esse direito tem priorizado a valorização do indivíduo dentro do grupo familiar, colocando-o em posição destacada, em sintonia com o princípio da dignidade da pessoa humana. O afeto passou por um processo de jurisdicionalização e hoje se presta ao direito de família como um incontestável e determinante fundamento jurídico. Dessa feita, o direito de família, natural e espontaneamente, ultimou que o grupo familiar não é apenas concebido por razões genéticas, mas também por laços de afeto. Tem-se assim formado um novo cenário, em que os dois personagens protagonistas são a família e o afeto. Isso significa que o afeto se desenvolve na família e ali se fortifica, expressando simultaneamente a união entre seus membros e determinando o ambiente familiar como local propício para se buscar a realização pessoal do indivíduo.

No plano judicial, diversas são as decisões que projetaram o afeto como elemento jurídico fundamental para a resolução das demandas concernentes ao abandono afetivo. O julgado abaixo ementado, comovente e merecedor de destaque, demonstra que o vínculo afetivo se sobrepõe aos laços sanguíneos, buscando efetivar o melhor interesse da criança, a fim de que sejam resguardadas condições dignas para a promoção de seu desenvolvimento físico e emocional:

APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PERDA DO PODER FAMILIAR. Genitores que não apresentam condições mínimas de prover o saudável desenvolvimento da filha, diante da evidência das precárias condições emocionais do casal. Grandes dificuldades em despender os cuidados básicos de que a criança necessita, tanto que o abrigo da menor decorreu de enorme negligência e maus tratos à recém-nascida. Infante que foi abrigada com desnutrição, retardo psicomotor e neurológico, donde decorreram graves problemas gástricos, respiratórios e crises convulsivas. **Vínculo biológico que não tem o condão de superar a necessidade de afeto, saúde, educação e vida digna à menor. Imperiosidade da destituição do poder familiar.** Apelação desprovida. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70026649327, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vasco Della Giustina, Julgado em 19/11/2008) (grifei)

Com o escopo de preservar e promover os interesses das crianças e dos adolescentes, tendo em vista encontrarem-se em peculiar estágio de desenvolvimento físico-psíquico, bem como a inerente condição de vulnerabilidade, o ordenamento jurídico pátrio determinou uma série de deveres aos pais, com fundamento no pátrio poder. Contudo, não somente em termos de legislação interna a proteção da criança encontra-se assegurada: a Convenção Sobre os Direitos das Crianças¹¹⁰, tratado que visa à proteção de crianças e adolescentes de todo o mundo, foi aprovada por meio da Resolução 44/25 da Assembléia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989. Posteriormente, foi internalizada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 99.710/1990. A Convenção dispõe, em seu artigo 7º, alínea 1, que:

A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a **ser cuidada** por eles. (grifei).

O que se percebe dos diversos textos legais tutelando o menor é que, dentro dos deveres de guarda, cuidado e convivência, encontra-se subjacente o dever de afeto. Esse elemento hoje faz parte de uma realidade pela qual se justifica sua tutela pelo direito, quando passou a se considerar que ele não apenas une as pessoas, mas também exerce fundamental importância na vida da criança, mormente em seu processo de desenvolvimento físico e psíquico. Sérgio Gischkow Pereira¹¹¹ argumenta que o amor é sim um valor jurídico:

O amor é um valor jurídico, e não será logo no direito de família que deixará o valor jurídico do amor de merecer especial apreço. O significado, o sentido, a razão de ser, o valor de uma união entre duas ou mais pessoas é posto e subsiste em função da afeição que as vincula. Corolários desta asserção consistem em repelir o despotismo masculino; em vislumbrar na família um grupo fundado

¹¹⁰ A Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Convenção sobre os Direitos da Criança – Carta Magna para as crianças de todo o mundo – em 20 de novembro de 1989, e, no ano seguinte, o documento foi oficializado como lei internacional. A Convenção sobre os Direitos da Criança é o instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal. Foi ratificado por 193 países. Somente dois países não ratificaram a Convenção: os Estados Unidos e a Somália – que sinalizaram sua intenção de ratificar a Convenção ao assinar formalmente o documento. Disponível em <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm>. Acesso em novembro de 2015.

¹¹¹ PEREIRA, Sérgio Gischkow. Tendências modernas no direito de família. Revista dos Tribunais. São Paulo, n.628, fev. 1988, p. 26.

na mútua afeição, mais do que pela autoridade marital ou de quem quer que seja; em reduzir os fatores organizacionais e hierárquicos na estrutura familiar, em fomentar a liberdade e a igualdade nas interações familiares.

Acerca das considerações supra, Aline Suarez Biasus Karow clarifica que, em que pese o autor utilizar a expressão *afeto* em vez de *amor*, “pode-se dizer que o amor é gênero do qual o afeto é espécie”¹¹². No intuito de desmistificar a eventual confusão que os termos podem gerar, a autora insiste em elucidar por completo a controvérsia semântica e firmar seu posicionamento quanto ao elemento afetivo:

O amor, dada a sua robustez e essência, é impossível de ser mensurado, ainda que juridicamente, porém o afeto, um dos gêneros do sentimento amor, e por vezes a manifestação mais simples e inicial deste, é suficiente para demarcar um novo conceito jurídico familiar. Demonstrada a impropriedade da utilização do termo genérico amor, em face das razões já esclarecidas, bem como a constatação de que a afetividade é suficiente para estabelecer os vínculos emocionais entre as pessoas, pode-se afirmar que se estabeleceu a afetividade como valor jurídico no sistema familiar brasileiro. A afetividade tornou-se um fato, passou a ser valorada na sociedade e solidificou-se na norma.¹¹³

A nova postura da família, propulsora do desenvolvimento da criança e do adolescente em seu seio por intermédio da observância dos deveres legais e morais, evidencia que tal agrupamento é um recinto social que propicia aos indivíduos desenvolverem seus laços afetivos e amorosos, por meio da solidariedade entre seus membros. Em razão dessa feição sentimental¹¹⁴, o reconhecimento jurídico do afeto vem patenteadado não somente pelas reiteradas aparições em debates doutrinários, como também pela sua apreciação em julgamentos, tanto pelas instâncias de primeiro grau como pelas altas cortes do judiciário brasileiro, segundo apontado por Aline Suarez Biasus Karow:

Até o Superior Tribunal de Justiça não tem tido dificuldade ou sequer acanhado-se em proferir decisões que visem o vínculo afetivo no conflito familiar, o que demonstra mais uma vez a procedência da

¹¹² KAROW, Aline Biasuz Suarez. *Op cit.* p. 129.

¹¹³ *Ibidem.* p. 131

¹¹⁴ Ainda sobre o vocábulo *afeto*, cabe verificar sua definição dicionarizada: *afeto. a.fe.to. sm (lat affectu) 1 Sentimento de afeição ou inclinação para alguém. 2 Amizade, paixão, simpatia.* Em Michaelis Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. Editora Melhoramentos Ltda. 2009. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br>> Acesso em novembro de 2015.

tese da jurisdicalização do afeto. O afeto está para os laços familiares assim como o sol está para o dia. Muitas vezes está encoberto, mas sabido que está lá, mesmo que esteja atrás das nuvens.¹¹⁵

A questão da elevação do afeto ao patamar de valor jurídico é abordagem fundamental no deslinde dessa monografia, uma vez que a responsabilidade civil pelo abandono afetivo tem, dentre seus fundamentos de notória importância, justamente a presença desse elemento nas interações familiares. É que a aplicação da indenização dependerá da constatação efetiva da violação desse dever de ordem subjetiva e moral.

2.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Diante das novas configurações dos grupos familiares, nos quais as obrigações paternas e maternas não mais se restringem ao suporte financeiro e material, conforme já explicitado, ganham sobressalente importância os deveres de cuidado e aqueles de cunho afetivo. Pelo princípio da paternidade responsável, os pais devem arregar-se com os ônus e os bônus da criação de suas proles, tenham elas sido planejadas ou não. Entre o abandono material e o abandono afetivo, Guilherme Calmon Nogueira Gama e Helen Cristina Leite de Lima Orleans¹¹⁶ distinguem a gravidade do segundo:

Apesar das grandes dificuldades financeiras e da má distribuição de renda que assola a nossa sociedade, não é o abandono material o pior retrato. Para este, o direito tem dado resposta eficiente, justamente através dos diversos mecanismos de sanção e cobrança que podem ser utilizados pelos filhos em face de seus genitores. A real questão, na verdade, reside no abandono moral ou afetivo do filho menor: essa sim, a mazela a causar maiores danos. Em outras palavras, a figura do pai é de grande importância para a própria identificação da pessoa, será verdadeira “condição básica para que alguém possa existir como sujeito. Portanto, é mais que um direito fundamental, é o direito fundante do ser humano como sujeito”.

¹¹⁵ *Op. cit.* p. 140

¹¹⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira e ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. Responsabilidade civil nas relações familiares. Disponível em <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130422213353.pdf>. Acesso em novembro de 2015

O abandono material já tem solução definida pela lei civil: o pagamento da pensão alimentícia, conforme previsão do art. 1.694 e seguintes do Código Civil. Entretanto, o abandono afetivo ainda se apresenta como lide de complexa solução, haja vista a fundamental importância que a figura do genitor desempenha na vida do infante. Desse modo, a tarefa de ser pai ou mãe ultrapassa a mera concepção biológica do filho: a parentalidade significa prover ao novo ser que chega ao mundo uma consolidada estrutura material, sem dúvidas, mas principalmente emocional e afetiva, visando prover à criança um crescimento saudável e um posterior desenvolvimento de habilidades para estabelecer relações no ambiente social. Desse modo, apesar de o sistema jurídico pátrio não trazer um conceito esmerado de abandono afetivo, a doutrina e a jurisprudência vêm, cada vez mais, empenhando-se em estabelecer sua(s) definição(ões). Outrossim, sem embargo da ausência de conceito na seara civil, o direito penal já tratou de trazer sua própria definição, não propriamente de *abandono afetivo*, mas de abandono moral, classificada em duas formas – material e intelectual¹¹⁷, respectivamente:

Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo.

Art. 246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar.

Sobre o abandono afetivo, Laura Maciel Freire de Azevedo¹¹⁸ revela seu acurado conceito para esse recente instituto, salientando que a lesividade somente pode atingir os menores e os pubescentes:

Assim é que, conforme já referido, pode-se afirmar que o abandono afetivo é a violação dos direitos personalíssimos dos filhos e a deficiente realização da afetividade em decorrência do mau exercício do poder familiar por parte dos pais. Portanto, a teor do art. 1.630 do

¹¹⁷ BRAGA, Julio Cezar de Oliveira. Indenização por abandono afetivo: do direito à psicanálise. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 5.

¹¹⁸ AZEVEDO, Laura Maciel Freire de. Abandono afetivo: Do foco do problema a uma terceira solução. Disponível em <<http://www.jdsupra.com/documents/3e355834-c2a5-4cac-9cbe-16ef6bea8c53.pdf>> Acesso em novembro de 2015.

Código Civil de 2002, o abandono afetivo, juridicamente concebido, é agressão que lesiona direitos apenas de crianças e adolescentes.

Assim, o abandono afetivo constitui-se diante da ausência de um dos genitores no convívio com seus filhos e também da falha nos deveres legais respeitantes ao poder familiar, acarretando em lesão psíquica e violação dos direitos de personalidade. Em que pese haver suporte financeiro, cumprimento das obrigações alimentícias e demais deveres de cunho material, a omissão do afeto cria um distanciamento entre pais e filhos que acaba por privar a criança de uma condigna convivência amorosa e afetuosa. É essa a razão pela qual vem crescendo, na esfera judiciária, as demandas propostas por filhos contra seus pais, alegando-se a ausência paterna ou materna, frustração do dever de cuidado e o descumprimento das obrigações de natureza legal. A fundamentação jurídica dessas ações, por óbvio escora-se no art. 186 do Código Civil.

Julio Cezar de Oliveira Braga¹¹⁹ compreende que o ordenamento jurídico brasileiro já prevê a prática do abandono afetivo no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 22, e o define como “a conduta dos pais que deixam, sem justa causa, de prover o sustento, a guarda e a educação dos filhos menores de 18 anos”. Seu conceito ainda discerne o instituto como “o distanciamento ou a ausência afetiva dos pais no convívio com seus filhos (...) privando-os da convivência e do contato afetuoso”¹²⁰

Sob essa ótica, poderia ser admissível a reparação por danos morais quando os pais deixam seus próprios filhos ao desamparo moral e afetivo. Por outro lado, há de se considerar a existência de opiniões e posicionamentos contrários, que firmam-se pela inadmissibilidade de se efetivar tal espécie de reparação, na medida que a ninguém há de ser imposta a obrigação de amar, ainda que o próprio filho. O que esses filhos/vítimas reclamam, em verdade, é o exercício de uma parentalidade responsável.

O abandono afetivo é constatado mais facilmente em famílias nas quais ocorreu o divórcio dos pais, e a guarda dos filhos foi determinada a somente um deles. Não obstante tal circunstância ser de fácil constatação no cotidiano, não é ela um pressuposto essencial para se reconhecer o abandono moral, eis que existem

¹¹⁹ BRAGA, Julio Cezar de Oliveira. *Op cit.* p. 4/5.

¹²⁰ *Ibidem.*

casos nos quais, mesmo os pais vivendo conjuntamente sob o mesmo teto, ainda é possível constatar o abandono por parte apenas de um deles.¹²¹ Nos casos em que ocorre separação, porém, o direito de visita pelo genitor que não detém a guarda acaba destacando-se como solução viável a evitar que o vínculo de afeto seja dissolvido. A separação, em verdade, ocorreu entre os pais, e não entre estes e seus filhos.

Claudete Carvalho Canezin¹²² identifica que não é incumbência do Poder Judiciário obrigar os pais a amar suas proles; entretanto, se genitores escolheram o sê-lo, devem resonsabilizar-se pelas funções:

O Poder Judiciário não pode obrigar ninguém a ser pai. No entanto, aquele que optou por ser pai – vale salientar que há inúmeros recursos para se evitar a paternidade – deve encarregar-se de sua função sob pena de reparar os danos causados ao desenvolvimento de seus filhos. Diante disso, é importante refletir que a conduta dos pais, por vezes precipitadas e imaturas, enconberta de ressentimentos pelo outro cônjuge, acabam por refletir incisivamente sobre a vida – e pessoa – dos filhos, trazendo a eles inúmeras e por vezes irreparáveis seqüelas psicológicas e emocionais, resultando na configuração de atos ilícitos passíveis de reparação. Esse dano moral percebido pelo filho abandonado afetivamente pelos pais não se dará em um único momento da vida, mas irá acompanhá-lo durante toda sua fase de formação, estendendo-se ao longo de sua existência, em reiteradas manifestações dor, rejeição, mágoa, sofrimento e raiva.

A opção por gerar um filho reside na esfera subjetiva do sujeito, em seu espaço discricionário. Logo, ao se decidir por gerar uma criança, além da conveniência e oportunidade, os pais devem voltar seus olhos também para si mesmos: estão preparados emocionalmente? Possuem suporte financeiro para arcar com as despesas que um filho irá gerar? Essa criança será criada em um ambiente de convívio mútuo e permeado por afeto? Quando a criança vem ao mundo “por acidente”, fruto da irresponsabilidade ou negligência dos seus provedores, essa eventualidade não pode transformar-se em objeto de ressentimento pelos pais, nem dar azo à brigas entre eles acerca do culpado pelo “imprevisto”. Oras, um filho é concebido por meio de um ato biológico envolvendo

¹²¹ Ver DILL, Michele Amaral e CALDERAN, Thanabi Bellenzier. *Op cit.*

¹²² CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v.8, n.36, p.71-87, jun./jul. 2006.

duas pessoas, e a imaturidade dos pais não deve se refletir nos deveres que terão de ser por eles cumpridos.

Como destaca Claudete Carvalho Canezin, a ausência justificada dos pais na vida dos filhos – como na situação da morte – causa uma tristeza na criança, contudo essa desolação é passageira. Por outro lado, quando a ausência é notadamente injustificada – a criança sabe que tem um pai e uma mãe vivos, mas que não querem conviver com ela – essa circunstância, sim, é que resultará em traumas psicológicos profundos:

Quando, por algum motivo, um dos pais não está presente nessas comemorações [aniversários], todos reparam, desde o coleguinha até os funcionários da escola. E, naturalmente, a criança que teve seu pai ausente fica triste e acanhada, por vezes chora ou fica arredia. A ausência do pai é sentida durante todo o ano, mas, nessas ocasiões, em que todos estão contentes, a criança fica mais sensível e mais afeta a sua falta. Quando o pai está ausente por motivo de saúde ou porque já faleceu, a tristeza é passageira e sentida com um misto de dor e saudade. Entretanto, quando essa ausência é voluntária, a criança se sente totalmente rejeitada, porque sabe que tem um pai mas este não se importa com sua vida e com o seu desenvolvimento, tem ciência de sua existência mas não tem por ela nenhum amor ou afeto.¹²³

Não se pode olvidar, ainda, que os atos violadores do direito de convivência familiar, assim como as ofensas aos direitos de personalidade, caracterizam-se como danos morais, passíveis de reparação, conforme preceito do artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal de 1988. Constata-se, dessa maneira, no instituto do abandono afetivo, a presença dos elementos distintivos da responsabilidade civil: ação ou omissão, nexo de causalidade, dano e culpa.

A ação ou omissão é verificada na conduta culposa (*lato sensu*) adotada por um dos pais que, deliberadamente ou negligentemente, deixa o filho ao abandono moral, ante o descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar. Constata-se o nexo de causalidade por existir entre as partes uma relação de parentalidade que conecta pais e filhos, seja no aspecto biológico (laços de consangüinidade) ou no socioafetivo. Por sua vez o dano, aparentemente, é o elemento de mais difícil averiguação, pois somente poderá ser aferido por meio de laudos psicológicos e psiquiátricos, na medida em que tais instrumentos médicos terão o condão de

¹²³ *Ibidem*

determinar o grau de comprometimento emocional e lesividade psíquica da criança e do adolescente acarretado pelo abandono afetivo.

O exame clínico, nesses casos, demonstrará a facilidade ou a dificuldade da criança em se relacionar no contexto social, as formas de exteriorização dos sentimentos, o grau de agressividade, o grau de timidez e recato, a identificação que a criança terá de si mesma em face aos outros (se em nível de inferioridade ou igualdade), a auto-estima, o estímulo aos estudos, os hábitos de higiene, bem assim como o complexo de elementos biológicos e psicológicos inerentes ao desenvolvimento do ser humano. Entende-se, assim, que o ato de deixar um filho ao desamparo, afastando-o do direito à convivência familiar, prejudica sua formação moral e psicológica, e configura-se em ato ilícito, passível de indenização.

2.2.1 DA IMPOSSIBILIDADE DE O GENITOR SER RESPONSABILIZADO PELO ABANDONO AFETIVO: O RECURSO ESPECIAL Nº 757411/MG

O primeiro caso atinente à responsabilidade civil por abandono afetivo a alcançar o Superior Tribunal de Justiça foi o Recurso Especial nº 757411/MG¹²⁴, interposto de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado Minas Gerais que reconheceu a configuração do abandono afetivo por parte do pai/recorrente, em relação a seu filho/recorrido, fixando indenização por danos morais no valor de R\$ 44.000,00. O relatório do recurso traz a seguinte narrativa:

Por ALEXANDRE BATISTA FORTES foi proposta ação ordinária contra VICENTE DE PAULO FERRO DE OLIVEIRA, seu pai, pleiteando indenização por danos morais decorrentes do abandono afetivo por ele perpetrado. Sustenta o autor, nascido em março de 1981, que desde o divórcio de seus pais em 1987, época do nascimento da filha do recorrente com sua segunda esposa, por ele foi descuidado o dever de lhe prestar assistência psíquica e moral, evitando-lhe o contato, apesar de cumprir a obrigação alimentar. Aduz não ter tido oportunidade de conhecer e conviver com a meia-irmã, além de ignoradas todas as tentativas de aproximação do pai, quer por seu não comparecimento em ocasiões importantes, quer por sua atitude displicente, situação causadora de extremo sofrimento e humilhação, restando caracterizada a conduta omissa culposa a ensejar reparação. O genitor, a seu turno, esclarece ser a demanda

124

Disponível em
<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=595269&sReg=200500854643&sData=20060327&formato=PDF> Acesso em novembro de 2015.

resultado do inconformismo da mãe do recorrente com a propositura de ação revisional de alimentos, na qual pretende a redução da verba alimentar. Aduz ter até maio de 1989 visitado regularmente o filho, trazendo-o em sua companhia nos finais de semana, momento em que as atitudes de sua mãe, com telefonemas insultuosos e instruções ao filho para agredir a meio-irmã, tornaram a situação doméstica durante o convívio quinzenal insuportável. Relata, além disso, ter empreendido diversas viagens, tanto pelo Brasil, quanto para o exterior, permanecendo atualmente na África do Sul, comprometendo ainda mais a regularidade dos encontros. Salienta que, conquanto não tenha participado da formatura do filho ou de sua aprovação no vestibular, sempre demonstrou incentivo e júbilo por telefone. Afirma, nesse passo, não ter ocorrido qualquer ato ilícito.

A breve sinopse contém a história pessoal de Alexandre e as razões que o impeliram a publicizar seu desafeto pelo seu genitor e, desse modo, bater às portas do Judiciário a fim de ajuizar ação indenizatória pelo abandono afetivo. A separação dos pais é aqui definida como situação ensejadora do rompimento da convivência com o pai, que até então ocorria de forma rotineira. Com a constituição de uma nova família pelo genitor, a situação de abandono se acentuou, vez que o pai passou a dedicar sua atenção unicamente para a criança fruto da nova relação. Por isso, o genitor começou a desprezar as diversas tentativas de reaproximação, o que veio a ocasionar sentimentos de rejeição, sofrimento e humilhação por parte do demandante.

Contestando a exordial, o pai aduziu que o conflito tinha por origem a interposição de revisional de alimentos por parte dele, a fim de que fosse reduzida a verba alimentar. Asseverou que até maio de 1989 mantinha visitas regulares ao filho, até que a mãe (ex-esposa) transformou a convivência em algo insuportável, o que, mesmo assim, não fez com que houvesse afastamento total entre pai e filho, eis que foi mantido o contato telefônico.

A sentença prolatada em primeiro grau deu por improcedente o pedido do filho, alegando a inexistência de nexo causal entre o afastamento por parte do pai e a manifestação de sintomas psicopatológicos (questões que foram atestadas em laudo médico-profissional). Entendeu o magistrado que não restou demonstrado descaso por parte do genitor.

Saliente-se que tal sentença foi exarada sob a vigência do Código Civil de 1916, de maneira que o art. 395¹²⁵, tendo sofrido poucas alterações em seu texto legal, corresponde ao 1.638¹²⁶ do Código Civil de 2002.

In casu, verificou-se que ante a não demonstração do nexo causal entre a conduta do agente e o dano experimentado pela vítima, não surgiu o dever de indenizar. Pontuou o juiz, ainda, que não foi possível constatar “o descaso intencional do réu para com a criação, educação e formação da personalidade do filho, de molde a caracterizar o estado de abandono a que se refere o art. 395, inc. II”.

Não obstante a sensatez de suas arguições, esqueceu-se o julgador de que na responsabilidade civil por abandono afetivo, típica responsabilidade extracontratual, o agente responde tanto na forma culposa como na dolosa¹²⁷. Equivocou-se, da mesma forma, ao não diferenciar o critério para decretação da perda do poder familiar do critério para reparação por abandono afetivo: são institutos diferentes. A causa de pedir na demanda que tem por objeto o abandono afetivo é a indenização, e não a decretação de perda do poder familiar. Além do mais, a perda do poder familiar tem caráter punitivo, buscando sancionar o genitor, enquanto que a indenização possui viés compensatório e dissuasório.¹²⁸

¹²⁵ Art. 395. Perderá por ato judicial o pátrio poder o pai, ou mãe:

I. Que castigar imoderadamente o filho.

II. Que o deixar em abandono.

III. Que praticar atos contrários à moral e aos bons costumes.

¹²⁶ Art. 1.638. 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.

¹²⁷ DIREITO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ABANDONO AFETIVO PELO GENITOR. NEXO DE CAUSALIDADE. AUSÊNCIA. DANO MORAL. NÃO CONFIGURADO. 1. **A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL, DECORRENTE DA PRÁTICA ATO ILÍCITO, DEPENDE DA PRESENÇA DE TRÊS PRESSUPOSTOS ELEMENTARES: CONDUTA CULPOSA OU DOLOSA, DANO E NEXO DE CAUSALIDADE.** 2. AUSENTE O NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA OMISSIVA DO GENITOR E O ABALO PSÍQUICO CAUSADO AO FILHO, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, PORQUE NÃO RESTARAM VIOLADOS QUAISQUER DIREITOS DA PERSONALIDADE. 3. ADEMAIS, NÃO HÁ FALAR EM ABANDONO AFETIVO, POIS QUE IMPOSSÍVEL SE EXIGIR INDENIZAÇÃO DE QUEM NEM SEQUER SABIA QUE ERA PAI. 4. RECURSO IMPROVIDO. (TJ-DF - APC: 20090110466999 DF 0089809-17.2009.8.07.0001, Relator: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, Data de Julgamento: 03/07/2013, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 16/07/2013 . Pág.: 100) (grifei).

¹²⁸ É o que argumentam Flávio Tartuce e Giselda Hironaka: *No caso de abandono ou do descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, porém, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar, antigo pátrio-poder, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 24, quanto no Código Civil, art. 1638, inciso II. Assim, o ordenamento jurídico, com a determinação da perda do poder familiar, a mais grave pena civil a ser imputada a um*

Prolatada a sentença de improcedência, os autos subiram ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que acabou por reformar a decisão de primeira instância¹²⁹, reconhecendo que o sofrimento experimentado pelo infante deve ser indenizável, fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana. O *quantum* restou fixado em R\$ 44.000,00, tendo o relator do acórdão ainda considerado os dados do laudo pericial, que identificou sofrimento moral e psíquico por parte do menor:

De acordo com o estudo psicológico realizado nos autos, constata-se que o afastamento entre pai e filho transformou-se em uma questão psíquica de difícil elaboração para Alexandre, interferindo nos fatores psicológicos que compõem sua própria identidade. “É como se ele tentasse transformar o genitor em pai e, nesta árida batalha, procurasse persistentemente compreender porque o Sr. Vicente não se posiciona como um pai, mantendo a expectativa de que ele venha a fazê-lo.” (fls. 72). “Neste contexto, ainda que pese o sentimento de desamparo do autor em relação ao lado paterno, e o sofrimento decorrente, resta a Alexandre, para além da indenização material pleiteada, a esperança de que o genitor se sensibilize e venha a atender suas carências e necessidades afetivas.” (fls.74).

Concluiu o relator Unias Silva que “encontra-se configurado nos autos o dano sofrido pelo autor, em relação a sua dignidade, a conduta ilícita praticada pelo réu, ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio e educação (...) e o nexo causal entre ambos”.

Salta aos olhos, aqui, que o julgador de primeiro grau entendeu pela não demonstração do nexo causal entre a conduta do pai e o dano configurado, enquanto que para o desembargador este se encontra nitidamente corroborado na prova técnica.

Irresignado, o pai socorreu-se do Superior Tribunal de Justiça, contudo o recurso foi inadmitido por ter invocado reexame de matéria fático-probatória e por não ter sido caracterizado dissídio jurisprudencial, tendo sido, posteriormente,

pai, já se encarrega da função punitiva. Em “Decisão do STJ reformando acórdão do TAMG sobre abandono afetivo – Flávio Tartuce com comentários da professora Giselda Hironaka. Disponível em <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=jurisprudencia&id=161>> Acesso em novembro de 2015.

¹²⁹ Dano moral - relação paterno-filial - abandono - princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade - indenização devida. "Indenização. Danos morais. Relação paterno-filial. Princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio da afetividade. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana." (TAMG – 7ª Câmara Cível. Apelação Cível 408.550-5. Rel. Unias Silva - DJMG 29.04.2004).

recebido em sede de agravo regimental. Por conseguinte, o Recurso Especial foi conhecido e provido¹³⁰, tendo sido essa ocasião a primeira vez em que uma corte superior apreciou a matéria objeto dessa monografia.

O voto do Ministro Relator Fernando Gonçalves enfatizou que, no caso de abandono ou descumprimento dos deveres de guarda e educação dos filhos, a lei civil já oferece a punição pela perda do poder familiar:

No caso de abandono ou do descumprimento injustificado do dever de sustento, **guarda e educação** dos filhos, porém, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar, antigo pátrio-poder, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 24, quanto no Código Civil, art. 1638, inciso II. Assim, o ordenamento jurídico, com a determinação da perda do poder familiar, a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização pelo abandono moral. (grifos do autor)

O Relator conheceu do recurso e lhe deu provimento a fim de afastar a possibilidade de indenização por abandono moral, sustentando que “escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada.”

Se nossa legislação já prevê como punição a perda do poder familiar nos casos de abandono e descumprimento injustificado dos deveres de sustento, guarda e educação, insiste-se que tal determinação não é o que está sob análise nesse trabalho. A perda do poder familiar desperta a função punitiva da responsabilidade civil, e o abandono afetivo outras (compensatória e dissuasória). Tais institutos não podem se confundir.

No que tange ao argumento de que ao Judiciário não cabe impor a alguém amar outrem, há de se reconhecer que existe fundamento em tal premissa. Todavia, não é esse o escopo da responsabilização pelo abandono afetivo. A questão é que o

¹³⁰ RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - REsp: 757411 MG 2005/0085464-3, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 29/11/2005, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 27/03/2006 p. 299RB vol. 510 p. 20REVJMG vol. 175 p. 438RT vol. 849 p. 228)

poder familiar traz em si deveres inerentes à condição de genitor¹³¹. Levando-se em conta que o afeto tornou-se um elemento jurídico e a família é tida como ambiente destinado à realização pessoal do ser humano, o exercício da paternidade e da maternidade deve ter em vista um diligente cumprimento daqueles preceitos legais. Não se estaria, portanto, a exigir que um pai ou uma mãe ame seu filho, mas que haja a mínima atenção aos deveres impostos pela lei, bem como àqueles de ordem moral, inerentes a essência humana no trato com os indivíduos entre si.

Os Ministros Aldir Passarinho e Cesar Asfor Rocha acompanharam o voto do relator. O voto divergente foi proferido pelo Ministro Barros Monteiro, que reconheceu a existência de ato ilícito no caso ante o atendimento aos requisitos legais. Vejamos a transcrição de seu voto, de fundamental importância para o deslinde da temática:

O Tribunal de Alçada de Minas Gerais condenou o réu a pagar 44 mil reais por entender configurado nos autos o dano sofrido pelo autor em sua dignidade, bem como por reconhecer a conduta ilícita do genitor ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio e afeto com o filho, deixando assim de preservar os laços da paternidade. Esses fatos são incontroversos. Penso que daí decorre uma conduta ilícita da parte do genitor que, ao lado do dever de assistência material, tem o dever de dar assistência moral ao filho, de conviver com ele, de acompanhá-lo e de dar-lhe o necessário afeto. Como se sabe, na norma do art. 159 do Código Civil de 1916, está subentendido o prejuízo de cunho moral, que agora está explícito no

¹³¹ Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

(...)

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

(Código Civil Brasileiro de 2002)

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

(Código Civil Brasileiro de 2002)

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente)

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente)

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Constituição Federal de 1988)

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. (Constituição Federal de 1988)

Código novo. Leio o art. 186: "*Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*" Creio que é essa a hipótese dos autos.

Demais partidários da tese da impossibilidade de se indenizar pelo abandono afetivo justificam que seu deferimento propiciaria o surgimento de uma possível "monetização do afeto", razão pela qual não se poderia impor aos pais a tarefa de nutrir afeto por seus filhos. Em suma, defendem que o afeto é um sentimento e, conseqüentemente, não pode ser imposto a nenhum indivíduo. Helen Cristina Leite de Lima Orleans¹³² complementa:

A primeira corrente defende, de maneira sintética, que não seria possível a condenação à obrigação de reparação dos danos morais com fundamento em abandono afetivo. Um de seus principais argumentos reside na impossibilidade de se obrigar uma pessoa a nutrir afeto ou carinho por outra. Este seria um espaço que não pode ser abarcado pelo direito: é próprio da esfera íntima de cada ser humano e, apenas a ele, de forma individual, diz respeito. O afeto e o carinho são sentimentos pessoais e, por isso, de natureza essencialmente subjetiva, razão pela qual deve ser levada em conta a liberdade de autodeterminação do pai, sob pena de caracterizar-se indevida ingerência sobre um dos aspectos mais básicos da pessoa: o amor pelo próximo.

Não é tarefa do Poder Judiciário (e nunca foi) invadir a esfera subjetiva dos indivíduos humanos a fim de extrair desse campo sentimentos de ordem íntima (amor, afeto, carinho) para entregá-los a outros. Não obstante, é de se relevar que o ato de criar um filho não envolve somente sentimentos "do fundo do coração". Exige mais que isso, tanto que o legislador pátrio já tomou conta da tarefa de inculpir na lei os deveres jurídicos que os pais tem em relação aos filhos. Se a violação de um dever jurídico preexistente configura a ilicitude, e aquele que causar dano a outrem em razão de um ato ilícito fica obrigado a repará-lo (art. 927 do Código Civil de 2002)¹³³, a violação dos deveres conexos ao poder familiar e dos bens tutelados juridicamente é a justificativa para que haja responsabilidade civil por abandono afetivo.

¹³² ORLEANS, Helen Cristina Leite De Lima Orleans. Simplesmente a vida como ela é: responsabilidade civil por abandono moral nas relações paterno-filiais. Disponível em <<http://www.orleansadvocacia.com.br/media/52a5ffdeca5e9.pdf>> Acesso em novembro de 2015.

¹³³ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Não tardou muito para que o Superior Tribunal de Justiça revisasse sua posição.

2.2.2 DA POSSIBILIDADE DE O GENITOR SER RESPONSABILIZADO PELO ABANDONO AFETIVO: O RECURSO ESPECIAL Nº 1159242/SP

Em 24 de abril de 2012, o Superior Tribunal de Justiça proferiu o Recurso Especial nº 1159242/SP e convulsionou os posicionamentos adversos que sustentavam a inaplicabilidade do instituto da responsabilidade civil ao âmbito das relações familiares, dando parcial provimento ao recurso a fim de reconhecer que “inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.” Para surpresa geral de juristas, estudiosos do Direito e a sociedade como um todo, a admissão da tese, capitaneada pela Ministra Relatora Nancy Andrighi, veio a sepultar a então solitária decisão-paradigma envolvendo o assunto, quer seja o Recurso Especial nº 757411/MG, que havia refutado a possibilidade de reparação por abandono afetivo no ordenamento jurídico do país.

Vale a transcrição completa do ementário, a fim de que nas próximas páginas seja feita uma análise mais pormenorizada dos elementos de tão venerada decisão:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.
6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.
7. Recurso especial parcialmente provido.

O Recurso Especial foi interposto por um pai contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu provimento à apelação interposta pela filha, reconhecendo o abandono afetivo por parte do genitor. Note-se que tal acórdão havia fixado compensação por danos morais em elevadíssimo valor (R\$ 415.000,00). Nas razões do recurso especial, alegou o pai “violação aos arts. 159 do CC-16 (186 do CC-02); 944 e 1638 do Código Civil de 2002, bem como divergência jurisprudencial”. Sustentou que não abandonou a filha, conforme afirmado pelo Tribunal de origem e que, ainda que assim tivesse procedido, tal fato não se reveste de ilicitude, sendo que a única punição legal prevista para o descumprimento das obrigações relativas ao poder familiar – notadamente o abandono – é a perda do respectivo poder familiar, conforme o art. 1.638 do Código Civil de 2002. Aduziu, ainda, que o posicionamento adotado pelo tribunal paulista diverge do entendimento do Superior Tribunal de Justiça para a matéria, consolidado pelo julgamento do Recurso Especial nº 757411/MG, que afastou a possibilidade de compensação por abandono moral ou afetivo.

O brevíssimo relatório formulado pela Ministra Nancy guarda íntima correspondência com o objeto de exame da presente monografia, de modo que passa a ser necessária a leitura da sua transcrição:

Sintetiza-se a lide em determinar se o abandono afetivo da recorrida, levado a efeito pelo seu pai, ao se omitir da prática de fração dos deveres inerentes à paternidade, constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável.

A possibilidade de se aplicar ou não a responsabilidade civil às relações familiares na ocasião da configuração do dano moral é controvérsia já estabelecida. Deferendem alguns juristas e estudiosos que emoções e sentimentos jamais poderiam ser indenizados monetariamente, e que seria impossível compensar danos

advindos do descumprimento das obrigações legais a que se sujeitam pais e mães. Porém, o Superior Tribunal de Justiça foi virtuoso em prestigiar crianças vítimas da mazela do abandono afetivo ao reconhecer que “não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família”. E fundamentou a Relatora:

os textos legais que regulam a matéria (art. 5,^o V e X da CF e arts. 186 e 927 do CC-02) tratam do tema de maneira ampla e irrestrita, de onde é possível se inferir que regulam, inclusive, as relações nascidas dentro de um núcleo familiar, em suas diversas formas. Assim, a questão – que em nada contribui para uma correta aplicação da disciplina relativa ao dano moral – deve ser superada com uma interpretação técnica e sistemática do Direito aplicado à espécie, que não pode deixar de ocorrer, mesmo ante os intrincados meandros das relações familiares.

Quanto ao frágil argumento de que a lei já prevê resposta específica aos casos de prática de abandono afetivo pelos pais com a perda do poder familiar (art. 1638, II, do Código Civil), defendeu a Corte que a perda do pátrio poder não é suficiente para excluir a possibilidade de indenizações ou compensações, “porque tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malcuidado recebido pelos filhos.”

Em prosseguimento, o voto da Ministra investiga o instituto da responsabilidade civil, destacando sua complexidade quando posto diante das relações familiares. Entendeu que o dever de cuidado aplica-se tanto aos filhos biológicos quanto aos adotivos, eis que existem não apenas vínculos afetivos, mas também legais que unem pais e filhos, sendo que, dentre os deveres atinentes ao poder familiar, destacam-se o “dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança.”

Demonstrou a Corte Superior, diante desses termos, que a mesma se encontra filiada aos novos valores abrigados pelo direito, mormente o afeto como elemento jurídico. É o que se extrai do voto:

Sob esse aspecto, calha lançar luz sobre a crescente percepção do cuidado como valor jurídico apreciável e sua repercussão no âmbito da responsabilidade civil, pois, constituindo-se o cuidado fator curial à formação da personalidade do infante, deve ele ser alçado a um patamar de relevância que mostre o impacto que tem na higidez psicológica do futuro adulto. Nessa linha de pensamento, é possível se afirmar que tanto pela concepção, quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole, que vão além daquelas chamadas *necessarium vitae*.

A criança e o adolescente necessitam, além dos suportes básicos (alimentação, moradia e saúde), elementos de cunho imaterial, inegavelmente necessários para uma apropriada formação psicossocial, elementos esses que serão ofertados aos filhos a partir da conduta dos pais quando do cumprimento de seus deveres legais. Tais deveres – cuidado, convívio, proteção, dentre outros – são fatores essenciais à formação do ser humano, pois construtores da integridade física e psicológica.

Em que pese o *cuidado* não estar expressamente disposto em algum artigo do ordenamento jurídico brasileiro, tal já foi reconhecido como valor jurídico, sendo que há outros vocábulos gramaticais inseridos nos diversos textos legais que manifestam semelhantes desinências, como se observa do art. 227 da Constituição Federal. Não obstante

o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar. (grifos da autora)

Elevado à categoria de obrigação legal, resta agora superada a objeção da “impossibilidade de se obrigar a amar”. Não sendo factível a determinação de se impor o dever de amar, eis que o amor situa-se em um plano metajurídico e subjetivo, o abandono afetivo então passa a ser compreendido como a ausência (ou a falha) no dever legal de cuidado. Firmando esse entendimento, as excepcionais palavras da Minstra pavimentaram que “amar é faculdade, cuidar é dever”. Isso porque o cuidado é aferível objetivamente,

distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes.

O dever de cuidado insere-se no âmbito do princípio da paternidade/maternidade responsável, sendo que a negativa desse dever é circunstância geradora de sequelas psicológicas, caracterizadora de ato contrário ao ordenamento jurídico e, por essa razão, indenizável pela responsabilidade civil. A legítima demonstração de que essa imposição legal foi descumprida importará na configuração da ilicitude civil. Sobre esta, acentua a Ministra que “a ilicitude não está no desamor e sim na falta de atendimento ao dever de cuidado, requisito mínimo que deve ser empreendido na vida de uma criança para seu pleno desenvolvimento”. Finalizando o brilhante voto, a Ministra negou provimento ao recurso mas manteve a condenação, embora entendendo o *quantum* fixado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo demasiadamente elevado (R\$ 415.000,00), motivo pelo qual o minorou para R\$ 200.000,00.

O Ministro Massami Uyeda divergiu do voto da relatora, admitindo que, em seu juízo, se aquela tese fosse promovida, surgiria novo encargo para aquela Corte tutelar: sentimentos de ordem subjetiva ou, em suas palavras literais “este Tribunal irá cuidar de mágoas”. O Ministro Sidnei Beneti reconheceu a proporcionalidade do valor fixado pela relatora. Já o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino entendeu que o reconhecimento do dano moral no direito de família é situação excepcionalíssima, só podendo ser admitido unicamente nos casos extremos, onde haja patente excesso nas condutas pelos familiares. Proveitoso transcrever:

Assim, pela própria natureza delicada dos relacionamentos familiares, a responsabilidade civil no Direito de Família não pode ser equiparada à responsabilidade civil extracontratual em geral, sob pena de se exigir, no trato familiar diário, uma cautela incompatível com as relações que se firmam no âmbito da família, além de se conduzir a uma indesejável patrimonialização das relações pessoais, justamente em seu viés mais íntimo. Não se pode olvidar que as frustrações experimentadas no seio familiar, além de contribuírem para o crescimento e para o desenvolvimento do indivíduo, são, em parte, próprias da vida e, por isso mesmo, inevitáveis.

A aplicação de indenizações pelo abandono afetivo é questão que deve ser examinada caso a caso, prescrutando-se os elementos singulares de cada ocasião em que se manifesta, sendo que o procedimento instrutório deverá atribuir dinâmica à prova pericial, contando com o diálogo entre disciplinas de natureza distintas (humanas e saúde) mas que, diante de tão complexa matéria, acabam por entender-se e auxiliar-se mútua e complementarmente.

2.3 CONSEQUÊNCIAS PSICOLÓGICAS DO ABANDONO AFETIVO

O abandono afetivo por parte dos genitores pode acarretar aos filhos danos psicológicos profundos e, muitas vezes, irreversíveis, o que certamente torna-se circunstância nefasta na construção da identidade pessoal. As discussões ocorridas no âmbito do Direito acerca do abandono afetivo têm buscado examinar os fatores que geram tais situações, a dimensão dos danos decorrentes da conduta negligente e desídia do genitor abandonado e possíveis soluções jurídicas cabíveis

A lei civil – art. 1.634 – atribui aos pais poderes suficientes para orientar e proteger os menores. Em virtude da ausência de participação dos pais no convívio e na educação da criança, bem como diante da violação daquelas prescrições legais, prejuízos das mais diversas ordens produzem-se. Desse modo, a orientação dada pelos pais é diretriz fundamental na formação e no desenvolvimento do filho. Por tais razões, acaba tornando-se fácil identificar um indivíduo que cresceu sem afeto, apoio, assistência, dedicação e cuidado, valores tão comuns em famílias bem estruturadas.¹³⁴

A verificação concreta dos danos advindos do abandono afetivo requer avaliação à longo prazo do comportamento e da vida social do menor, pois as consequências, na maioria das vezes, surgem ao longo da vida, em determinadas fases, conforme explicam Gisele Carla Weishaupt e Giana Lisa Zanardo Sartori¹³⁵

Os resultados das consequências das quais se tratou nem sempre são percebidos imediatamente, surtindo efeitos ao longo de sua vida de forma preocupante, uma vez que pode se estar influenciando a ocorrência de comportamento antissocial nestas crianças e/ou

¹³⁴ KAROW, Aline Biasuz Suarez. *Op cit.* p. 240.

¹³⁵ WEISHAUPT, Gisele Carla e SARTORI, Giana Lisa Zanardo. Consequências do abandono afetivo paterno e a (in)efetividade da indenização. *PERSPECTIVA*, Erechim. v. 38, n.142, p. 17-28, junho/2014.

adolescentes, o que a doutrina de Direito de Família vem associando a algumas histórias de vida de usuários de álcool e outras drogas, bem como a alguns comportamentos infratores.

Acerca do exposto, Gisele Martorelli¹³⁶ divulgou uma pesquisa promovida pelo Departamento de Serviços Humanos e Sociais dos Estados Unidos na qual se investigou as consequências decorrentes da falta de convívio entre pais e filhos.

Meninas sem um pai nas suas vidas têm 2,5 vezes mais propensão a engravidarem na adolescência e 53% mais chances de cometerem suicídio. Meninos sem um pai nas suas vidas têm 63% mais chances de fugirem de casa e 37% mais chances de utilizarem drogas. Meninos e meninas sem pai têm duas vezes mais chances de acabarem na cadeia e aproximadamente quatro vezes mais chances de necessitarem de cuidados profissionais para problemas emocionais ou de comportamento.

A importância do convívio do menor com seus pais é reprisada por Gisele Carla Weishaupt e Giana Lisa Zanardo Sartori¹³⁷

As relações e os vínculos familiares são extremamente importantes para o desenvolvimento do indivíduo, afinal de contas, é no seio familiar que ele nasce e se desenvolve, formando sua personalidade ao tempo em que se integra ao meio social. Portanto, quando há rompimento desses vínculos, as consequências podem ser extremamente desagradáveis para as crianças, afetando a sua autoestima e a maneira com que se relacionam com os outros.

A demonstração do dano sofrido pela vítima do abandono moral requer auxílio interdisciplinar, por meio de estudos da psicologia, da psiquiatria e da assistência social, sendo que tais áreas, afetas às ciências da saúde, servem como ferramentas e seus laudos como instrumentos plausíveis para a tarefa de investigar e expor os danos de ordem moral e subjetiva que menores e adolescentes vivenciam nas situações familiares. Sobre a questão, discorre Aline Biasuz Suarez Karow¹³⁸:

é necessário fazer o exercício da interdisciplinaridade, pois somente é possível a constatação dos danos na personalidade do menor e verificação das consequências do abandono afetivo através do auxílio de profissionais habilitados e especialistas na matéria, da área da saúde, em especial da psicanálise.

¹³⁶ MARTORELLI, Gisele. Guarda Compartilhada: uma necessidade imperiosa. 2004. Disponível em: <<http://www.martorelli.com.br/artigos/ctudo-docum-artig-guarda.html>>. Acesso em novembro de 2015.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ KAROW, Aline Biasuz Suarez. *Op cit.* p. 240

A psicanalista Lenita Pacheco Lemos Duarte¹³⁹ relata, em seus estudos, que consegue distinguir uma relação direta entre os sintomas apresentados pelas crianças e os conflitos envolvendo seus familiares. Aduz a profissional que esses menores, em resposta às situações que experimentam, manifestam sofrimentos em suas mais variadas formas, tanto físicas (dores, convulsões, doenças psicossomáticas) como intelectuais (problemas de relacionamento, fobias, transtornos obsessivos-compulsivos).

Narra a doutora o caso¹⁴⁰ de uma menina de 6 anos de idade que vivia com sua mãe-guardiã e que, diante da aflitiva espera pelas visitas do pai não-guardião, manifestava sintomas estritamente relacionados ao sofrimento decorrente da ausência da figura paterna. O pai, conquanto marcava horários e datas para apanhar a menor, raramente comparecia ou, pior, desaparecia por longos períodos sem enviar qualquer notícias à familiar. Leiam-se os detalhes da narrativa:

a menor, de 6 anos, aguarda com a mala pronta por “horas a fio” a visita do pai, que muitas vezes são adiadas ou canceladas sem aviso prévio. Frente à expectativa frustrada de ver o pai, a criança entra num processo de extrema angústia, quando passa a se coçar compulsivamente, a ponto de provocar feridas em seu corpo.¹⁴¹

Além dos reflexos físicos ocasionados pelo abandono, circunstância facilmente imaginável diante de um momento angustiante de espera, desvela a médica também as consequências de natureza psicológica:

quando iniciou a psicanálise [a menina] apresentava uma imagem muito depreciativa e desvalorizada de seu corpo e rosto, chegando a desenhar um figura de um “espantalho”, afirmando que este a representava: *“Este sou eu. Sabe para que serve? Para espantar as pessoas. A menor também tecia comentários do tipo: “Eu não posso esperar nada do meu pai, ele não liga pra mim, mas também não posso desistir”.* (grifos da autora)

Avulta-se nitidamente, no desgostoso caso relatado, os danos emocionais produzidos na menor que vivia à espera – e com grandíssima expectativa – das visitas do pai, que, negligentemente, assumia os compromissos e os descumpria

¹³⁹ DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. A guarda dos filhos nas famílias em litígio. Rio de Janeiro, Lumen Juris: 2007. p.16

¹⁴⁰ *Ibidem.* p. 191

¹⁴¹ *Ibidem.*

sem mais razões. O caso analisado ainda traz à baila os sentimentos que brotam na criança rejeitada pelo próprio pai: aquela se sente desvalorizada, não amada, frustrada, com baixa autoestima. Sobre a importância das ciências médicas – notadamente a psicanálise – para a cooperação no diagnóstico dos danos oriundos da conduta abandonica dos pais, Aline Biasuz Suarez Karow¹⁴² sublinha que:

A ciência da psicanálise demonstra que quando há a falta de afeto, abandono e rejeição, vez que a criança não encontra os modelos de identificação, ocorre a ameaça da integridade psíquica, cuja consequência é falhas no desenvolvimento da personalidade.

A psicanálise – assim como outras áreas (serviço social, psicologia) – tem servido como instrumento fundamental e colaborativo na missão de demonstrar efetivamente os danos, sentimentos e sofrimentos dos menores que são abandonados afetivamente. Os laudos formulados pelos médicos transformam-se em peças de inestimável valor e utilidade durante a instrução processual, eis que deixam cristalinos os danos emocionais experimentados pelas vítimas de pais negligentes e omissos, coadjuvando, dessa maneira, o magistrado durante a fase instrutória das ações indenizatórias envolvendo conflitos no âmbito das famílias.

2.5 PROJETOS DE LEI

Acerca do tópico *abandono afetivo*, cabe destacar que, além de se estabelecer como matéria controversa em debates jurisprudenciais e doutrinários, favorecendo discussões e deliberações no intuito de se alcançarem soluções, igualmente o Poder Legislativo vem se empenhando nesse mister. Existem atualmente dois projetos de lei tramitando no Congresso Nacional a esse respeito: o Projeto de Lei do Senado nº 700/2007¹⁴³, de autoria do Senador Marcelo Crivella, que propõe a modificação do Estatuto da Criança e do Adolescente a fim de alterar alguns de seus dispositivos, caracterizando, desse modo, o abandono afetivo como ilícito penal e civil. Dentre as razões do projeto, está a de pontuar que os cuidados devidos às crianças e aos adolescentes compreendem a presença, a atenção e a orientação por parte dos genitores, além da necessidade de se superar o atual

¹⁴² KAROW, Aline Suares Biasus. *Op cit.* P. 246

¹⁴³ Disponível em <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/83516>> Acesso em outubro de 2015.

estágio de insegurança jurídica caracterizado pelas decisões dissonantes sobre o assunto

De outra banda, o Projeto de Lei nº 4294/2008¹⁴⁴, do Deputado Carlos Bezerra, prevê a inserção de parágrafo único no art. 1.632 do Código Civil, com a seguinte redação: “o abandono afetivo sujeita os pais ao pagamento de indenização por dano moral”, além de dar outras disposições.

Passo à análise mais detalhada destas proposições legislativas.

2.5.1 PROJETO DE LEI Nº 700/2007

Tramita atualmente perante a Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 700 de 2007, de autoria do Senador Marcelo Crivella, que almeja modificar a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) a fim de caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal. Dentre as proposições mais relevantes, destacam-se as que seguem:

Art. 1º O art. 4º da Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 2º e 3º, renumerado o atual parágrafo único como § 1º:

“Art. 4º

§ 1º

§ 2º. Compete aos pais, além de zelar pelos direitos de que trata o art. 3º desta Lei, prestar aos filhos assistência moral, seja por convívio, seja por visitação periódica, que permitam o acompanhamento da formação psicológica, moral e social da pessoa em desenvolvimento.

§ 3º. Para efeitos desta Lei, compreende-se por assistência moral devida aos filhos menores de dezoito anos:

I – a orientação quanto às principais escolhas e oportunidades profissionais, educacionais e culturais;

II – a solidariedade e apoio nos momentos de intenso sofrimento ou dificuldade;

III – a presença física espontaneamente solicitada pela criança ou adolescente e possível de ser atendida.(NR)

Art. 2º Os arts. 5º, 22, 24, 56, 58, 129 e 130 da Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, passam a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 5º. Parágrafo único. Considera-se conduta ilícita, sujeita a reparação de danos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, a ação ou a omissão que

144

Disponível em
<<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415684>> Acesso em outubro de 2015.

ofenda direito fundamental de criança ou adolescente previsto nesta Lei, incluindo os casos de abandono moral. (NR)

Art. 3º A Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 232-A:

“Art. 232-A. Deixar, sem justa causa, de prestar assistência moral ao filho menor de dezoito anos, nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 4º desta Lei, prejudicando-lhe o desenvolvimento psicológico e social.
Pena – detenção, de um a seis meses.”

Em suas justificativas, o Senador esclareceu que seu projeto fundamenta-se no art. 227 da Constituição Federal, que estabelece, dentre os deveres e objetivos do Estado, juntamente com a sociedade e a família, “o de assegurar às crianças e adolescentes – além do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer – o direito à dignidade e ao respeito”. Sustenta o autor que o abandono moral acarreta sérias conseqüências na formação psicológica e social dos menores e, reconhecendo que amor e afeto não são valores a serem impostos por meio da lei, defendeu que o intuito das modificações é o de firmar de vez o dever que os pais têm de participar no crescimento dos seus filhos:

os pais têm o DEVER de acompanhar a formação dos filhos, orientá-los nos momentos mais importantes, prestar-lhes solidariedade e apoio nas situações de sofrimento e, na medida do possível, fazerem-se presentes quando o menor reclama espontaneamente a sua companhia (grifos do autor).

Outro argumento apresentado afirma que as obrigações parentais não devem ficar restritas àquelas de natureza material, alimentar e financeira, abarcando, além destas, deveres de ordem moral, psíquica e afetiva. Ainda, complementa o Senador que também propõe introduzir um novo tipo penal, pelo qual caracterizar-se-ia o abandono afetivo também na esfera criminal, exigindo, para sua configuração, a comprovação efetiva do prejuízo ao desenvolvimento psicológico e social do abandonado.

2.5.2 PROJETO DE LEI Nº 4294/2008

Outro projeto de lei envolvendo o tema debatido é o de nº 4294/2008, proposto pelo Deputado Federal Carlos Bezerra. Tal proposição acrescenta parágrafo ao artigo 1.632 do Código Civil de 2002 e ao art. 3º da Lei nº 10.741/2003

(Estatuto do Idoso), de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo.

O teor do dispositivo legal dispõe que “o abandono afetivo sujeita os pais ao pagamento de indenização por dano moral”. Em suas justificações, o Deputado entende que as relações familiares não devem mais estar pautadas sob uma ótica patrimonialista, devendo abranger também questões éticas, argumentando que:

entre as obrigações existentes entre pais e filhos, não há apenas a prestação de auxílio material. Encontra-se também a necessidade de auxílio moral, consistente na prestação de apoio, afeto e atenção mínimas indispensáveis ao adequado desenvolvimento da personalidade dos filhos ou adequado respeito às pessoas de maior idade.

As consequências decorrentes do abandono afetivo deixam marcas profundas na criança, tal como o sentimento de rejeição e a revolta causada pela indiferença do genitor, assume o parlamentar. No caso dos idosos, entende ele que essa espécie de abandono gera sentimentos de tristeza e solidão, que acabam por refletir em “deficiências funcionais e no agravamento de uma situação de isolamento social mais comum nessa fase da vida.”

Quando da sua distribuição à Comissão de Seguridade Social e Família, o projeto foi relatado pela Deputada Jô Soares, cujo parecer foi favorável à aprovação. O dano moral, para ela, é uma lesão que fere direitos da personalidade e que, para gerar o dever indenizatório, primeiro deve-se reconhecer a existência efetiva desse dano, procedendo-se à apuração de sua extensão, à determinação de sua repercussão e à aferição do grau de culpa do agente, da vítima e eventuais terceiros. Destaca ela, acerca da importância do projeto que

A relevância está na necessidade de se avaliar como o indivíduo elabora internamente o abandono afetivo e seus impactos no curso de sua vida. O abandono provoca, indubitavelmente, comprometimento psicológico. Sempre se constata o trauma gerado pela rejeição e pela indiferença. Há quem leve uma vida inteira aguardando notícias de um familiar ausente, sofrendo com a ausência.

Salientou, também, o caráter pedagógico da imposição indenizatória ao pai que abandona afetivamente o filho, pois defende que se faz necessário conscientizar aqueles que praticam o abandono acerca do abalo que causam, com o propósito de “dissuadir outras pessoas a evitarem a mesma conduta, por ser considerada grave e reprovável moral e socialmente.”

O parecer do Deputado Marcelo Almeida foi proferido em sentido contrário, por entender que o texto é muito abrangente, com margens para se distorcer a compreensão da questão afetiva. Entende ele que há necessidade de se fazer uma substituição dos termos do dispositivo, com o escopo de aperfeiçoar a proposição legal. Primeiramente, afirma a complexidade do instituto do abandono afetivo

A expressão abandono afetivo conduz a ideia de que amar é um dever e receber afeto é um direito. Por isso, é uma expressão equivocada, oriunda de um modismo que partiu do erro de confundir direitos e deveres com sentimentos e emoções. Direitos e deveres são objeto de lei, assim como as respectivas violações devem ser passíveis de aplicação de sanções. Sentimentos e emoções pertencem às ciências psicanalíticas e, em face de sua natureza subjetiva, descabe sua regulamentação no ordenamento legal.

Por tais razões, a falta de amor ou afeto, por si só, não geraria a responsabilidade civil, mas sim, a aplicação desta dar-se-ia unicamente ante o descumprimento dos deveres legais dos pais para com seus filhos, e desde que tal violação cause dano moral ou material. Então, somente diante dessa circunstância é que se poderia falar em indenização, atendidos os elementos da responsabilidade civil.

Assim, os lesados, nas circunstâncias de abandono, em acatamento ao princípio da proteção à dignidade da pessoa humana e em razão do descumprimento de deveres legais pelos agentes do ilícito, lembrando que descumprimento de dever é ato ilícito, fazem jus à devida reparação pelos danos sofridos.

Finalizou seu parecer divergente salientando que, não obstante as críticas, o projeto de lei merece elogios. Sugeriu, então, proposta de substituição do texto, trazendo a sugestão da seguinte redação: “*o descumprimento dos deveres dos pais que cause dano moral ou material ao filho sujeita o infrator ao pagamento de indenização.*”

Atualmente, o projeto permanece na pauta da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

CONCLUSÃO

As demandas judiciais propostas por filhos em face de seus pais postulando indenização em razão dos danos decorrentes do abandono afetivo aumentaram consideravelmente no Brasil nessa última década. Essa circunstância vem a possibilitar um debate mais amplo sobre o tema, tanto na esfera do Direito quanto nos demais âmbitos. Em que pese a jurisprudência ainda não ter encontrado um posicionamento pacífico, a doutrina e as pesquisas em âmbito acadêmico vêm aprofundando o exame da questão, no intuito de encontrar a melhor – ou as melhores – solução para a controvérsia.

Conforme estudado, com as mudanças ocorridas na sociedade ao longo do tempo, modificou-se o conceito de família. Hoje, o termo *família* não mais alude àquelas oriundas exclusivamente do matrimônio, eis que na atualidade se passou a incluir, em sua concepção, demais agrupamentos unificados por vínculos afetivos, tais como a família monoparental, a união estável, a união homoafetiva, a família adotiva, dentre outros modelos. Se antes a família era determinada por um caráter patriarcal e patrimonial, hoje ela é baseada no afeto, na convivência, na solidariedade e no cuidado entre os seus membros. Diante disso, denota-se também uma verdadeira metamorfose em sua função: se antes ela era orientada para fins econômicos e procriacionais, agora ela é compreendida como um ambiente de realização do indivíduo no desenvolvimento de sua personalidade.

O afeto ganhou a distinção de elemento jurídico nuclear a ser aplicado na resolução de lides envolvendo o direito de família. Com isso, surge a indagação acerca da possibilidade de se responsabilizar civilmente pelo abandono afetivo. Partindo do pressuposto de que a responsabilidade civil é uma resposta dada pelo Estado quando verificada uma ofensa ao ordenamento jurídico (ato ilícito), o atendimento aos requisitos desse instituto (conduta ofensiva do agente, nexos causal, dano e culpa) autorizaria sua aplicação. No Brasil, existem duas correntes: a primeira nega a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil pelo abandono afetivo, sob a alegação de que o deferimento de indenizações pecuniárias dessa espécie acabaria por monetarizar o afeto, uma vez que ao poder estatal não cabe impor às pessoas que amem. A outra corrente sustenta pela possibilidade, justificando que, quando o genitor descumpra seus deveres legais de paternidade ou maternidade, faltando à convivência e ao cuidado com o filho, estaria cometendo ato

ilícito passível de ser sancionado. Sustenta-se que a indenização é cabível desde que seja devidamente comprovada a conduta lesiva do genitor (omissiva e, quando comissiva, dolosa ou decorrente de negligência ou imprudência), os danos de cunho moral e subjetivo suportados pelo filho e o nexo causal entre a conduta e o dano

Para a efetiva comprovação dos danos causados pelo abandono afetivo, deverá ser demonstrado que a omissão no afeto e os atos negligentes praticados pelo genitor produziram sequelas na criança. A análise e comprovação do dano será viabilizada com o auxílio dos profissionais das ciências da saúde, através de laudos e relatórios que servirão como verdadeiros instrumentos de auxílio à instrução judicial na tramitação de demandas de tal natureza.

A responsabilidade civil também evoluiu, deixando sua feição de justiça privada no passado, sendo que a indenização agora abarca a moral, condição constitucionalmente assegurada, de modo que se esgotaram quaisquer dúvidas acerca da possibilidade de se indenizar o dano extrapatrimonial (aquele que fere a dignidade da pessoa em sua dimensão mais íntima). O amor, como analisado, não pode ser dimensionado economicamente: é impossível vendê-lo ou comprá-lo. Não se pode obrigar a amar. Porém aqui não se falou em amor, mas em afetividade, que pode ser interpretada como sendo o dever de cuidado e zelo pelos pais no trato dos seus filhos.

Já é distintivo o entendimento de que, para que a criança cresça e se desenvolva com um mínimo de dignidade, a ela devem ser proporcionados não apenas o suporte material e financeiro, mas também a educação, o amparo moral, o apoio emocional, a convivência, a solidariedade, o cuidado e, por óbvio, o afeto. Desse modo, a ideia de que os pais devem acompanhar o crescimento de suas proles apenas se assim o quiserem já não mais se sustenta diante do atual ordenamento jurídico pátrio, agora plenamente voltado à proteção da criança e do adolescente.

Em virtude das graves consequências produzidas pela conduta abandonica dos pais na formação dos filhos é que se tem permitido a aplicação do instituto da responsabilidade civil nas relações de família. Preenchidos os requisitos da responsabilidade civil subjetiva, o genitor que deliberadamente ou culposamente abandonou afetivamente seu filho deverá ser condenado à reparação dos danos morais produzidos. Conquanto não restabeleça a situação anterior ao abandono,

essa indenização terá caráter compensatório ao filho e dissuasório, desestimulando, assim, a reiteração futura de condutas nocivas, alertando a sociedade para a importância do adequado desempenho dos deveres legais de guarda e cuidado dos menores.

Se a destituição do poder familiar era tida como a única solução para as demandas com pedido indenizatório por abandono afetivo, hoje entende-se que livrar o pai do poder familiar representa um prêmio a esse genitor. Porém, a criança ou o adolescente vítima não podem ficar esperando, em silêncio, uma reação do Judiciário. É preciso dar uma resposta célere e eficiente a essa lesão suportada. A responsabilização civil por abandono afetivo, nesse sentido, almeja compensar aquele que suportou intenso sofrimento emocional, que poderá jamais ser superado. A indenização pecuniária dificilmente irá sanar as chagas deixadas pelo abandono, pelo descaso, pela humilhação e pela indiferença, mas poderá servir como um meio para a vítima direcionar sua vivência a outros desígnios ou servir de substrato para estruturar seus projetos de vida. As feridas da alma dificilmente se curam, mas existem possibilidades de se alentar suas dores. O que jamais se pode admitir é a indiferença do Poder Judiciário ante uma moléstia de indimensionável profundidade.

A principal razão, portanto, para que ocorra a responsabilização civil, como dito, seria a subsunção dos casos concretos envolvendo abandono afetivo ao suporte legal do art. 186 do Código Civil. Nas situações de abandono, portanto, a violação do dever de convivência e cuidado pelos pais ocasionaria a configuração do dano moral, ensejando a indenização por responsabilidade civil. Se os pais não cumprem seus deveres junto aos filhos, e disso advir algum dano moral, estará esse genitor cometendo um ato ilícito, que conseqüentemente deverá ser reparado. Não será, entretanto, qualquer caso de ausência de afetividade entre pais e filhos que ensejará a aplicação de indenizações, mas somente casos específicos, nos quais haja notória configuração do abandono afetivo, evidenciados em atos de rejeição, desamparo, humilhação, indiferença, desprezo e desídia, reiterada e constantemente verificados na conduta de um dos genitores da criança.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Laura Maciel Freire de. **Abandono afetivo: Do foco do problema a uma terceira solução.** Disponível em <<http://www.jdsupra.com/documents/3e355834-c2a5-4cac-9cbe-16ef6bea8c53.pdf>> Acesso em novembro de 2015.

BRAGA, Julio Cezar de Oliveira. **Abandono afetivo: da urgência do diálogo entre direito e psicanálise.** Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, 2012.

BRAGA, Julio Cezar de Oliveira. **Indenização por abandono afetivo: do direito à psicanálise.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

BRASIL. **Constituição Federal.** Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. **Código Civil (1916).** Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm>. Acesso em: outubro de 2015.

_____. **Código de Processo Civil (1973).** Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: outubro de 2015.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: outubro de 2015.

BRITTO, Marcelo Silva. **Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no novo Código Civil.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 314, 17 maio 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5159>>. Acesso em outubro de 2015.

CAHALI, Yusef Said. **Dano moral.** 4ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CANEZIN, Claudete Carvalho. **Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial.** Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v.8, n.36, p.71-87, jun./jul. 2006.

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

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 7. Ed. 2. Reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

CURSO 10 ANOS DO CÓDIGO CIVIL: aplicação, acertos, desacertos e novos rumos. EMERJ EDITORA. 2012, Rio de Janeiro.

DELLARMELENA, Neuza Trevizane. **Abandono afetivo**. Disponível em <<http://iesla.com.br/artigos/abandono-afetivo>> Acesso em outubro de 2015.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11 ed. atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

DILL, Michele Amaral e CALDERAN, Thanabi Bellenzier. **Evolução histórica e legislativa da família e da filiação**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019>. Acesso em outubro de 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 30. ed. rev. Atual. São Paulo: Saraiva. 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. **A guarda dos filhos nas famílias em litígio**. Rio de Janeiro, Lumen Juris: 2007.

FREITAS, Douglas Phillips; CARVALHO, Dimas Messias de e ROSA, Conrado Paulino da. **Dano Moral e direito das famílias**. 2ª ed. Editora Del Rey. Belo Horizonte: 2012

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira e ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. **Responsabilidade civil nas relações familiares**. Disponível em <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130422213353.pdf> Acesso em: novembro de 2015

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HEINEN, Fernanda Rempel; TRENTIN, Fernanda. **A responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVII, n. 124, maio 2014. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14099>. Acesso em outubro de 2015.

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

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>> Acesso em outubro de 2015.

MADALENO, Rolf. **“O preço do afeto”** in **A Ética da Convivência Familiar**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MADALENO, Rolf. **Responsabilidade Civil na Conjugalidade e Alimentos Compensatórios**. *Revista Brasileira de Direitos e Sucessões* n. 13. São Paulo.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5ª ed. Ver. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MARTORELLI, Gisele. Guarda **Compartilhada: uma necessidade imperiosa**. 2004. Disponível em: <<http://www.martorelli.com.br/artigos/ctudo-docum-artig-guarda.html>>. Acesso em novembro de 2015.

MICHAELIS MODERNO DICIONÁRIO DA LÍNGUA PORTUGUESA. São Paulo: Editora Melhoramentos Ltda. 1998-2009. Disponível em <www.michaelis.uol.com.br>. Acesso em: outubro de 2015.

MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: responsabilidade civil**. 1ª ed. Saraiva, 2015.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. São Paulo. Max Limonad Editor, 1947.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007

ORLEANS, Helen Cristina Leite De Lima Orleans. **Simplemente a vida como ela é: responsabilidade civil por abandono moral nas relações paterno-filiais**. Disponível em <<http://www.orleansadvocacia.com.br/media/52a5ffdeca5e9.pdf>> Acesso em novembro de 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. **Instituições de Direito Civil, Vol. V**. 14ª ed., Forense, 2004.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Tendências modernas no direito de família**. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n.628, fev. 1988.

PROJETO DE LEI Nº **4294/2008**. Câmara dos Deputados. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415684>> Acesso em outubro de 2015.

PROJETO DE LEI Nº **700/2007**. Senado Federal. Disponível em <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/83516>> Acesso em outubro de 2015.

SANTOS, Pablo de Paula Saul. **Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais**. *Âmbito Jurídico*, RS, XV, n. 101. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875>. Acesso em outubro de 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

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

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.159.242/SP**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 3ª Turma. 24/04/2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901937019>> Acesso em novembro de 2015.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 757.411/MG**. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. 4ª Turma. 29/11/2005. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=595269&sReg=200500854643&sData=20060327&formato=PDF> Acesso em novembro de 2015.

TARTUCE, Flávio e HIRONAKA, Giselda. **Decisão do STJ reformando acórdão do T/AMG sobre abandono afetivo**. Disponível em <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=jurisprudencia&id=161>> Acesso em novembro de 2015.

TARTUCE, Flávio. Revista Consulex nº. 378, de 15 de outubro de 2012. Ano XVI, Brasília, DF.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Responsabilidade Civil: responsabilidade civil e ofensa à dignidade**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, v. 7, n. 32. out-nov, 2005

UNESCO. **Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos**. 2002. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>>. Acesso em: outubro de 2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil. Responsabilidade Civil**. 5ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo e POLI, Leonardo Macedo. **Os efeitos do abandono afetivo e a mediação como forma de solução de conflitos paterno-filiais**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12913>. Acesso em outubro de 2015.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Compreendendo a criança como sujeito de direito: a evolução histórica de um pensamento**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11583>. Acesso em outubro de 2015.

WEISHAUPT, Gisele Carla e SARTORI, Giana Lisa Zanardo. **Consequências do abandono afetivo paterno e a (in)efetividade da indenização.** PERSPECTIVA, Erechim. v. 38, n.142, p. 17-28, junho/2014.