

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ  
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIAS**

**JOSIENE ALVES MOREIRA**

**SOBRE A CONTROVERSA RESPONSABILIDADE DE  
REPARAR O ABANDONO PATERNO-FILIAL**

**JOÃO PESSOA  
2011**

**JOSIENE ALVES MOREIRA**

**SOBRE A CONTROVERSA RESPONSABILIDADE DE  
REPARAR O ABANDONO PATERNO-FILIAL**

Monografia Jurídica

Área: Direito de Família

---

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. MS. Giorgia  
Petruccie Lacerda E. S. Abrantes

Moreira, Josiene Alves.

M838c Sobre a controversa responsabilidade de reparar o abandono paterno-filial. / Josiene Alves Moreira. – João Pessoa, 2011.  
f.66

Monografia (Graduação) – UFPB/CCJ, 2011.

Orientador: Prof<sup>a</sup>. MSc. Giorgia Petrucce Lacerda e Silva.

1. Afetividade. 2. Abandono paterno-filial. 3. Responsabilidade civil.

CDU – 347.61

**JOSIENE ALVES MOREIRA**

**SOBRE A CONTROVERSA RESPONSABILIDADE DE REPARAR O  
ABANDONO PATERNO-FILIAL**

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Giorgia Petrucce Lacerda E. S. Abrantes**

---

**Membro da Banca Examinadora**

---

**Membro da Banca Examinadora**

João Pessoa  
2011

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus que iluminou meu caminho e guiou meus passos em toda a minha vida e que sempre Esteve e Estará me segurando pela Sua destra em todas as minhas decisões, com palavras de consolo, amor e perseverança.

À minha mãe, Eliene, pelo amor, cuidado e compreensão, atuando como verdadeira amiga, se fazendo presente em todos os momentos da minha vida, por cada sacrifício e abdicação que ela teve que se submeter por amor de nossa família.

Ao meu pai, Jeová, pelo modelo de caráter e obstinação, não medindo esforços para proporcionar o melhor estudo e, acima de tudo, pela confiança que sempre depositou em minha capacidade.

Aos meus irmãos, Juliene e Jeová Filho, por estarem sempre comigo, com carinho e atenção, dividindo problemas e alegrias e pela certeza de que serão meus amigos até os dias findos.

Ao meu namorado, Pedro, companheiro de todas as horas, sempre compreensivo, paciente e carinhoso, dedicando-se a construir sonhos comigo.

Aos meus amigos, Danilo, Moema e Paula, que desde o primeiro momento na Universidade tornaram-se meu grupo de amigos e de atividades inseparáveis, permanecendo juntos durante todo o percurso acadêmico, compartilhando todas as vitórias e quedas nesses cinco anos.

Aos meus colegas de estágio, aos Advogados da Prefeitura e aos Defensores Públicos Federais, por terem me proporcionado aprendizado, incentivado meu potencial e fortalecido meu sentimento de justiça, para exercer a profissão com a máxima eficiência e efetividade, buscando soluções condignas. Em especial, às estagiárias e amigas Larissa Lins, Priscilla Machado e Célia Maria.

À minha orientadora, Giorgia Petrucce, que, além de prestar inestimável auxílio na feitura deste trabalho monográfico, mostrou-se dedicada e paciente, confortando cada orientanda quando se acreditava não ser possível cumprir o compromisso firmado.

Aos professores, estagiários docentes, servidores e funcionários do CCJ, especialmente aos mais engajados e compromissados, por de alguma forma contribuir para a conclusão do curso.

Enfim, os meus sinceros agradecimentos a todos aqueles que colaboraram com a realização desse sonho!

## RESUMO

Este trabalho monográfico documenta o estudo feito acerca da possibilidade de indenização decorrente do abandono afetivo paterno-filial. O seu desenvolvimento tem por base o estudo das disposições legais, doutrinárias e jurisprudenciais afetas ao tema proposto. O objetivo principal é demonstrar a questão do abandono afetivo, sob o aspecto controverso de como responsabilizar civilmente algo tão subjetivo e voluntário como o amor. Aqui se explana acerca da evolução da família ao longo dos séculos, igualmente sobre sua função e o fato de haver-se tornado, hodiernamente, um local em que se privilegia o desenvolvimento e a satisfação de seus componentes, acima de qualquer outro interesse. Nesse viés, a responsabilidade no âmbito familiar prima pela promoção do bem estar de seus membros, em detrimento do caráter sancionador. O cerne do problema é como orientar a atuação do Estado e da sociedade perante a dificuldade de se conciliar uma reparação à nefasta prática do abandono paterno-filial (com caráter dissuasório) com a efetividade do princípio da proteção integral ao filho menor. A hipótese ventilada é buscar o auxílio da Psicologia e da Mediação como instrumentos que proporcionem a descoberta dos motivos do abandono e, nesse sentido, possibilite o esforço para amenizar as consequências, oportunizando, assim, o diálogo e a resolução autônoma do conflito entre os envolvidos, de modo que se preservará o princípio da afetividade e a concretude do princípio da proteção integral à criança e ao adolescente. Sendo assim, a investigação segue o método dedutivo, histórico e interpretativo, para a melhor análise e compreensão do tema e encontra-se dividido em três partes: a primeira apresenta a evolução histórica do conceito de família, que perpassa pelo fenômeno da despatrimonialização do Direito de Família em favor da juridicidade dada à afetividade; a segunda parte estuda o instituto da responsabilidade civil com o fito de se caminhar para as controvérsias que circundam a indenização pela prática de abandono afetivo; e, finalmente, a terceira e última parte que enfatiza a tese de que o direito à convivência deve ser pautado no princípio da proteção integral ao menor, de modo que se exige uma convivência saudável e harmônica entre os membros da família. Destarte, a tutela jurídica na seara familiar deve preservar a re(construção) dos vínculos afetivos, através de mecanismos como a mediação e a perícia psicológica na compreensão das particularidades dos conflitos para se evitar ou amenizar casos de abandono afetivo, priorizando o caráter reparatório e dissuasório da alternativa encontrada.

**Palavras-chaves:** Afetividade. Abandono paterno-filial. Responsabilidade Civil.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>1 DA AFETIVIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA .....</b>	<b>10</b>
1.1 Considerações Iniciais.....	10
1.2 O afeto como valor jurídico.....	15
1.3 A despatrimonialização do Direito de Família .....	19
<b>2 A RESPONSABILIDADE CIVIL.....</b>	<b>24</b>
2.1 Noções gerais .....	24
2.2 Dano material e dano moral .....	31
2.3 A responsabilidade civil no direito de família.....	34
<b>3 COMO RESPONSABILIZAR OS PAIS POR ABANDONO AFETIVO .....</b>	<b>39</b>
3.1 O poder familiar: direitos e deveres na relação paterno-filial.....	39
3.2 Do direito à convivência familiar.....	44
3.3 Sobre a possibilidade de indenizar por dano moral o abandono afetivo .....	50
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>61</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>64</b>

## INTRODUÇÃO

No presente trabalho monográfico se tem por escopo apresentar o estudo feito acerca do abandono afetivo, principalmente aquele decorrente da ausência paterna face à função essencial que desempenha na formação da personalidade e no desenvolvimento do filho menor, considerando o afeto como valor jurídico e, nesse sentido, propondo como medida preventiva e de reparação a aplicação dos instrumentos da mediação e da psicologia no núcleo familiar em conflito, em detrimento da mera indenização pecuniária, já que a responsabilidade no Direito de Família é aplicada no sentido positivo do instituto, com o fito de promover a dignidade dos membros da família.

A partir da análise da evolução da família, será possível compreender as variadas funções exercidas a cada momento histórico da sociedade, até que se alcançasse a função de desenvolvimento das potencialidades humanas, voltada ao aprimoramento da personalidade e inserta constitucionalmente no princípio da dignidade humana.

Com efeito, a promulgação da atual Constituição Federal do Brasil representa um marco de transformações; por ela adotou-se a igualdade entre os cônjuges, a paridade entre os filhos, bem como a personalização das relações familiares, remetendo para suas normas o sentido humanista que lhes é devido, a partir do rompimento com as concepções antiquadas do patrimonialismo exacerbado, que concebia o homem como simples objeto para angariar riquezas, sendo a família mero depósito de bens que reunia pessoas com esse desiderato, menosprezando-se a necessidade de convívio familiar.

Sendo assim, a partir da Constituição de 1988 garantiu-se proteção especial às famílias, reconhecendo-as como instituto basilar da sociedade, para o qual o Estado amplia a tutela, abarcando o princípio da afetividade como paradigma e valor jurídico primordial e funcionalizando a própria família, enquanto ambiente de desenvolvimento humano.

Diante desse novo contexto e do processo de constitucionalização e humanização do direito civilista, se verifica como a passagem por uma legislação estritamente patrimonialista e patriarcalista influenciou o Direito de Família e seu



objeto de estudo, especialmente nas relações entre pais e filhos em que se observará o afeto como atual propulsor das relações familiares a ser protegido e, principalmente, preservado em toda demanda que envolva a família.

Nesse sentido, o instituto da responsabilidade civil é aplicado como possibilidade de condenação de pais ausentes, demonstrando que o dever paternal não se restringe ao sustento material, mas também é no sentido de assegurar um crescimento condigno e isento de danos psíquicos, despertando a consciência da função social no seio familiar e, deste modo, contribuindo para a formação de indivíduos mais equilibrados e conscientes.

O estudo buscará demonstrar que o Direito de Família deve se preocupar em tutelar as famílias, preservando os vínculos afetivos existentes e procurando a melhor alternativa de (re)construção de um convívio harmônico, saudável e, sobretudo, afetivo. Nesse sentido, analisar-se-á a incidência do instituto da responsabilidade civil nas hipóteses de abandono afetivo na relação paterno-filial, para que se possa atingir uma solução que melhor corrobore com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Destarte, se a falta de convivência e de afeto provoca lesão à dignidade da criança ou adolescente enquanto pessoa, originando evidente dano psíquico e conseqüente prejuízo à formação de sua personalidade, o instituto civil da responsabilidade é instrumento inábil quando se trata de sentimentos, pois lei nenhuma e tampouco juiz algum é capaz de impor uma obrigação jurídica que tenha por objeto amar alguém.

O afeto é algo abstrato e subjetivo que independe da vontade humana e se origina, espontaneamente, através do convívio voluntário diário e das conquistas e trocas de opiniões recíprocas. O princípio da proteção integral aos interesses das crianças e dos adolescentes será realmente concretizado se investigar e compreender a situação fática do conflito de cada entidade familiar, com o auxílio da Psicologia (que atuará como estrutura multidisciplinar) e da Mediação, de modo que a própria família resolva sua contenda.

Em se tratando de Direito de Família, não basta amoldar a vida à norma; é necessário humanizar esse o ramo do Direito que lida com a vida das pessoas, seus afetos e suas mágoas, de modo que o Estado intervenha, subsidiariamente, se descumprida a função de prover, proteger e assistir a instituição familiar para o

adequado exercício do poder familiar, priorizando o princípio da plena proteção das crianças e dos adolescentes.

Por isso, o objetivo do presente estudo é examinar soluções que incidam no cerne do problema, como forma de orientar a atuação do Estado perante a dificuldade de se conciliar a punição à nefasta prática do abandono paterno-filial com a efetividade do princípio da proteção integral ao filho menor.

Nesses termos, a reparação civil pecuniária em casos de abandono afetivo pelos pais não é a melhor medida, considerando que não confronta as origens do abandono e não preserva o princípio da afetividade que rege toda a relação de Direito de Família. Em razão disso, a Psicologia, por exemplo, surge como auxílio na compreensão das questões subjetivas, nas quais resta ao Direito apenas mediar os conflitos, por intermédio das orientações e diretrizes dadas pela Psicologia.

A investigação seguirá, metodologicamente, uma vertente jurídica instrumental operatória, utilizando-se do método de abordagem dedutivo, pelo qual se partirá de premissas e enunciados gerais até se alcançar as inúmeras controvérsias presentes nas hipóteses de abandono afetivo paterno-filial, pois, que o conhecimento mais profundo acerca das causas do abandono afetivo na relação paterno-filial, facilitará na detecção dos meios mais aptos a conferir melhor efetividade ao princípio da proteção integral de crianças e adolescentes.

A metodologia procedimental observará o método histórico, que possibilitará o traço da evolução do instituto da família e de suas funções em cada momento social do Estado, até alcançar a afetividade como valor jurídico de todo o Direito de Família; o método interpretativo, o qual proporcionará a análise e a compreensão do conteúdo dos princípios jurídicos, dispositivos legais, jurisprudências e doutrinas correlatos ao tema; e o método bibliográfico para que se realize uma apropriada coleta de dados contidos em livros da área jurídica, revistas especializadas, na própria legislação e jurisprudência nacional.

Para uma melhor elucidação do tema, a monografia se dividirá em três partes: no primeiro, será abordada a evolução do conceito de família (em face do fenômeno da despatrimonialização e conseqüente repersonalização do Direito de Família); destrinchadas as funções da família, evidenciadas em cada momento histórico como forma de se definir família e para limitar a atuação do Estado nesta esfera relacional; avaliada a repersonalização da relação familiar, provando-se que não significa a desconsideração das relações patrimoniais a ela concernentes, (mas

tão somente uma retificação em direção ao princípio da dignidade da pessoa humana) o que adiante fundamentará a sugestão proposta como alternativa para o caso de abandono afetivo.

A segunda parte tem por objeto o tema da responsabilidade civil no âmbito geral, pormenorizando-se seu conceito, pressupostos e suas espécies no intuito de analisar-se as relações de família e avaliar porque, majoritariamente, a doutrina admite a indenização pela prática de abandono afetivo e conseqüente dano moral, em contraposição à jurisprudência (que não concorda com a indenização e propõe a perda do poder familiar imposta pela lei) por se entender que aí não se cumpre com o caráter punitivo, dissuasório e tampouco reparatório do instituto.

A parte terceira enfatizará que o importante não é convencer-se da culpa, mas, conferir à vítima a reparação mais adequada, ou seja, que a responsabilidade civil no Direito de Família tem natureza positiva (se volta à promoção da dignidade dos membros da família) e prioriza o cumprimento do princípio da proteção integral do menor e do direito à convivência familiar, donde a indenização é apenas ato compensatório.

Destarte, tais apontamentos servirão de ponto de partida para que, ante o conjunto da obra, se firme o entendimento em torno de qual seria, (considerando as peculiaridades das relações familiares) a melhor solução nos casos de abandono afetivo que realmente guarneçam o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, já que a indenização, ao que parece, surte o efeito contrário, uma vez que não (re)estabelece o vínculo afetivo entre pais e filhos.

## 1 DA AFETIVIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA

Nesta parte propedêutico buscar-se-á situar o afeto como valor jurídico presente nas relações familiares e inserido no processo evolutivo do conceito de família, haja vista o fenômeno da despatrimonialização e conseqüente repersonalização do Direito de Família.

É interessante que se faça, deveras, uma breve análise sobre a intervenção do Estado na seara familiar, com o fito de agregar subsídios para, *a posteriori*, fomentar discussão a respeito da possibilidade ou não de se indenizar a vítima de abandono afetivo havido na relação paterno-filial, que se constitui no tema central deste estudo.

### 1.1 Considerações Iniciais

O Direito de Família é identificado como a parte do Direito Civil que rege as relações mais íntimas, em outras palavras, é o ramo do Direito que mais se aproxima da intensidade emocional do ser humano. Talvez por isso, o dinamismo que, no mundo jurídico, costuma nortear a disciplina da família, force à revisão dos conceitos e a reformulação das teorias, assim como à readequação dos velhos artifícios àquelas novas situações em que a lei não apresenta solução imediata.

A família é uma realidade sociológica e, como tal, constitui a base do Estado, merecendo-lhe a proteção especial proclamada no artigo 226 da Lei Maior. Nesse diapasão, tendo em vista que uma de suas funções é transmitir valores aos seus membros e perpetuar a cultura de uma nação, a Constituição Federal e o Código Civil estabelecem suas diretrizes e sua constituição sem, contudo, defini-la.

As constituições familiares, por sua vez, têm variado no decorrer da história (de acordo com a ideologia vivenciada em cada sociedade) sendo mais fácil, *a priori*, ressaltar diversas funções e atribuições dadas à família na organização social (enquanto colaboradora da própria sociedade e do Estado) do que propriamente defini-la, tarefa árdua que será mais adiante desenvolvida. Assim, Beatrice Marinho Paulo (BEATRICE MARINHO PAULO, 2009, p. 55-58) identifica as variadas funções

que a família possui: no exercício de sua função meramente procriativa (garantidora da preservação da espécie) não se visualizava, ainda, a conformação atual, vez que o Direito tem conferido, cada vez mais contundentemente, importância jurídica ao afeto na caracterização da família.

Outrossim, a família exerce função econômica ou mantenedora, pela qual capta e redistribui recursos essenciais ao Estado; sem a família a sociedade certamente não se manteria, no sentido de que o instituto busca atender às necessidades mais relevantes de seus membros e, assim, juntamente com o Estado e a sociedade, a família se encarrega de prover uma vida material digna.

Noutros tempos a função econômica da família sobrelevava-se, impondo-lhe definição pela qual se entendia como um núcleo de pessoas reunidas com o intuito único de amealhar bens, ressaltando-se o caráter patrimonialista da família com preterição do afeto que, muitas vezes, inexistia ou se relegava a um segundo plano.

A função emocional e psicológica, de fornecer a seus membros um clima de amor, segurança emocional, paz, compreensão e carinho que proporcione a todos consolo e apoio mútuo nas intempéries e possibilite o alcance da felicidade de cada um, adveio com a constitucionalização do Direito de Família, de modo a imprimir na acepção do termo família (sem olvidar das funções supramencionadas) o afeto.

Com efeito, nos dias atuais não só a família constituída pelo matrimônio é resguardada, mas também considerou-se como entidades familiares sujeitas à proteção estatal a união estável (§ 3º do artigo 226 da Constituição Federal) e as famílias monoparentais (§ 4º do artigo 226 da Constituição Federal). Assim, a função emocional e psicológica e a função de desenvolvimento das potencialidades humanas foram privilegiadas, em contraposição às funções anteriormente explicitadas.

A função de desenvolvimento das potencialidades humanas, voltada ao aprimoramento da personalidade e à promoção da dignidade de seus membros, fornecendo-lhes cuidados essenciais para o seu crescimento e desenvolvimento físico, psíquico e social é de suma importância, identificada no princípio da proteção integral à criança que é específico do Direito de Família (artigo 227 da Constituição Federal), o qual determina que os interesses das crianças devem ser priorizados em qualquer discussão familiar que a envolva.

Assim, de acordo com o conteúdo principiológico em exame, a criança é uma criatura potencialmente livre; a função paterna é, pois, concretizar essa

potencialidade, uma vez que o poder familiar, agora, é centrado na ideia de proteção, e não mais na de subordinação.

No exercício da função educativa e socializadora, pela qual se presta ensinamentos aos filhos, transmitindo-lhes hábitos, costumes, conhecimentos e fundamentos necessários à vida em sociedade, à medida em que a criança internaliza tudo que a família reproduz em seu seio, percebe-se o desenvolvimento integral de suas potencialidades e o quanto apreendeu sobre o modo de utilizá-las satisfatoriamente na sociedade.

A função de dar continuidade à cultura é importantíssima para as nações, pois a transmissão de valores e normas aos filhos, objetivando facultar-lhes aptidão para sobreviver junto a outros de sua espécie, garante a continuidade das tradições e a manutenção desse modo de vida. A família é elemento diferenciador no repasse de ditames ideológicos, nela perpetuando-se as ideias e padrões dominantes e hegemônicos de cada sociedade, que favorecem a sua própria manutenção por traduzir-se em um reflexo dessa mesma sociedade.

Nesse diapasão, a família é um protótipo da sociedade que, concomitantemente, a ela fornece cidadãos já devidamente habituados ao exercício de subordinação que deles se espera (função de fornecedora de cidadãos). Não é o Estado quem produz seus cidadãos, mas a família é quem os gera e os prepara, fazendo-os assimilar ideais, valores e normas que pautam a convivência social, de modo a fornecer o capital humano indispensável ao progresso social. O cuidado com que favorece o desenvolvimento de cada um de seus membros denota que é a família que os prepara para exercer plenamente as atribuições cidadãos perante toda a sociedade.

É justamente em virtude dessa real condição de célula mãe de qualquer organização social (primeiro grupo social com o qual se tem contato) que o amparo e a assistência à família se impõem, sob o argumento de que é necessário atentar para as questões em sua origem, principalmente porque a sociedade é de responsabilidade de todo e qualquer Estado que firme um pacto social.

Ante as múltiplas atribuições da família, considera-se que várias sociedades existentes privilegiam uma ou outra função, a depender da época e do contexto histórico em que estejam inseridas, por isso que é muito difícil delimitar um conceito de família sem provocar uma restrição na sua identificação.

Logo, uma das soluções mais procuradas na ausência de conceituação objetiva de um termo jurídico é a de se buscar, através do diálogo com outros campos do conhecimento, uma aproximação com a realidade fática, como forma de supedanejar o preparo das discussões travadas sobre questões sociais delicadas, tanto que a consulta aos livros de Antropologia ou Sociologia e a análise das relações familiares de um mesmo povo, no transcorrer de sua história, fazem perceber que muitos são os tipos de estrutura familiar, impossibilitando uma descrição, ainda que simplória, do termo família.

Com efeito, a Psicologia vem privilegiar a essência do instituto, já que não recebeu um conceito fechado; o que se impõe é a busca pela função e finalidade da família, pois que a funcionalidade da organização familiar deve ser hoje considerada de forma prioritária em relação à sua estrutura, para sua caracterização como fonte primária da socialização humana. Por causa disso, Beatrice Marinho Paulo (BEATRICE MARINHO PAULO, 2009, p. 60) propõe, em sua definição, um significado que lhe evidencia o caráter psicossocial, nos seguintes termos:

Família é o grupo de pessoas a quem o indivíduo é vinculado por laços afetivos e sentimento de pertencimento, que lhe servem de referência primeira na construção de sua personalidade, e a quem se pressupõe que ele possa recorrer, em caso de necessidade material ou emocional.

Destarte, a peculiar humanização do Direito de Família, facilitou a inserção do princípio da afetividade no conceito de família, traduzindo a preocupação com a coesão familiar porque, em sendo um corolário dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, adverte sobre que a relação familiar (seja entre cônjuges, companheiros, ou parentes) deve sempre pautar-se na afeição mútua, respeito e assistência recíproca, tudo de molde a auxiliar no desenvolvimento social dos seus membros integrantes e poder cumprir com sua função social, assim como o faz qualquer instituto do Direito Civil.

Na linguagem geral, se afirma que o afeto relaciona-se com sentimentos de ternura, carinho e simpatia. A afetividade, por seu turno, também é concebida como uma construção através da vivência, não se restringindo ao contato físico, mas promovendo a interação que se estabelece entre as partes envolvidas, tendo em vista que o homem é um ser social e busca o alcance de suas pretensões e

objetivos através da convivência, do relacionamento intersubjetivo e na troca de projetos e concepções de vida.

O princípio da afetividade traduz a essência do significado de família, como bem afirma o doutrinador Stolze (PABLO STOLZE GAGLIANO, 2011, p. 88): “A família é moldada pelo liame socioafetivo que os vincula, sem aniquilar as suas individualidades.” Aliás, Carlos Alberto Bittar (CARLOS ALBERTO BITTAR, 2006, p. 13) afirma que é nesse direcionamento que atua o Direito de Família, ajustando os direitos individuais para que se consiga, em concreto, a harmonização dos interesses em seu contexto e na busca dos respectivos fins do instituto da família.

Em suma, a família deve ser vislumbrada como uma forma de convivência na qual sobressai o afeto e o amor, como núcleo ideal para o pleno desenvolvimento e realização integral de cada membro, o que fortalece o caráter psicológico do instituto. No Direito de Família, pois, o princípio da afetividade está impregnado no conceito de família, tanto a partir da Constituição Federal, quando se reconheceu legalmente tuteladas as inúmeras outras formas de arranjos familiares, como também no que diz respeito à adoção, onde a aferição da existência do vínculo afetivo vem suplantando o aspecto biológico.

Outrossim, é de ver-se que há normas protetivas dos idosos, crianças e adolescentes que, com fulcro na afetividade, orientam a conduta dos filhos e dos pais no intuito de assegurar uma convivência harmônica e saudável entre eles e garantir o amparo e a assistência material e moral mútuos, consoante os ditames dos artigos 229 e 227 da Lei Maior.

Com efeito, toda a investigação científica atual que se volte ao exame de qualquer aspecto do Direito de Família submete-se ao princípio da afetividade, pois que os novos rumos da seara familiar conduzem à questão da socioafetividade, fazendo prevalecerem os laços afetivos sobre os elementos formais, uma vez que a Constituição Federal de 1988 elevou o princípio da dignidade da pessoa humana ao patamar de fundamento basilar de todo o organograma jurídico. Destarte, toda análise moderna do Direito de Família deve ajustar-se no afeto, a fim de que se garanta o real fundamento hermenêutico das normas regentes das relações familiares para considerar-se a família como um todo e cada membro seu em suas características particulares.



## 1.2 O afeto como valor jurídico

Como se pôde aferir, o papel exercido pela família em cada época foi-se transformando até absorver a essência do princípio da afetividade; a compreensão das relações familiares travadas na atualidade demanda, pois, a análise da evolução social e da própria família no transcurso do tempo.

A dimensão histórica tem o condão de modificar a noção de família, uma vez que (como tantas outras instituições) a família é também produzida culturalmente, alterando-se a sua estrutura, função e significado social conforme a época e a localidade em que se instala, pois a base material da sociedade é a família. Em assim sendo, as condições históricas e as mudanças sociais determinam a forma como a família irá se organizar para cumprir determinada função considerada primordial em cada momento histórico.

A palavra família é de origem romana: *famulus* significa escravo. Nesse diapasão, o termo família não se referia ao casal e seus filhos (ou ao casal e seus parentes), mas à ideia de subordinação, de poder e de mando, uma noção que serviu de paradigma ao mundo ocidental, nos primórdios e vingou sobremaneira no Brasil. (EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, 2005, p. 23).

A família colonial brasileira era hierarquizada, patriarcal, matrimonializada e transpessoal, apresentando conteúdo patrimonialista que colocava a instituição em primeiro plano, uma vez que o indivíduo vivia para a manutenção e o fortalecimento da instituição, a qual se caracterizava como núcleo de apropriação de bens e, como tal, possuía grande número de membros, para que se pudesse manter economicamente a propriedade privada. (ROSANA AMARA GIRARDI FACHIN, 2001, p. 8-9).

A relação entre pais e filhos era fincada numa realidade moral e social quase isenta de sentimentos e afetividade, pois o filho da família patriarcal era visto como mais um elemento de força produtiva (ROSANA AMARA GIRARDI FACHIN, 2001, p. 46). Além disso, o vasto número de pessoas morando na mesma casa impossibilitava o surgimento da privacidade familiar e desestimulava os elos afetivos. (BEATRICE MARINHO PAULO, 2009, p. 45).

A hierarquia da família consubstanciava-se principiando no homem (pai, marido, chefe da empresa, comandante da tropa), a quem todos se subordinavam

porque se colocava no topo da pirâmide, de tal modo que as demais vontades e interesses individuais eram posto de lado, havendo um completo distanciamento emocional do homem para com o resto da família, fundado na ideia de que quanto mais se mantivesse distante, mais autoridade possuiria. (BEATRICE MARINHO PAULO, 2009, p. 45-46).

Com a chegada do príncipe regente ao Brasil, a casa perde sua auto-suficiência e o acúmulo de bens já não basta, porque a aristocracia firmou-se como novo instrumento de reafirmação de poder. A casa abriu-se ao convívio com estranhos, objetivando-se a realização de contatos e alianças como estratégia econômica e política voltada à aquisição de um título aristocrata, o que redundava na adoção de certos hábitos culturais, novos costumes e modos de viver, com as particularidades ganhando expressão e os indivíduos começando a se diferenciar. (BEATRICE MARINHO PAULO, 2009, p. 46-47)

Por causa disso, a relação entre pais e filhos também mudou, a família passou a ser vista como local de proteção e cuidados com a infância, tomados no sentido de orientar e direcionar os filhos e filhas à boa educação, requinte, bom gosto e boas maneiras, objetivando-se à consecução de um casamento próspero (BEATRICE MARINHO PAULO, 2009, p. 46-47). Assim, para que uma família fosse reconhecida como tal pelo Estado, revelando-se dotada de legitimidade e merecedora de proteção, mister que se observassem certos padrões, onde o primeiro e principal deles era o de ter-se fundado no matrimônio. (BEATRICE MARINHO PAULO, 2009, p. 50).

A importância conferida ao casamento era tamanha que a filiação se dividiu em prole legítima e ilegítima, conforme proviesse ou não de uma união abençoada e sacramentalizada pelo matrimônio. Nesses termos, o filho adulterino e seus pais não podiam exigir o reconhecimento do laço sanguíneo e hereditário que os unia (tudo de molde a preservar a paz conjugal), tanto que as certidões de nascimento prescreviam acerca da origem desonrosa, discriminando-os de forma legalmente aceita (BEATRICE MARINHO PAULO, 2009, p. 50). A família matrimonializada era igualmente hierarquizada e patriarcal, sendo o pai o grande chefe e definidor dos rumos da vida de todos os membros da família e que, para tanto, tomava qualquer decisão a respeito de seus filhos, seja no que se referisse à sua pessoa ou com relação aos seus bens.

Sob os ditames desse modelo tradicional, a função primordial da família era a de garantir a transmissão patrimonial; a característica patrimonialista presente no antigo Código Civil permeava o âmbito familiar a ponto de prescrever-se que, dos 290 artigos destinados a regular o Direito de Família, 151 tratassem das relações patrimoniais familiares.

Contudo, a faceta patriarcal e autoritária do antigo Código Civil foi aos poucos igualmente superada, em decorrência da descodificação do Direito Civil, que provocou a proliferação de inúmeros estatutos e leis específicas (os chamados micro sistemas jurídicos), os quais disciplinavam sobre as novas exigências de uma sociedade industrializada sob a ótica solidarista e humanitarista, enquanto o Código Civil de 2002 ainda se encontrava em trâmite.

As transformações sociais fizeram surgir uma realidade familiar plúrima, com a adoção de novos costumes e hábitos que influenciou sobremaneira a composição e o significado do termo família e oxigenou a realidade familiar vivida até então, por isso que a família, refletida na Constituição Federal de 1988 e no Código de Civil de 2002 não aceita concepção única, apresentando várias configurações possíveis (como na união estável e na família monoparental) juntamente com a matrimonializada.

É perceptível a transformação havida na escala de valores, decorrente de transformações culturais por intermédio das quais a hierarquia, o patriarcalismo e a desigualdade cedem lugar à democracia e à isonomia posta entre os cônjuges e norteiam as relações dos filhos entre si. Os pais exercem igualmente o poder familiar (direitos e deveres), na medida em que são colaboradores de um projeto familiar comum, vedadas as discriminações relativas à origem dos filhos em suas respectivas certidões de nascimento.

Os filhos passaram a ser reconhecidos como sujeito e participam ativamente das decisões a eles relativas e correspondentes à família como um todo. A prole adquiriu *status* de prioridade absoluta e, dada a sua condição de seres em desenvolvimento, seus interesses passaram a ser privilegiados em detrimento dos interesses dos demais membros da família (artigo 227 da Constituição Federal).

Nesse contexto, a função procriacional da família e o seu papel econômico perderam terreno, cedendo lugar a uma comunhão de interesses e de vida em que laços de afeto marcam a estabilidade, dando realce à seara dos direitos fundamentais ao indicar, como função primeira da família, a de promover o

desenvolvimento das potencialidades humanas; não são mais os indivíduos que existem para a família, mas a família é que existe para os indivíduos.

Esse fenômeno Maria Helena Diniz (MARIA HELENA DINIZ, 2010, p. 24-25) designa de transformação da ordem jurídico-positivo-formal-personalista, privilegiando-se a pessoa e a realização dos seus interesses no seio da comunidade familiar, através da imposição de uma releitura de todo o ordenamento jurídico, pela qual se considerarão os valores positivados constitucionalmente como forma de abranger as mudanças surgidas no Direito de Família em busca de soluções viáveis. Em suma, é a renovação familiar processada através do amor e visando a unidade da família, numa época marcada por disputa e egoísmo.

Com efeito, Tânia da Silva Pereira (TÂNIA DA SILVA PEREIRA, 2006, p. 232) arremata que a família contemporânea tem priorizado relações de afeto, solidariedade e responsabilidade, abandonando sua identificação tradicional como núcleo econômico e de reprodução. Nesse diapasão, as relações familiares passam a ser funcionalizadas em razão da dignidade de cada membro, que encontra na família o respaldo apropriado para o seu desenvolvimento. Destarte, o conceito de família se alarga para abarcar, como entidades familiares, as uniões estáveis (artigo 226, § 3º da CF/88) e as famílias monoparentais (artigo 226, § 4º da CF/88), assim como as famílias constituídas pelo casamento civil ou religioso (artigo 226, §§1º e 2º da CF/88).

Entretanto, consoante o pensamento de Beatrice Marinho Paulo (BEATRICE MARINHO PAULO, 2009, p. 54) vê-se que o rol da constituição é meramente exemplificativo. Ora, se o afeto foi abarcado como valor jurídico pelo Direito de Família, uma interpretação contrária implicaria em restrição e ferimento aos princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana, descumprindo-se os objetivos de promover o bem de todos e de assegurar especial proteção à família, sem qualquer discriminação.

O vínculo de afeto se apresenta como elemento identificador das relações familiares, preconizado como valor jurídico que extrapola os limites expressos da legalidade, a fim de se alcançar a essência harmônica do instituto família, pois, segundo Perlingieri (PIETRO PERLINGIERI, 2002, p. 244): “o perfil consensual e a *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar.”

É de se ressaltar, por oportuno, que o Código Civil de 2002 já foi concebido de forma anacrônica, pois o paradigma adotado na regência das relações familiares era o mesmo do Código Civil de 1916. Com efeito, seu trâmite iniciou-se antes da verdadeira revolução provocada pela Constituição de 1988, que remodelou os pilares do instituto família, inclusive o da comunhão de vida consolidada na afetividade.

Talvez por isso mesmo algumas questões necessárias não tenham sido enfrentadas, assim como outras tiveram de se submeter ao impacto constitucional (através do processo de constitucionalização do Direito Civil) mediante o qual os institutos de Direito Privado atravessaram uma etapa de funcionalização social, inclusive a família (uma área sempre norteadada pela manutenção da privacidade dos seus integrantes) que agora, através da Constituição Federal, igualmente exerce uma função social, qual seja, a de fomentar o desenvolvimento de seus membros, principalmente as crianças e adolescentes, os quais sujeitam-se a constantes transformações psicossociais.

Outrossim, entende-se que o Direito não deve decidir como a família será formada, pois, em se tratando de relações familiares, seu campo de atuação deve se limitar ao controle da observação dos princípios orientadores, deixando a cargo dos envolvidos os modos de constituição e condução da entidade familiar, tal como disciplina o parágrafo 7º do artigo 226 da Constituição Federal .

### **1.3 A despatrimonialização do Direito de Família**

Como se sabe, até o advento da Constituição Federal de 1988 os pilares do Direito Civil centravam-se na propriedade e no contrato, os quais representavam-lhe a autonomia privada. Porém, com a nova Carta Magna fez-se presente a crise nas categorias jurídicas pré-constitucionais, que entraram em choque com as recém-criadas cuja tônica e preocupação se dirigia à preservação da dignidade da pessoa humana, impondo-se a revisão das regras e institutos do Direito Civil a partir da sua despatrimonialização e da ênfase dada à pessoa humana.

É de se ressaltar que essa despatrimonialização do Direito Civil não significa a exclusão do conteúdo patrimonial no Direito, mas a funcionalização do próprio

sistema no sentido de direcioná-lo para o respeito à dignidade da pessoa humana. Outrossim, reconhece-se que o Direito de Família não possui conteúdo propriamente econômico; a conceituação de família, por exemplo, perpassa outros fatores superiores ao patrimônio, tais como a formação do indivíduo (edificada no princípio basilar da dignidade da pessoa humana) indicando que o patrimônio nas relações familiares é apenas consequência e não fim.

Logo, o âmbito de atuação da família é bem mais amplo, uma vez que suas obrigações se caracterizam pelo fim ético e social e refletem indiretamente no patrimônio, conforme apontam Gonçalves (CARLOS ROBERTO GONÇALVES, 2010, p. 18) e Stolze (PABLO STOLZE GAGLIANO, 2011, p. 36) que ratificam: “o conceito de família reveste-se de alta significação psicológica, jurídica e social.” Nesse diapasão, vê-se que o processo de constitucionalização do Direito Civil, sobrelevando a função social da família (de promover a dignidade de cada membro), caracteriza o fenômeno da repersonalização do Direito de Família, a partir do momento em que a própria pessoa humana torna-se destinatária das normas:

A família como formação social, como ‘sociedade natural’, é garantida pela Constituição não como portadora de um interesse superior e superindividual, mas, sim, em função da realização das exigências humanas, como lugar onde se desenvolve a pessoa. (Pietro Perlingieri, 2002, p. 243). (grifo do autor).

Os direitos atribuídos aos componentes da família vêm garantir, tutelar e promover diretamente as exigências próprias da pessoa e não de um distinto organismo (expressão de um interesse coletivo). A família não é titular de um interesse separado e autônomo, superior àquele do pleno e livre desenvolvimento de cada pessoa, uma vez que, diante da comunhão material e espiritual, o interesse de cada um torna-se (em diferentes medidas) o interesse dos outros, em constante reciprocidade.

Sob essa nova roupagem e assumindo seu novo papel, a família contemporânea não admite mais ingerência do Estado, sobretudo no que se refere à intimidade de seus membros. Destarte, seus integrantes é que ditarão o regramento próprio da convivência. Nesse sentido, exsurtem disposições que fazem com que a sociedade e o Estado respeitem e reconheçam tanto a família, enquanto unidade, como os seus membros individualmente. Todavia, a autonomia privada, segundo Rolf Madaleno (ROLF MADALENO, 2010, p.25), deve inserir no indivíduo:

[...] consciência de maneira ética, atento aos comandos superiores de uma organização social e familiar, e assim se apresente em sociedade e diante da sua célula familiar, como uma pessoa responsável, como proceder tranqüilo nas suas relações de família, como deve agir com equilíbrio nas suas relações para com terceiros.

Não obstante a vedação da intervenção de instituições seja pública ou privada, na família o Estado regulará o abuso no exercício desse direito, nos termos do § 7º do artigo 226 da Constituição Federal:

Art. 226 [...].

[...].

§ 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.

Entrementes, anote-se que o princípio da mínima intervenção estatal do Direito de Família vincula-se ao momento histórico de cada tipo de Estado, de modo que é aplicado nas mais diferentes proporções em determinadas épocas, consoante o doutrinador Paulo Luiz Netto Lôbo. Com efeito, o Estado absolutista admitia amplamente a intervenção estatal em todas as áreas, como forma de submetê-las à vontade soberana do monarca. Já no Estado liberal havia a mínima intervenção estatal, que se justificava pela ascendência da burguesia ao poder e a defesa da cidadania, do respeito à dignidade humana e da liberdade de aquisição, domínio e transmissão de propriedade.

No que diz respeito à família, sabe-se que essa organização estatal não tutelava as relações familiares, pois se acreditava na política da privacidade no campo familiar mantida sob o controle da Igreja e do Direito Canônico, que escapavam à intervenção do Estado. O Estado Social, por sua vez, retomou o processo intervencionista do Estado absolutista (em que o poder político variava da democracia social ao socialismo), destinando-se normas explícitas de proteção especial à família, a ser oferecida pelo Estado (PAULO LUIZ NETTO LÔBO, 2004, *apud* RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, 2004, p. 110).

Acrescente-se que, na família (alicerce de toda sociedade), a função social deverá ser exercida de forma integrada com outros grupos que cooperam com a organização social, pelo que se justifica a intervenção do Estado na comunidade familiar, visando o respeito ao valor da pessoa nesse âmbito onde o indivíduo figura

de modo central assim como, na sociedade, se apresenta como algo mais além de simples força produtiva.

Consoante ensina Maria Berenice Dias (MARIA BERENICE DIAS, 2006, p. 57), a intervenção estatal nas relações familiares operou-se, *a priori*, através da afirmação de padrões de estrita moralidade, objetivando-se a regulamentação da ordem social e a formalização dos vínculos afetivos através do matrimônio, igualmente, pela imposição de deveres e penalidades a certos comportamentos que pudessem comprometer a instituição familiar ou redundar na sua dissolução. Nesses termos, o Estado invadia a liberdade individual e constrangia as relações de afeto (na medida em que estipulava paradigmas comportamentais), por meio de comandos intimidatórios e punitivos constantes das normas de Direito de Família, cuja natureza é quase que completamente cogente e imperativa.

Nos dias atuais o princípio da intervenção mínima estatal (artigo 1.513 do CC/02) no Direito de Família, remete à noção de que o Estado abandonou a figura de protetor-repressor para assumir a postura de protetor-provedor-assistencialista (RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, 2004, p. 112). A intervenção estatal ocorre, então, somente no sentido de tutelar a família com garantias hábeis a facultar condições propícias à manutenção do núcleo familiar (seja material ou espiritualmente), ou seja, o princípio da intervenção mínima do Estado na seara da família não o exime de tutelá-la, porque se entende que assim será preservada a sociedade como um todo, assegurando-se a estabilidade das relações sociais.

O Estado conferirá destaque, no convívio familiar, ao processo interativo e dinâmico do cuidado e do afeto. Conquanto não possa intervir exacerbadamente na comunhão de vida instituída pela família, deverá coibir violações, excessos e negligências que se opõem ao comportamento harmônico que se requer de uma família, com fulcro no adequado desenvolvimento familiar. É de se notar, pois, que o âmbito de dirigismo estatal nas relações familiares encontra obstáculo no próprio princípio da afetividade.

A nova realidade da família brasileira (surgida com a CF/88) exige que em seu seio ofereça-se aos seus membros uma vida com dignidade e a possibilidade de instituir seus próprios dogmas, sua moral, sua ética, sua consciência política e religiosa (respeitando-se a ordem pública e os ditames legais), desde que se reconheça o afeto como elemento fundante da família, sob pena de se ferir as bases constitucionais do Estado Democrático de Direito.



O Estado, que exsurge a partir das aglomerações familiares, vê na família a base para a formação de uma nação justa e atenta aos princípios da moral e da ética, de modo que a análise feita acerca da praticidade e da necessidade de uma intervenção estatal na seara familiar, assim como a discussão da qual sobressaia a melhor forma de se responsabilizar eventual violação aos direitos fundamentais que cercam a família, ambas realizadas sem ferir o conteúdo da despatrimonialização do Direito de Família são, bem de ver-se, bastante pontuais e oportunas.

Como manifesta Perlingieri (PIETRO PERLINGIERI, 2002, p. 33) o ordenamento opera, lentamente, a feitura de uma opção pelo personalismo (superação do individualismo) em detrimento do patrimonialismo (superação da patrimonialidade como fim em si mesma); entretanto, não se elimina o conteúdo patrimonial do sistema jurídico, apenas se lhe atribui uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa, quando compatibilizado com os princípios constitucionais e adequando-se os valores de uma jurisprudência civil dos interesses patrimoniais a uma mais atenta aos valores existenciais providos ou assistidos pelo Estado.

Como se vê, a partir das vertentes da personificação e da despatrimonialização da família é que surgiu a aspiração sobre uma nova concepção familiar que coloque limites à atuação do Estado nesta esfera relacional. Dessa forma, a reposição de valores na relação de família (valorização maior do sujeito em detrimento das relações patrimoniais) não significa a desconsideração dessas relações, mas tão-somente uma retificação em direção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

## 2 A RESPONSABILIDADE CIVIL

A expressão responsabilidade denota, na linguagem comum, a consciência da previsão dos possíveis efeitos do seu próprio comportamento, de modo que, quanto mais liberdade, maior a responsabilidade para exercê-la. A noção de responsabilidade civil, como se sabe, está correlacionada ao conceito de obrigação jurídica; enquanto a obrigação é a relação jurídica pessoal que confere o direito de se exigir o cumprimento de determinada prestação, a responsabilidade é o dever jurídico secundário, caracterizado quando não há o cumprimento dessa obrigação.

Desse modo, a configuração da responsabilidade civil faz imprescindível a ruptura do dever jurídico inicialmente proposto (ora por lei, ora por contrato) o qual a princípio deve ser cumprido espontaneamente, pois a responsabilidade é justamente a consequência jurídica e patrimonial decorrente de eventual descumprimento.

Nesta parte abordar-se-á, pois, a questão da responsabilidade civil, com o fulcro de avançar nos estudos acerca do instituto no âmbito familiar, cuja obrigação e dever jurídico é o auxílio, respeito e sustento recíprocos que, em sentido amplo, significa a presença da afeição nessa área de estudo.

### 2.1 Noções gerais

Como se sabe, toda atividade que acarrete um prejuízo gera responsabilidade ou o dever de indenizar, visualizando-se como caracteres do instituto a amplitude e a interdisciplinariedade; assim, todo o arcabouço desse ícone jurídico caminha no sentido da restauração do equilíbrio patrimonial e moral violado.

Sob essa ótica, “os ordenamentos contemporâneos buscam alargar cada vez mais o dever de indenizar, alcançando novos horizontes, a fim de que cada vez menos restem danos irressarcidos.” (SILVIO DE SALVO VENOSA, 2008, p. 1-2).

A palavra responsabilidade vem do verbo latino *respondere*, que significa a obrigação que alguém tem de assumir as consequências jurídicas de suas atividades (PABLO STOLZE GAGLIANO, 2009, p. 1). Nessa linha de raciocínio a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse, o qual foi previamente

estabelecido (por lei ou por contrato) e que sujeitará o infrator ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior.

Com efeito, três funções são facilmente identificadas no instituto da reparação civil; segundo Stolze (PABLO STOLZE GAGLIANO, 2009, p. 21): “compensatória do dano à vítima; punitiva do ofensor e desmotivação social da conduta lesiva.” O objetivo primordial e o fim a que se propõe é fazer retornar ao *status quo ante*, ou seja, busca em primeiro lugar a restauração das coisas e, caso não seja possível, impõe o pagamento de um *quantum* indenizatório que sopesse, na fixação do valor, a ideia de compensação à vítima pelo dano sofrido, de sanção impingida ao ofensor e logre persuadir os demais a não praticar a conduta punida, restabelecendo o equilíbrio e a segurança almejados pelo Direito. A noção contemporânea de responsabilidade civil dá primazia à prevenção ao dano, principalmente no que diz respeito aos direitos de personalidade, exigindo-se a construção de soluções que não se enquadram na reparação (PAULO LUIZ NETTO LÔBO, 2009, p. 10).

A importância da responsabilidade se revela, na sociedade, a partir da ocorrência de reflexos jurídicos provocados quando alguém pratica um fato ou ato punível ou moralmente reprovável, os quais merecem ser evitados e banidos. Nesse diapasão, o Código Civil visualizou duas modalidades de responsabilidade: a responsabilidade extracontratual e a responsabilidade contratual.

A responsabilidade contratual se refere ao inadimplemento contratual ou mora, que ensejará a indenização por perdas e danos, nos termos do artigo 389 e seguintes do Código Civil; a responsabilidade extracontratual é derivada da lei, aplicando-se o disposto nos artigos 186 a 188 e 927 e seguintes do mesmo diploma legal, quando há transgressão de comportamento, ou seja, quando o agente infringe um dever genérico de não lesar ou de não causar dano a ninguém.

Na responsabilidade contratual, o que se descumpre é o avençado (o que o torna inadimplente); outra significativa diferença é no que concerne ao ônus da prova. Se a responsabilidade é contratual, o credor só está obrigado a demonstrar que a prestação foi descumprida, enquanto o devedor deverá provar a ocorrência de alguma excludente admitida em lei para não ser condenado a reparar o dano. Já na responsabilidade extracontratual a vítima do dano deverá provar que o fato foi provocado pelo agente para obter a indenização, em outras palavras, a vítima do dano terá maiores chances quando a responsabilidade for contratual, pois é

incumbida tão somente de demonstrar o descumprimento do contrato, do que resultou o dano (CARLOS ROBERTO GONÇALVES, 2007, p. 29).

A capacidade do agente causador do dano é outro ponto de distinção entre as duas modalidades de responsabilidade, visto que na contratual a capacidade sofre limitações, pois todo e qualquer negócio jurídico (como o contrato) exige que os agentes sejam plenamente capazes ao tempo de sua celebração, sob pena de nulidade e de não produzir efeitos indenizatórios, conforme dispõe o artigo 166, inciso I do Código Civil.

De outra banda, assevera-se que, embora seja o menor de 18 anos civilmente irresponsável, na responsabilidade extracontratual poderá responder pelos prejuízos causados se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazer ou não dispuserem de meios suficientes. (artigo 928 do Código Civil).

Outrossim o artigo 186 (combinado com o artigo 927) do Código Civil é que trazem os quatro elementos que moldam a responsabilidade civil:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

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

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

No que pertine aos pressupostos de aplicação, tem-se: a) a conduta humana, subdividida em omissão ou ação; b) a culpa, elemento accidental; c) nexo causal ou relação de causalidade; d) o dano experimentado pela vítima, que poderá ser moral ou material, conforme o caso.

A lei se refere a qualquer pessoa, seja natural ou jurídica que por ato próprio ou de terceiro, mediante ação ou omissão, venha a causar dano a outrem. Assim, a responsabilidade por danos causados por animais e coisas que estejam sob a guarda da pessoa é de seu dono (sendo, inclusive, classificada como objetiva, a qual independe de discussão acerca de culpa). Já um fato da natureza, a despeito de causar dano, não gerará responsabilidade civil alguma, outrossim, há responsabilidade objetiva por ato de terceiro, como nas hipóteses dos danos

causados por filhos, tutelados ou curatelados, pelos empregados, prepostos, hóspedes e agentes públicos (artigo 932 e seus incisos do Código Civil).

Trata-se da “conduta humana, positiva ou negativa (omissão), guiada pela vontade do agente, que desemboca no dano ou prejuízo”. (PABLO STOLZE GAGLIANO, 2009, p. 27). Nesses termos, o núcleo da noção de conduta é justamente a voluntariedade, resultado da liberdade de escolha do agente imputável, contudo, a voluntariedade não é necessariamente a intenção de causar o dano, mas a consciência do que se está fazendo, não se referindo à ilicitude do ato. Por isso não se pode dizer que a ilicitude acompanha necessariamente a ação humana danosa ensejadora da responsabilidade, uma vez que é possível reparar danos ocasionados por ato lícito (como por exemplo, na deterioração ou destruição da coisa alheia), praticado em virtude de estado de necessidade.

Como se vê, outro aspecto é a culpa *lato sensu*, que não é elemento essencial do instituto da responsabilidade civil (PABLO STOLZE GAGLIANO, 2009, p. 24-25), já que há dois tipos de responsabilidade: a subjetiva e a objetiva, sendo esta última a exceção prevista no diploma legal porque, enquanto na subjetiva é necessária a comprovação da culpa do agente pela vítima, na objetiva sequer se faz alusão sobre a culpa, de modo que não existe culpa presumida, que enseje a inversão do ônus da prova, o qual será conferido ao agente e não à vítima, como de praxe, porque na responsabilidade objetiva basta tão somente a demonstração da conduta do agente, ocorrência do dano e o nexo causal entre os dois primeiros elementos (CARLOS ROBERTO GONÇALVES, 2007, p. 22-26).

Saliente-se que na responsabilidade objetiva pode haver responsabilidade sem que necessariamente exista antijuridicidade, tal como no exemplo previsto no artigo 930 do Código Civil:

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I).

É por isso que não se pode falar que o estado de necessidade (artigo 188, I do Código Civil), por exemplo, é uma excludente de responsabilidade, mas sim de ilicitude, pois que havendo dano há o dever de indenizar; são casos de atuações lícitas, amparadas pelo Direito, que geram o dever de reparar.

A culpa (em sentido lato) abrange o dolo, que é a violação deliberada, consciente, intencional, do dever jurídico; a culpa, por sua vez, é a falta de diligência, de cuidado, é uma conduta desproporcional. Nesses termos, Stolze (PABLO STOLZE GAGLIANO, 2009, p. 123-124) definiu:

Culpa (em sentido amplo) deriva da inobservância de um dever de conduta, previamente imposto pela ordem jurídica, em atenção à paz social. Se esta violação é proposital, atuou o agente com dolo; se decorreu de negligência, imprudência ou imperícia, a sua atuação é apenas culposa, em sentido estrito.

Já o doutrinador VENOSA (SILVIO DE SALVO VENOSA, 2008, p. 23) simplificou a questão afirmando que, “em sentido amplo, culpa é inobservância de um dever que o agente devia conhecer e observar.”

Como se vê, a culpa (em sentido amplo) é composta dos seguintes elementos: voluntariedade do comportamento do agente (de resultado involuntário); previsibilidade; e violação de um dever de cuidado (PABLO STOLZE GAGLIANO, 2009, p. 126).

A voluntariedade, pois, se manifesta na atuação do causador do dano, não se referindo a uma vontade direcionada à consecução do resultado (que caracterizaria o dolo), logo, o dano resultará da violação de um dever de cuidado, sem que o agente tenha a vontade de efetivar o resultado lesivo. Ademais, só se reconhece a culpa se houver previsibilidade quanto ao prejuízo causado; de outra forma, haverá caso fortuito e, por conseguinte, o nexo causal desaparecerá, eximindo-se o agente da obrigação de indenizar.

A culpa se manifesta sob três formas: negligência, imperícia e imprudência. Na negligência a inobservância do dever de cuidado se dá por omissão; na imprudência atua-se contra as regras básicas de cautela; na imperícia, há inabilidade ou falta de aptidão para o exercício de um ofício, profissão ou atividade técnica ou científica, porém, tais aspectos são tidos por irrelevantes, ou seja, configurada a culpa, exsurge o dever de indenizar (PABLO STOLZE GAGLIANO, 2009, p. 127- 129).

Embora o Código Civil não faça nenhuma distinção entre as medidas a doutrina tradicional a reparte em três graus de culpa para efeito de reparação: grave, leve e levíssima. Assim, diferentemente do que ocorre no Direito Penal (onde a culpa é considerada para efeito de fixação da sanção pena-base) no Direito Civil, a sanção

não está adstrita ou condicionada ao elemento psicológico da ação, mas sim à extensão do dano (artigo 944 do Código Civil), e na opinião de Stolze (PABLO STOLZE GAGLIANO, 2009, p. 127), para efeito de indenizar não se distingue, *a priori*, o dolo da culpa leve.

Outrossim, é de ver-se que o Código Civil prioriza a responsabilidade subjetiva, onde o elemento culpa é essencial, mas prevê acerca da responsabilidade objetiva, sobrevivendo as duas espécies no referido diploma legal, principalmente nas hipóteses em que a ideia da responsabilidade se funde na atividade de risco, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil.

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

Daí se depreende que, a par da responsabilidade decorrente do ilícito civil, em cujas noções encontra-se inserida a ideia de culpa e de abuso de direito, poderá o magistrado reconhecer a responsabilidade civil do infrator, sem indagar do elemento culpa, em duas situações: a) nos casos especificados em lei; e b) quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

O segundo elemento essencial da responsabilidade civil é o nexo causal (liame que une a conduta do agente ao dano ocasionado) pelo qual se conhece quem foi o causador do dano experimentado pela vítima e, por conseqüência, se averigua sobre a possibilidade de ressarcimento.

Entrementes, nalgumas hipóteses faz-se impossível estabelecer a causa direta do fato que provocou o dano; como forma de dirimir tal dificuldade, o Código Civil, para explicar a questão do nexo de causalidade, a teoria da causalidade direta ou imediata, inserida no artigo 403 (na vertente necessária) consoante explicação de Stolze (PABLO STOLZE GAGLIANO, 2009, p. 93):

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

Destarte, é mister a certeza absoluta da ligação entre o fato e o prejuízo; a grande dificuldade é justamente o aparecimento de concausas que prejudicam a pesquisa acerca da verdadeira causa do dano (CARLOS ROBERTO GONÇALVES,

2007, p. 578-579), as quais afastam a possibilidade de indenização do dano remoto ou indireto (PABLO STOLZE GAGLIANO, 2009, p. 43). O dano é justamente o último elemento da responsabilidade civil, sem o qual a perspectiva mesma de responsabilização não subsiste, pois que nenhuma indenização poderá ser exigida se não houver prejuízo, não obstante haja a violação culposa ou dolosa de um dever jurídico (PABLO STOLZE GAGLIANO, 2009, p. 36).

O dano consiste no prejuízo sofrido pela vítima e provocado pelo agente, por ação ou omissão, configurando-se a lesão a um interesse juridicamente tutelado, patrimonial ou personalíssimo. Ressalta-se, assim, que por intermédio da Carta Magna de 1988, foi acrescentada a indenização por dano exclusivamente moral, nos incisos V e X do artigo 5º que, corroborando com os artigos 11 e 12 do Código Civil, fazem que seja permitida a cumulação com a indenização por dano material.

Como é cediço, se a violação ferir direito patrimonial, tem-se o dano material; em contrapartida, se a lesão afronta direito extrapatrimonial ou personalíssimo, configura-se o dano moral (CARLOS ROBERTO GONÇALVES, 2007, p. 609; 705).

Na primeira hipótese, a reparação dar-se-á através da reposição natural, pois que o bem violado é físico e mensurável economicamente; já na ocorrência de dano moral assim não se procede, vez que a honra violada jamais pode ser restituída à condição anterior. Nesse diapasão, a reparação consistirá no pagamento de soma em dinheiro, arbitrada pelo juiz, com o objetivo de compensar o dano sofrido, atenuando-se as conseqüências da lesão, por isso é que se afirma que esse dano não é propriamente indenizável, já que indenização significa eliminação do prejuízo e de suas conseqüências (PABLO STOLZE GAGLIANO, 2009, p. 50). Outrossim, dita a regra que, salvo exceções expressas no ordenamento, a simples violação de direito (ausente o efetivo prejuízo, ainda que exclusivamente moral) não enseja indenização, e assim, tem-se que todos os danos devem ser ressarcidos, a princípio (SILVIO DE SALVO VENOSA, 2008, p. 34).

Todavia, alguns requisitos determinam acerca da efetiva possibilidade de indenização, quais sejam: a) a violação ao interesse jurídico (patrimonial ou extrapatrimonial) de uma pessoa física ou jurídica; b) certeza quanto à existência dano; c) subsistência do dano. Nesses termos, cumpre realçar o conteúdo dos dois últimos requisitos, já que somente o dano efetivo e exigível será indenizável, pelo que ninguém poderá ser obrigado a compensar a vítima por um dano abstrato ou



hipotético, de modo que a probabilidade de perda de uma oportunidade ou chance não pode ser considerada em abstrato como condição para indenização, a qual busca a reparação de um prejuízo, e não a obtenção de uma vantagem (PABLO STOLZE GAGLIANO, 2009, p. 38-40).

Por outro lado, se já houve a reparação espontânea do dano por parte do infrator, desaparece o interesse relativo à responsabilidade civil, subsistindo o dano até o momento de sua exigibilidade em juízo, caso contrário não há indenização.

## **2.2 Dano material e dano moral**

Tal como se disse anteriormente, o dano é um elemento imprescindível à configuração da responsabilidade civil, pois que seu fim exclusivo é justamente a reparação de um dano. Ora, sem dano, não há justificativa para que se imponha a alguém (ainda que diante de um comportamento ilícito) uma obrigação, em qualquer de suas modalidades.

O dano, repita-se, pode configurar-se de duas formas: dano material e dano moral. O primeiro repercute no patrimônio do lesado, ou seja, é a lesão a bem jurídico economicamente mensurado, enquanto o segundo afeta os bens jurídicos de ordem personalíssima, como a intimidade, a vida, a honra, a saúde. Os dois tipos tanto podem ser objeto de pleito individual como cumulativo (conforme o entendimento sumular n. 37 do Superior Tribunal de Justiça) porque ainda que o fato gerador seja idêntico, os efeitos podem ser variáveis; contudo, relembra Gonçalves (CARLOS ROBERTO GONÇALVES, 2007, p. 609) que:

O dano moral não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano.

É certo que se deve reputar como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que interfira sobremaneira no comportamento psicológico do sujeito, causando-lhe desequilíbrio em seu bem-estar, porque mero dissabor, aborrecimento, mágoa e irritação fazem parte do dia-a-dia do ser vivente, podendo ocorrer no trabalho, entre os amigos e na família.

Assim, não cabe ao Direito repará-los, pois cada ser humano tem uma forma particular de sentir a dor ou a aflição. É curial que na restituição se devolva tudo aquilo que fora objeto da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse tutelado juridicamente. Logo, no caso de dano moral, para que se possa afirmar que a lesão afetou um interesse que vise à satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial, deve o mesmo estar contido nos direitos da personalidade. Com efeito, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos V e X, consagrou a indenização por dano moral expressamente e de modo formal:

Art. 5º [...]

[...]

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;

[...].

Assim é que a reparação do dano moral fora definitivamente integrada ao Direito pátrio, em virtude da elaboração de dispositivo geral tratando sobre o assunto na Constituição Federal, estabelecendo-se o mínimo, de modo exemplificativo, com o objetivo de auxiliar na identificação e descoberta da extensão do dano e, conseqüentemente, na fixação da indenização.

Sendo assim, seguindo o posicionamento constitucional, o Código Civil reconheceu a reparabilidade dos danos morais no artigo 186 e nos artigos 11 e 12, ressaltando-se que o dano moral é aquele que viola os direitos de personalidade, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro:

Art. 11 Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

O dano material, por sua vez, traduz-se no conjunto das relações jurídicas de uma pessoa que são apreciáveis em dinheiro, de modo que o ressarcimento do dano material objetiva a recomposição do patrimônio do lesado. Já o critério para

que se efetive tal reparação subdivide-se em: dano emergente e lucro cessante, ambos expressos nos artigos 402 e 403 do Código Civil:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

O dano emergente corresponderá a tudo aquilo que a vítima efetivamente perdeu, resultando na diminuição do patrimônio (CARLOS ROBERTO GONÇALVES, 2007, p. 706); o lucro cessante implica naquilo que a vítima deixou de lucrar (PABLO STOLZE GAGLIANO, 2009, p. 41), trata-se de uma projeção contábil que avalia o que a vítima teria recebido caso não tivesse ocorrido o dano. Dessa forma, não se admite indenizar a perda de chance (teoria de dano remoto ou hipotético), pois é necessário que o dano indenizável seja certo, real e atual, de modo que, da análise do curso dos acontecimentos no caso concreto, o juiz verifique se o dano provocado foi causa direta e inequívoca da perda do lucro (SILVIO DE SALVO VENOSA, 2008, p. 289; 291).

Noutra seara, quando a expressão do dano é exclusivamente moral, age o juiz com certa discricionariedade, ficando a jurisprudência encarregada de determinar os parâmetros objetivos dessa indenização, de acordo com a análise das circunstâncias fáticas, uma vez que é impossível, para o legislador, regular todas as hipóteses (CARLOS ROBERTO GONÇALVES, 2007, p. 633).

Nesses termos, enquanto o ressarcimento do dano material procura recompor o patrimônio afetado (mediante apreciação dos danos emergentes e lucros cessantes), a reparação do dano moral (com maior gravame) objetiva apenas uma compensação, por isso a finalidade jurídica da liquidação do dano material é no sentido de que se efetive a reparação do prejuízo sofrido pela vítima; por outro lado, ferindo-se um direito personalíssimo, não se restaura a situação anterior, pelo que a indenização pecuniária assume a finalidade de compensar ou atenuar o dano suportado (CARLOS ROBERTO GONÇALVES, 2007, p. 630).

Diante disso, diversos são os critérios adotados pela Jurisprudência na liquidação do dano moral reconhecido: juízes há que fixam o valor indenizatório, considerando a repercussão do ato praticado que provocou o dano e,

consequentemente, a intensidade do dano imposto sem olvidar-se de evitar o enriquecimento indevido da vítima, para que a indenização não se torne instrumento de lucro em suas mãos; outros juízes preocupam-se com a ideia de que a indenização assuma conotação sancionatória, de modo que objetivam prevenir, aplicando a sanção ao comportamento reprovável sem, contudo, olvidar as condições socioeconômicas do ofensor (CARLOS ROBERTO GONÇALVES, 2007, p. 632-642).

Na liquidação do dano moral, pondera-se acerca do *quantum* indenizatório em relação à capacidade econômica do ofensor, impedindo-se que a sanção prejudique o essencial à subsistência do infrator, afinal, o princípio da dignidade da pessoa humana vale para todos indistintamente e irradia por todo o sistema jurídico nacional.

A proliferação das demandas que envolvem a reparação de dano moral, pois, tem levado o Poder Judiciário a enfrentar o problema da sua própria identificação no caso concreto, visto que não há normas que estabeleçam parâmetros objetivos para sua caracterização, devendo-se considerar as peculiaridades e circunstâncias constantes do caso e atentar-se para a preocupação com a mercantilização do dano moral, que permite o enriquecimento indevido, prejudicando o alcance de meios efetivos de reparação ao bem jurídico extrapatrimonial tutelado.

### **2.3 A responsabilidade civil no direito de família**

Como se sabe, a responsabilidade civil pode decorrer do dano material ou moral, outrossim, a controvérsia do tema nas relações familiares gira em torno da configuração do dano moral, assim como em qualquer outro âmbito jurídico.

As hipóteses de indenização por dano moral são mais comuns e assentadas, jurídica e legalmente, quando relacionadas à perda de um membro da família, isto é, quando alguém causa dano a uma pessoa e sua família se sub-roga nos direitos dessa vítima; hipótese bem diferente se dá quando a vítima e o ofensor pertencem à mesma família, sendo pessoas habituadas a querer-se bem ou a relacionar-se com afeto.

Nas relações familiares, o instituto da responsabilidade civil adquire mais uma conotação (além daquela negativa que trata do dever geral de não causar dano a alguém) carregando consigo o compromisso com o futuro, na medida em que impõe a promoção dos seus integrantes com a realização de atos que assegurem condições de vida digna das atuais e futuras gerações; é a responsabilidade de natureza positiva (PAULO LUIZ NETTO LÔBO, 2009, p. 14). Sendo assim, no que concerne à relação familiar, Paulo Luiz Netto Lôbo (2009, p. 6) informa: “A liberdade das famílias contemporâneas, assegurada pelo direito, encontra sentido e legitimidade na ética da responsabilidade”.

Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 180) busca delinear os contornos e limites na interpretação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, nos exatos termos:

O substrato material da dignidade assim entendida pode ser desdobrado nos seguintes postulados: *i)* o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos *iguais* a ele; *ii)* merecedores do mesmo respeito à *integridade psicofísica* de que é titular; *iii)* é dotado de *vontade livre*, de autodeterminação; *iv)* é parte do *grupo social*, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. Aplicados à esfera do Direito, serão corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade social ou familiar, que se encontram previstos na Constituição da República (grifos do autor).

Em sede de família, busca-se a tutela da dignidade humana de cada integrante e, por conseguinte, a salvaguarda do direito de personalidade, tendo em vista a nova roupagem constitucional da família, que tem como alicerce a dignidade humana e a solidariedade familiar, sem mandantes e sem mandatários. Em última análise, o que se protege são os direitos da personalidade, o que por sua vez remete ao dano moral (caso haja violação desses direitos) uma vez que a humilhação, a dor e o sofrimento são meros efeitos dessa violação.

Contudo, se tais princípios entrarem em colisão entre si, haverá necessidade de ponderá-los em relação a seu fundamento, que é a própria dignidade humana, através do exame dos interesses em conflito. Sendo assim, considerando a ponderação dos interesses envolvidos, Maria Celina Bodin de Moraes (MARIA CELINA BODIN DE MORAES, 2006, p. 193-194) assegura que a abordagem da responsabilidade civil nas relações entre pais e filhos deve ser distinta daquela relacionada aos cônjuges, pois:

Enquanto um tem fundamento na liberdade e na igualdade, o outro se baseia justamente na responsabilidade. [...] Além disso, observe-se que a questão não pode ser examinada sem que se atente para a vulnerabilidade de uma das partes, e este é um ponto de fundamental distinção quando o foco são os filhos menores, a quem o ordenamento deve a máxima proteção. A relação entre a esfera pública e a esfera privada neste ambiente, aliás, também é diferenciada. Na conjugalidade, caracteriza-se atualmente por uma substancial aceitação das escolhas e da autonomia dos indivíduos, bem como pela renúncia à exigência e ao cumprimento coercitivo dos direitos e deveres entre os cônjuges. Por outro lado, na parentalidade distingue-se pela ampliação, cada vez maior, das intervenções jurídicas nas relações de filiação, com vistas à proteção dos menores.

Com efeito, na relação conjugal, os princípios da liberdade e da igualdade se sobrepõem ao vínculo (esvaziado de conteúdo) de solidariedade familiar, garantindo a ausência de reparação – por não haver propriamente dano moral indenizável – nas hipóteses de infidelidade, abandono do lar, descumprimento do débito conjugal e desassistências semelhantes, podendo-se contar apenas com a sanção específica da separação judicial ou do divórcio.

Já na relação parental, o vínculo de solidariedade familiar é o mais forte que há e, por isso, o princípio da solidariedade juntamente com o princípio da integridade psicofísica das crianças e dos adolescentes, poderá consubstanciar o pleito indenizatório por dano moral quando houver abandono completo por parte de genitor biológico e ausência de figura parental substituta (MARIA CELINA BODIN DE MORAES, 2006, p. 201).

As relações de família são peculiares e devem ser vistas sob esse prisma, bem como analisadas caso a caso, pois quanto mais complexa for a relação de ordem moral e psicológica, mais difícil será definir ou configurar uma mensuração econômica. Entretanto, Paulo Lôbo (PAULO LUIZ NETTO LOBO, 2009, p. 16) relembra que:

As diretrizes do direito de família não são mais informadas pela punição de condutas; têm por finalidade, essencialmente, a promoção da dignidade e da solidariedade entre os integrantes das relações familiares, de seus deveres recíprocos, de modo mais objetivo possível, condicionando a noção de responsabilidade, que é forçosamente positiva, para cônjuges, companheiros, pais, filhos e parentes.

Nesses termos, a responsabilidade civil pelos danos ocasionados nas relações de família, cumpre função residual; tratando-se de um aspecto da responsabilidade civil especificamente voltado à preservação do núcleo familiar. E

como não há, no Direito pátrio, norma específica sobre a possibilidade de indenização no Direito de Família, aplicam-se-lhe os princípios gerais da responsabilidade subjetiva (com inserções dos princípios peculiares deste ramo do Direito), tais como o princípio da afetividade, o da solidariedade familiar, o da convivência familiar, o da função social da família, bem como o da intervenção mínima do Estado no Direito de Família.

Todavia, o que se deve buscar reparar e/ou reconstruir é o comportamento do agente infrator que gerou distúrbio moral, seja na relação matrimonial, na convivência de união estável ou na relação entre pais e filhos, de modo a prevalecer que se preserve a dignidade de cada membro familiar, diante da conotação positiva dada ao instituto da responsabilidade no Direito de Família, pois as diretrizes do direito de família não são mais informadas pela punição de condutas e sim pela finalidade de promover a solidariedade e a dignidade entre os integrantes das relações familiares (PAULO LUIZ NETTO LÔBO, 2009, p.16).

No que tange à relação entre pais e filhos, é correto afirmar que estes últimos ocupam posição singular na família, justificando uma maior proteção aos direitos de personalidade que lhes são inerentes. O exercício do poder familiar deve facultar, deveras, o alcance de sua verdadeira finalidade, qual seja, a de salvaguardar os interesses dos filhos (tendo em vista o melhor interesse da criança e do adolescente), motivo pelo qual o legislador e o juiz tomam a si o encargo de tutelá-los em face de todos, inclusive dos próprios pais. Por isso, “não é a família *per se* que é constitucionalmente protegida, mas o *locus* indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana” (PAULO LUIZ NETTO LÔBO, 2009, p. 19) (grifo do autor).

Entretanto, não há como obrigar os pais a amarem seus filhos, até porque essa obrigação revela-se inconsistente e indeterminável, (embora moralmente reprovável) circunscrevendo-se à assunção das despesas com a criação e educação dos infantes.

Não se trata, simplesmente, de condenar um pai que abandonou o filho afetivamente a pagar tão somente uma quantia em dinheiro, pois que a responsabilidade civil no Direito de Família ultrapassa o mero caráter punitivo, constituindo meio de ascensão à dignidade humana na família. O poder familiar, assim, permanecerá como solução definitiva imposta à questão do abandono afetivo, combinado com o instrumento da mediação e com a perícia psicológica,

enquanto meios preventivos (a serem aplicados antes da drástica decisão de se extinguir o poder familiar dos pais) como forma de contribuir para o desenvolvimento psicossocial do filho menor, seja ou não oferecido pelo pai.

Outrossim, o artigo 1.638, inciso II do Código Civil informa que o abandono de filho implica na perda ou suspensão do poder familiar, e não em responsabilidade civil. Ademais, a responsabilização em nada transformaria a situação de abandono, requerendo que se tente o auxílio estatal (antes de qualquer decisão) que priorize o afeto como valor jurídico e não que obrigue a amar até por ser juridicamente impossível.

No que concerne ao adultério ou ao divórcio, sabe-se que não são, de per si, causas hábeis à concessão de indenização por dano moral, pois que o simples rompimento conjugal não enseja gravame aos direitos de personalidade; as relações pessoais, muitas vezes, se deterioram com o passar do tempo e seu fim é uma consequência natural.

Assim, reina o princípio da intervenção mínima do Estado na família (artigo 1.513 do Código Civil); apenas seus membros é que devem direcioná-la, estabelecendo uma comunhão de vida (artigo 1.511 do Código Civil) como objetivo de qualquer união. Em outras palavras, quando se perde o fim a que se propõe toda união entre duas pessoas, não há possibilidade de se culpar ou de se responsabilizar alguém pelo término da instituição.

A análise dessas questões familiares, pois, se desloca para a Psicologia e a Sociologia, enquanto ciências auxiliares do Direito. Aí o caso concreto é que orientará a tomada de decisão em torno dos aspectos que fundamentam ou não uma possível responsabilidade, de modo que proporcionam melhor caracterização do dano no âmbito familiar.

Em se considerando que não há dano moral entre cônjuges por violação dos deveres conjugais ou por simples rompimento da comunhão plena de vida, poder-se-ia dizer que não haverá também indenização nos casos de abandono afetivo por falta de amor, podendo-se ressarcir, eventualmente, apenas o descumprimento daqueles subprincípios conformadores da dignidade da pessoa humana.



### **3 COMO RESPONSABILIZAR OS PAIS POR ABANDONO AFETIVO**

Da leitura da parte anterior resta evidente que se houver possibilidade de se responsabilizar os pais pelo abandono afetivo de seus filhos, essa responsabilidade será do tipo extracontratual, uma vez que se estaria diante de uma violação de dever geral correspondente a um direito de personalidade que tem a criança ou adolescente de crescer no convívio de seus pais, em ambiente saudável e harmônico, consentâneo com o seu melhor desenvolvimento psíquico-social.

Entretanto, sabe-se que quando o juiz decide matéria de responsabilidade civil, a tarefa mais árdua que lhe cabe não é convencer-se da culpa, mas conferir à vítima a reparação mais adequada. Talvez por isso mesmo que o tema proposto seja tão complexo, porque é difícil reparar o prejuízo causado à criança ou ao adolescente pelo abandono afetivo de seus pais.

É evidente que uma indenização nessa seara nunca restabelecerá ou fará nascer o amor e o afeto, mesmo em se reconhecendo que a presença dos pais é de fundamental importância na educação e formação das crianças e dos adolescentes, como norte de direcionamento e orientação para vida.

#### **3.1 O poder familiar: direitos e deveres na relação paterno-filial**

Antes de adentrar na discussão sobre uma possível indenização por abandono afetivo dos pais perante seus filhos, cumpre examinar o teor dos direitos e deveres que cingem o exercício do poder familiar característico dessa relação jurídica.

O direito positivo não ofereceu nenhuma definição de poder familiar, seja através do Código Civil, ou do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA); apenas regulamenta acerca de quem se sujeita ao poder familiar (artigo 1.630 do Código Civil); a quem compete (artigo 1.631 do Código Civil); como se suspende (artigo 1.637 do Código Civil) e se extingue (artigo 1.635 e 1.638 do Código Civil), e como se dá o seu exercício (artigo 1.634 do Código Civil). Carlos Alberto Bittar (CARLOS ALBERTO BITTAR, 2006, p. 222) é que o define:

O poder familiar consiste em um conjunto de prerrogativas legais reconhecidas aos pais – originariamente com exercício apenas pelo pai – para a criação, orientação e proteção dos filhos, durante a respectiva menoridade, cessando-se com o implemento da idade ou com a emancipação.

O novo Código Civil, nos artigos 1.630 a 1.638, manteve a disciplina normativa do diploma anterior, adaptando-a aos princípios esculpidos pela Constituição de 1988, notadamente quanto ao exercício conjunto do poder familiar entre o pai e a mãe e no que se refere à exclusão do estereótipo de filho ilegítimo. Aliás, embora surgidas tão importantes mudanças, inseridas na família moderna, tão somente se inclui no corpo do texto codificado outra modalidade de extinção do poder familiar (por decisão judicial) e outro modo de perda do poder familiar (por ato judicial) quando se incide reiteradamente em faltas aos deveres ínsitos aos pais, conforme assinala Paulo Lôbo (PAULO LUIZ NETTO LÔBO, 2002, p. 156-157).

A influência do poder familiar sobre os filhos espraia-se por dois prismas, principalmente no Código Civil: o pessoal (artigo 1.634) e o patrimonial (artigos 1.689 e seguintes). No exame do tema posto, considerar-se-á apenas o estudo do caráter pessoal do poder familiar, para melhor compreensão da eventual possibilidade de indenização por abandono afetivo. As funções do poder familiar de conteúdo pessoal estão reguladas, basicamente, em três textos legais: na Constituição Federal, artigo 229; no Código Civil, artigo 1.634; e no ECA, artigo 22.

No dispositivo constitucional enfatiza-se o poder familiar como dever, estabelecendo-se que “os pais tem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores”. Assim, o referido preceito evidencia, nas palavras de Denise Damo Comel (DENISE DAMO COMEL, 2003, p. 94-95) que: “[...] a obrigação dos pais é extremamente abrangente, obrigando-os a estar presentes na vida do filho, ativa e diuturnamente, numa postura de ação e integração, prestando-lhe assistência de toda a ordem”. Desse modo, o dever de criar, o dever de educar, o dever de ter em companhia e guarda e o dever de representação e assistência estão aí incluídos, já que assistir significa assumir todos os encargos com relação aos filhos, dando-lhes o suporte necessário ao pleno desenvolvimento de sua personalidade.

Segundo reza o artigo 1.634 do Código Civil, compete aos pais: dirigir-lhes a criação e a educação; tê-los em sua companhia e guarda; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casar; nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro genitor não lhe sobreviver, ou não puder exercer o poder

familiar; representá-los, nos atos da vida civil, até os 16 anos (e assisti-los após essa idade) suprindo-lhes o consentimento; reclamá-los de quem os detenha e exigir deles obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do adolescente) que regulamenta o artigo 227 da Constituição Federal, traz o poder familiar em duas passagens: no capítulo dedicado aos procedimentos, relativamente à perda e à suspensão do poder familiar (com regras próprias previstas nos artigos 155 a 163) e no capítulo dedicado ao direito à convivência familiar e comunitária, nos artigos 21 a 24, sendo que no artigo 22 incumbiu aos pais precisamente “o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores”.

Destarte, se houver descumprimento desses deveres há, inclusive, sanções penais, de conseqüência, pois o Código Penal traz a tipificação dos crimes contra a família. No artigo 244, dispõe sobre o crime de abandono material; no artigo 245, se refere ao crime de entrega de filho menor a pessoa inidônea (abarcando o abandono material e moral); no artigo 246, estabeleceu o abandono intelectual e, por último, no artigo 247 instituiu sobre o crime de abandono moral.

Nesse dispasão, os pais devem, como responsáveis pelas orientações morais, intelectuais e sociais, proteger e vigiar seus filhos diante de quaisquer abusos ou prejuízos que por ventura possam surgir. Para tanto, mister é a convivência entre pais e filhos, por isso que nas famílias monoparentais originadas pelo divórcio, o direito de visita (ou o dever de manter relações com o filho) e de recebê-lo regularmente, conforme as modalidades que, na ausência de acordo, são fixadas pelo juiz, é uma compensação que minora os efeitos da ruptura pelo divórcio dos laços entre pais e filhos. Consoante ilação de Eduardo de Oliveira Leite (EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, 2003, p. 220-221), no entanto, é possível que a visita seja dispensável, nos seguintes termos:

[...] se a criança, após uma longa ausência do pai (quase sempre, decorrente de uma paternidade que se estabeleceu judicialmente, ou à revelia do pai), não quiser usufruir da presença do pai, é perfeitamente sustentável a tese que o exercício de um direito de visita obrigatório, imposto, é inadmissível.

Daí é possível aferir que a obrigatoriedade da convivência impingida ao pai também seria inadmissível, já que tal imposição não realiza o fim a que se propõe. Se a convivência deve estabelecer-se de forma saudável e harmônica, no intuito de

oportunizar o crescimento psicossocial do ser em desenvolvimento, através das trocas de pensamentos e valores e do contato com as dificuldades enfrentadas pelos filhos no cotidiano, é preciso evitar o cumprimento simplesmente burocrático de visita, sem qualquer intenção no aproveitamento que esse direito-dever proporciona.

Por causa disso, conquanto seja denominado poder, configura melhor a ideia de múnus legal do que propriamente poder paternal, já que a função exercida pelos pais representa mais ônus do que privilégios, porque é direcionada ao interesse dos filhos assegurando-se-lhes todos os direitos que exigem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Nesse sentido, Paulo Lôbo (PAULO LUIZ NETTO LÔBO, 2002, p. 153-154) afirma:

Ao longo do século XX, mudou substancialmente o instituto, acompanhando a evolução das relações familiares, distanciando-se de sua função originária – voltada ao exercício de poder dos pais sobre os filhos – para constituir um múnus, em que ressaltam os deveres.

[...]

Com a implosão, social e jurídica, da família patriarcal, cujos últimos estertores deram-se antes do advento da Constituição de 1988, não faz sentido que seja reconstruído o instituto apenas deslocando o poder do pai (pátrio) para o poder compartilhado dos pais (familiar), pois a mudança foi muito mais intensa, na medida em que o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, ou melhor, no interesse de sua realização como pessoa em formação.

Paulo Lôbo (PAULO LUIZ NETTO LÔBO, 2002, p. 154) argumenta ainda que o termo poder familiar, diante disso, não é o mais adequado, preferindo a expressão autoridade parental, tendo em vista que:

[...] o conceito de autoridade, nas relações privadas, traduz melhor o exercício de função ou de múnus, em espaço delimitado, fundado na legitimidade e no interesse do outro. “Parental” destaca melhor a relação de parentesco por excelência que há entre pais e filhos, o grupo familiar, de onde deve ser haurida a legitimidade que fundamenta a autoridade (grifo do autor).

Portanto, no conceito de poder familiar integra-se também, segundo Denise Damo Comel (DENISE DAMO COMEL, 2003, p. 69) o dever do filho, correlato ao direito dos pais de exigir obediência, respeito e de que realize pequenas tarefas, próprias da idade e de sua condição, conforme o artigo 1634, inciso VII do Código Civil. E, por outro lado, o artigo 227 da Constituição Federal dispõe sobre os direitos

fundamentais aplicados a toda e qualquer criança e adolescente, acrescentando que:

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.

Como se vê, o poder familiar não trata tão somente de privilégios e garantias aos pais, pois os direitos (bem como os deveres) são recíprocos para os dois pólos da relação jurídica entre pais e filhos.

A doutrinadora Denise Damo Comel (2003, p. 60-63) ensina que, apesar da relação estabelecida entre pais e filhos ter sido vinculada (a princípio) à ideia de poder, de direito conferido ao pai sobre o filho, tanto no aspecto econômico como no social, “a noção de uma obrigação dos pais de proteger e educar os filhos provém de uma racionalidade lógica que decorre das necessidades e inclinações próprias da pessoa humana” e arremata que “na doutrina atual, já se encontra bem sedimentada a concepção de que é uma função”, atribuída aos pais para que se responsabilizem pela formação psicossocial do cidadão. Assim, quanto à natureza jurídica do instituto, afirma que:

[...] não se pode dizer que a natureza jurídica do poder familiar seja de direito subjetivo, posto que ainda que seja um poder concedido aos pais pelo Estado, não implica seja exercido livremente, segundo a vontade e no interesse do titular. É verdadeiramente um poder instrumental, outorgado aos pais tão-somente para ser exercido no interesse do filho, submetido e dirigido exclusivamente à sua formação integral, com nítido caráter de função social [...]

A mesma autora (2003, p. 75-76) conclui que, como instrumento de interesse público e social, o exercício do poder familiar é obrigatório, irrenunciável, intransmissível e possui caráter personalíssimo, não se admitindo sua outorga ou transferência a terceiros, sendo aplicado no interesse alheio ao titular, ou seja, em benefício dos filhos e não dos pais, pelo que não se trata de um direito subjetivo, uma vez que é subordinado aos interesses e ao princípio da proteção integral à criança e ao adolescente.

### 3.2 Do direito à convivência familiar

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente tem guarida nas transformações sociais e culturais que o Direito de Família atravessou na sociedade, despojando-se da função econômica para enaltecer a função social, que valoriza as percepções e anseios de cada membro e, assim, prima-se pela dignidade da pessoa humana, constitucionalmente elevada a alicerce do sistema jurídico sob qualquer vertente.

O artigo 3º e 4º da Lei n. 8.069/90 (ECA) expõem normas protetivas à criança e ao adolescente, seguindo as diretrizes constitucionais estabelecidas pelo *caput* do artigo 227:

Art. 227 [...].

[...].

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.

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.

Rodrigo da Cunha Pereira (RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, 2004, p. 92-93) afirma que tais dispositivos restam consubstanciados numa Declaração de Princípios, como preâmbulo da Convenção Internacional dos Direitos da Criança adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 20/11/1989 e ratificada no Brasil em 26/1/1990, através do Decreto Legislativo n. 28, de 14/9/1990 e promulgada pelo Decreto Presidencial n. 99.710, de 21/11/1990, cuja dicção inicial é a seguinte:

Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

Tal preceito de proteção à criança e ao adolescente significa, em abstrato, que os filhos devem ser tutelados como seres prioritários nas relações paterno-filiais

e não mais apenas a instituição familiar em si mesma, pois, dentre os membros, são eles os mais frágeis e vulneráveis, em virtude de se encontrarem em processo de amadurecimento e formação da personalidade. Assim, afirma Denise Damo Comel (DENISE DAMO COMEL, 2003, p. 68): “prioridade essa que alcança o poder familiar à medida que ele integra o rol dos direitos assegurados à criança e ao adolescente (direito à convivência)”.

Outrossim, do artigo 227 da CF/88 se extrai o conjunto mínimo de deveres impostos à família e, com maior razão, ao poder familiar, em benefício do filho enquanto criança e adolescente, sendo um deles o direito de convivência familiar.

Já o artigo 1.634, inciso II do Código Civil determina aos pais o dever de ter seus filhos em sua companhia e guarda, como forma de nortear a criação e a assistência necessária a um ser em desenvolvimento; em contrapartida, estipula sobre a perda do poder familiar, por abandono, consoante o artigo 1.638, inciso II do mesmo diploma legal.

Na Lei n. 8.069/90 (ECA), quando se regula a inserção em família substituta (artigos 28 a 32), não se admite que os filhos sejam separados de seus pais por simples motivos de ordem econômica, devendo obrigatoriamente se incluir os pais em programas oficiais do governo, que os auxiliem a gerir seus papéis como responsáveis pela criação e educação dos menores (artigo 23).

Sendo assim, o direito à convivência familiar encontra-se salvaguardado pelos diplomas legais, no intuito de melhor atender as demandas e necessidades de toda e qualquer criança e adolescente, em atenção à condição especial de ser em desenvolvimento que busca cuidados e diretrizes sociais, morais, emocionais e intelectuais para sobreviver na sociedade.

A princípio, pais e filhos devem permanecer juntos, como forma de garantir ao filho menor todas as oportunidades e facilidades para o bom desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social em condições de liberdade e de dignidade. Entretanto, há situações em que se perfaz extremamente impossível uma convivência saudável e, por conseguinte, o alcance de tal finalidade. Portanto, o teor do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente deve ser analisado em cada caso concreto, tal como aduz Rodrigo da Cunha Pereira aduz (2004, p. 91-96):

Como averiguar o conteúdo deste princípio? Afinal, o conceito de melhor interesse é bastante relativo. O entendimento sobre seu conteúdo pode sofrer variações culturais, sociais e axiológicas. É por esta razão que a

definição de mérito só pode ser feita no caso concreto, ou seja, naquela situação real, com determinados contornos predefinidos, o que é o melhor para o menor. Ficar sob a guarda paterna, materna, de terceiro, ser adotado ou ficar sob os cuidados da família biológica, conviver com certas pessoas ou não? [...]

[...] zelar pelo melhor interesse do menor, portanto, é garantir que ele conviva o máximo possível com ambos os genitores – *desde que a convivência entre eles seja saudável, ou seja, que não exista nada que os desabone.* (grifo nosso).

Destarte, obrigar a uma convivência indesejada é desvirtuar o objetivo pretendido com a disposição constitucional referente ao direito à convivência familiar, confrontando-a com o princípio da proteção integral do menor, na imposição de mais sofrimento e angústia para o filho em desenvolvimento, pela convivência com um pai alheio a qualquer anseio seu e descompromissado com o verdadeiro papel de paternidade responsável. Tanto que o ilustre doutrinador Stolze (2011, p. 102) afirma:

O afastamento definitivo dos filhos da sua família natural é medida de exceção, apenas recomendável em situações justificadas por interesse superior, a exemplo da adoção, do reconhecimento da paternidade socioafetiva ou da destituição do poder familiar por descumprimento de dever legal.

É verdade que a figura paterna é necessária ao desenvolvimento da criança e do adolescente. Contudo, há casos em que a presença do pai também ocasiona sérios problemas, ora pelo descumprimento de suas funções paternas, ora pelos próprios problemas e dificuldades individuais apresentadas, quando mesmo presente fisicamente continua distante do filho, conforme exposição de Florisa Verucci (2002, p. 92):

Estatísticas procuram demonstrar que filhos criados sem pai, sobretudo filhos homens, tem maior índice de agressividade, maiores dificuldades na escola e problemas de identidade de gênero. Mas pode-se também apresentar estatísticas de crianças criadas sem pai que não apresentam necessariamente problemas graves e podem se tornar pessoas equilibradas e bem sucedidas na vida. Por outro lado é grande a incidência de problemas sérios de personalidade em crianças que foram criadas com um pai que não sabia exercer suas funções de paternagem, pais distantes ou violentos e portadores eles mesmos de distúrbios de personalidade ou identidade.

Nessa linha, a advogada especializada em Direito de Família Florisa Verucci (2002, p. 98-99) traz uma noção de que, se considerada a ideia de paternidade



voluntária, não existiria legitimidade para se impor um papel que um homem não quer e não sabe desempenhar, apenas cabendo a obrigação quanto aos alimentos, porque não pode abandonar materialmente o filho. O direito de ter um pai deve exercer-se no interesse do filho; se o melhor é não tê-lo por perto, que assim seja.

O afeto é algo subjetivo, a que não se pode atribuir um cunho meramente impositivo, entretanto, o aspecto material do poder familiar, pode e deve ser obrigatório, não há qualquer margem de liberdade nesse sentido. Segundo Andrea Athayde Maciel (2008, p. 6):

A verdadeira paternidade é uma adoção, um ato, pelo qual, se estabelece uma função. Esse ato de adoção, não pode ser imposto, pois, depende de uma “escolha” do inconsciente (...). Essa adoção é composta de dois aspectos: um formal-material, reconhecimento e sustento material, e um afetivo, que está ligado ao amor. Ou seja, um pai pode reconhecer e atender as necessidades materiais de um filho, mas não desejá-lo como filho, não amá-lo (grifo do autor).

Evidentemente que o ideal é o enlace entre afeto (espiritual) e o sustento (econômico) dos filhos menores, não se exaltando, por óbvio, a atitude de pais que abandonam seus próprios filhos, privando-os do essencial amor (aquele caracterizado pela proteção e cuidado) que conduz à autonomia social e oportuniza o máximo aproveitamento do desenvolvimento humano. No entanto, sabe-se que não será uma decisão judicial que mudará a relação entre pais e filhos. Nesse sentido, a psicóloga e bacharela em Direito Glicia Barbosa de Mattos Brazil (2010, p. 48) questiona em seu artigo: “é possível a justiça (re)construir vínculos afetivos?” e “até que ponto uma decisão judicial que obriga ao convívio é eficaz e efetiva em se tratando de reaproximar pais e filhos?”

O Direito de Família, principalmente, passa por caminhos que se enveredam irremediavelmente pela mais complexa área da convivência humana, as suas relações e interações. Nesse diapasão, urge buscar o apoio das demais disciplinas sociais e, especificamente, da Psicologia (a qual se atribui a compreensão da conduta humana no contexto socioafetivo). Com efeito, uma das indagações mais comuns nessa seara é representada pela psicanalista e mediadora Eliana Riberti Nazareth (2006, p. 203):

Até que ponto não podemos nós, operadores da psicologia e do direito, aperfeiçoar nossas intervenções quando em contato com as famílias que

buscam os tribunais e, com isso, estimularmos melhores e mais equilibrados relacionamentos durante e após os processos judiciais?

Não há como o direito interferir em escolhas subjetivas, o que pode acontecer é justamente a orientação e o estímulo aos relacionamentos mais equilibrados, conciliando-se os interesses envolvidos, no intuito de se instrumentalizar a reconstrução dos vínculos afetivos, pois que o amar independe da vontade do sujeito, por mais que moralmente reprovável, assumindo o Poder Judiciário apenas o papel de auxiliador que não pode e nem deve compelir ninguém a amar. Nesse sentido, a mediação emerge como um dos prováveis meios para reconstrução dos vínculos afetivos, conforme se depreende da opinião de Glicia Barbosa de Mattos Brazil (2010, p. 56):

Não se pode impor amor e afeição, mas pode-se oportunizá-lo obrigando e promovendo o convívio. O que se observa é que se cada profissional do sistema der a sua contribuição, fazendo sua tarefa – juízes, promotores, advogados, psicólogos e assistentes sociais –, a chance do êxito na tarefa de reaproximação é bem maior.

Os psicólogos, por sua vez, serão facilitadores do convívio entre pais e filhos, pois monitorando os comportamentos individuais, conseguirão adentrar nas profundezas de cada contexto familiar, auxiliando na (re)aproximação. Os assistentes sociais revelarão ao juízo o contexto social em que está inserido o menor, para que a decisão seja cautelosa e adequada à realidade do convívio, apreciando se há ou não perspectiva para eventual restauração ou formação do afeto na relação entre pais e filhos.

Portanto, tanto a avaliação psicológica como o estudo social são importantes instrumentos que apontam alternativas para o convívio afetivo entre pais e filhos, aplicados por um terceiro alheio ao caso. Aliás, vínculos afetivos são diuturnamente construídos e conquistados, nunca impostos. E, no que concerne a relação entre pais e filhos, Inez Lemos (2009, p. 28) declara: “Amor paterno significa construção, como toda relação implica dedicação e investimento afetivo. Ninguém nasce pai, torna-se pai num processo de lutas e conquistas”.

Considera-se a possibilidade de que não se pode obrigar ninguém a amar, quando Denise Damo Comel (2003, p. 89) informa que a Declaração Universal dos Direitos da Criança e do Adolescente, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20/11/1959, estabelece no artigo 6º que a criança e o adolescente

necessitam de amor e compreensão e que *eles serão criados, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais* e, em qualquer hipótese, num *ambiente de afeto* e de segurança moral e material. (grifo nosso) Desse modo, o Direito não tem a capacidade de impor sentimentos, mas tem a obrigação de proporcionar um clima de afeto e cuidado aos menores, seja de onde vier.

Nesse sentido, a ingerência do Estado se justifica por intermédio do princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, uma vez que se limitam, com o exercício desse princípio, os poderes antes outorgados aos pais, para se preservar os interesses dos menores. Entretanto, Denise Damo Comel (2003, p. 90-91) indica que nem sempre foi assim:

Com efeito, por longo tempo vigorou a ideia de que a criança somente se tornava relevante ao Estado quando ela cometia algum delito ou era abandonada. Nas demais situações, o Estado conferia quase que total autonomia aos pais para a criação e educação dos menores, não interferindo na relação familiar, na suposição, com suporte na natureza das relações familiares, de que os pais seriam ou deveriam ser os mais interessados no bem-estar moral e material dos filhos, os melhores e primeiros juízes dos interesses deles.

Como se sabe, os cuidados essenciais para se viver, incluindo a saúde emocional, se negligenciados pelos pais são assegurados pelo Estado, conforme o *caput* do artigo 227 da Constituição Federal, que estabelece uma política de cogestão entre família, sociedade e Estado em prol dos interesses das crianças e adolescentes. Ademais, outro aspecto a ser considerado como motivo para a intervenção estatal é que, na qualidade de instituição básica da ordem social, a família é apreciada como instituto de ordem pública, merecendo, portanto, esse controle.

Todavia, Denise Damo Comel (2003, p. 93) assevera que: “apesar dessas incursões estatais sobre a família e com o intuito de privilegiar a proteção das crianças e adolescentes em qualquer situação em que se encontrem, cada qual tem espaço próprio e reservado.” Assim, primeiramente o poder de decisão e gerência é atribuído aos pais, como responsáveis pela família concebida, assim consta no artigo 226, § 7º da Constituição Federal e no artigo 1.513 do Código Civil. A responsabilidade estatal se restringe à execução de políticas de atendimento aos interesses e direitos da criança e do adolescente, em parceria com a sociedade e

conforme o artigo 86 do ECA para, subsidiariamente, atender as exigências não supridas pelos pais (artigo 227, § 1º da Constituição Federal).

Ante o exposto, Glicia Barbosa de Mattos Brazil (2010, p. 48) arremata: “na prática todos sabem da importância de se manter o vínculo afetivo, e para tanto sabem o que não fazer, mas nem sempre sabem *o que fazer ou como*”. (grifos do autor). Se a decisão judicial deve contribuir efetivamente com a (re)construção do laço afetivo entre pais e filhos, argumenta-se: a indenização por abandono afetivo alcançaria esse desiderato?

### **3.3 Sobre a possibilidade de indenizar por dano moral o abandono afetivo**

A controvérsia no meio jurídico e nos tribunais trata, ainda, do cabimento ou não de danos morais por negativa de afetividade paterno-materna; como o abandono por parte do pai é mais freqüente, a investigação cuidará melhor dessa questão específica.

O afeto é um bem jurídico, um princípio constitucional, que se presta e deve ser usado para construir relações e entidades familiares, tais como casamento, a união estável, a família monoparental, a homoafetiva e quantas outras surgirem com base nele. Daí exsurge o problema: a negativa de afetividade paterna poderia gerar o dever de indenizar? Há responsabilidade civil por abandono afetivo de filho?

*A priori*, cumpre esclarecer que eventual responsabilidade nos casos de abandono afetivo é extracontratual, tendo em vista que deriva de um dever de conduta (transgressão de comportamento) sendo ainda subjetiva à medida que, nessas relações familiares estudadas, a discussão da culpa é fundamental para sua caracterização. A possibilidade de indenização por dano moral no caso de abandono afetivo requer que se verifiquem os moldes pelos quais caberia o dever de indenizar, quais sejam, o preenchimento de requisitos como a presença dolo/culpa, o dano efetivamente comprovado, a omissão voluntária e o nexo de causalidade, de acordo com os artigos 186 e 927 do Código Civil.

O pedido indenizatório deve obrigar pai ou mãe que, embora fisicamente presentes, não tenham cumprido, a contento, as suas funções, pois, consoante entendimento de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2006, p. 134): “parece

improvável que alguém possa ser civilmente responsável por uma relação paterno-filial rompida se esta pessoa não conhecia sua condição de ascendente”. Assim, o primeiro requisito é identificar a existência de uma relação paterno-filial, pouco importando a origem da prole, tendo em vista a igualdade jurídica alavancada pela Constituição Federal que vedou discriminações acerca da proveniência dos filhos.

O mau desempenho das funções parentais, que acarrete danos à formação sociopsicocultural do filho menor, poderia sim, nesses termos, acarretar o dever de indenizar, pois a tutela é referente ao desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente, considerado pela Constituição Federal interesse primordial a ser resguardado em qualquer relação jurídica que os envolva. Dessa forma, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2006, p. 134) afirma: “o que se cobra dos pais é o correto desempenho de suas funções, para o pleno desenvolvimento da pessoa humana de seus filhos [...]”, de modo que não se trata de demonstrações de amor e carinho, mesmo por que, segundo a mesma autora:

[..] durante muito tempo, muitos pais deixaram de demonstrar afeto, amor e carinho para com seus filhos, mas cumpriram a função de autoridade (com ou sem autoritarismo) que lhes cabia e que permitiu que os filhos se adequassem socialmente.

Nesse sentido, o importante é a assistência ampla e integral dada à criança e ao adolescente. Assim, mesmo que não oferecida pelos próprios pais, outras figuras poderão substituir a função parental, sendo sua fonte repositora de amor, de modo que, se bem cumprida a tarefa não haverá o dever de indenizar, uma vez que o prejuízo na formação e no desenvolvimento desse filho não estará demonstrado. Portanto, o dano à personalidade do indivíduo deverá ser efetivamente demonstrado, através de perícia técnica determinada pelo juízo para que se analise o dano real e sua extensão.

Contudo, deve-se observar a causa desta ruptura e a quem ela será atribuída, pois, no caso concreto, há circunstâncias que amenizam ou excluem a hipótese de abandono afetivo; por exemplo, quando o afastamento é em decorrência de uma situação de risco ou perigo à prole (como nos casos de alcoolismo e usuários de entorpecentes) bem como se a outra parte guardiã dificulta a construção de um convívio com o menor, por diversas razões que não cabe aqui analisar, porque, a culpa é outro requisito fundamental a ser verificado para desencadear a

indenização por abandono afetivo, tornando-se necessária a comprovação da negação deliberada de participação no desenvolvimento da personalidade do menor e do convívio familiar.

Consoante Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2006, p. 144), o mais difícil de todos os requisitos para a configuração da responsabilidade por abandono afetivo a ser comprovado é, justamente, o nexo de causalidade, ou seja, correlacionar a atitude de descaso dos pais manifestada no seio familiar com o dano ocasionado no menor. Nesse diapasão, torna-se indispensável a prova pericial, a fim de não só estabelecer a existência do dano mas também a sua causa, pois que os danos sofridos em épocas anteriores ao abandono, sejam caracterizados pela ausência física ou na modalidade presencial, não lhe devem ser imputados.

Conquanto realizada a análise dos pressupostos da responsabilidade civil aplicados à hipótese de abandono afetivo, segundo Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka é preciso avaliar se a negativa injustificada de dar afeto constituiria um ato ilícito. Pablo Stolze (2011, p. 730) resume as teses de defesa e de oposição no trecho abaixo transcrito:

Os partidários da tese defendem a ideia de uma paternidade/maternidade responsável, em que a negativa de afeto, gerando diversas seqüelas psicológicas, caracterizaria um ato contrário ao ordenamento jurídico e, por isso, sancionável no campo da responsabilidade civil. [...]

Já aqueles que se contrapõem à tese sustentam, em síntese, que a sua adoção importaria em uma indevida *monetização do afeto*, com o desvirtuamento da sua essência, bem como a impossibilidade de se aferir quantidade e qualidade do amor dedicado por alguém a outrem, que deve ser sempre algo natural e espontâneo, e não uma obrigação jurídica, sob controle estatal. (grifo do autor).

Sendo assim, o instituto da responsabilidade civil que, anteriormente, era tido como meio de resgate do *status a quo*, hoje é defendido como instrumento de caráter punitivo e pedagógico na perspectiva da função social da responsabilidade civil, consoante posicionamento de Stolze (2011, p. 737).

A discussão abarca também, como não poderia deixar de ser, a jurisprudência nacional, que se digladia com a pretensão de abalizar os interesses da relação entre pais e filhos. Como afirma Andrea Athayde Maciel (2008, p. 10) há: “de um lado o princípio da liberdade (do pai) e do outro, o princípio da solidariedade familiar e integridade psíquica (do filho)”.

Rolf Madaleno (2006, p. 165) mostra que: “a pretensão judicial de perdas e danos de ordem moral, visa a reparar o irreversível prejuízo já causado ao filho que sofreu pela ausência de seu pai ou de sua mãe, já não mais existindo amor para tentar recuperar”. Assim, não se condena a reparar a falta de amor, mas penaliza-se a violação de direitos da personalidade de crianças e adolescentes, vulneráveis nas relações paterno-filiais, em virtude da condição de ser em formação.

A quantificação do afeto daria azo a que outras situações ensejassem a reparação civil, por exemplo, no dano moral decorrente de maior ou menor grau de afeto ou nas hipóteses de ocorrência de dano decorrente do excesso de afeto, a chamada superproteção afetiva, pelo que o Poder judiciário passaria a decidir se houve ou não afeto, adentrando um campo totalmente subjetivo, na opinião de Andrea Athayde Maciel (2008, p.18).

Ademais, a mesma autora (2008, p.18) assevera: “por mais que o pai possua deveres decorrentes da paternidade responsável, esses deveres não podem invadir o campo subjetivo do afeto. A negativa deste, não implica em um dano juridicamente indenizável”. Aliás, segundo Ivone M. Candido Coelho de Souza (2010, p. 67), a negativa de paternidade implica necessariamente em algo de profundidade quase irremovível, que deve ter ocorrido na subjetividade do sujeito. Assim, *não há responsabilidade civil por abandono afetivo, o que há é responsabilidade civil por abandono moral, pois o sentimento é algo espontâneo e subjetivo que nenhuma obrigação jurídica é capaz de impor.* (grifo nosso).

Entretanto, o abandono moral já está tipificado como crime e devidamente sancionado no artigo 247 do Código Penal, incluso no capítulo dos crimes contra a assistência familiar, juntamente com o abandono material (artigo 244); a entrega de filho menor a pessoa inidônea (artigo 245) e o abandono intelectual (artigo 246). Assim, Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2000, p. 166-173) declara que, por intermédio da sanção penal, a assistência familiar e o direito dos filhos à sua sadia formação são protegidos, logo, o crime de abandono moral já visa tutelar a formação dos menores de 18 anos.

Nos casos emblemáticos jurisprudenciais, a indenização não foi recepcionada pelo Poder Judiciário porque as decisões não reconhecem, nos casos concretos, a existência de danos morais indenizáveis decorrentes do fato de um eventual abandono afetivo, seja porque não houve dano, porque não houve abandono, porque não estava estabelecida a relação paterno-filial da qual decorre a

responsabilidade em apreço ou, finalmente, porque não se estabeleceu o imprescindível nexo de causalidade.

Há notícia de três ações envolvendo o abandono afetivo, que tramitaram, uma do Rio Grande do Sul, outra em São Paulo e outra em Minas Gerais, sendo que a primeira alcançou o Colendo Superior Tribunal de Justiça. No julgamento do Recurso Especial n. 757.411/MG, relatado pelo eminente Ministro Fernando Gonçalves em 27 de março de 2006, tratando sobre as outras duas demandas argumentou-se que não há ato ilícito, ou seja, obrigação legal que subjuguie alguém a amar a outrem, conforme voto do relator:

[...] A matéria é polêmica e alcançar-se uma solução não prescinde do enfrentamento de um dos problemas mais instigantes da responsabilidade civil, qual seja, determinar quais danos extrapatrimoniais, dentre aqueles que ocorrem ordinariamente, são passíveis de reparação pecuniária. Os que defendem a inclusão do abandono moral como dano indenizável reconhecem ser impossível compelir alguém a amar, mas afirmam que *"a indenização conferida nesse contexto não tem a finalidade de compelir o pai ao cumprimento de seus deveres, mas atende duas relevantes funções, além da compensatória: a punitiva e a dissuasória. (Indenização por Abandono Afetivo, Luiz Felipe Brasil Santos, in ADV - Seleções Jurídicas, fevereiro de 2005). Nesse sentido, também as palavras da advogada Cláudia Maria da Silva: "Não se trata, pois, de "dar preço ao amor" – como defendem os que resistem ao tema em foco - , tampouco de "compensar a dor" propriamente dita. Talvez o aspecto mais relevante seja alcançar a função punitiva e dissuasória da reparação dos danos, conscientizando o pai do gravame causado ao filho e sinalizando para ele, e outros que sua conduta deve ser cessada e evitada, por reprovável e grave." (Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho, in Revista Brasileira de Direito de Família, Ano VI, nº 25 – Ago-Set 2004). [...] sem olvidar ainda a questão de que a indenização pode não atender exatamente o sofrimento do menor, mas também a ambição financeira daquele que foi preterido no relacionamento amoroso. Ainda outro questionamento deve ser enfrentado. O pai, após condenado a indenizar o filho por não lhe ter atendido às necessidades de afeto, encontrará ambiente para reconstruir o relacionamento ou, ao contrário, se verá definitivamente afastado daquele pela barreira erguida durante o processo litigioso? Quem sabe admitindo a indenização por abandono moral não estaremos enterrando em definitivo a possibilidade de um pai, seja no presente, seja perto da velhice, buscar o amparo do amor dos filhos [...]. Desta feita, como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada. Nesse contexto, inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 159 do Código Civil de 1916, não há como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de indenização (grifos nossos).*

Já o voto do Ministro César Asfor Rocha demonstra o repúdio no que concerne à tentativa de quantificar o amor para efeito indenizatório, segundo uma escala de gradação, *ipsis litteris*:



[...] Destarte, tudo quanto disser respeito às relações patrimoniais e aos efeitos patrimoniais das relações existentes entre parentes e entre os cônjuges só podem ser analisadas e apreciadas à luz do que está posto no próprio Direito de Família.[...] *Os seus valores são e devem receber proteção muito além da que o Direito oferece a qualquer bem material.* Por isso é que, por mais sofrida que tenha sido a dor suportada pelo filho, por mais reprovável que possa ser o abandono praticado pelo pai – o que, diga-se de passagem, o caso não configura – a repercussão que o pai possa vir a sofrer, na área do Direito Civil, no campo material, há de ser unicamente referente a alimentos; e, no campo extrapatrimonial, a destituição do pátrio poder, no máximo isso. Com a devida vênia, não posso, até *repúdio essa tentativa, querer quantificar o preço do amor. Ao ser permitido isso, com o devido respeito, iremos estabelecer gradações para cada gesto que pudesse importar em desamor: se abandono por uma semana, o valor da indenização seria "x"; se abandono por um mês, o valor da indenização seria "y", e assim por diante [...].* (grifos nossos).

Nesse sentido, Samira Skaf (2010, p. 100) ressalta: “a lei pode obrigar o pai a reconhecer legalmente o filho, bem como a registrá-lo e sustentá-lo financeiramente, mas não pode ser obrigado a amá-lo”. A razão está, inclusive, no preceito constitucional disposto no artigo 5º, inciso II, pelo qual ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Samira Skaf (2010, p. 95) relata, ainda, que embora a indenização não tenha finalidade de obrigar alguém a amar a outrem, atende a duas funções da responsabilidade civil: a punitiva e a dissuasória.

Claro que se reconhece ser impossível compelir alguém a amar, mas se pode afirmar que “indenização conferida nesse contexto não tem finalidade de compelir o pai ao cumprimento de seus deveres, mas atende duas relevantes funções, além da compensatória: a punitiva e a dissuasória” (grifo do autor).

Todavia, a capacidade compensatória e de persuasão do instituto civil para o não cometimento da prática do abandono afetivo é deveras incipiente, tendo em vista que o sentimento é algo voluntário, a ser construído e apreendido no convívio querido e não estabelecido com sanções pecuniárias. Sendo assim, é necessário outro instrumento, mais eficaz, que atente à exigência do Direito de Família no que diz respeito à valorização do afeto, de modo a assegurá-lo ao máximo. Caso não seja possível, a perda do poder familiar é o caminho mais lúcido, já que não se pode obrigar ninguém a amar e, ainda, resguardar-se-ia o princípio do melhor interesse do menor, no sentido de poupá-lo de uma convivência pressionada que não faz jus à sua finalidade de desenvolvimento de personalidade; embora criticável, por ser

considerado mais um prêmio ao pai relapso, porque cessaria com os deveres decorrentes desse poder, mais do que configuraria propriamente uma sanção (artigo 1.638, II do Código Civil).

Ante o exposto, o STJ e parte expressiva da jurisprudência negam a possibilidade de se fixar a indenização por abandono afetivo. Todavia, urge mencionar que a matéria ainda não foi apreciada, no mérito, pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que o recurso extraordinário n. 567164 não foi conhecido, sob a alegação de inexistência de violação direta à norma constitucional.

Assim, diante da juridicidade alcançada pelo afeto no Direito de Família, é mais oportuno que o Poder Judiciário, em casos de abandono afetivo, forneça meios para (re)construção dos vínculos afetivos, privilegiando, inclusive, a essência do instituto da responsabilidade civil, qual seja, a restauração do estado anterior ou a preservação do primordial valor jurídico do Direito de Família: o afeto.

Como bem se disse na jurisprudência colacionada acima, escapa ao arbítrio do Poder Judiciário obrigar alguém a amar ou a manter um relacionamento afetivo, e nenhuma finalidade positiva seria alcançada nesse sentido com a indenização. Dessa forma, “é necessário impor certos limites ao dever de indenizar decorrente do suposto abandono afetivo, baseado na ideia da despatrimonialização das relações familiares” (GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA, 2006, p. 133).

É de ver-se que, na ânsia de tutelar a efetividade do melhor interesse à criança e ao adolescente em desenvolvimento, muitas vezes, os tribunais podem ocasionar efeitos colaterais, tais como proporcionar a monetarização do amor e o consequente enriquecimento da indústria do dano moral por falta de afeto sem, contudo, prestar o auxílio pretendido na reconstrução e valorização do afeto na vida familiar.

Assim, Ivone M. Cândido Coelho de Souza (2010, p. 69; 72) assegura que “é muito pouco provável que onerar financeiramente o pai faltoso reverta em algum suporte amoroso compensador para a criança”, pois nenhuma pressão do tipo monetária será capaz de restaurar o amor. E continua: “Ao contrário, algum pequeno equilíbrio obtido através da figura parcialmente preservada, pode ser ainda mais estremecido pela persistência de conflitos”.

Por tudo isso, o Senador Federal Marcelo Crivella propôs, desde o dia 06/12/2007 o Projeto de Lei n. 700/07, que modifica a Lei n. 8.069, de 13/07/1990 para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal e dá outras

providências. A proposição é com o fim de se acrescentar na lei a obrigação parental de assistência moral, que permita o acompanhamento da formação psicológica, moral e social da criança, de modo que, em casos de negligência dos pais, poderá haver prisão e condenação a indenizar.

O PLS n. 700 de 2007 altera o artigo 4º do ECA para estabelecer o dever dos pais de prestar assistência moral aos filhos. Para efeito dessa norma, a assistência moral é compreendida como: i) a orientação quanto às principais escolhas e oportunidades profissionais, educacionais e culturais; ii) a solidariedade e o apoio nos momentos de intenso sofrimento ou dificuldade; e iii) a presença física espontaneamente solicitada pela criança ou adolescente e possível de ser atendida.

O projeto também altera o ECA para, entre outras coisas, definir como conduta ilícita sujeita a reparação de danos a ação ou omissão que ofenda direito fundamental de criança ou adolescente, inclusive o abandono moral e, também, incluir como dever dos pais a convivência, assistência material e moral dos filhos menores; e, ainda, para determinar que, no processo educacional, sejam respeitados os valores morais e éticos próprios do contexto social da criança.

A Comissão de Assuntos Legislativos do IBDFAM, presidida por Rodrigo da Cunha Pereira, enviou expediente dirigido ao autor do Projeto de Lei e ao relator, (desde de maio de 2009) o Senador Valdir Raupp, sugerindo que a punição por abandono moral se restrinja à indenização, pois, na visão da Comissão, criminalizar condutas só é justificável quando outros ramos não oferecem uma resposta ao dano provocado.

Atualmente, o Projeto de Lei encontra-se na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (desde 02/06/2011) pronto para pauta com Relatório juntado. Ressalte-se que, tanto na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania como na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa preferiu-se a adoção dos termos abandono afetivo e assistência afetiva no lugar de abandono moral e assistência moral, de modo a não confundir com o *nomen juris* do crime previsto no artigo 247 do Código Penal. Assim, o Relatório da Comissão de Direitos Humanos aprovou o Projeto de Lei, nos seguintes termos:

Nesse contexto, é inegável que a responsabilidade dos pais pelos filhos não se resume exclusivamente ao dever de alimentar. Há, ainda, o dever dos pais de possibilitar a seus filhos o desenvolvimento humano pleno, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, entendo que a

proposta corrige uma lacuna em nosso ordenamento jurídico e, por essa razão, é merecedora de apoio.

Não obstante a valorização dos laços familiares e, embora presumíveis as privações psíquicas de filhos rejeitados por seus pais, em razão da omissão e ausência de afeto não se vislumbra como solução a atribuição ao pai da obrigação de indenizar, já que o Direito não possui instrumentos capazes de obrigar um pai ou mãe a amar os filhos, mas têm meios para discipliná-los, a fim de que possam exercer o poder familiar de maneira adequada.

Não se olvide também que a responsabilidade civil tem como objetivo precípua restabelecer o *status a quo* e, caso a negativa de afeto gerasse responsabilidade civil, não seria possível adotar providências acautelatórias e/ou recuperativas, com o fito de retomar ou construir um relacionamento saudável entre pais e filhos. Logo, a mediação é o instrumento mais pertinente a ser utilizado nesses casos; por seu intermédio é que se compreenderão os conflitos familiares e se buscará condições para melhor geri-los, visando-se o manejo da situação mais adequado para a família como um todo. Denise Damo Comel (2003, p. 222; 224) melhor define a mediação familiar, distinguindo-a de outros instrumentos processuais, nos seguintes termos:

[...] um processo extrajudicial por meio do qual um profissional qualificado, ou uma equipe multiprofissional, com imparcialidade e sem poder decisório, assiste o casal de pais em conflito, com o objetivo de auxiliá-lo a administrar a divergência e a adotar uma solução voluntária, aceitável e duradoura. [...] Distingue-se a mediação da conciliação na medida em que o mediador desempenha uma função muito mais ativa na facilitação para o acordo, uma vez que não se limita a ajustar a situação de conflito, como ocorre na conciliação, ainda que seja passivo quanto ao mérito ou enquadramento legal da contenda. Distingue-se, também, da arbitragem, uma vez que nela a intervenção do árbitro é pautada no poder que recebeu das partes para enfrentar e decidir a disputa, o que não existe na mediação. Nela, as partes têm o mesmo poder, assumindo o mediador papel de guardião do processo, que apenas vai conduzi-las à decisão que tomarem, com o poder que lhes é facultado.

Além disso, Denise Damo Comel (2003, p. 223) traz os princípios da mediação e, concomitantemente, a conceitua; são eles: a autonomia privada; a voluntariedade; e a imparcialidade. A preservação da autonomia privada é importante, uma vez que se pretende dirimir conflitos com os próprios recursos dos envolvidos, permitindo um maior controle de suas vidas; afinal, o modelo autoritário patriarcal foi substituído pelo democrático e igualitário, caracterizando a família como

um lugar de desenvolvimento da personalidade e de observância dos direitos fundamentais de todos.

No que pertine à voluntariedade, considerando que a ideia é buscar respostas nos próprios mecanismos internos, não há como conceber tal possibilidade se isenta de sinceridade e espontaneidade na vontade de participar da mediação. Até porque não é o mediador quem vai tomar a decisão, mas sim os envolvidos (que vão escolher a própria solução) tratando-se de processo de autocomposição de interesses confrontantes ou divergentes.

A imparcialidade é curial, já que a função do mediador será restrita à assistência e assessoramento (com conselhos) mas nunca tomando decisões pelos envolvidos. O mediador apenas facilitará a identificação do problema, analisará as diversas possibilidades de solução e as conseqüências, promovendo, para tanto, o diálogo entre as partes. Essa visão ampla e objetiva muitas vezes é o ponto chave que auxilia os processos que abrangem a família.

A perícia psicológica é outro mecanismo de auxílio nos casos de conflito familiares, visto que, segundo Ivone M. Cândido Coelho de Souza (2010, p. 70), “os mapas fornecidos pelos pareceres psicológicos representam valiosos e indispensáveis elementos acerca da situação oculta no processo”. E, nesse sentido, não lhes basta um diagnóstico, mas requer também um prognóstico sobre as conseqüências psicológicas de cada alternativa. Segundo Lídia Rosalina Folgueira Castro (2003, p. 27), caso contrário, o trabalho pericial no cível será inútil para a fundamentação da decisão judiciária. Na verdade, o que se idealiza é transformar a perícia em uma relação de ajuda e o perito em mediador.

A atuação conjunta entre mediação e a psicologia no ramo mais humano do Direito parece fundamental, na medida em que a Justiça não deve permitir (tampouco proporcionar ou desenvolver) conflitos de qualquer natureza, sendo auxiliada na árdua tarefa de julgar do seguinte modo:

Os juízes e os tribunais julgam as condutas humanas de acordo com as leis. A psicologia auxilia a revelar aspectos das motivações e intenções de um indivíduo em uma determinada ação, acabando por imprimir um refinamento nos parâmetros da justiça (LÍDIA ROSALINA FOLGUEIRA CASTRO, 2003, p. 30).

Portanto, quem direciona a mediação deve dominar conhecimentos básicos de Direito, Psicologia e Sociologia, bem como possuir uma visão sistemática da

família e dominar técnicas de relacionamento interpessoal e de aconselhamento. É conforme o artigo 151 do ECA, que coloca para equipe a interprofissional a tarefa de assessorar a Justiça da Infância e da Juventude atribuindo-lhe, dentre outras funções, o encargo de desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação e prevenção, sendo oportuno também que tais equipes componham-se de ambos os sexos, a fim de enriquecer ainda mais a interação da discussão no processo.

Como se vê, são várias as vantagens da mediação: a visão realista do conflito com uma ponderação mais equilibrada da situação; a multivisão da discussão sob todos os aspectos essenciais; a efetividade da decisão, não só como resolução da demanda, mas como fortalecimento do vínculo familiar, pela análise e compreensão do relacionamento em si, (o que teria também um caráter profilático e preventivo nas relações familiares); como alternativa para se evitar o procedimento judicial que, muitas vezes, fomenta ainda mais a litigiosidade do que favorece a harmonia e a compreensão dos relacionamentos (DENISE DAMO COMEL, 2003, p. 225).

É de se pugnar pela construção de uma paternidade responsável através do diálogo preventivo, com o fulcro de oportunizar a preservação dos relacionamentos humanos (objetivo central da admissão do afeto como valor jurídico) que deve figurar como prioridade nos casos de abandono afetivo e não a indenização em pecúnia, que em nada mudará a situação crítica já posta entre pais e filhos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A investigação científica procedida teve por objetivo primordial apontar soluções para a triste prática do abandono afetivo paterno-filial, o qual implica em recusa no exercício das funções parentais e que, evidentemente, agride o psicológico do menor, comprometendo seu desenvolvimento e sua formação psíquica, social, afetiva e moral por contrariar a garantia do direito de convivência.

O cerne da discussão é em torno da afetividade e da necessidade do convívio familiar, porque se entende que a indenização não é eficaz para eventual reparação, podendo inclusive favorecer o distanciamento entre pais e filhos ou incentivar a chamada indústria do dano moral e a odiosa monetarização do amor, classificando-o em graus de quantidade e qualidade.

No entanto, os adversários da indenização por abandono afetivo pretendem que, como punição, seja aplicada a perda do poder familiar, enquanto sanção que já se encontra legalmente tipificada no Código Civil. Contudo, vê-se que a perda do poder familiar configuraria mais um bônus ao pai descompromissado com sua responsabilidade paterna do que propriamente um resgate do afeto perdido ou não construído.

Nesse diapasão, finda a pesquisa, acredita-se que a imposição de sanção civil pela prática do ato lesivo omissivo dos pais em desfavor de sua prole tem tão somente função punitiva, não reparatória ou tampouco dissuasória que, efetivamente, conscientizasse o pai acerca do gravame causado ao filho.

A responsabilidade no Direito de Família se incumbiu de promover o bem estar dos membros que compõem a família, de modo que a reparação é a melhor indicação para se sanar os conflitos familiares; não se prioriza culpar ninguém no âmbito da família, pelo contrário, mister se faz direcionar todo o aparato disponível, tanto da sociedade como do Estado, com o fito de concretizar o princípio da dignidade humana e, principalmente, o da afetividade, princípio norte de todo organismo familiar.

Conforme se verificou, a quantificação do dano moral não se aplica à hipótese do abandono afetivo aqui ventilado; em que pesem os argumentos expostos na defesa de uma eventual indenização (configurados todos os elementos

indispensáveis à modalidade de responsabilidade por dano moral), entende-se que a convivência familiar está intrinsecamente correlacionada à formação da personalidade do ser em desenvolvimento e, nesse sentido, urge repudiar o tarifamento da indenização (que possa levar ao enriquecimento ilícito da vítima e a monetarização e banalização do amor) atentando-se para o fato de que a busca pela efetividade do princípio da proteção integral do menor prima, igualmente, pela diminuição do distanciamento entre pais e filhos, porque prejudica a integridade psicossocial do infante.

Assim, a indenização pecuniária nos casos de abandono paterno-filial não protege a concretização do princípio da proteção integral ao menor, como se argumenta seus defensores da indenização, na medida em que agrava a situação ou não a transforma, possuindo apenas caráter punitivo, tendo em vista que o bem jurídico em discussão, o afeto, é demasiadamente subjetivo e espontâneo para se obrigar alguém a tê-lo.

Nesse sentido, foi possível observar o interesse da doutrina e jurisprudência por soluções alternativas à quantificação meramente pecuniária do dano moral, recomendando que a aquilatação da reparação civil no caso do abandono afetivo paterno-filial valha-se o juiz da possibilidade de concessão de tratamento psicológico e/ou psiquiátrico ao filho abandonado, com vistas a lhe restituir a saúde emocional e psicológica.

Ademais, como meio de salvaguardar o princípio da afetividade e da boa convivência, a Psicologia vem incidir na razão do problema, dialogando, descobrindo soluções em conjunto com os envolvidos, servindo o Direito como mediador e, assim, prima-se pelo caráter pedagógico da medida e, sobretudo, reparatório.

A mediação entre pais e filhos, oportunizando o diálogo que faculte o conhecimento dos motivos e causas que ensejaram tal prática lesiva é outra alternativa viável (do Direito) que se apontou como hipótese de resolução da problemática, donde sobrevém a importância da realização de perícia médica especializada na instrução processual que possa apontar a existência e o grau da lesão psíquica. Destarte, é de se supor que a fixação pecuniária é tida como exceção cabível, por conseguinte, quando o tratamento terapêutico não seja mais possível, recomendável ou se revele insuficiente.

A opinião é no sentido de que a quantificação do dano moral decorrente do abandono afetivo paterno-filial não se converterá em mercantilismo de compra e



venda de afeto, assim como evitará a banalização do mesmo e o locupletamento por má-fé nas relações familiares, mesmo porque é importante a preservação desse, sentimento já dotado de juridicidade perante o Direito de Família moderno.

É curial, pois, que se examine a admissibilidade de outra sanção (de caráter pedagógico e dissuasório) aplicável à prática de abandono afetivo pelos pais em desfavor dos filhos, principalmente com base na Psicologia que descobrirá os motivos e incidirá na causa do problema com mais propriedade do que o Direito, o qual auxiliará como instrumento de mediação.

Destarte, tendo em vista que a tutela jurídica tem-se voltado à personalização das relações familiares, ainda, necessita abranger verdadeiramente o afeto como valor jurídico, pois, no caso de abandono afetivo, mister se faz preservar, inicialmente, uma (re)construção do vínculo afetivo pelo Poder Judiciário, através de mecanismos como a mediação e a perícia psicológica que auxiliam na compreensão dos conflitos de cada núcleo familiar, acatando suas particularidades, sem olvidar-se da autonomia que a família possui em suas decisões particulares.

## REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituição/Constituição.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.htm)>. Acesso em: 5 fev. 2010.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei 8.069/90**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm)>. Acesso em: 5 fev. 2010.

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário oficial da União**. Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 06 ago. 2009.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso especial n.º 757.411/MG. Registro: 2005/0085464-3. Recorrente: V. de P. F. de O. F. Recorrido: A. B. F. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. 4ª T. Julgamento: 29.nov.2005. Publicação: 27.mar.2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 12.out.2011.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado. PLS 700/2007**. Modifica a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=83516](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83516)> Acesso em: 07 jun. 2011. Texto Original.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

CASTRO, Lidia Rosalina Folgueira. **Disputa de guarda e visitas: no interesse dos pais ou dos filhos?** São Paulo: Casa do Psicólogo, 2003.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Direito de família.** São Paulo: Saraiva, 2010.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio:** (uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família.** As famílias em perspectiva constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil.** São Paulo: Saraiva, 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A família no direito penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família.** São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade civil.** São Paulo: Saraiva, 2007.

IBDFAM. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões.** Porto Alegre, RS, ano XI, n. 12, out/nov. 2009.

IBDFAM. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões.** Porto Alegre, RS, ano XI, n. 13, dez/jan. 2010.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado: direito de família.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. **Famílias monoparentais:** a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MACIEL, Andrea Athayde. **Dano moral por abandono afetivo parental.** Artigo científico apresentado como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Público. - Faculdade Projeção. BDJur, Brasília, DF, 18 jul. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/17473>>. Acesso em: 23 set. 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; Tânia da Silva. (coord.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. 2004.157 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2008.

VERUCCI, Florisa. O direito de ter pai. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). **Grandes temas da atualidade**: DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 87-100.