

**INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR DA GRANDE
FLORIANÓPOLIS - IESGF
COORDENAÇÃO DE DIREITO**

ARYANE KAROLLINE DA SILVA SANTIAGO

DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO

Trabalho de Conclusão de Curso
submetido ao Instituto de Ensino
Superior da Grande Florianópolis –
IESGF, como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof.^a Fernanda Piacentini
Brasil

São José
2013

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direto, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando o Instituto de Ensino Superior da Grande Florianópolis – IESGF, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e a Orientadora de toda e qualquer responsabilidade acerca do tema desenvolvido nesta pesquisa.

São José, 11 de Dezembro de 2013

Aryane Karolline da Silva Santiago

Aryane Karolline da Silva Santiago

DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito, do Instituto de Ensino Superior da Grande Florianópolis, com nota _____.

São José, 11 de Dezembro de 2013

Prof. Daniel Krause,

Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Prof.^a, Msc. Fernanda Martins Piacentini Brasil,
Orientadora

Instituto de Ensino Superior da Grande Florianópolis

Prof.^a., Pedro Augusto Schmidt de Carvalho Junior,
Instituto de Ensino Superior da Grande Florianópolis

Prof., Msc. Luiz Ricardo Espíndola,
Instituto de Ensino Superior da Grande Florianópolis

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus avós maternos, **Assis Baia Rodrigues da Silva**, “In memoriam”, por tudo que sua simplicidade me ensinou, e **Dinair Melo da Silva**, por ter sido guerreira, e, mesmo diante de inúmeras provações, nunca ter deixado de estar presente na vida de suas filhas.

Eu nada seria sem vocês. Serão sempre meus avós queridos, meus pais, meus amores, para o resto dos meus dias.

Amo incondicionalmente vocês. Dedico tudo o que sou a vocês!

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, centro e fundamento de tudo em minha vida, por renovar a cada momento as minhas forças e a minha disposição, e por me conceder discernimento ao longo desta jornada.

À minha mãe Denize Melo, que me deu apoio e incentivo nas horas difíceis de desânimo e cansaço.

À minha segunda mãe, avó Dinair Melo, que me ensinou os valores da honra, do respeito, dos bons costumes e da educação. Que sempre esteve ao meu lado, apoiando-me e acreditando em mim.

Ao meu pai José Genivaldo Santiago, que custeou meus estudos, dando-me tranquilidade para terminá-los.

Ao meu irmão Biagio Guerreiro, que, por mais difícil que fossem as circunstâncias, sempre teve paciência comigo.

Ao melhor namorado do mundo, João Laelton Marcondes Junior, pelo apoio e paciência em vários momentos difíceis, por me incentivar a correr atrás dos meus sonhos e, principalmente, por me fazer cada dia mais feliz.

À minha orientadora Fernanda Martins Piacentini Brasil, pelo suporte no pouco tempo que lhe coube, pelas suas correções e incentivos.

Agradeço ao tio Eudiracy Alves da Silva, que é um grande exemplo de sabedoria. Por várias vezes me deu conselhos valiosos, ensinamentos preciosos e se fez tão presente na minha formação acadêmica.

À tia Denilza Melo, por sempre estar presente, preocupando-se comigo, pelas ligações diárias, mesmo estando tão longe.

Aos meus sogros (Salvelina e João Laelton), por torcerem pelo meu sucesso e por estarem presentes na minha vida.

A toda minha família e aos amigos do Pará.

Agradeço também aos meus colegas de classe, em especial à Gabriela, ao Guilherme e à Dayse, os quais foram extremamente importantes na minha vida acadêmica durante estes cinco anos.

*O leite alimenta o corpo;
O afeto alimenta a alma.*

(Içami Tiba)

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar como se encontra estruturada a responsabilidade civil face ao abandono afetivo, de modo a identificar os fundamentos, conceitos, caracterização e demais institutos afins que justificam a reparação dos danos morais daí decorrentes. A importância do tema está ligada ao fato de a convivência familiar ser um dos princípios que norteiam as relações de parentalidade no ordenamento jurídico pátrio, somando-se aos deveres de assistência moral, afetiva e intelectual dos genitores para com os filhos. É nesse contexto que se insere a necessidade de reconhecimento dos efeitos deletérios do abandono afetivo no desenvolvimento sadio da criança e do adolescente, cuja proteção legal, inclusive nos aspectos emocionais e afetivos, encontra respaldo na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Para tanto, faz-se necessário aprofundar os estudos da doutrina e da jurisprudência, a fim de compreender a organização social da família e a delimitação jurídica da responsabilidade que têm os pais em relação aos filhos na hipótese de divórcio, dissolução de união estável, ou, de um modo geral, de rompimento do relacionamento amoroso que mantinham. O método utilizado na pesquisa foi o dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica e exploratória.

Palavras-chave: Princípio da Afetividade. Abandono Afetivo. Dano Moral. Possibilidade.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	19
2. CONTEXTUALIZANDO A FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO.....	23
2.1 A FAMÍLIA AO LONGO DOS TEMPOS.....	23
2.2 A FAMÍLIA SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	27
2.3 DO CONCEITO DE FAMÍLIA E DA PLURALIDADE DE ENTIDADES FAMILIARES	30
2.3.1 A Família Matrimonial	33
2.3.2 A União Estável	34
2.3.3 A Família Monoparental	35
2.3.4 A Família Homoafetiva.....	36
2.3.5 Família Anaparental.....	37
2.3.6 Família Reconstituída	38
2.3.7 Família Eudemonista	39
2.4 A ORDEM PRINCIPIOLÓGICA DO DIREITO DE FAMÍLIA	40
2.4.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	41
2.4.2 Princípio da Solidariedade	42
2.4.3 Princípio da Igualdade.....	43
2.4.4 Princípio da Liberdade	44
2.4.5 Princípio da Afetividade	45
3. RESPONSABILIDADE CIVIL	49
3.1 ORIGEM, EVOLUÇÃO E CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	49

3.2	FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA ATUALIDADE	54
3.3	ELEMENTOS OU PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	57
3.4	DANO MATERIAL E DANO MORAL.....	63
3.5	A EVOLUÇÃO DO DANO MORAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	68
4.	DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO.....	75
4.1	CONCEITO DE ABANDONO AFETIVO	75
4.2	PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR	77
4.3	PRINCÍPIO DA MÍNIMA INTERVENÇÃO DO ESTADO	79
4.4	PRINCÍPIO DO PLANEJAMENTO FAMILIAR E PATERNIDADE RESPONSÁVEL	80
4.5	PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	83
4.6	DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO	86
4.6.1	A Importância do Afeto na Relação Entre Pai e Filho ..	86
4.6.2	Afeto como Valor Jurídico	86
4.6.3	Dano Moral por Afetivo e sua Reparabilidade.....	90
4.7	POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL	93
5.	CONSIDERAÇÕES FINAIS	101
	REFERÊNCIAS.....	105
	ANEXO I	117
	ANEXO II.....	119

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo busca verificar, por meio de revisão bibliográfica, a possibilidade de indenização por dano moral decorrente do abandono afetivo. O cerne da pesquisa, portanto, está em tentar identificar e entender os aspectos jurídicos do dano moral no Direito de Família, em especial no relacionamento entre pais e filhos, dada a importância da convivência familiar para o sadio desenvolvimento da criança e do adolescente.

Nos últimos anos, tem ocorrido acalorado debate entre os operadores do Direito sobre a possibilidade de se considerar indenizável o dano moral decorrente do abandono afetivo, debate esse que ganhou novos contornos com a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2012, reconhecendo a obrigação de o genitor reparar os danos morais sofridos pela filha concebida em relação extraconjugal, que não havia recebido tratamento semelhante ao dos seus irmãos, nascidos sob o pálio do casamento.

Antes disso, aliás, já se tinha notícia de algumas decisões obrigando os genitores a reparar os danos sofridos pelo filho em decorrência de uma espécie de 'abandono moral' após a separação do casal, o que parece demonstrar a influência dos novos tempos na conformação do Direito de Família na atualidade, ainda que, naqueles casos, os julgadores não tenham mencionado expressamente o 'abandono afetivo' como motivo da indenização fixada.

Contudo, mister frisar que as decisões favoráveis a esse tipo de reparação são ainda escassas, pois prevalece o entendimento de que o abandono afetivo é apenas um fato da vida, não passível de reparação pecuniária, isto é, de que o abandono afetivo não poderia ser concebido como ato ilícito, por não se poder falar em uma espécie de 'obrigação jurídica de amar'.

Importante ressaltar que no Código Civil de 1916 o poder familiar era exercido quase que exclusivamente pelo pai. Originariamente, o artigo 380 do referido Código reservava ao marido, como chefe de família, o exercício do então chamado 'pátrio poder' sobre os filhos menores, delegando-o à mulher apenas na sua falta ou impedimento. E, embora a Lei n.º 4.121/62 tenha passado a permitir que o 'pátrio poder' fosse exercido pelo 'pais', manteve o marido como figura central, que contava apenas com a colaboração da mulher, podendo fazer prevalecer a sua opinião na hipótese de divergência.

Essa situação modificou-se drasticamente, de modo que, na atualidade, a responsabilidade sobre os filhos pertence tanto ao pai

quanto à mãe, em decorrência do princípio da igualdade, consagrado expressamente na Constituição da Federal de 1988, que deve ser analisado em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, dentre outros.

Nesse contexto, entende-se que os filhos devem submissão e reverência em relação a ambos os pais, os quais têm o dever jurídico de mantê-los e de assegurar-lhes amparo moral, emocional e material. Em resumo, à luz da Constituição Federal de 1988, do Código Civil vigente, e do Estatuto da Criança e do Adolescente, filhos e pais são titulares de direitos e deveres uns para com os outros, independentemente da forma de estruturação da família em que estejam inseridos.

O Código Civil de 2002 inovou ao inserir no art. 1.636 a regra de que a ruptura do relacionamento (casamento ou união estável) não afeta o poder familiar, e, por consequência, não retira de nenhum dos pais a responsabilidade que têm, perante a prole, de manter vivos e fortes os laços de afeto, imprescindíveis à relação de parentalidade. Daí dizer que, atualmente, inexistente justificativa para que os filhos de pais separados, por exemplo, sejam abandonados moral ou materialmente.

É nesse cenário que se situa o presente estudo, que, como já se disse, tem por objetivo analisar como se encontra estruturado o instituto da responsabilidade civil em virtude do abandono afetivo, de modo a identificar os fundamentos, conceitos, caracterização e institutos afins que justificam a reparação dos danos morais ocorridos em consequência do abandono afetivo.

Para tanto, adota-se o método da pesquisa exploratória, pautada na revisão bibliográfica, pois se busca na legislação, na doutrina - em livros, artigos e periódicos - e na jurisprudência elementos para a compreensão do problema de pesquisa.

O presente estudo divide-se em três capítulos. No primeiro, busca-se compreender a evolução pela qual passou a família e o Direito de Família, que conduziu ao reconhecimento da pluralidade das entidades familiares, sem prejuízo da análise da ordem principiológica do Direito de Família, notadamente os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da igualdade, da liberdade e da afetividade.

No segundo capítulo, é analisado o instituto da responsabilidade civil, seu conceito, funções, elementos, distinção entre o dano material e o dano moral, e a evolução deste no direito pátrio.

Por fim, no terceiro capítulo, busca-se conceituar a abandono afetivo, o princípio da convivência familiar, da mínima intervenção do Estado, bem como a importância do planejamento familiar, da paternidade responsável e da proteção integral à criança e ao

adolescente, de modo a fundamentar a análise dos argumentos favoráveis e contrários à obrigação de reparar os danos oriundos do abandono afetivo.

2. CONTEXTUALIZANDO A FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO

Para se compreender a problemática da reparação por danos morais decorrentes do abandono afetivo, mister se faz compreender a evolução da família e, por conseguinte, do próprio Direito de Família, já que foi o reconhecimento do afeto que conduziu à tomada de consciência de que a presença dos pais é de fundamental importância na vida das crianças e dos adolescentes e que o abandono afetivo merece atenção especial do direito.

2.1 A FAMÍLIA AO LONGO DOS TEMPOS

O conceito de família vem sofrendo grandes mudanças ao longo das últimas décadas. O modelo típico de família, conhecido anteriormente, qual seja, a família patriarcal, no qual o pai era o centro da estruturação familiar e quem tomava as decisões, passou a não mais se sustentar, de modo que a família precisou se adequar à realidade da evolução social.

A família patriarcal era caracterizada pela submissão da mulher e dos filhos às vontades do marido. De fato, a mãe e os filhos eram totalmente submetidos às regras impostas pelo patriarca.

A esposa não possuía prerrogativas constitucionais. O legislador entendia que somente o homem, enquanto chefe da família, era detentor de direitos.

Nessa esteira são os ensinamentos de Pereira.R.C (2003, p. 1), para quem, “quando se fala em igualdade estabelecida em lei, nos remetemos à diferença. É a partir dessa diferença que, no patriarcalismo, há lugares demarcados para um e para outro, ou seja, o lugar do homem e da mulher, do pai e da mãe”.

Importante salientar que, mesmo que o antigo modelo de família aponte para o modelo patriarcal, este deverá ser retratado pelo modelo de família romano como o padrão de organização institucional, segundo leciona Pereira.R.C (2003, p. 7):

É mesmo nos romanos que está a referência de organização familiar, e é neles que o ordenamento jurídico brasileiro se pauta. Mesmo com todas as modificações e evoluções no sistema jurídico brasileiro, o referencial básico é, e será sempre, ao que tudo indica, o da família romana.

Destaca-se que a legislação referente à família brasileira teve sua origem no Direito Canônico, e que tão somente com o advento do Código Civil de 1916 é que tais questões passaram a constar de legislação codificada.

Ademais, a família, no Código Civil anterior, era exclusivamente aquela originada do casamento, ficando as demais instituições familiares à margem do direito, sem a tutela do Estado. Por consequência, o pátrio poder restringia-se aos filhos havidos dentro do casamento válido, chamados de filhos legítimos, sendo que os filhos ilegítimos, tidos fora do casamento, não eram incluídos sob os poderes do pai, nem possuíam as prerrogativas de filho, como ensina Carbonera (2000, p. 489-490):

A limitação de ingresso de novos personagens, outro aspecto relevante, era feito por meio da noção de legitimidade. A matrimonialização cumpria seu papel, uma vez que, somente os legítimos poderiam fazer parte daquela unidade familiar. Em consequência, por vezes, a verdade jurídica não encontrava correspondente na verdade social, e vice-versa.

Nesse contexto, vislumbra-se que a família codificada em 1916 era baseada em um modelo exclusivo de matrimonialização e, portanto, cogitava de uma associação absoluta entre o casamento e a legitimidade dos filhos.

Cumprе ressaltar que o casamento sob a égide do Código Civil de 1916 era indissolúvel, tendo lugar apenas o desquite, que colocava fim à comunhão de vida, mas não ao vínculo jurídico, impedindo, assim, a formação de uma nova família jurídica.

Percebe-se que a legislação pátria não vinha acompanhando as mudanças pelas quais passou a estrutura familiar ao longo das décadas que se seguiram à codificação, nas quais a realidade social brasileira sofreu significativa mudança, gerando transformações no núcleo daquela que, por muito tempo, foi a única espécie de família juridicamente reconhecida, a família patriarcal.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, o constituinte ampliou o conceito de família, reconhecendo a igualdade de direitos e obrigações entre os cônjuges e desfazendo a ideia do patriarcalismo existente até então.

Sobre os direitos e obrigações dos cônjuges, são os ensinamentos de Fachin (1999, p. 245-246), *in verbis*:

[...] do desenho patriarcal da família, retira legitimidade não apenas da expressão ‘pátrio-poder’, mas, de certo modo, também de ‘pátrio-dever’, embora esta, bem mais adequada que aquela. Ambas, porém, remetem para uma função que não toca mais apenas ao pai e se encontra diluída aos pais, incluindo necessariamente a mãe. Falar-se-ia um pouco melhor em poderes e deveres parentais, expressão neutra, não discriminatória.

Um dos desdobramentos dessa nova concepção de família é tutela jurídica da união estável, inserida no artigo 226, §3º, da Constituição da República Federativa do Brasil, que, embora fosse comumente encontrada, não era até então reconhecida como entidade familiar para fins jurídicos.

Outro desdobramento que se poderia mencionar, e que talvez seja um dos mais comuns e relevantes, é o dos filhos havidos fora do casamento ou por adoção, que passaram a ter os mesmos direitos que os filhos havidos na constância do matrimônio, sem haver qualquer distinção entre eles; até então, eram considerados filhos ilegítimos, com direitos mitigados em relação aos filhos havidos do casamento.

Dissertando acerca da evolução do próprio conceito de família, pontua Venosa (2007, p. 28):

No direito brasileiro, a partir da metade do século XX, paulatinamente, o legislador foi vencendo barreiras e resistências, atribuindo direitos aos filhos ilegítimos e tornando a mulher plenamente capaz, até o ponto culminante que representou a Constituição de 1988, que não mais distingue a origem da filiação, equiparando os direitos dos filhos, nem mais considera a preponderância do varão na sociedade conjugal.

Observe-se que o conceito de família deve ser entendido à luz das mudanças sociais decorrentes de determinadas épocas. Isso porque, para a inserção do novo modelo de família adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil, foram consideradas pelo legislador as

mudanças sociais que estavam ocorrendo naquela época, de natureza econômica, política, científica e cultural, que levaram, por exemplo, à constatação de que o homem já não era mais o único provedor da casa, como ocorria anteriormente. A mulher e os filhos também já estavam contribuindo para a manutenção do lar.

Com efeito, a revolução industrial, as inovações científicas e culturais, e, sobretudo, a difusão do capitalismo, impuseram mudanças no seio da própria família, cujos componentes passaram a ser mais independentes e a ter novas aspirações, tais como melhores condições de vida, alimentos, vestuário, educação, lazer, etc. Como consequência, a família patriarcal - focada que era na ideia de subsistência - foi perdendo seu espaço.

Sobre o tema, disserta Gomes (1983, p. 166): “o objetivo do bem-estar social se converte em uma necessidade política, todos aspirando à saúde, alimentação, repouso, lazer, instrução, condições toleráveis de trabalho e de vida decente sem os controles sociais tradicionais”.

No mesmo sentido, Oliveira (2002, p. 78) ensina que, no decorrer dos tempos, “a evolução econômica trouxe, também, a evolução social e, via de consequência, a alteração na concepção de família”. E, justamente por isso, mais à frente vaticina (2002, p. 82), *in verbis*:

O regramento jurídico da família não pode insistir, em perniciosa teimosia, no obsessivo ignorar das profundas modificações consuetudinárias, culturais e científicas; petrificado, mumificado e cristalizado em um mundo irreal, sofrerá do mal da ineficácia.

Também comunga desse entendimento Ferreira (1990, p. 49), para quem:

O direito, como fenômeno histórico-cultural que é, tem por objeto regular a conduta do homem em sociedade. A sociedade é dinâmica. O direito também é dinâmico. A sociedade evolui. O direito segue de perto o compasso dessa evolução social, a fim de regulamentar melhor o comportamento, de forma atualizada.

Com toda essa evolução acontecendo, os estudiosos do direito passaram a questionar acerca da inércia do Estado para com relação às normas pertinentes às famílias que já não mais se enquadravam nas normas vigentes. Assim, as autoridades legislativas relacionando todo esse contexto adequaram as normas à atual realidade.

De acordo com Oliveira (2002, p. 88), esse novo sentido e conceito de família brasileira derivaram dos novos valores que norteavam a própria família quando do advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. E acrescentou:

A relevância do amor, do afeto do ângulo emocional, da convivência respeitosa, da existência recíproca, do prazer da companhia, do desvelo mútuo, sempre em detrimento da união forçada, artificial, hipócrita, doentia, conflitada, destruidora; eis um parâmetro essencial, alicerçante de quase todas as transformações na família e em sua normalização jurídica. Quer-se autenticidade das relações. Rejeita-se a falsidade.

É nesse contexto que a nova família se vem alicerçando, e não mais no conceito único de casamento. Pode-se dizer, assim, que a nova família está mais preocupada com os valores de afeto, amor recíproco e respeito, etc. E isso, juntamente com as transformações sociais plasmadas na nova ordem constitucional, deu espaço ao surgimento do fenômeno que se convencionou chamar de constitucionalização do Direito de Família.

2.2 A FAMÍLIA SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

É importante ressaltar que os princípios constitucionais são os pilares sobre os quais se erguem as estruturas do Estado e as garantias fundamentais para a manutenção da democracia e, de um modo geral, do bom relacionamento na vida em sociedade. E, do ponto de vista da hierarquia de normas, constituem ponto de partida, fundamento de validade e norte axiológico de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, disserta Bester (2005, p. 272):

Por serem normas com um âmbito de validade muito maior do que quaisquer outras normas servem os princípios constitucionais como critério

de interpretação e de integração do direito posto, dando coerência geral ao sistema jurídico. Em vista disso, é necessária muita atenção aos princípios constitucionais, uma vez que dão a diretriz axiológica, isto é, demonstram quais valores devem ser respeitados, observados, mantidos no processo de interpretação constitucional.

Nota-se que os princípios servem de vetor para a interpretação da norma, além de eventualmente constituírem, eles próprios, direitos fundamentais e garantias constitucionais. Logo, exercem função fundamentadora, do ponto de vista não apenas formal, mas sobretudo material. Constituem os valores centrais do sistema jurídico, cujo papel integrador revela-se indispensável ante a constatação de que as leis não são capazes de prever todas as hipóteses e situações que clamem pela regulamentação do Estado.

Nesse sentido são os ensinamentos de Fontanella (2006, p. 47-48), para quem a “palavra princípio designa a estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas por um conceito mestre, de onde todos os demais pensamentos derivam e se subordinam”. E mais à frente conclui (2006, p. 49) “princípios constituem-se, portanto, no fundamento de outras normas; são as normas das normas”.

É nesse contexto que podemos dizer que “os fundamentos da família [contemporânea] estão imersos nos princípios constitucionais do direito de Família” (OLIVEIRA, 2002, p. 274).

Com efeito, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, trouxe muitas mudanças ao conceito de família, agora fundado no afeto, desdobramento direto dos inúmeros princípios constitucionais atinentes à espécie. Sobre o assunto, disserta Tepedino (1999, p. 7):

Com efeito, após a Constituição de 1988, a família passou a ser analisada dentro de um contexto sistêmico aberto, valorizou-se a dignidade, a igualdade e a liberdade, o que permitiu com que o afeto tomasse seu papel jurídico nas relações familiares, não passando a ser decidido mais pelo direito a forma como a família deverá ser constituída ou mantida, sendo que o campo de atuação deve a liberdade quanto à formação e modo de condução das relações.

Oliveira (2002, p. 273), por sua vez, ressalta alguns dos princípios constitucionais do Direito de Família previstos na carta de 1988, que deram nova roupagem a esse ramo do direito:

São princípios constitucionais do direito de Família previstos na Constituição Federal: Proteção de todas as espécies de Família (art. 226, caput, CF); reconhecimento expresso de outras formas de constituição familiar ao lado do casamento, como uniões estáveis e as famílias monoparentais (art. 226, §§3º e 4º, CF); igualdade entre os cônjuges (art. 5º, caput, I, e art. 226, 5º, CF); dissolubilidade do vínculo conjugal e do matrimônio (art. 226, §6º, CF); dignidade da pessoa humana e paternidade responsável (art. 226, §5º, CF) assistência do Estado à todas as espécies de família (art. 226, §8º, CF); dever de a família, a sociedade e o Estado garantirem à criança e ao adolescente direitos inerentes à sua personalidade (art. 227, §§1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 7º, CF); respeito recíproco entre pais e filhos: enquanto menores é dever daqueles assisti-los, criá-los e educá-los, e destes o de ampararem os pais na velhice, carência ou enfermidade (art. 229, CF); dever da família, sociedade e Estado, em conjunto, ampararem as pessoas idosas, velando para que tenham uma velhice digna e integra à comunidade (art. 230, CF).

Embora esses não sejam os únicos princípios norteadores do Direito de Família, são possivelmente os principais, constituindo a base, os alicerces do sistema jurídico nesse ramo do direito, isto é, o mínimo necessário para se atender à realidade social de hoje e dar a exata noção de como se deve pré-compreender juridicamente a família contemporânea.

Ademais, é sabido que os princípios constitucionais exercem relevante função prospectiva, já que, ao mesmo tempo em que refletem a evolução da concepção de família até determinado momento histórico, influenciam e delimitam a futura conformação da 'família' como instituto jurídico-social. Nesse sentido, vejamos o que diz Oliveira (2002, p. 275):

Coerentes com a estruturação do estado Democrático Social, os princípios informativos do Direito de Família fincam as suas balizas no presente e lançam para o futuro a recepção dos seus conteúdos pelas novas gerações. A evolução do Estado e da própria sociedade deverá seguir as diretrizes fixadas no texto constitucional.

Assim, se é certo que a atual concepção de família é fruto das mudanças sociais - políticas, econômicas, científicas, culturais, e, claro, jurídicas - ocorridas desde a época do Brasil Colônia, não menos certo é que ela continuará a evoluir, tendo agora, porém, após o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, os seus diversos princípios como fundamento de validade e norte axiológico.

Resta evidente, portanto, que são diversos os princípios constitucionais aplicáveis às questões relacionadas ao Direito de Família. Todavia, em razão das limitações de tempo e espaço inerentes à pesquisa acadêmica de graduação, e, principalmente, em razão do foco específico deste trabalho, serão destacados - mais à frente - somente alguns dos mais importantes princípios que norteiam o tema, notadamente os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade.

2.3 DO CONCEITO DE FAMÍLIA E DA PLURALIDADE DE ENTIDADES FAMILIARES

Antes de iniciar a análise dos princípios constitucionais, cumpre fazer uma breve explanação a respeito do conceito de família e das características de suas diferentes espécies.

Segundo Gonçalves (2010), uma família é composta por todas as pessoas descendentes de um mesmo tronco ancestral comum, e também por aquelas ligadas pela afinidade e adoção. Porém, salienta que o conceito de família torna-se limitado dependendo dos fins almejados, o que ocorre, por exemplo, em casos de sucessão, quando o conceito fica restrito a parentes consanguíneos em linha reta, e os colaterais em até quarto grau.

Para Diniz (2009), a palavra “família” possui inúmeros significados devido à enorme gama de sentidos que o próprio vocabulário jurídico possui, cabendo uma delimitação do sentido. Existem três entendimentos do vocábulo família: a amplíssima, a lata e a restrita. Na acepção amplíssima, entende-se que o termo abarca todos

que possuem vínculo consanguíneo ou por afinidade, e até mesmo alguns estranhos, a exemplo do disposto no art. 241 da Lei nº 8.112/1990 (Estatuto dos Servidores Públicos da União), que considera parte da família do servidor qualquer pessoa que viva às suas custas, além da esposa e dos filhos.

Já no sentido lato, são considerados como pertencentes à família os cônjuges/companheiros e os filhos, assim como os parentes em linha reta ou colateral e os afins, que são os parentes do cônjuge ou companheiro (DINIZ, 2009).

Por fim, na definição restrita, que é guiada pelo art. 226, §§1º ao 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil, a família é composta unicamente pelos cônjuges e a prole, ampliando-se para a entidade familiar formada por pessoas que vivem em união estável e para as hipóteses de família monoparental ou unilinear, em que um dos pais assume a criação dos filhos (DINIZ, 2009).

A autora supracitada ainda refere a existência da família matrimonial, a não matrimonial, e a adotiva (DINIZ, 2009).

Percebe-se que diversos são os conceitos de família, embora seja uníssono entre os estudiosos do tema a pluralidade de entidades familiares, em decorrência da disciplina constitucional que, ao lado da família oriunda do matrimônio, consagrou também a família monoparental e a união estável, não excluindo outras modalidades de entidades familiares, a exemplo da homoafetiva, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em uma interpretação mais ampla do disposto no art. 226 da Constituição da República de 1988.

Segundo Dias (2013, p. 70) essa amplitude se deve à constante mutação pela qual passam as entidades familiares, sendo necessário o emprego da visão pluralista para uma melhor conceituação. Para a doutrinadora, o princípio do pluralismo das entidades familiares “[...] é encarado como o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares”.

Não se pode ignorar que foi buscando acompanhar a evolução social e, principalmente, as relações interpessoais, que o constituinte percebeu a necessidade de reconhecer outras estruturas de convívio familiar, além daquela constituída pelo matrimônio. Assim é que a Constituição da República de 1988 conduziu a uma mudança paradigmática no Direito de Família, pois permitiu que princípios como o da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da afetividade, ainda que implícitos no texto constitucional, fossem observado pelos estudiosos para o reconhecimento das entidades familiares, ampliando o seu rol.

Diante desse alargamento conceitual, a conformação da família não possui mais um significado singular, ou seja, as mudanças vivenciadas ao longo dos últimos anos, a evolução dos costumes e o declínio da família patriarcal, conduziu a uma evolução dos costumes e a reconfiguração das relações familiares.

A esse respeito, cumpre trazer à baila os ensinamentos de Dias (2013, p. 40), que sintetiza a evolução da sociedade, e a consequente necessidade de se reconhecer um conceito de família mais amplo e desprovido de cunho discriminatório, nos seguintes termos:

[...] rastreando os fatos da vida, viu a necessidade de reconhecer a existência de outras entidades familiares, além das constituídas pelo casamento. Assim, enlaçou-se no conceito de família e emprestou especial proteção à união estável (CF 226 § 3º) e à comunidade formada por qualquer dos pais com seus descendentes (CF 226 § 4º), que começou a ser chamada de família monoparental. No entanto, os tipos de entidades familiares explicitados são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. Mas não só nesse limitado universo flagra-se a presença uma família. Não se pode deixar de ver como família a universalidade dos filhos que não contam com a presença dos pais. Dentro desse espectro mais amplo, não cabe excluir os relacionamentos de pessoas do mesmo sexo, que mantêm entre si relação pontificada pelo afeto, a ponto de merecerem a denominação de uniões homoafetivas. Dita flexibilização conceitual vem permitindo que os relacionamentos, antes clandestinos e marginalizados, adquiram visibilidade, o que acaba conduzindo a sociedade à aceitação de todas as formas que as pessoas encontram para buscar a felicidade.

Não há como negar que, na atualidade, prevalece a noção de família constitucionalizada, ou seja, não há um conceito restrito de família, devendo ser analisadas as situações fáticas para se aferir os elementos que norteiam a entidade familiar.

Nesse cenário, sem a intenção de esgotar o tema, dada a sua complexidade, mas buscando contextualizar as entidades familiares no ordenamento jurídico pátrio, passa-se a abordar as modalidades de família.

2.3.1 A Família Matrimonial

Inicialmente, cumpre esclarecer que embora o ordenamento jurídico brasileiro demonstre ainda grande preocupação com a família matrimonializada, o Código Civil não conceitua o casamento, sendo que as regras atinentes ao tema encontram-se disciplinadas no livro que trata do Direito de Família, quando são traçados os requisitos para a celebração do casamento, elencados os direitos e deveres dos cônjuges, e disciplinada as questões afetas à dissolução do vínculo conjugal (DIAS, 2013).

Segundo Farias e Rosenvald (2008), a história do Direito demonstra que o casamento sempre foi visto pela ótica institucionalista, instituição esta de natureza jurídica e social, por meio da qual a família era constituída.

Acrescentam os autores que o legislador sempre se preocupou em estabelecer as formalidades legais para a constituição do casamento, relegando a segundo plano a proteção às pessoas envolvidas (FARIAS; ROSENVALD, 2008).

De acordo com Dias (2013), isso se deve pela sacralização do casamento, que levou o legislador, os estudiosos e a sociedade como um todo a reconhecer no casamento a única forma de constituição da família. Contudo, a autora ressalta, de forma crítica, que tal concepção ignora que é a família a base da sociedade, e não o casamento, sendo este mera formalidade.

Dias (2013) assevera, ainda, que o casamento nada mais é que um negócio jurídico, de natureza solene e pública, e que exige, para a sua constituição, a declaração de vontade dos nubentes e a observância dos requisitos prescritos em lei, dentre eles a publicidade do ato. Uma vez observados tais requisitos, o casamento passa a operar efeitos na esfera jurídica.

Percebe-se, portanto, que a família matrimonializada nada mais é do que aquela oriunda do casamento, que por força da Constituição da República de 1988 é de natureza civil e gratuita sua celebração, possuindo o casamento religioso efeitos civis, desde que observadas as disposições legais.

2.3.2 A União Estável

As uniões entre homens e mulheres, constituídas de forma livre, ou seja, extramatrimoniais, sempre existiram na sociedade, embora claramente repudiadas pelo legislador, que por longos anos a manteve desprovida de qualquer proteção, ou seja, à margem do direito.

Segundo Dias (2013, p. 177), as uniões livres, “surgidas sem o selo do matrimônio, eram identificadas com o nome de concubinato. Quando de seu rompimento, pela separação ou morte de um dos companheiros, demandas começaram a bater às portas do Judiciário”.

Buscando sanar o problema da total falta de proteção legal às uniões livres, no ano de 1964 foi editada, pelo Supremo Tribunal Federal, a Súmula nº 380, que dispunha: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum” (BRASIL, 1964).

Percebe-se que as uniões extramatrimoniais eram vistas como sociedades de fato, sendo os bens partilhados como ocorria numa relação comercial, por exemplo.

Com o passar dos tempos, a sociedade percebeu a necessidade de reconhecer as uniões livres entre homem e mulher, quando se passou a denominar de união estável essa modalidade de entidade familiar (DIAS, 2013).

Contudo, somente com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é que as uniões estáveis receberam proteção constitucional, ou seja, foi a primeira vez que o constituinte reconheceu proteção à família constituída pela união estável entre homem e mulher (COELHO, 2012).

Os estudiosos do tema, como Coelho (2012), sempre criticaram a demora do legislador em reconhecer direitos à família oriunda da união estável, pois segundo o autor aproximadamente trinta por cento das famílias brasileiras são constituídas dessa forma, ou seja, por homens e mulheres que optam por conviver de forma pública, duradoura, contínua, com o intuito de constituir família, mas, por razões diversas, não querem oficializar a relação pelo casamento, embora não possuam qualquer impedimento para tanto.

O legislador ordinário, após o reconhecimento da união estável como entidade familiar no âmbito constitucional, editou as Leis n.ºs 8.971 e 9.278, respectivamente nos anos de 1994 e 1996, disciplinando direitos sucessórios e alimentos aos conviventes, sem, contudo,

equiparar em direitos e obrigações as relações oriundas do casamento e uniões livres entre homens e mulheres.

Embora o Código Civil de 2002 tenha disciplinado a matéria, também é alvo de diversas críticas, pois manteve tratamento diverso às famílias oriundas do matrimônio e às famílias constituídas pela união estável.

Dissertando acerca da disciplina da união estável no Código Civil, pontua Dias (2013, p. 177):

[...] O Código Civil de 2002 incluiu a união estável no último capítulo do livro do direito das famílias, somente antes da tutela e da curatela. A justificativa do legislador é que só foi reconhecida pela Constituição quando o Código já estava em elaboração. Porém, inserir a união estável tão distanciadamente do capítulo do casamento revela resistência para reconhecê-la como entidade familiar de igual status. Apesar do desdém do legislador, inexiste hierarquia entre os dois institutos. O texto constitucional lhes confere a especial proteção do Estado, sendo ambos fonte geradora de família de mesmo valor jurídico, sem qualquer adjetivação discriminatória.

Por fim, cumpre salientar que não obstante a união estável possua disciplina mais restrita do que a família constituída pelo casamento, discrepância que se evidencia principalmente na esfera sucessória, já que o cônjuge é herdeiro necessário, ao passo que o companheiro não, é importante reconhecer a evolução dada pelo Direito, que a lentos passos vêm proporcionando aos conviventes a proteção do Direito de Família.

2.3.3 A Família Monoparental

O constituinte reconheceu como entidade familiar a família matrimonializada, a família constituída pela união estável e a denominada família monoparental, de forma expressa, que pode ser definida como núcleos familiares formados por qualquer dos pais e seus descendentes, como dispõe o art. 226, § 4º, da Constituição da República Federativa de 1988.

É pertinente usar tal expressão, ao alargar o conceito de família, uma vez que não se pode negar o caráter familiar às uniões de afeto

caracterizadas pela existência de somente uma parentalidade (DIAS, 2013).

Ademais, diversas são as razões para a constituição de uma família monoparental, razões estas que não podem ser ignoradas pelo direito e, por isso, precisam da proteção legal.

Ainda segundo Dias (2013), para a configuração da família monoparental é necessário que haja diferença de gerações entre um de seus membros e os demais, e que não haja qualquer relação ou interesse sexual entre eles.

Por fim, ressalta Dias (2013) que o número de famílias monoparentais vem crescendo expressivamente ao longo dos últimos anos, e ganhando maior visibilidade social, na proporção em que decai o patriarcalismo e aumenta a inserção da mulher no mercado de trabalho.

2.3.4 A Família Homoafetiva

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, só reconhece expressamente como entidade familiar aquelas oriundas do casamento e da união estável, bem como aquelas oriundas da família monoparental. Assim, não há qualquer previsão constitucional acerca da família decorrente da união homoafetiva.

Contudo, como ressalta Dias (2013), na atualidade, e diante de uma Constituição que se denomina cidadã, garantidora de igualdade, não se pode aceitar que não sejam reconhecidas como entidades familiares aquelas constituídas por laços de afeto e estabilidade, ainda que inexistente a diversidade de sexos.

Acerca da omissão legislativa, ressalta Dias (2013, p. 205 e 206):

A igreja fez do casamento forma de propagar a fê cristã: cresci e multiplicaí-vos. A infertilidade dos vínculos homossexuais levou a igreja a repudiá-los, acabando por serem relegados à margem da sociedade. Claro que a forma de demonstrar reprovação a tudo que desagrade à maioria conservadora é condenar à invisibilidade. O legislador, com medo da reprovação de seu eleitorado, prefere não aprovar leis que concedam direitos às minorias alvo da discriminação. Assim, restam as uniões homossexuais marginalizadas e excluídas do sistema jurídico. No entanto, a ausência de lei não significa inexistência de

direito. Tal omissão não quer dizer que são relações que não mereçam a tutela jurídica.

Inclusive, o termo “homossexualismo” foi banido do vocabulário, sendo correta a sua substituição por homossexualidade, haja vista que o sufixo “ismo” quer dizer doença, enquanto o sufixo “dade” pode ser entendido como modo de ser.

A autora Maria Berenice Dias (2013), multicitada, defensora dos direitos dos homossexuais, ressalta que há mais de uma década tramita no Congresso nacional uma proposta de Emenda à Constituição, que objetiva inserir dentre os objetivos fundamentais do Estado, constantes no art. 3º do texto constitucional, a promoção do bem de todos sem preconceito ou diferenciação de orientação sexual, sem prejuízo de outros Projetos de Lei que objetivam o reconhecimento da homofobia como crime, do reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo, dentre outros objetivos.

Embora de forma tímida, mas já demonstrando um avanço legislativo, a Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340/2006, possibilitou o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar para fins de reconhecimento da violência doméstica.

Ademais, não se pode ignorar que em maio de 2011, no julgamento da ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ, julgada conjuntamente com a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.277, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por unanimidade, a união homoafetiva como entidade familiar, equiparando-a à união estável, assegurando-lhe o mesmo rol de direitos.

Assim, embora não expresso no texto constitucional, as uniões entre pessoas do mesmo sexo são equiparadas, na atualidade, por força da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, às uniões estáveis, devendo observar a legislação vigente no que toca a proteção aos conviventes.

2.3.5 Família Anaparental

A família anaparental é aquela em que inexistente hierarquia entre os membros (relação de ascendência entre gerações) e o convívio familiar não configura relacionamento de ordem sexual, como ocorre, por exemplo, no caso de duas irmãs que convivem sob o mesmo teto e juntas ameam certo patrimônio (DIAS, 2013).

Não seria justo, se, com a morte de uma delas, o patrimônio juntado por ambas fosse distribuído igualmente entre todos os irmãos; o correto é que neste caso apliquem-se, por analogia, os dispositivos que regem o casamento e a união estável, deixando todo o patrimônio com a irmã que vivia com a falecida.

Matos (2005), ao dissertar sobre o tema, afirma que essa modalidade de entidade familiar se embasa no afeto que se forma entre as pessoas que integram seu núcleo, porém, como o modelo de família tradicional (pai, mãe e filhos) ainda está muito arraigado no judiciário, esta entidade familiar e outras tantas continuam na invisibilidade, até que se resolva realmente olhar para elas e as aceitar como são.

2.3.6 Família Reconstituída

A família reconstituída, também denominada pelos estudiosos de família recomposta, segundo Dias (2013), ainda não possui nome definido, podendo ser chamada também de pluriparental, mosaico ou ensambladas, sendo a mera ausência de nome fator suficiente para demonstrar a resistência em aceitar novas entidades familiares.

Essa modalidade de estrutura familiar resulta da união, através de casamento ou união estável, de pessoas que já possuem filhos de relacionamentos anteriores, ou seja, são aqueles que possuem padrasto e ou madrasta e enteado(s).

A tendência atual ainda é considerar como monoparental o vínculo do genitor com seu filho, e desconsiderar a participação do novo companheiro/cônjuge nessa entidade familiar.

Matos (2005) defende, porém, que essa nova organização familiar deve gerar efeitos não apenas socialmente, mas também no âmbito jurídico, como, por exemplo, em casos nos quais o padrasto ou a madrasta ocuparam o lugar do pai ou mãe biológicos, na criação do enteado, dando-lhe proteção e carinho. Em situações desse estilo, seria correto conceder guarda, visita e até alimentos ao padrasto ou madrasta que representou a figura paterna ou materna, mas sem excluir necessariamente os laços com o pai ou mãe biológica. Seria o caso, também, da concessão de guarda compartilhada entre, por exemplo, padrasto e pai biológico, em caso de falecimento da mãe da criança, pois assim se estaria aplicando o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Ao tratar do tema, Dias (2013) ressalta a problemática da adoção unilateral, modalidade em que, por exemplo, o padrasto adota o enteado. Essa modalidade é possível, contanto que o pai registral esteja

de acordo; caso isso não ocorra, não há como atribuir encargos ao padrasto.

No entanto, em nome ao princípio da solidariedade, já vem sendo admitido o direito a visitas e a possibilidade de o enteado agregar o nome do padrasto ou da madrasta, fato este que não geraria a exclusão do poder familiar do genitor.

A propósito, a Lei n.º 11.924/2009 veio a alterar o art. 57 da Lei n.º 6.516/73, a fim de permitir expressamente que o enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável, requeira ao juiz competente a averbação do nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus próprios apelidos de família.

Conforme se vê, aos poucos, a legislação - e, antes disso, o próprio Poder Judiciário, mediante interpretação concretizadora dos direitos fundamentais - vem reconhecendo mais essa forma de entidade familiar.

2.3.7 Família Eudemonista

Com a evolução do Direito de Família, passou-se a reconhecer, além das famílias expressas na Constituição, quais sejam, a família matrimonializada, a oriunda da união estável e a monoparental, as modalidades de família não expressas no texto constitucional, como a homoafetiva, a anaparental, a reconstituída e, também, a família eudemonista.

Segundo Andrade (2008), a família eudemonista é aquela que decorre da convivência entre pessoas sem qualquer laço consanguíneo, mas que pelo afeto e pela solidariedade mútua optam por viver juntos, em um mesmo lar.

Segundo Dias (2013), a família eudemonista é resultado do reconhecimento de que o afeto é o elemento principal nas relações familiares, já que estas buscam o bem estar e a emancipação dos seus membros. Logo, a busca da felicidade é elemento que deve ser reconhecido nos núcleos familiares, respeitando-se as suas diversas formas de constituição.

Claro exemplo dessa modalidade de entidade familiar é aquela formada por amigos que optam por dividir um espaço físico, compartilhar alegrias e tristezas, assim como as despesas para a manutenção do lar. Convivem como se irmão fossem, e, por esse motivo, os estudiosos do direito defendem seu reconhecimento como núcleo familiar (ANDRADE, 2008).

Como visto, o Direito de Família passou por grande evolução ao longo dos tempos, sendo a Constituição da República de 1988 um divisor de águas, não apenas por ter consagrado expressamente - ou admitido implicitamente - a família plural, a exemplo daquelas anteriormente citadas, mas também por ter introduzido diversos princípios norteadores das relações familiares na atualidade.

Dito isso, cumpre agora abordar alguns desses princípios norteadores do Direito de Família no ordenamento jurídico pátrio, buscando ressaltar a importância do afeto para a caracterização das entidades familiares.

2.4 A ORDEM PRINCIPIOLÓGICA DO DIREITO DE FAMÍLIA

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, mudou-se a forma de visualizar o Direito de Família. Nessa nova estrutura em que se encontra inserida a família, não é mais possível conceber a existência de normas que não se assentem nos princípios constitucionais.

É sabido que a lei não consegue prever todas as situações cotidianas e que reclamam solução dos tribunais, o que implica dizer que, inúmeras vezes, cabe ao operador do Direito buscar soluções para as lacunas legislativas, sob pena de instaurar-se a injustiça e a insegurança jurídica.

Nesse contexto, destaca-se o papel integrador (de vetor hermenêutico-axiológico) dos princípios jurídicos, compreendidos como “normas jurídicas que se distinguem das regras não só porque tem alto grau de generalidade, mas também por serem mandados de otimização” (DIAS, 2013, p. 61), que propiciam não só uma sensível mudança na maneira de interpretar a lei, mas também uma forma de suprir eventuais lacunas.

Insta salientar, ainda, que embora a Constituição, por si só, não possa realizar nada, ela pode impor tarefas, através dos referidos princípios insculpidos em seu bojo, consoante ensinamentos de Dias (2013, p. 60):

A partir do momento em que ocorreu a constitucionalização do direito civil e a dignidade da pessoa humana foi consagrada como fundamento do Estado Democrático de Direito (CF, 1º, III), o positivo tornou-se insuficiente. As regras jurídicas mostraram-se limitadas,

acanhadas para atender ao comando constitucional. O princípio da interpretação conforme a Constituição é uma das mais importantes inovações em sede de técnica interpretativa, ao propagar que a lei deve ser interpretada, sempre, a partir da lei maior. Assim, os princípios constitucionais passaram a informar todo o sistema legal de modo a viabilizar o alcance da dignidade humana em todas as relações jurídicas.

Neste ponto do presente estudo, não se tem por escopo esgotar a problemática principiológica do Direito de Família, dada a sua complexidade, mas apenas estudar brevemente os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, da solidariedade e da afetividade.

2.4.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Estabelece o art. 1º, inc. III, da Constituição da República de 1988, que o Estado Democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Anote-se que, ao asseverar ser a dignidade da pessoa humana o fundamento do Estado brasileiro, a Constituição esclarece que se trata de um princípio máximo, isto é, de um “princípio dos princípios”, como pontua Tartuce (2006), ou de um “valor nuclear da ordem constitucional”, como assevera Dias (2013, p. 65), que ainda acrescenta:

O princípio da dignidade humana é o mais universal de todos os princípios. É um macroprincípio sobre o qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos. No dizer que Daniel Sarmento, representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico balizado não apenas os atos estatais, mais toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade.

Em face desse princípio inafastável de proteção da pessoa humana é que está fundamentado o fenômeno da repersonalização do

Direito privado, em especial do Direito de Família, como se extrai dos ensinamentos de Pereira.C (2006, p. 94):

O princípio da dignidade humana é hoje um dos esteios de sustentação dos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Não é mais possível pensar em direitos desatrelados da ideia e conceito de dignidade. Embora essa noção esteja vinculada à evolução histórica do Direito Privado, ela tornou-se também um dos pilares do Direito Público, na medida em que é o fundamento primeiro da ordem constitucional e, portanto, o vértice do Estado de Direito.

Não é demais mencionar que o Direito de Família está intrinsecamente ligado aos direitos humanos e, por conseguinte, tem no princípio da dignidade humana o “solo apropriado para florescer” (DIAS, 2013, p. 66).

Assim, a família plural, consagrada pela Constituição da República de 1988, caracterizada pelo afeto, pela solidariedade, pela união, respeito, confiança e amor, bem como pela liberdade para a constituição ou desconstituição, busca neste princípio respaldo para a consagração da felicidade, do bem estar individual e comum, como forma maior de se garantir a plena dignidade humana.

2.4.2 Princípio da Solidariedade

A solidariedade social também é reconhecida como um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 3º, inc. I, da Constituição da República de 1988, que mencionar a busca e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (BRASIL, 1988).

Não é difícil perceber que este princípio acaba por repercutir nas relações familiares, atualmente caracterizadas pelo afeto que une os seus membros, já que a solidariedade existe como forma de promover o bem de todos aqueles que integram a unidade familiar.

Anote-se, ainda, que a solidariedade no seio familiar é caracterizada pelo encargo de prover aos seus membros uma gama de direitos, tanto que o próprio texto constitucional atribui o dever de cuidado dos filhos aos pais e destes àqueles.

Dissertando sobre o tema, Maria Berenice Dias levanta a problemática da prestação recíproca de alimentos entre parentes, em caso de necessidade, *in verbis*:

Na ordem jurídica, as pessoas integrantes da família são, em regra, reciprocamente credoras e devedoras de alimentos. A imposição de obrigação alimentar entre parentes representa a concretização do princípio da solidariedade familiar. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a reciprocidade. Assim, deixando um dos parentes de atender com a obrigação parental, não poderá exigi-la de quem se negou a prestar auxílio. Vem a calhar o exemplo do pai que deixa de cumprir com os deveres inerentes ao poder familiar, não provendo a subsistência dos filhos. Tal postura subtrai a possibilidade de posteriormente buscar alimentos frente aos filhos invocando o princípio da solidariedade familiar (2013, p. 69).

Evidencia-se, portanto, que a obrigação de prestar alimentos é a consagração do princípio da solidariedade, estabelecido constitucionalmente, uma vez que possui caráter eminentemente de subsistência, sendo um dos pilares do Direito de Família contemporâneo.

2.4.3 Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade é um dos sustentáculos do próprio Estado Democrático de Direito e, na seara familiar, não há razão para ser diferente. Portanto, é imprescindível que a lei reconheça a igualdade entre todos os seres, seja na aplicação da lei, seja no seu direcionamento, conforme se depreende dos ensinamentos de Dias (2013, p. 67):

[...] Os conceitos de igualdade e de justiça evoluíram. Justiça formal identifica-se com igualdade formal, consistindo em conceder aos seres de uma mesma categoria idêntico tratamento. Aspira-se à igualdade material precisamente porque existem desigualdades. Segundo José Afonso da Silva, justiça material ou concreta pode ser entendida como a especificação da igualdade formal no sentido de conceder a cada

um segundo a sua necessidade; a cada um segundo os seus méritos; a cada um a mesma coisa. Portanto, é a questão da justiça que permite pensar a igualdade. Na presença de vazios legais, o reconhecimento de direitos deve ser implementado pela identificação da semelhança significativa, ou seja, por meio da analogia, que se funda no princípio da igualdade.

Asseverar que o sistema jurídico assegura a todos tratamento igualitário pode ser repetitivo, mas não parece tão óbvio quando se tem em mente um passado não muito distante, quando as mulheres eram consideradas tão somente objeto de direito, situação que começou a sucumbir com o advento da Lei n.º 4.121/62, conhecida como o estatuto da mulher casada.

Essa igualdade no âmbito do Direito de Família é, portanto, de suma importância, já que iguala em direitos e deveres, homens e mulheres, bem como os filhos entre si, igualdade sem a qual não há dignidade do sujeito de direito e, consequentemente, não há justiça (PEREIRA. C, 2006).

Cumprе ressaltar, por fim, que o princípio constitucional da igualdade, no âmbito do Direito de Família, se projeta na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, na dialética da mútua colaboração, no estabelecimento dos deveres recíprocos atribuídos igualitariamente entre marido e mulher, na permissão de qualquer dos nubentes acrescer o sobrenome do outro; na não discriminação dos filhos oriundos ou não do casamento e, por fim, na proibição de qualquer desigualdade de gêneros, consagrada em nosso ordenamento jurídico.

2.4.4 Princípio da Liberdade

A liberdade encontra-se intimamente ligada à ideia de igualdade, precedendo-a, contudo, do ponto de vista histórico, no processo de reconhecimento das garantias individuais do homem e do cidadão, tendo sido reconhecida já nas primeiras cartas ou declarações de direitos (compondo os assim chamados direitos humanos de 1ª geração ou dimensão).

Assim, como não poderia deixar de ser, a liberdade obviamente não foi esquecida pelo constituinte de 1988, conforme ensinamentos de Dias (2013, p. 66):

A Constituição, ao instaurar o regime democrático, revelou grande preocupação em banir discriminações de qualquer ordem, deferindo à igualdade e à liberdade especial atenção. Os princípios da liberdade e da igualdade no âmbito familiar são consagrados em sede constitucional. Todos têm a liberdade de escolher o seu par, seja do sexo que for, bem como o tipo de entidade que quiser para constituir sua família. A isonomia de tratamento jurídico permite que se considerem iguais marido e mulher em relação ao papel que desempenham na chefia da sociedade conjugal. Também na união estável é a isonomia que protege o patrimônio entre personagens que disponham do mesmo *status familiae*.

Além de se encontrar insculpida na Constituição da República, a liberdade no plano familiar encontra-se prevista no art. 1.513 do Código Civil em vigor, segundo o qual "é defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família" (BRASIL, 2002).

Ainda, o princípio da liberdade mantém relação direta com o princípio constitucional da autonomia privada, que também deve estar presente no âmbito do Direito de Família, pois é o poder que tem as pessoas de autorregular os próprios interesses.

Assim, uma vez assegurada a liberdade nas relações familiares, são os homens e mulheres livres não apenas para constituir uma relação conjugal, uma união estável ou mesmo homossexual. São livres, também, para extinguir o vínculo que os levou a constituir uma família, bem como para compor ou recompor novas entidades familiares.

2.4.5 Princípio da Afetividade

Outro princípio de suma importância para o presente estudo é o princípio da afetividade, já que a nova estrutura familiar funda-se basicamente nos elos afetivos. A esse respeito disserta Pereira.R.C (2003, p. 86):

A vantagem maior do afeto é a possibilidade da realização da ternura na vida de cada um, nos momentos de paz e nas ameaças de conflito. Uma ética que parta desta dimensão e atravesse os

caminhos da amizade e da política tem tudo para fazer os homens mais homens. A felicidade segue sendo uma hipótese. Mas uma hipótese real, de um mundo real. E num mundo com essas características, a norma emana da vida e não para a vida. O único sonho universalista num cenário como esse é o da constituição de um universo moral, de uma comunidade ética.

Embora a Constituição da República não tenha mencionado expressamente o termo “afeto”, a valorização dele, do afeto, no âmbito das relações familiares foi um dos fatores primordiais para a repersonalização do Direito Civil, marcada pelo deslocamento do foco do patrimônio para a dignidade da pessoa humana, como se extrai dos ensinamentos de Dias (2013, p. 72), *in verbis*:

O Estado impõe-se obrigações para com os seus cidadãos. Por isso elenca a Constituição um rol imenso de direitos individuais e sociais, como forma de garantir a dignidade de todos. Isso nada mais é do que o compromisso de assegurar afeto: o primeiro obrigado a assegurar o afeto por seus cidadãos é o próprio Estado. Mesmo que a Constituição tenha enlaçado o afeto no âmbito de sua proteção, a palavra afeto não está no texto constitucional. Ao serem reconhecidas como entidade familiar merecedora da tutela jurídica as uniões estáveis, que se constituem sem o selo do casamento, tal significa que o afeto, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu o reconhecimento e a inserção no sistema jurídico.

Assim, ainda que a palavra “afeto” não esteja expressa na Constituição da República de 1988, deve-se reconhecer que a afetividade é uma espécie de direito fundamental, imprescindível à convivência familiar e à saudável relação entre os membros da família, hoje mais igualitárias e flexíveis.

Resta inequivocamente comprovado o reconhecimento do princípio da afetividade como o princípio norteador do Direito de Família na atualidade. Ademais, a “atribuição de um valor jurídico ao afeto redimensiona a tábua axiológica do Direito e autoriza-nos a falar sobre uma ética do afeto como um dos sustentáculos e pilares do Direito de Família” (PEREIRA.C, 2006).

A juridicidade do princípio da afetividade nas relações familiares - cuja contraface é uma espécie de inegável obrigação jurídica - vem ganhando importância também em outras partes do mundo. Notícia veiculada no ano de 2013 pelo site "Consultor Jurídico", por exemplo, informa que na China foi editada recentemente uma lei que permite aos idosos processar seus filhos na hipótese de serem por eles abandonados. O interessante, nesse caso, é que a lei foi criada de forma intencionalmente vaga, sem especificar a frequência mínima de visitas aos pais e sem estabelecer sanção jurídica pelo seu descumprimento. Segundo o professor de Direito da Universidade de Shandong, Xiao Jinming, citado na notícia, o principal objetivo da lei "é despertar a conscientização dos chineses para a questão", tendo sido criada para "ênfatisar o direito das pessoas idosas ao suporte emocional" (MELO, 2013).

Superada a análise da evolução do conceito de família, das características das diferentes espécies de organização familiar, bem como dos princípios que norteiam as relações familiares, mister se faz compreender o instituto da responsabilidade civil, para, somente depois, adentrar na problemática do abandono afetivo e da possibilidade de reparação dos danos de natureza extrapatrimonial dele decorrentes.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL

Um dos temas que geram intenso debate entre os estudiosos do Direito é a possibilidade de reparação dos danos de natureza moral oriundos das relações familiares. Nesse cenário, encontram-se as discussões acerca do abandono afetivo e da possibilidade de o filho buscar, junto ao Poder Judiciário, a reparação pelos danos morais dele decorrentes.

Antes de adentrar na análise do abandono afetivo propriamente dito e de aferir o posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre a possibilidade (ou não) de reparação pelos respectivos danos morais, mister se faz contextualizar o instituto da responsabilidade civil.

3.1 ORIGEM, EVOLUÇÃO E CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Segundo Diniz (2010), o instituto da responsabilidade civil surgiu ainda nos primórdios da humanidade, período em que não se cogitava a exigência de culpa como fator condicionante de uma espécie de dever de indenizar, já que a reparação limitava-se à mera vingança, que em geral era impingida pelo grupo do ofendido contra o agressor.

Por isso, diz-se que, nesse período de *vendetta*, ou de vingança privada, a reparação do lesado era apenas indireta, porquanto só se verificava em razão das sanções eventualmente impostas pelo grupo (NORONHA, 2003).

É mais consensual, porém, a tese de que a responsabilidade civil propriamente dita, como instituto jurídico, só surgiu de fato com a criação do Código de Hamurabi, que consagrou a máxima "olho por olho, dente por dente" (lei de talião), pela qual aquele que sofria um dano tinha direito de ser reparado mediante a provocação de dano proporcional ao seu algoz (VENOSA, 2011).

Mas foi só com a edição da Lei das XII Tábuas, e, posteriormente, da *Lex Aquilia de Damno*, - cuja origem remete a um plebiscito que teria sido aprovado no final do século III a.C. com a finalidade de garantir aos plebeus o ressarcimento dos danos causados aos seus bens pelos patrícios -, que o instituto ganhou contornos mais sólidos, mediante a introdução da ideia de culpa (J. A. DIAS, 2006).

Ao se referir a algumas das inovações trazidas pela *Lex Aquilia*, Sara Corrêa Fattori (1997) leciona:

A lei prescrevia, a cargo do autor do dano, o pagamento de uma sanção pecuniária a favor da vítima. Assim, da realização do ato danoso surgia, entre o autor do mesmo e o que teria sofrido o dano, uma *obligatio* em virtude da qual o primeiro estava obrigado a pagar ao segundo, que por sua vez tinha a faculdade de exigir uma soma em dinheiro, a título de pena. Esta *obligatio* estava tutelada por uma *actio iuris civilis* chamada *actio damni iniuria* ou *ex lege Aquilia*, que continha três capítulos, dos quais somente o primeiro e o terceiro têm interesse.

Nesse mesmo sentido, José de Aguiar Dias (2006) menciona que o conteúdo da *Lex Aquilia* era dividido em três capítulos: o primeiro tratava da morte a escravos ou animais, das espécies dos que pastam em rebanhos; o segundo capítulo regulamentava a quitação por parte do *adstipulator* com prejuízo do credor; e, o terceiro capítulo destinava-se ao *damnum injuri datum*, e compreendia a reparação de lesões a escravos ou animais, bem como a deterioração de coisas corpóreas.

Venosa (2011), por sua vez, acrescenta que a *Lex Aquilia* inaugurou a moderna concepção da responsabilidade extracontratual. É da *Lex Aquilia* que o sistema romano de responsabilidade civil extraía o princípio pelo qual se punia a culpa pelos danos injustamente provocados, independentemente da existência de prévia relação obrigacional. Por isso, aliás, até hoje se costuma chamar de *aquiliana* a responsabilidade civil extracontratual de natureza subjetiva, embora as regras atuais sejam quase completamente diferentes das que vigiam naquela época.

Ao dissertar sobre a origem e a evolução do instituto, mais especificamente sobre o momento em que o Estado toma para si a responsabilidade de punir e de resolver os conflitos privados, José de Aguiar Dias (2006, p. 26) leciona:

[...] esse período sucede o da composição. Atenuam-se as suscetibilidades por demais irritáveis do homem primitivo. Já agora o prejudicado percebe que mais conveniente do que cobrar a retaliação – que é razoavelmente impossível no dano involuntário e cujo efeito é precisamente o oposto da reparação, porque resultava em duplicar o dano: onde era um, passavam a ser dois os lesados – seria entrar em

composição com o autor da ofensa, que repara o dano mediante a prestação da *poena*, espécie de resgate da culpa, pelo qual o ofensor adquire o direito ao perdão do ofendido. Aí, informa o eminente Alvino Lima, a vingança é substituída pela composição a critério da vítima, mas subsiste com o fundamento ou forma de reintegração do dano sofrido.

E mais à frente acrescenta (2006, p. 27):

Quando assumiu a direção da composição dos pleitos, a autoridade começou também a punir, substituindo-se ao particular na atribuição de ferir o causador do dano. Evolui, assim, da justiça privada exclusiva, reservada aos ataques dirigidos diretamente contra ela, para a justiça distributiva, percebendo que, indiretamente, era também atingida por certas lesões irrogadas ao particular, porque perturbavam a ordem que se empenham em manter. Resultou daí a cisão dos delitos em duas categorias: os delitos públicos (ofensas mais graves, de caráter perturbador da ordem) e os delitos privados. Aqueles eram reprimidos pela autoridade, como sujeito passivo atingido; nos últimos, intervinha apenas para fixar a composição, evitando os conflitos [...].

Em sentido semelhante, mas já com foco no passo seguinte da evolução história, aprofundada pela chamada era das codificações, típica do Direito Intermédio, Gagliano e Pamplona Filho ponderam (2009, p. 12):

Houve a inserção da culpa como elemento básico da responsabilidade civil aquiliana – contra o objetivismo excessivo do direito primitivo, abstraindo a concepção de pena para substituí-la, paulatinamente, pela ideia de reparação do dano sofrido – foi incorporada no grande monumento legislativo da idade moderna, a saber, o Código Civil de Napoleão, que influenciou diversas legislações do mundo, inclusive o Código Civil brasileiro de 1916.

Sobre a influência do Direito Francês na normatização da responsabilidade civil ao redor do mundo, pelo estabelecimento de uma espécie de princípio geral de responsabilidade civil, em substituição às antigas enumerações - quase casuísticas - de hipóteses taxativas de dever de indenizar, leciona José de Aguiar Dias (2006, p. 30-31), *in verbis*:

No Código Civil Francês, tem a legislação moderna o seu modelo e inspiração. Antes, porém, que surgisse esse monumento jurídico, o direito francês já exercia sensível influência nos outros povos. De interesse geral, portanto, recordar que, aperfeiçoando, a pouco e pouco, as ideias românicas, ele estabeleceu nitidamente um princípio geral de responsabilidade civil, abandonando o critério de enumerar os casos de composição obrigatória.

Dessa linha de raciocínio não se afasta Oliveira (2004), que defende a influência do Código Civil Francês em toda a normatização do Direito Civil brasileiro, acrescentado ter o referido diploma influenciado o instituto da responsabilidade civil no sentido de dar maior relevância ao princípio da culpa, que se consolida como pilar básico e estruturante daquele instituto.

Venosa (2011) lembra, porém, que mais recentemente os juristas passaram a concordar com a ideia de que o fundamento último da responsabilidade civil identifica-se com a quebra do equilíbrio patrimonial provocada pelo dano, com o que se transfere o enfoque da culpa, antigo centro do dever de indenizar, para a noção de recomposição do dano.

Percebe-se, assim, que foram os institutos de direito romano e, posteriormente, as normas do código civil francês, com os aperfeiçoamentos que receberam ao longo da história pela atividade dos pretores e jurisconsultos, os precursores dos princípios que norteiam a responsabilidade civil extracontratual, tendo a matéria sido inserida no ordenamento jurídico pátrio pelo Código Civil Brasileiro de 1916, que consagrou por aqui o dogma da culpa como requisito da responsabilidade extracontratual dita subjetiva (conquanto não fossem desconhecidas hipóteses de responsabilidade objetiva, fundadas no risco da atividade, tais como aquelas decorrentes de acidentes ferroviários).

Atualmente, porém, a regra geral da responsabilidade civil extracontratual está prevista nos artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002, segundo os quais aquele que, por ação ou omissão voluntária,

negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito e tem a obrigação de indenizar a vítima pelo prejuízo decorrente. Embora o modelo seja ainda predominantemente subjetivo, isto é, fundado na culpa, o parágrafo único do artigo 927 prevê expressamente que "haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

Pode-se dizer, portanto, que o instituto da responsabilidade civil é hoje parte integrante do direito obrigacional, consistindo na obrigação que o autor de um ato ilícito tem de indenizar a vítima pelos danos que lhe foram causados, visando à recomposição do *status quo ante*, isto é, do patrimônio anterior à lesão (SAMPAIO, 2003), mesmo que, eventualmente, não tenha agido com dolo ou culpa.

Para Gagliano e Pamplona Filho (2009), a responsabilidade civil pressupõe a existência de uma atividade danosa de alguém que, de forma ilícita, afronta uma norma legal ou contratual. Por conseguinte, o agente subordina-se às consequências do seu ato, sendo obrigado a reparar o dano causado.

Também esse é o entendimento de José de Aguiar Dias (2006), que ressalta ser toda manifestação da atividade humana passível de causar danos a outrem e, assim, gerar o dever de reparação.

Fernando Noronha (2003, p. 430-431), por sua vez, diferencia a responsabilidade civil no sentido estrito ou técnico, comumente chamada de responsabilidade extracontratual ou aquiliana, daquilo que ele chama de responsabilidade negocial (em substituição à expressão 'responsabilidade contratual', que ele entende incorreta, por exprimir menos do que deveria), para logo em seguida assim definir a primeira:

[...] é a obrigação de reparar os danos antijurídicos que sejam resultantes da violação, ainda que muitas vezes não culposa (e neste sentido não ilícita, mas que sempre se poderá dizer antijurídica), do dever geral de *neminem laedere* (não lesar ninguém) ou, como também se diz, de *alterum non laedere* (não lesar outrem). Ela tem por finalidade tutelar o interesse de cada pessoa na preservação de sua esfera jurídica, através da reparação dos danos causados por outrem.

Em sentido semelhante, Caio Mario da Silva Pereira (2005, p.11), na tentativa de sintetizar as diversas definições de responsabilidade civil, assim a conceitua:

A responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo, na relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil que então se enuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano. Não importa se o fundamento é a culpa ou se é independente desta em qualquer circunstância onde houve a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí está a responsabilidade civil.

Resta evidente, diante de tudo o que foi dito, a importância social do instituto da responsabilidade civil extracontratual (aquiliana, não negocial, ou, ainda, responsabilidade civil em sentido estrito ou técnico), que, via de regra, pressupõe a existência de dano causado por uma ação humana contrária ao direito e a inexistência de excludentes de ilicitude.

As funções, os requisitos específicos e as nuances da configuração do dever de indenizar, porém, serão analisados logo à frente.

3.2 FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA ATUALIDADE

Como já se deixou antever ao traçar o conceito de responsabilidade civil extracontratual, a sua função precípua é de tutelar a preservação da esfera jurídica de cada pessoa, por meio da reparação dos danos causados por outrem.

Ao tratar especificamente das funções da responsabilidade civil extracontratual, assim se manifesta Fernando Noronha (2003, p. 437):

A finalidade que é fundamental à responsabilidade civil é a de reparar um dano: apagar o prejuízo econômico causado (indenização do dano patrimonial), minorar o sofrimento infligido (satisfação compensatória do dano moral puro) ou

compensar pela ofensa à vida ou à integridade física de outrem, considerada em si mesma (satisfação compensatória do dano puramente corporal). Sobretudo em matéria de danos patrimoniais, em princípio nem a maior ou menor censurabilidade da conduta do responsável, nem a sua maior ou menor riqueza, nem a condição social ou econômica do lesado terão reflexo na determinação do montante indenizatório. É a este respeito que se fala em função reparatória, ressarcitória ou indenizatória da responsabilidade civil.

A função precípua da responsabilidade civil é a de viabilizar o restabelecimento do equilíbrio violado pelo dano, buscando recompor ao máximo o patrimônio do lesado, tal como era antes do ilícito.

Por isso, aliás, diz-se que a responsabilidade civil está fundamentada no princípio do *neminem laedere* (ou do *alterum non laedere*) e se volta para a concretização do princípio da *restitutio in integrum*, isto é, da reposição do prejudicado ao *status quo ante*.

A principal função do instituto é, portanto, o de manter a segurança jurídica da vítima, revestindo-se de cunho eminentemente compensatório ou reparatório (DINIZ, 2010).

Em sentido semelhante, Sampaio (2003) defende que a responsabilidade civil teria como finalidade a reparação de um dano, restabelecendo uma situação de justiça pela indenização efetiva daquele que suportou um prejuízo. Assim é que, para ele, sem dano, não haveria falar em dever de indenizar, pois indenização sem prévio dano implicaria enriquecimento ilícito.

Com efeito, para gerar direito à reparação, mesmo no caso de culpa presumida, a vítima é obrigada a comprovar o prejuízo sofrido com o ato perpetrado contra ela (RIZZARDO, 2007).

E isso faz todo o sentido. Se a responsabilidade civil tem como função precípua a reparatória, pretendendo restabelecer uma situação jurídica igual ou equivalente àquela que foi comprometida pelo dano, a indenização dela resultante deve ser medida pela exata extensão do próprio dano, tal como previsto no artigo 944 do Código Civil de 2002.

Embora a função reparatória (compensatória) seja a principal e mais evidente, a responsabilidade civil exerce ainda outras duas importantes funções, chamadas por Fernando Noronha (2003) de função sancionatória (ou punitiva) e de função preventiva (ou dissuasória). O referido autor, aliás, traça um interessante paralelo entre as funções da

responsabilidade civil com aquelas tradicionalmente atribuídas à responsabilidade criminal, quais sejam, a função retributiva (pena proporcional à lesão do bem jurídico tutelado), a função de prevenção geral (dissuasão social) e função de prevenção especial (desestímulo à reincidência), conforme se lê à página 439 da obra multicitada.

No mesmo sentido, embora se valendo de denominações algo diversas, Caio Mario da Silva Pereira (2005, p. 15) ressalta a importância dessas outras duas funções, ao dizer que há, na responsabilidade civil, "uma finalidade punitiva ao infrator aliada a uma necessidade que eu designo de pedagógica, a que não é estranha a ideia de garantia para a vítima, e de solidariedade que a sociedade humana deve-lhe prestar".

Já para Roberto Senise Lisboa (2002, p. 182), a responsabilidade civil exerceria apenas duas funções, a de garantia dos direitos do lesado e a de sanção civil. Contudo, ao descrevê-las, o referido autor acaba por incluir a função preventiva dentro da ideia de função reparatória, por ele denominada de *função-garantia*, que também serviria para prevenir que a coletividade venha a sofrer novas violações de seus direitos.

Sobre a função sancionatória, é possível dizer, resumidamente, que corresponde a uma espécie de pena privada, utilizada como forma, nem sempre justificada (*e.g.*, algumas hipóteses de responsabilidade objetiva), de aplacar a ira do lesado e de agravar a obrigação de indenizar, de maneira proporcional à maior ou à menor censurabilidade da conduta do agente causador do dano (NORONHA, 2003). Pode ser usada, também, como mecanismo voltado para "dobrar a vontade do devedor e coagí-lo a efetivar a reparação do dano causado [...] [tal como] acontece na multa cominatória" (NORONHA, 2003, p. 440).

É interessante notar, a propósito, que essa função assume especial relevo diante de danos extrapatrimoniais puramente anímicos (morais em sentido estrito) ou puramente corporais, sobretudo aqueles causados mediante culpa grave, porque nessas hipóteses é inviável falar em restituição ao *status quo ante* (NORONHA, 2003).

Sobre a função preventiva, por fim, cumpre dizer simplesmente que ela corresponde a uma espécie de desdobramento da função sancionatória, tal como evidenciado no paralelo traçado por Fernando Noronha com a responsabilidade criminal. Assim, a função preventiva, importante principalmente na hipótese de danos transindividuais, visa imprimir efeito sócio-educativo, cujo caráter dissuasório não se limita à figura do ofensor, disseminando-se sobre a coletividade em geral sob a forma de alerta no sentido de que condutas lesivas semelhantes àquela

não serão toleradas, mas, ao revés, punidas exemplarmente. É o que se deduz das obras, já multicitadas, de Fernando Noronha (2003) e Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2009).

3.3 ELEMENTOS OU PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Para a configuração da obrigação de indenizar, seja pela teoria subjetiva, seja pela objetiva, mister se faz a presença de elementos ou pressupostos mínimos, indispensáveis à configuração do instituto. São eles: conduta humana, dano e nexo de causalidade entre os dois primeiros.

Nas hipóteses de responsabilidade subjetiva (regra geral), é necessário que haja também culpa ou dolo do agente, como pressuposto adicional para a caracterização da obrigação de indenizar, tal como consagrado nos artigos 186 e 927, *caput*, do Código Civil de 2002.

Já nas hipóteses de responsabilidade objetiva, previstas em lei ou decorrentes do risco inerente à atividade desenvolvida pelo causador do dano, esse último requisito é dispensado, conforme deflui do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002.

O primeiro pressuposto, qual seja, a conduta, corresponde ao comportamento do homem, seja ele comissivo ou omissivo, lícito ou ilícito, voluntário ou pelo menos objetivamente imputável (quando, mesmo involuntário, o ato pode ser atribuído ao agente, por imprudência, negligência ou imperícia, por exemplo), do próprio agente ou de terceiro, animal ou coisa sob sua guarda e responsabilidade, desde que cause dano a bem tutelado pela norma jurídica e titularizado por terceiros (DINIZ, 2010).

Comportamento comissivo é o que corresponde à ação, normalmente deliberada. Já o omissivo corresponde à conduta negativa, que surge quando alguém deixa de realizar determinada ação a que estava obrigado. A sua essência está propriamente em não se ter agido de determinada forma esperada.

Assim, para que se configure a responsabilidade por omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado fato (de não se omitir) e que se demonstre que, com a sua prática, o dano poderia ter sido evitado. O dever jurídico de agir (de não se omitir) tanto "pode ser imposto por lei (dever de prestar socorro às vítimas de acidente imposto a todo condutor de veículo pelo art. 176, I, do Código de Trânsito Brasileiro)" quanto pode "resultar de convenção (dever de

guarda, de vigilância, de custódia) e até da criação de alguma situação especial de perigo", como disserta Gonçalves (2010).

No que tange à voluntariedade da conduta, entende-se que ela deve ser entendida:

[...] no sentido de ser controlável pela vontade à qual se imputa o fato, de sorte que excluídos estarão os atos praticados sob coação absoluta; em estado de necessidade, sob efeito de hipnose, delírio febril, ataque epilético, sonambulismo, ou por provocação de fatos invencíveis como tempestades, incêndios desencadeados por raios, naufrágios, terremotos, inundações, etc. (DINIZ, 2010, p. 56).

A conduta humana, com as nuances acima mencionadas, é, portanto, indispensável para a caracterização do dever de indenizar. Nesse sentido, o entendimento de Gagliano e Pamplona Filho (2009, p.27):

Neste contexto, fica fácil entender que a ação (ou omissão) humana voluntária é pressuposto necessário para a configuração da Responsabilidade Civil. Trata-se, em outras palavras, da conduta humana, positiva ou negativa, guiada pela vontade do agente que desemboca no dano ou prejuízo.

A conduta humana, para que enseje a responsabilização, deverá ser contrária ao ordenamento jurídico vigente, ou seja, ilícita. Importante também é estar presente o aspecto da voluntariedade dessa ação ou omissão. Trata-se, em outras palavras, da “conduta humana, positiva ou negativa, guiada pela vontade do agente, que desemboca no dano ou viola direito” (GONÇALVES, 2010, p. 112).

Sem a voluntariedade, isto é, a consciência daquilo que se está fazendo, não há que se falar em ação humana, muito menos, em responsabilidade civil, exceto nos casos de responsabilidade dos pais pelos atos praticados por filhos menores, onde não há voluntariedade na conduta daqueles.

O segundo elemento da responsabilidade civil é o dano, presente nas teorias subjetiva e objetiva, que compreende a lesão sofrida pela vítima, atentando contra os valores protegidos pelo direito, seja de cunho moral ou físico, relacionados à pessoa, seus bens ou direitos.

Conforme o art. 186 do código civil “todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo”.

E a noção de dano se traduz como sendo “toda desvantagem que experimentamos em nossos bens jurídicos (patrimônio, corpo, vida, saúde, crédito, bem estar, capacidade de aquisição)” (DINIZ, 2010, p.43).

O dano pode ser tanto material quanto moral, mas, para configurar a responsabilidade civil, é indispensável que exista dano de fato. Sem o “dano é óbice à pretensão de uma reparação, alias, sem objeto” (GONÇALVES, 2010, p 54).

Desse entendimento não discrepam Gagliano e Pamplona Filho (2009, p.54), para quem, “sem a ocorrência deste elemento não haveria o que indenizar, e, conseqüentemente, [não se poderia falar em] responsabilidade”.

A configuração do dano ou prejuízo poderá decorrer de lesão a direitos patrimoniais e não patrimoniais (ou morais). O dano patrimonial é conceituado por Castro (2008, p.155) como toda a afetação negativa no complexo de relações pecuniariamente estimáveis de uma pessoa. Dando continuidade ao pensamento do Castro (2008, p.156) “O dano não patrimonial (também chamado de extrapatrimonial) é o que afeta negativamente o emaranhado de relações jurídicas não patrimoniais do indivíduo.” É “ Para conceituar dano moral é preciso ter em mente que a expressão, no Brasil, é usada em sentido amplo e em sentido estrito. Em acepção lata, qualquer dano, não atingido o patrimônio, é moral.” (CASTRO, 2008, p.160).

Cumprir lembrar, porém, que não é qualquer dano que se pode considerar elemento ensejador da responsabilidade civil, mas apenas aquele passível de ressarcimento, isto é, o dano injusto, que necessita, para sua caracterização, dos requisitos da atualidade, certeza e subsistência. Segundo Rodrigues (2008), por dano atual compreende-se o que efetivamente ocorreu; por dano certo aquele fundado em fato certo, e não balizado em hipóteses; e por dano subsistente aquele ainda não reparado pelo agente causador.

O terceiro elemento da responsabilidade civil é o nexo de causalidade, que consiste na relação de causa e efeito entre a conduta praticada pelo agente e o dano suportado pela vítima.

O nexo de causalidade é, nos ensinamentos de Lopes (2001, p. 38), o “pressuposto mais importante dentro da responsabilidade civil, pois mesmo existindo dano não haverá lugar para indenização se não se provar sua causa ou se não se apresentar uma das causas exonerativas da responsabilidade civil”.

Para Cavalieri Filho (2010, p. 66) o conceito de “nexo causal não é jurídico. Decorre das leis naturais, constituindo apenas o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado”.

Assim, a noção de nexo causal se traduz como sendo “o vínculo entre o prejuízo sofrido e a ação, de maneira que o dano deverá ser oriundo diretamente da ação, ou como sua consequência lógica” (GONÇALVES, 2010, p. 580). Tal nexo representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produz, sendo esta considerada como sua causa.

Todavia, não será necessário que o dano resulte imediatamente do fato que o causou, como disserta Diniz (2010, p. 110), *in verbis*:

[...] bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. Este poderá não ser a causa imediata, mas, se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência.

Ocorre que o nexo de causalidade nem sempre é de fácil aferição, pois podem surgir o que a doutrina denomina de concausas, que, por sua vez, podem ser concomitantes ou sucessivas.

O Código Civil de 2002 tratou das concausas concomitantes no art. 942, que prevê a responsabilização solidária daqueles que concorrem para o evento danoso.

No que toca às concausas sucessivas, a situação é um pouco mais complexa, uma vez que inexistente previsão no Código Civil, cabendo aos estudiosos do tema apresentar soluções para o problema.

Nesse cenário é que surgem três correntes para explicar as concausas sucessivas e, por conseguinte, apresentar solução para o problema, quais sejam: teoria da equivalência das condições ou dos antecedentes ou *conditio sine qua non*; teoria da causalidade adequada; e, por fim, a teoria da causalidade imediata ou dos danos.

Para Amaral (2003) a primeira teoria, denominada de “Teoria da equivalência das condições” ou “Teoria dos antecedentes” ou, ainda “Teoria da *conditio sine qua non*”, está consubstanciada no fato de que havendo várias circunstâncias que poderiam ter causado o prejuízo, qualquer delas poderá ser considerada a causa eficiente para a prática do ato lesivo. Em outras palavras implica dizer que suprimida uma das causas, o evento danoso não teria ocorrido.

O autor exemplifica afirmando que havendo o atropelamento de uma pessoa, a causa tanto pode ser a imperícia do condutor ou a constituição débil da vítima, ou ainda a natureza do pavimento, a

demora na remoção da vítima para hospital, ou a inexistência de meios adequados para o seu tratamento. Independente da causa, os danos à vítima se concretizam (AMARAL, 2003).

Acontece que essa teoria, se aplicada isoladamente, pode levar a resultados absurdos, instaurando responsabilidades infinitas, ignorando que a conduta do agente, por si só, não causaria danos de natureza tão grave.

A segunda teoria, denominada de "Teoria da causalidade adequada", defende que a causa deve ser apta a produzir o resultado danoso. Para tanto, excluem-se os danos decorrentes de circunstâncias extraordinárias. Logo, para essa segunda teoria o efeito deve se adequar à causa (AMARAL, 2003).

A terceira teoria, qual seja, a “Teoria da causalidade imediata ou dos danos diretos e imediatos”, exige, para a configuração da obrigação de reparar, a ligação entre o fato e o dano. E essa relação de causa e efeito direta e imediata.

Amaral (2003) defende ser esta a teoria adotada pelo ordenamento jurídico pátrio, consagrada no art. 403 do Código Civil, que assim dispõe: “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”.

Para esse autor, portanto, será causa do dano somente ação ou omissão que dele estiver mais próxima, sem intervalo e de forma direta, ou seja, sem intermediação (AMARAL, 2003).

Para outra parte da doutrina, porém, o Código Civil de 2002 adotou a teoria da causalidade adequada. Nesse sentido, é a lição de Fernando Noronha, por exemplo, para quem essa teoria é "aquela que consegue fazer uma seleção em termos mais razoáveis, dentre todas as condições que produziram um determinado dano, daquela ou daquelas que devam ser juridicamente consideradas causa dele" (p. 476). E continua, definindo-a de maneira simples e interessante:

[...] Para tal teoria, um fato é causa de um dano quando este seja consequência normalmente previsível daquele. E para sabermos se ele deve ser considerado consequência normalmente previsível, devemos nos colocar no momento anterior àquele em que o fato aconteceu e tentar prognosticar, de acordo com as regras de experiência comum, se era possível antever que o

dano viesse a ocorrer. Quando a resposta for afirmativa, teremos um dano indenizável. Os danos não indenizáveis serão aqueles que só se produziram devido a circunstâncias extraordinárias, a situações improváveis, que não seriam consideradas por um julgador prudente, ponderando as regras de experiência, comum e técnica (p. 476).

Importante esclarecer, por fim, que a culpa exclusiva da vítima, a culpa de terceiro, caso fortuito ou força maior quebram o nexo causal (artigos 393, 936 e 945 do Código Civil), ao passo que o exercício regular de um direito, o estado de necessidade e a legítima defesa retiram a ilicitude do ato (artigo 188 do Código Civil), afastando, por conseguinte, a obrigação de reparar o dano.

Já no que toca à culpa, elemento indispensável à configuração da ilicitude e também à obrigação de reparar, é concebida, na responsabilidade civil, *lato sensu*, trazendo em si também a noção de dolo. Logo, todo e qualquer comportamento contrário ao Direito, seja ou não intencional, desde que vinculado ao agente causador, é concebida como culpa.

Acontece que o legislador ordinário não se preocupou em definir o elemento culpa, deixando a cargo da doutrina tal tarefa.

Para Diniz (2010) a culpa *stricto sensu* pode ser definida como a violação de um dever, seja ele legal ou contratual, por imprudência, negligência ou imperícia.

Já o dolo é definido como a violação de um dever de natureza legal ou contratual, mas de forma intencional, onde o agente busca o resultado que aquele ato irá causar, ou simplesmente assume o risco de produzi-lo, situação denominado de dolo eventual (DINIZ, 2010).

Não é demais lembrar, ainda, que o ordenamento jurídico brasileiro somente reconhece a culpa nas responsabilizações civis decorrentes de atos ilícitos, uma vez que aquelas decorrentes de atos lícitos dispensam a presença do elemento culpa.

Lopes (2001, p. 218), ao tratar sobre a importância e complexidade do nexo causal para o reconhecimento da obrigação de reparar o dano, disserta:

Uma das condições essenciais à responsabilidade civil é a presença de um nexo causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. É uma noção aparentemente fácil e limpa de dificuldade. Mas

se trata de mera aparência, porquanto a noção de causa é uma noção que se reveste de um aspecto filosófico, além das dificuldades de ordem prática, quando os elementos causais, os fatores de produção de um prejuízo, se multiplicam no tempo e no espaço.

Cumpra lembrar, por fim, que há hipóteses excepcionabilíssimas em que a configuração do dever de indenizar pode dispensar até mesmo o nexo de causalidade. São as hipóteses *responsabilidade objetiva agravada*, em que "uma pessoa é obrigada a reparar danos que em rigor não foram causados por ela, nem por ninguém dela dependente", tal como ocorre com as empresas de transportes de pessoas, comumente responsáveis "até por danos resultantes de acidente de trânsito causado por motorista de outro veículo e por culpa deste" (NORONHA, 2003, p. 476-477).

3.4 DANO MATERIAL E DANO MORAL

Conforme se viu, o dano "consiste no prejuízo sofrido pelo agente" (VENOSA, 2011. p.52), podendo ser de natureza patrimonial ou de natureza moral (ou anímica), sendo imprescindível traçar a distinção entre ambos.

O dano patrimonial se configura pela lesão ao patrimônio da vítima, que ocasiona perda, total ou parcial, de bens materiais, sendo que a reparação deste dano tem a intenção de reconstituir o patrimônio do lesado.

Para Venosa (2011, p. 44), o dano patrimonial é aquele suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado por reposição em dinheiro, denominador comum da indenização.

Seguindo o mesmo entendimento, Noronha (2003, p. 566) defende:

[...] será patrimonial, ou econômico, o dano que consiste na violação de interesses diretamente suscetíveis dessa avaliação em dinheiro. Uma vez o quantitativo pecuniário resultará do fato de o bem lesado ter um preço no mercado, outras vezes haverá possibilidade de determinar-lhe um valor equivalente, com referência a outros bens ou serviços que estejam disponíveis no mercado.

Diniz (2010), por sua vez, defende que o dano patrimonial é calculado pela diferença da importância atual do patrimônio da vítima e o valor que teria no momento da lesão, caso esta não tivesse ocorrido.

Cabe salientar que o dano patrimonial abrange a lesão ao patrimônio atual da vítima, bem como ao seu patrimônio futuro, quando impede o seu crescimento ou o seu aumento, dividindo-se entre dano emergente, que é a efetiva e imediata diminuição do patrimônio da vítima, e lucro cessante, consubstanciado naquilo que a vítima deixou de ganhar por causa do evento danoso (CAVALIERI FILHO, 2010).

Destarte, pode-se afirmar que o dano patrimonial surge de um ato que provoca uma diminuição ou deterioração do patrimônio da vítima, cabendo a esta demonstrar o que lhe foi destruído patrimonialmente e, por conseguinte, ao agente causador do dano, o dever de repará-lo, via de regra em pecúnia, restituindo o estado anterior ao surgimento do dano ou, ainda, pelo que a vítima deixou de lucrar em razão do dano.

O dano moral, por sua vez, corresponde ao "prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima" e que, por se situar no campo das lesões aos direitos da personalidade, "transita pelo imponderável", o que torna difícil estabelecer a sua justa reparação, colocando o jurista, muitas vezes, diante da necessidade de fazer "indenizar o inefável" (VENOSA, 2011, p.49).

Nesse mesmo sentido, embora sem tantas divagações, Gagliano e Pamplona Filho (2009) asseveram que o dano moral é aquele decorrente da violação dos direitos da personalidade da pessoa, a exemplo dos bens jurídicos acima citados. Por isso, apresentam-se como os de conteúdo não pecuniário e nem comercialmente redutível a dinheiro, embora sejam também suscetíveis de reparação.

Já para Rizzardo (2007), o dano moral configura-se através de dois pressupostos, quais sejam, o dano e a não diminuição do patrimônio. Para esse autor, em outras palavras, é aquele dano que abrange um estado interior da pessoa, atingindo o corpo ou o espírito, de modo que faz a vítima sofrer, por sentir dores corporais ou por sentir-se magoada, ofendida, deprimida ou, ainda, exposta de maneira vexatória perante terceiros.

O autor ainda define a dor física como sendo aquela decorrente de uma lesão na integridade física, e a dor do espírito como aquela que fere os sentimentos, a alma e os ideais da vítima (RIZZARDO, 2007).

Cumprido dizer, por oportuno, que já não pode mais haver controvérsia a respeito da existência ou não do dever legal de indenizar os danos de natureza moral, porque esse dever está agora explicitamente

disciplinado no art. 5º, V e X, da Constituição da República de 1988, e nos artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002.

Percebe-se, pois, que o dano moral é aquele que decorre da prática de um ato ilícito, gerando para a vítima dor ou constrangimento; assim, ainda que não ocorra diminuição no seu patrimônio, haverá o dever de indenizar, uma vez que importa em viola direito personalíssimo.

Sobre o tema, Sampaio (2003) ressalta que a violação da honra, imagem e outros bens jurídicos de ordem imaterial impossibilita a restauração da situação anterior, motivo pelo qual a reparação pecuniária busca contrapesar ou abrandar a dor ou constrangimento sofrido.

Em sentido semelhante, são também os ensinamentos de Santos (2003, p. 96), para quem:

O dano moral é aquele que, no mais íntimo de seu ser, padece quem tenha sido lastimado em suas afeições legítimas, e que se traduz em dores e padecimentos pessoais. E mais: O dano moral constitui uma lesão aos direitos extrapatrimoniais de natureza subjetiva que, sem abarcar os prejuízos que são recuperáveis por via do dano direto, recaem sobre o lado íntimo da personalidade (vida, integridade física ou moral, honra, liberdade) e não existe quando se trata de um simples prejuízo patrimonial.

Dos conceitos acima, é possível extrair que o dano moral é aquele que, embora não resultando em perda econômica, agride direitos da personalidade, a exemplo da intimidade, honra, privacidade e imagem, refletindo-se comumente em constrangimento e sentimentos negativos, como dor, tristeza profunda e angústia.

Com efeito, enquanto no dano patrimonial ocorre um empobrecimento sobre os bens materiais da vítima, no dano moral o empobrecimento recai sobre o bem estar, ferindo a *psique*, alterando o ânimo, provocando tristeza, dor, vergonha e angústia.

Assim, pode-se dizer que a distinção entre dano patrimonial e moral será definida pela natureza do bem jurídico atingido. Se o bem ou interesse for apto à apreciação pecuniária, o dano será material; se não for possível repor a vítima ao seu *status quo ante*, através do equivalente em dinheiro, ocorrerá dano moral (SANTOS, 2003).

Em sentido contrário, são os ensinamentos de Diniz (2010), para quem o critério para a diferenciação do dano moral para o

patrimonial não pode prender-se à natureza do direito atingido, ou seja, do bem jurídico, devendo ser analisado o interesse do lesado ou o efeito do dano, porquanto somente dessa maneira pode-se pensar em dano moral decorrente de uma ofensa a um bem material.

Seguindo o mesmo entendimento, Dias (2006) também defende que a distinção entre dano moral e patrimonial não advém da natureza do direito, bem ou interesse lesado, e sim do efeito da lesão, de seu caráter e da sua repercussão sobre a vítima, sendo possível, portanto, ocorrer danos patrimoniais em decorrência de uma lesão a um bem imaterial e vice e versa.

Já Reis (2001) é defensor da ideia de que a diferença entre o dano material e o moral consiste na forma de reparação. Assim, quando ocorrerem danos materiais, a finalidade da reparação será recompor a coisa lesionada ao estado em que se encontrava antes. No entanto, quando se fala em dano moral, isto é impossível, razão pela qual a reparação compõe-se no pagamento de certa quantia pecuniária, que compense sua dor íntima, dada a possibilidade de se restituir o *status quo*.

Deste modo, em que pese terem os danos a mesma causa, irão produzir efeitos diferentes, exigindo, portanto, procedimentos indenizatórios distintos.

Seja como for, na maioria dos casos, se a lesão ocorre sobre bens materiais, têm-se muito provavelmente danos patrimoniais. Da mesma maneira, se a lesão incidir sobre bens imateriais, será configurado o dano moral.

Porém, em certos casos, pode surgir dano moral decorrente de uma perda patrimonial, existindo os dois tipos de indenização para um só fato, razão pela qual se deve analisar o direito violado e também o efeito do dano.

Um outro aspecto que merece atenção é a questão da necessidade da prova da ocorrência do dano moral. De fato, a necessidade de provar a ocorrência de dano moral também encontra divergências na doutrina e jurisprudência, ensejando certa polêmica.

Em que pese alguns autores defenderem que o dano não é presumido, a comprovação do dano moral resta quase impossível, haja vista tratar-se de algo imaterial.

Neste sentido, Gonçalves (2010) entende que a prova é dispensável nos casos de indenização por dano moral, uma vez que o dano ocorre no interior da personalidade, sendo intrínseco ao fato gerador (dano *in re ipsa*), razão pela qual se trata de presunção absoluta.

Seguindo o mesmo entendimento, Cavalieri Filho (2010) afirma que, por se tratar de algo imaterial, o dano moral não pode ser provado através dos mesmos meios que o dano material. Seria, deste modo, impossível que a vítima comprovasse sua dor, angústia, tristeza e humilhação. Assim, entende-se que o dano moral está inserido na própria ofensa. E comprovada a ofensa, o dano moral será presumido e a indenização devida.

De outro norte, Cianci (2003, p. 46) acredita que a prova é fundamental quando se trata de dano moral, para que se evite a banalização deste instituto e o grande número de demandas por fatos corriqueiros e meros percalços. E a autora acrescenta:

Há na jurisprudência inúmeros exemplos nos quais se constata a resistência à concessão de indenizações, senão por conta de sérias repercussões morais. Em casos que refogem à experiência comum e que dependem de prova, os tribunais têm considerado que não se pode admitir, de modo “automático, a repercussão negativa capaz de atingir moralmente o lesado”, o mesmo admitindo quanto a desconfortos a que todos podem estar sujeitos, pela vida em sociedade.

Pelo exposto, percebe-se que a necessidade da prova ao se pleitear indenização por danos morais é tema de discussão entre os doutrinadores e juristas, uma vez que a vítima encontra grande dificuldade ao tentar exteriorizar um dano que ocorre em seu interior.

Seja como for, parece prevalecer o entendimento de que o dano moral, por atingir a esfera anímica, o íntimo da personalidade da vítima, não é passível de prova, devendo ser presumido nas hipóteses em que as regras comuns de experiência demonstrem ser ele intrínseco a determinado fato tido consensualmente por gerador de danos morais (dano *in re ipsa*).

Nesse sentido, aliás, é o entendimento atualmente dominante na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito, por exemplo, do dano moral decorrente de protesto indevido, de inscrição indevida em cadastros de inadimplentes e de injusta recusa de cobertura de seguro de saúde (v.g., AgRg no AREsp 348.619/PR, AgRg no REsp 1.385.554/MS, e AgRg no REsp 1146907/AM).

3.5 A EVOLUÇÃO DO DANO MORAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade de reparação pelo dano moral surgiu com o advento do Código Civil de 1916, cujos artigos 76, 79 e 159 assim dispunham:

Art. 76. Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral.

Parágrafo Único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família.

[...]

Art. 79. Se a coisa perecer por fato alheio à vontade do dono, terá este ação, pelos prejuízos contra o culpado.

[...]

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

Contudo, Gagliano e Pamplona Filho (2009) lembram que, pelo fato de o art. 159 do Código Civil de 1916 não mencionar expressamente as lesões de cunho extrapatrimonial e de o art. 76 referir-se a norma de direito processual, a doutrina e a jurisprudência resistiam em aceitar a tese da reparação do dano moral.

Os referidos autores acrescentam, ainda, que, a despeito da promulgação de diversas leis que tratavam da reparabilidade dos danos morais - como, por exemplo, o caso do Código Brasileiro de Telecomunicação -, a jurisprudência e parte da doutrina admitiam-na apenas nas hipóteses em que o próprio Código Civil ou as legislações vigentes da época a previam expressamente (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009).

Gonçalves (2010), por outro lado, defende que o Código Civil de 1916 já regulamentava alguns casos de reparação do dano moral. Havia, por exemplo, direito à indenização quando a lesão corporal gerava algum tipo de deformidade ou quando atingia mulher solteira ou viúva ainda capaz de casar, nos termos do art. 1.538; quando ocorria ofensa à honra da mulher por defloração, sedução, promessa de casamento ou rapto, nos termos do art. 1.548; quando caracterizada a

ofensa à liberdade pessoal, a teor do art. 1.550; na hipótese de calúnia, difamação ou injúria, como preconizava o art. 1.547.

Acontece que, ao contrário dos dias atuais, em praticamente todos os casos o valor era previamente fixado e calculado com base na multa criminal prevista para as hipóteses.

Gonçalves (2010) chama a atenção, outrossim, para o fato de que o art. 159 do Código Civil obrigava a indenização do dano, sem distinguir o dano moral do material, o que significa que abrangia tanto o dano patrimonial, quanto o dano extrapatrimonial.

Cavaliere Filho (2010), ao tratar do tema, afirma não ser cabível o argumento de que inexistia amparo legal para a reparação do dano moral, porquanto o art. 159 do Código Civil de 1916, ao cogitar o dano como elemento da responsabilidade civil, não fazia qualquer distinção sobre espécie do dano causado. O que ocorria, na verdade, é a não autonomia do dano moral. Assim, falava-se apenas na violação do direito ou no prejuízo, de maneira que, mesmo que se apegasse à ideia de que o termo prejuízo era restrito ao dano material, a expressão “violar direito” abrangia igualmente a tutela legal aos bens personalíssimos, tais como a honra, a imagem e o bom nome, cabendo ao magistrado analisar cada caso que lhe era levado à apreciação para averiguar a presença do dano de natureza patrimonial ou de natureza moral.

Ademais, o art. 76 do Código Civil de 1916, e seus parágrafos, previam que para ingressar ou contestar uma ação era suficiente o interesse moral, acarretando daí à possibilidade de indenização de tal interesse (CAVALIERE FILHO, 2010).

Não bastasse isso, na parte em que tratava da liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos, o Código Civil de 1916 cuidava da indenização por injúria ou calúnia, prevista no art. 1.547 do mesmo diploma legal, assim como da mulher agravada em sua honra, que encontrava respaldo para reparação no art. 1.548, dentre outros dispositivos. Todas essas hipóteses, segundo Cavaliere Filho (2010, p. 69), tratavam do dano moral nitidamente implícito.

No mesmo sentido, acrescenta Venosa (2011) que, na vigência do Código Civil de 1916, o art. 159, corolário da responsabilidade civil no ordenamento jurídico pátrio, não restringiu a indenização aos danos exclusivamente materiais, sendo igualmente cabíveis os danos morais.

Destarte, a indenização por dano moral não era completamente estranha no Código Civil de 1916, a exemplo do art. 1.538, que previa a possibilidade de reparação em caso de dano estético, dano este que não possui natureza patrimonial. O legislador determinava tal reparação além das despesas decorrentes do tratamento e os lucros cessantes,

quando determinava que os valores fossem pagos em dobro quando do ferimento resultasse aleijão ou deformidade. Tratava-se de evidente compensação que superava a simples dor física, e que buscava a reparação de um dano moral (VENOSA, 2011).

Além do referido dispositivo que tratava sobre o dano moral decorrente de danos estéticos, o Código Civil de 1916 admitia expressamente a reparação do dano extrapatrimonial, quando houvesse ofensa à honra da mulher por defloramento, promessa de casamento ou rapto (art. 1.548); ofensa à liberdade pessoal (art. 1.550); calúnia, difamação ou injúria (art. 1.547). Nos referidos casos, a indenização do dano era realizada com base na multa criminal para as hipóteses em questão. Assim, ainda que não utilizada, na época, a expressão “dano moral”, a finalidade da indenização nos casos tinha por objeto danos a direito da personalidade, tratando-se, assim, de danos morais (VENOSA, 2011).

Assim é que, como lembra Rizzardo (2007), tornou-se com o tempo pacífica a possibilidade de reparação pelo dano moral puro, sem qualquer vinculação ao patrimônio da vítima, considerada distintamente ao ressarcimento. Ainda segundo ele, o Código Civil de 1916, no qual se fundamentava a responsabilidade, tinha em vista o dano em geral, não fazendo qualquer distinção quanto ao tipo ou à natureza.

De fato, em várias passagens, o Código Civil de 1916 reconhecia o ressarcimento do dano moral, como nos casos dos arts. 76, 1.537, 1.538, 1.543, 1.548, 1.549, 1.550 e pelo próprio art. 159, que não traçava qualquer distinção entre o dano moral e patrimonial.

Segundo Coelho (2010), porém, a reparação pelo dano moral, no ordenamento jurídico brasileiro, pode ser dividido em duas fases: anterior à Constituição da República de 1988, que é marcada pela discussão sobre o cabimento, daí denominada de fase do questionamento; e posterior à Constituição de 1988, chamada de fase do consenso, que é aquela em que não há dúvidas no âmbito doutrinário e jurisprudencial acerca do cabimento de indenização por dano moral.

Na fase do questionamento, defende Coelho (2010) que havia duas correntes entre os doutrinadores e julgadores, quais sejam: as que não aceitavam a indenização por danos morais, sob o fundamento de que há imoralidade do ato de reparar a dor através de pecúnia, bem como por impossibilidade de calcular o exato valor da indenização; e as que aceitavam a reparação do dano extrapatrimonial.

Ainda segundo Coelho (2010), no Código Beviláqua já havia a previsão de algumas figuras que remetiam à reparação dos danos extrapatrimoniais, tais como o direito ao dote, de titularidade da mulher

virgem e solteira que havia sido deflorada por quem se recusava a casar com esta; o cálculo da reparação da vítima na hora que não tivesse sofrido dano patrimonial; entre outros.

Contudo, a reparação por danos extrapatrimoniais começou a ser expressamente identificada em alguns diplomas legais esparsos, como o Código Brasileiro de Telecomunicações, de 1962; a Lei de Imprensa, de 1967; o Código Eleitoral, de 1965; e, por fim, na Lei dos Direitos Autorais, que veio a lume no ano de 1973 (COELHO, 2010).

Acrescenta Coelho (2010) que a marca da transição da fase do questionamento para a fase do consenso foi exatamente o advento da Constituição da República de 1988, sendo que em dois dispositivos legais o constituinte fez menção ao instituto da indenização por dano moral, instante em que todos os doutrinadores e julgadores adotaram o entendimento instaurado pela nova ordem constitucional, tendo em vista que estava finalmente definida a questão no diploma constitucional. Assim, os danos extrapatrimoniais ganharam autonomia com relação aos danos patrimoniais, sendo que independente de haver ou não dano material, o dano moral é admitido.

Com o advento da Constituição da República de 1988, art. 5º, incisos V e X, já mencionados anteriormente, a reparabilidade dos danos extrapatrimoniais ganhou força, passando a serem tratados como direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Para Gagliano e Pamplona Filho (2009), somente após a promulgação da Constituição da República de 1988 é que se pode falar, indubitavelmente, da ampla reparabilidade do dano moral no direito pátrio, visto que foi elevado ao *status* dos “Direitos e Garantias Fundamentais”.

Na mesma esteira são os ensinamentos de Gonçalves (2010), para quem a Constituição da República de 1988, no título “Dos direitos e garantias fundamentais”, assegura a indenização por dano moral (art. 5º, inciso V) e declara que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, acarretando o direito de indenização por danos morais em caso de violação (art. 5º, inciso X).

Para Venosa (2011), mesmo que os danos morais fossem admitidos por parte da doutrina até o advento da Constituição da República de 1988, somente após a previsão constitucional é que a reparabilidade do dano moral ganhou enorme expressão entre todos, modificando-se o entendimento majoritário da jurisprudência brasileira, que rejeitava a tese de reparação dos danos de cunho extrapatrimoniais.

Implica dizer que anteriormente à promulgação da Constituição da República de 1988, discutia-se a possibilidade de indenização por

dano moral. A partir de então, a óptica desloca-se para os limites e formas de indenização. Logo, foi a Constituição da República de 1988 que abriu as comportas de demandas represadas por tantas décadas no meio jurídico brasileiro, decorrentes do dano moral. Com a sua promulgação, novos rumos, absolutamente novos, foram tomados quanto à responsabilidade civil, no final do século XX (VENOSA, 2011).

A Constituição da República de 1988, portanto, dissipou qualquer dúvida que pudesse remanescer a respeito da reparabilidade do dano moral, estipulando, em seu art. 5º, incisos V e X, a possibilidade de indenização por dano moral em caso de sua violação (YUSSEF, 2011).

O Código Civil de 2002, por sua vez, estipula o cabimento na responsabilidade civil subjetiva, sendo que as normas esparsas estabelecem a reparação dos danos morais no contexto da responsabilidade civil objetiva, mas não existe, em relação a esta, nenhum preceito de âmbito geral (COELHO, 2010).

Coelho (2010) defende, ainda, que mesmo após a promulgação do Código Civil de 2002 a única norma no direito brasileiro que regulamenta, no âmbito legal, a reparação pelos danos extrapatrimoniais, insere-se na disciplina da responsabilidade civil subjetiva, resultante dos arts. 186 e 927.

Não se pode negar, contudo, que o Código Civil de 2002 veio, de forma expressa, adequar-se à nova ordem constitucional, sendo reconhecido o dano moral, bem como a sua reparação, nos arts. 186 e 927.

Explica Coelho (2010) que relativo à responsabilidade civil objetiva, há normas de âmbito específico, tais como as pertinentes aos acidentes de consumo, como previsto no art. 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor, que disciplinam o direito básico do consumidor: “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” (BRASIL, 1990).

Fato é que, com o advento do Código Civil de 2002, há expressa previsão de reparabilidade do dano moral, nos termos dos arts. 186 e 927, dispositivos esses que explicitam que todo dano é reparável, quando configura ofensa ao direito alheio. Diante disso, não há possibilidade de contestar que o patrimônio moral da pessoa corresponde a direitos do lesionado, que devem ser reparados (DIAS, 2006).

Segundo Rizzardo (2007), o Código Civil de 2002 colocou, de forma explícita, a reparação por dano moral juntamente com o dano patrimonial, através de seu art. 927, assegurando a reparação por

prejuízos não só relativos ao patrimônio de valor econômico, mas sim também, referentes ao sofrimento psíquico ou moral, que são as dores, os sentimentos, a tristeza, a frustração.

Não pode haver dúvida, portanto, de que na atualidade o direito de ver reparados os danos morais eventualmente sofridos por alguém encontram proteção total no ordenamento jurídico pátrio, bastando, para isso, que o ato lesivo seja devidamente caracterizado e que os demais elementos (ou pressupostos) do dever de indenizar sejam definidos para que o dano possa ser quantificado e indenizado.

Neste ponto, superada a análise do Direito de Família, sua evolução e os princípios que o norteiam, bem como as questões afetas à responsabilidade civil, adentra-se na problemática central desta pesquisa, qual seja, a possibilidade de reparação dos danos morais advindos do abandono afetivo.

4. DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO

4.1 CONCEITO DE ABANDONO AFETIVO

A Constituição da República de 1988, em diversos dos seus dispositivos, mas sobretudo naqueles insculpidos no artigos 226, 227 e 229, estabelece princípios e deveres dos quais se pode extrair o direito fundamental da criança e do adolescente à convivência familiar, cuja contraface poderia ser definida como uma espécie de dever jurídico de cuidado, desdobramento direto do afeto inerente a toda espécie de organização familiar.

Assim, embora não se possa falar em obrigação de amar, parece ser possível dizer que existe obrigação de afeto e, quando menos, de cuidado, aspecto mais externo e objetivo do princípio da afetividade, que, como já foi dito, é hoje o fundamento da organização familiar, o cimento que conecta os cônjuges ou conviventes entre si, assim como eles e os seus filhos. É o que explica, enfim, a própria ideia de família, já não mais identificada por simples aspectos de tradição, de vínculos jurídicos formais, de preocupação com a acumulação e a transmissão hereditária de patrimônio, etc.

Atento a essa nova realidade, Hironaka (2005) explica que o Direito de Família vem passando por profundas transformações ao longo dos últimos anos e, mais recentemente, tem voltado sua atenção para dentro das relações humanas que se estabelecem no seio da família, na quais a falta de afeto já começa a ser vista como passível de indenização.

De fato, vêm surgindo decisões no sentido de condenar ao pagamento de indenização por danos morais aqueles pais que, independente de dar a assistência alimentar, faltam com o dever de assistência moral e afetiva aos seus filhos durante os diversos estágios do seu desenvolvimento infanto-juvenil.

Ao tratar do tema, Hironaka (2005) sustenta que o dano originado pelo abandono afetivo é uma espécie de violação dos direitos da personalidade da criança. Para ela, existe um “direito ao pai”, que vai muito além de um simples direito de ser “alimentado” pelo pai, já que a relação paterno-filial é de suma importância na formação social, psicológica, afetiva e emocional da criança.

No mesmo sentido, Zanini (2004) assinala que não basta suprir as necessidades primárias da criança; é necessário colaborar com a formação dos laços de afetividade indispensáveis ao seu saudável desenvolvimento.

Nesse sentido, aliás, vale lembrar a máxima popular: 'não basta ser pai; tem de participar'. E participar de forma efetiva, de corpo presente, de olhar atento, de braços abertos, de coração terno. Enfim, com açúcar e com afeto.

De fato, sem isso, abre-se espaço para pedidos de indenização por abandono afetivo, cujo conceito, de construção inicialmente pretoriana, tem origem na ideia de violação do dever jurídico de cuidado, de afeto e de convivência familiar, extraído diretamente do disposto nos artigos 226, 227 e 229 da Constituição da República de 1988, combinados com os artigos 1.634, I e II, do Código Civil de 2002, e com os artigos 3º a 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Rosa, Carvalho e Freitas (2012, p. 112), ao tratar sobre o tema, mencionam que "a afetividade no campo jurídico vai além do sentimento, e está diretamente relacionada à responsabilidade e ao cuidado. Por isto o afeto pode se tornar uma obrigação jurídica e ser fonte de responsabilidade civil".

E é justamente o descumprimento desse dever, dessa obrigação propriamente jurídica - cujo desrespeito gera evidentes danos de natureza afetiva, e, pois, essencialmente moral -, que se convencionou chamar de abandono afetivo.

Nesse sentido, após mencionar os reveses que a tese da indenização por abandono afetivo sofreu nas instâncias ordinária e mesmo no Superior Tribunal, Rosa, Carvalho e Freitas (2012, p. 116) festejam a decisão proferida nos autos do REsp 1.159.242, de relatoria da Ministra Nancy Andrigli, dizendo que, por meio dela, o STJ alçou o cuidado "à categoria de obrigação legal", fazendo suplantar as teses contrárias (fundadas na ideia de que seria impossível obrigar alguém a amar o filho), com base na fórmula lapidar de "amar é faculdade, cuidar é dever".

Em suma, pode-se dizer, com amparo na doutrina especializada, que o abandono afetivo, gerador de correspondentes danos morais, é:

[...] aquele que atinge a criança ou o adolescente, em consequência do descumprimento do direito-dever de visita do pai - e às vezes da mãe -, fixados de comum acordo entre marido e mulher na separação consensual, ou imposto coativamente pelo juiz nas sentenças de separação e divórcio litigiosos, de investigação de paternidade, de regulamentação de visitas, entre outras (CAMARGO NETO, 2011, p. 21).

Em outras palavras, o abandono afetivo é aquele que se configura pela “indiferença, [pela] ausência de assistência afetiva e amorosa durante o desenvolvimento da criança”, já que “existe um dever dos pais, mesmo que alternadamente de ter o filho em sua companhia, de assisti-lo na sua formação, seja, social, educacional ou religiosa” (ULBANO; ANGELUCCI, 2008, p. 176).

Dito isso, passemos agora à análise dos princípios específicos que, aliados aos princípios gerais já antes estudados, embasam a tese da reparabilidade dos danos morais decorrentes do abandono afetivo.

4.2 PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR

O princípio da convivência familiar, também denominado pelos especialistas como direito à convivência familiar, voltado para a proteção da criança, está assegurado, dentre outros, pelo art. 227, *caput*, da Constituição da República de 1988 e pelos arts. 4º e 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Além dos direitos fundamentais inerentes a todos os seres humanos, a criança e o adolescente possuem direitos específicos, pela sua condição diferenciada, de pessoas em desenvolvimento, tais como os dispostos no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que assim dispõe:

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.

Dentre os deveres da família perante a criança/adolescente, está assegurado o direito à convivência familiar, isto é, o direito que a criança/adolescente possui de ser criada e educada no seio de sua família. Esse direito visa assegurar à criança/adolescente condições para seu desenvolvimento de forma protegida e saudável, como determina o art. 19 do Estatuto, que dispõe:

Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em

família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Essa norma legal determina que, em regra, os filhos devem permanecer no seio de sua família biológica, podendo, apenas em casos excepcionais, ser colocados em família substituta, como em casos de lesão aos direitos da criança e do adolescente e diante de acontecimentos que promovem absoluta impossibilidade do convívio familiar e comunitário. Nestes casos, poderá haver a suspensão ou perda do poder familiar, sendo necessária a intervenção do Estado para aplicar medidas de proteção, promoção, e defesa secundária, até que se encontre uma família substituta ou que seja reinstituído o convívio familiar.

É essencial, portanto, que antes de qualquer medida excepcional ocorram tentativas de manter a criança/adolescente em seu seio familiar, como disserta Veronese (2005, p. 59):

Fundamental, portanto, é a busca de meios que assegurem a permanência da criança e do adolescente em sua família. E, quando isto for de todo impossível, melhor opção se afigura o deferimento da guarda ou da tutela a parentes próximos com quem o infante tenha afinidade, mantendo-o no convívio de uma família – art. 28, parágrafo 2º, ECA. Uma vez que não nos parece nada razoável retirar uma criança do convívio, ainda que provisório, de uma família substituta, para guardá-la em um abrigo, até que outra família resolva adotá-la, o que pode demorar vários anos ou mesmo e, infelizmente, nunca ocorrer.

Não há como negar, da lição supra, que a colocação de crianças e adolescentes em instituições é maléfica, já que quebra o convívio familiar, devendo o Estado buscar meios de preservar a entidade familiar. E tal afirmativa também se aplica quando se trata do abandono afetivo, já que o descaso do genitor, que deixa de conviver com a criança e adolescente, tratando-lhe com indiferença, compromete o direito do menor de viver com os seus pais.

Assim, um dos traços mais marcantes do abandono afetivo é a quebra da convivência familiar, que deve ocorrer mesmo com o fim do relacionamento dos genitores, pois a criança e o adolescente “tem o

direito de viver com seus pais, a não ser quando incompatível com seus interesses, como tem o direito de manter contato com os dois, na hipótese de ser separada de um” (VERONESE, 1999, p. 113).

Destarte, é assegurado como direito fundamental da criança e do adolescente que a convivência familiar, isto é, a criação saudável no seio de sua família, tendo contato com ambos os genitores, em benefício do seu sadio desenvolvimento.

4.3 PRINCÍPIO DA MÍNIMA INTERVENÇÃO DO ESTADO

Com a evolução do Direito de Família e o estabelecimento de novos paradigmas, que se consolidou com o advento da Constituição da República de 1988, adotou-se um conceito amplo e moderno de entidade familiar, que não mais se restringe ao antigo modelo patriarcal e matrimonializado.

Ao adotar esse conceito amplo - e essencialmente aberto - de família, e, paralelamente, estatuir uma série de princípios constitucionais que conferem proteção à dignidade, à vida íntima, à livre iniciativa, à afetividade, ao livre planejamento familiar, etc., o ordenamento jurídico acabou por criar um outro princípio, a que se denomina de princípio da intervenção mínima do Estado no Direito de Família, pelo qual se pretende impedir que o legislador ordinário, assim como o Estado-Administrador e o próprio Estado-Juiz, interfiram na estruturação das famílias, e, bem assim, no sadio desenvolvimento das respectivas relações afetivas.

Esse princípio, de matriz eminentemente constitucional, está plasmado no artigo 1.513 do Código Civil de 2002, segundo o qual “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

A despeito disso, o próprio Código Civil de 2002, em seu artigo 1.639, §2º, parece ignorar o referido princípio, ao preceituar que, embora admissível, a alteração do regime de bens do casamento depende de autorização judicial, mediante pedido motivado de ambos os cônjuges. Justamente por parecer incompatível com o princípio da mínima intervenção do Estado no Direito de Família, alguns estudiosos defendem a sua inconstitucionalidade, a exemplo de Moreira, Canellas e Nunes (2006).

Seja como for, não se pode ignorar que há, uma nítida proteção constitucional ao chamado princípio da mínima intervenção do Estado na organização das famílias;

4.4 PRINCÍPIO DO PLANEJAMENTO FAMILIAR E PATERNIDADE RESPONSÁVEL

A Constituição da República de 1988 foi a primeira a fazer referência expressa e destacada ao planejamento familiar e sua correlação com o princípio da dignidade da pessoa humana, o que vem ao encontro das atuais necessidades da sociedade brasileira.

Antes disso, na história constitucional brasileira, verificava-se apenas uma preocupação com o acentuado número de filhos, o que se percebe da leitura dos dispositivos existentes sobre a família constantes das Constituições de 1934, 1937 e 1946 (PRADO, 2008).

Proliferava na época em que vigoravam as referidas Constituições a ideia de que o homem poderia se multiplicar indefinidamente e que o Estado, social e paternalista, deveria amparar os mais necessitados, minorando, assim, o sofrimento de famílias numerosas desprovidas de equivalentes recursos (PRADO, 2008).

Para Prado (2008) foi a partir da Constituição de 1934, de cunho nitidamente social, que a proteção da família quanto ao número de filhos passou a ser incluída como dever estatal.

As Constituições de 1937 e 1946, da mesma forma, estabeleceram previsão de amparo do Estado às famílias com abundância de filhos, tendo a primeira inclusive atribuído compensação proporcional.

Nesse contexto, todo o ônus pela ausência de uma política efetiva de planejamento da família haveria de ser suportado unicamente pelo Estado, como se extrai dos ensinamentos de Machado (1998, p. 46-47):

As Constituições anteriores não previram explicitamente o “planejamento familiar”. A Constituição Federal de 1946, em seu art. 164 (segunda frase) estipulou que ‘a lei instituirá o amparo de famílias numerosas’. A Constituição Federal de 1937 disse no art. 124 (segunda frase): “Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção de seus encargos”, No art.1277, terceiro período, foi previsto: ‘Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação de sua prole’. Os fatos passados mostram que essas Constituições não tiveram meios de serem implantadas.

Diante da ausência de políticas públicas concretas, as mulheres pobres e férteis, independente do estado civil, acabavam sendo mães de numerosas proles, ainda que a escassez de recursos financeiros comprometesse o sadio desenvolvimento dos menores.

Em meio a esse contexto é que o constituinte acabou por incluir no bojo da Constituição de 1988 o direito ao planejamento familiar, o que representou um marco no trato do tema. A previsão constitucional se deve também à ineficácia das políticas públicas em socorrer às famílias cada vez mais numerosas, clamando por uma paternidade responsável, já que o Estado, como apontou-se no item anterior, passou a intervir minimamente nas questões afetas ao Direito de Família.

A Constituição Federal de 1988, portanto, estabelece que as políticas de planejamento familiar devam ser promocionais, assegurando a livre decisão do casal, que não poderá ser coagido de nenhuma forma. Cabe ao Estado, assim, viabilizar os meios para a concretização dessa escolha, nos termos do art. 226, § 7º (BRASIL, 1988).

Segundo Prado (2008), o planejamento familiar consagrado na Constituição da República de 1988 é de natureza promocional e não coercitiva, pois estar-se-ia admitindo uma ingerência injustificada do Estado na vida privada. Logo, cabe ao Estado adotar ações preventivas e educativas.

Anote-se que o planejamento familiar é um direito básico de todo ser humano e tem como principal objetivo melhorar a qualidade de vida da população. Sobre o assunto, elucida Jakobi (2009, p. 1):

Planejar a família é nada mas do que ter os filhos desejados, à ocasião oportuna. [...] O planejamento familiar é atitude individual ou assumida a dois, que visa regular o potencial biológico inato, que é a capacidade reprodutiva. [...] É muito nítido hoje o papel do planejamento familiar como atitude promotora de saúde. [...] O planejamento familiar é atitude médica, que integra o conjunto de ações que se traduzem como a atenção prestada pelo profissional de saúde à sua clientela.

Ainda de acordo com Prado (2008), a ausência de possibilidade de intervenção do Estado na decisão de ter ou não filhos, está correlacionada com o conceito amplamente difundido de que a família é à base da sociedade.

Cumprе ressaltar, ainda, que no âmbito do direito internacional, fazem referência ao planejamento familiar a Convenção sobre Discriminação contra a Mulher e a Convenção sobre Direitos da Criança, ambas ratificadas e promulgadas pelo Brasil, que têm o objetivo de adoção de medidas estatais eficazes.

Ademais, as organizações não governamentais (ONGs) têm se manifestado e apoiado o governo, no sentido de contribuir com a sociedade, cumprindo um papel que em tese seria do legislador, pois o mesmo detém os meios para implantação e divulgação desse direito previsto constitucionalmente.

No entendimento de Aguinaga (1996, p. 101) “a implantação do planejamento familiar deve-se, única e exclusivamente, às organizações não governamentais”.

Nesse contexto pode-se afirmar que os casais devem ter filhos quando tiverem condições de criá-los, não se admitindo que se transfira para o Estado os ônus da inexistência de planejamento, ou seja, a paternidade e a maternidade deve ser responsável, planejada, pois só assim os filhos terão a devida assistência financeira, moral, afetiva.

Salienta Machado (1998, p. 47) que, no ordenamento jurídico brasileiro, o casal é “livre na sua decisão de planejar a família. Liberdade para criar ou não a vida, mas não destruí-la. Harmonizam-se dois direitos- o direito à vida e o direito à liberdade- pilares de nossas Constituições”, motivo pelo qual o planejamento familiar e a responsabilidade que norteiam a maternidade e a paternidade devem ser uma constante.

Prado (2008, p. 34), ao analisar conjuntamente o princípio da paternidade responsável, do planejamento familiar e da mínima intervenção do Estado pontua que:

Inconcebível é que, em um Estado de Direito que se quer fazer democrático, permite-se a interferência do Estado na intimidade e na vida privada das pessoas, valores albergados no texto constitucional (art. 5º, inciso X) e, menos ainda, que, a pretexto de zelar por elas, venha impedir o pleno exercício de suas escolhas quanto a um planejamento familiar, igualmente garantido pela norma fundante.

Semelhante são os ensinamentos de Machado, Perrotti e Perrotti (1998), para quem se pode extrair dois posicionamentos do

planejamento familiar constitucional: primeiro, que o planejamento familiar está fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável; segundo, que o casal é livre na sua decisão de planejar sua família. Livre para criar ou não a vida, mas não para destruí-la, conciliando dois direitos: o direito à vida e o direito à liberdade.

Complementam Machado, Perrotti e Perrotti (1998, p. 47):

A dignidade humana é um dos fundamentos da própria República Federativa do Brasil (art. 1.º, III). Tudo que tornar o homem e a mulher indignos ou aviltados contraria à própria vida da República. Este fundamento tem que ser constantemente contrastado com as iniciativas legais e com nossas ações e omissões cotidianas. A paternidade responsável consagra constitucionalmente as normas jurídicas do Direito Civil sobre a paternidade. A responsabilidade pela paternidade ou maternidade é do casal, e não do Estado. Este tem responsabilidade de „propiciar recursos educacionais e científicos” para que o planejamento familiar responsável seja realizado.

Não se pode compreender o planejamento familiar como uma imposição estatal, embora seja de suma importância que as famílias adotem medidas de para possibilitar que os filhos tenham os seus direitos assegurados, a exemplo da saúde, alimentação, educação, convivência familiar, dentre outros.

4.5 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Antes do surgimento da doutrina da proteção integral, vigia em nosso país a doutrina da situação irregular, oficializada pelo Código de Menores de 1979, mas que já existia, implicitamente, no Código de Mello Matos, de 1927 (AMIN, 2010).

Com a promulgação da Constituição da República de 1988 as crianças e adolescentes passaram a ser reconhecidos como sujeitos de direitos, já que o referido diploma legal, em seu art. 227, sobre a importância de estabelecer garantias e direitos para as crianças e adolescentes, fortalecendo a proteção integral, elencou direitos

fundamentais relativos que, numa visão contemporânea, são reconhecidos como sujeitos que estão em pleno desenvolvimento de sua personalidade.

Assim, 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.

Amin (2010, p. 11) afirma que ao afastar a doutrina da situação irregular, a Constituição Federal “assegurou às crianças e adolescentes, com absoluta propriedade, direitos fundamentais, determinando à família, à sociedade e ao Estado, o dever legal e concorrente de assegurá-los”.

Cumprе ressaltar que o direito da infância sofreu influências de diversos documentos internacionais, quais sejam: Convenção de Genebra de 1924 acerca dos direitos da criança, Declaração dos Direitos da Criança adotada pela Assembleia Geral das Organizações das Nações Unidas (ONU) em 1959, Declaração Universal dos Direitos Humanos, Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça Juvenil (Regras de Pequim) e, por fim, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, que foi aprovada pela ONU em 1989 e ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 99.710/1990.

Em especial, há de se considerar que a Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente de 1989 “trouxe para o universo jurídico a Doutrina da Proteção Integral” (VERONESE, 2011, p. 26) e, como resultado, o direito da criança e do adolescente foi reconhecido de maneira ampla, abrangente, universal e, principalmente, exigível.

Segundo Liberati (2010, p. 16), o direito da criança e do adolescente, alicerçado na proteção integral, tem sua base na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 1989. Dessa forma, em que pese às significativas mudanças que trouxe o art. 227 da Constituição da República de 1988, foi a Lei nº 8.069/1990 – Estatuto da Criança e Adolescente que construiu e tratou exaustivamente sobre a doutrina da proteção integral, que “significou uma verdadeira revolução para o direito infanto-juvenil” (VERONESE, 2011, p.27).

Acrescenta, ainda, Veronese (2011, p. 26) que:

O Estatuto não apenas reconhece os princípios da Convenção, bem como os desenvolve, convencido de que a criança e o adolescente são merecedores de direitos próprios e especiais, e que, em razão de sua condição específica de pessoa em desenvolvimento, necessitam de uma proteção especializada, diferenciada e integral, consoante os ditames da atual Constituição Federal, em seu art. 227.

O surgimento do Estatuto da Criança e do Adolescente foi imprescindível, porquanto “havia uma necessidade fundamental de que estes passassem de condição de menores para a de cidadão” (VERONESE 2011, p.11).

Destaca-se, ainda, que o Estatuto da Criança e do Adolescente, fundado na proteção integral, conforme exposto em seu art. 1º, trouxe diretrizes que deixam claro que, além da família, o Estado, a comunidade e a sociedade em geral, são responsáveis e, sobretudo, tem a obrigação de zelar para que os direitos da criança e do adolescente sejam assegurados com absoluta propriedade, nos termos do art. 4º do diploma legal em comento.

Acerca da importância da doutrina da proteção integral disserta Liberati (2010, p. 15):

[...] primeiro, porque assim diz a CF em seu art. 227, quando determina e assegura os direitos fundamentais de todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de qualquer tipo; segundo, porque se contrapõe à teoria do “Direito tutelar do menor”, adotada pelo Código de Menores revogado (lei 6.697/1979), que considerava as crianças e adolescentes como objetos de medidas judiciais, quando evidenciada a situação irregular, disciplinada no art. 2º da antiga lei.

Segundo Veronese (2011, p. 25), na atualidade as crianças e adolescentes são reconhecidas como sujeitos de direitos e carecedoras de proteção e cuidados especiais e, além do mais, são vistos como pessoas em peculiar desenvolvimento.

Verifica-se, pois, que os avanços decorrentes dos documentos internacionais, da Constituição da República de 1988 e, sobretudo, do Estatuto da Criança e do Adolescente, são extremamente significativos

para a formação da proteção integral que criança e adolescente hoje possuem.

4.6 DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO

4.6.1 A Importância do Afeto na Relação Entre Pai e Filho

Com alguns ajustes feitos pela Constituição da República de 1988 e o Código Civil de 2002 no direito de família, é necessário que se volte a atenção ao vínculo de afeto, pois se viu que este é o elemento predominante na vida familiar atual, foco essencial a todos os membros dessa relação, como salienta Dias (2013, p. 36):

Assim, o direito da família não se destina exclusivamente a conceder direitos, mas atribui deveres. No entanto, o direito pessoal de família também serve ao interesse próprio de seu titular. O poder familiar, por exemplo, não é exercido apenas no interesse do filho, mas atende também à necessidade psicológica dos pais.

Houve sim, mesmo que de forma ainda insuficiente, uma transformação com impacto do afeto no direito de família, gerando como consequência maior, a liberdade, a igualdade e a dignidade de todos os membros da família, além de ser importante ressaltar que o afeto tornou-se essencial no Direito, uma vez que o afeto é imprescindível na relação paterno-filial.

4.6.2 Afeto como Valor Jurídico

Inicialmente, é preciso registrar que a superação da família patriarcal e matrimonializada é fato histórico e social incontestável, o que revela o despontar das relações familiares assentadas, principalmente, em laços afetivos. A família, tendo desaparecido suas funções tradicionais, reencontrou-se no fundamento da comunhão do afeto, pouco importando o modelo que adote. A afetividade, cuidada inicialmente pelos cientistas sociais, pelos educadores, pelos psicólogos, como objeto de suas ciências, entrou nas cogitações dos juristas, que buscam explicar as relações familiares contemporâneas (LÔBO, 2011).

Isso ocorre porque o princípio da afetividade tem fundamento constitucional, não é apenas um fato exclusivamente sociológico ou psicológico. No que toca aos filhos, a evolução dos valores da

civilização ocidental levou, inclusive, à progressiva superação dos fatores de discriminação. Projetou-se no campo jurídico-constitucional a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade (LÔBO, 2011).

Enfim, a busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejaram o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida.

Portanto, a afetividade possui valor jurídico, pois é espécie do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo amplamente garantido o seu pleno desenvolvimento, como disserta Lôbo (2011, p. 61):

[...] concretizar esse princípio, ante a cultura secular e resistente. No que respeita à dignidade da pessoa da criança, o art. 227 da Constituição expressa essa viragem, configurando seu específico *bill of rights*, ao estabelecer que é dever da família assegurar-lhe 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-la “a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Não é um direito oponível apenas ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família. É uma espetacular mudança de paradigmas.

De forma idêntica, o Estatuto da Criança e do Adolescente pôs em destaque o valor do infante, determinando a necessidade de especial tratamento a sua condição de pessoa em desenvolvimento. Nesse sentido, o disposto no inciso II do art. 98 conduz “[...] à responsabilidade civil paterna por condutas que estão aptas a abranger o descumprimento do dever de convivência familiar” (SILVA, 2004, p. 140).

A partir do dispositivo acima mencionado, torna-se expressa e definitiva a proteção da criança e do adolescente, já que o poder familiar deve estar voltado ao seu bem-estar e à preservação da sua dignidade como pessoa humana. Assim, essas legislações consideram que a família é o centro natural de afeição, conforto e cuidados de que necessita o menor para o pleno desenvolvimento físico, psíquico, intelectual e social.

Fato incontroverso e independente da denominação é a gama de deveres, responsabilidades, obrigações que cercam a relação paterno-filial que, mais do que nunca, deve ser objeto de constante análise e discussão, principalmente, como se colocou no patamar jurídico e legislativo, a proteção da pessoa dos filhos – sobretudo quando incapazes – a partir das notáveis mudanças introduzidas no sistema jurídico na visão do grupo familiar, embasados nos princípios maiores da Constituição da República de 1988: respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III); tratamento igualitário às pessoas (arts. 5º, inciso I, 226, § 5º, e 227, § 6º); dever da família, da sociedade e do Estado em assegurar à criança e ao adolescente os direitos fundamentais de uma existência baseada na convivência familiar e comunitária, a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227) (SILVA, 2004, p. 135).

Conclui-se que toda óptica da família deve estar voltada às relações pessoais entre os seus membros, traduzida na afetividade que deve existir entre eles, pois o afeto não é fruto da biologia, mas deriva da convivência e não do sangue. Logo, a principal responsabilidade dos pais é dar oportunidade ao desenvolvimento dos filhos. Trata-se de uma inversão total, portanto, da antiga ideia patriarcal do pátrio poder (HIRONAKA, 2003, p. 27).

Para Silva (2004, p. 140-141) a ausência dessa relação de afeto gera:

[...] um ato comissivo do pai ou responsável, consubstanciando numa conduta positiva e danosa ao desenvolvimento da personalidade do filho, ou um comportamento negativo, negligente, violador de dever legal, uma inexecução de comportamento exigido pelo legislador para o bem-estar do filho e, por fim, um abuso de direito propriamente dito. [...] Trata-se, em suma, da recusa de uma das funções paternas, sem qualquer motivação, que agride e violenta o menor, comprometendo seriamente seu desenvolvimento e sua formação psíquica, afetiva e moral, trazendo-lhe dor imensurável, além de impor-lhe ao vexame, sofrimento, humilhação social, que, ainda interfere intensamente em seu comportamento, causa-lhe angústia, aflições e desequilíbrio em seu bem-estar. Mesmo sendo menor, já estão tuteladas a sua honra e moral,

posto ser um sujeito de direito e, como tal, não pode existir como cidadão sem uma estrutura familiar na qual não há assunção do verdadeiro “papel de pai”.

Nesse sentido, Azevedo (2004) considera que o descaso entre pais e filhos é algo que merece punição, é abandono moral grave, que deve ensejar uma rígida atuação do Poder Judiciário, não para que se preserve o amor ou a obrigação de amar, o que seria impossível, mas a responsabilidade ante o descumprimento do dever de cuidar, que causa o trauma moral da rejeição e da indiferença.

Dessa forma, não deve ser encarada como natural à ausência de afeto na relação paterno-filial, pois além das disposições contidas na Constituição e no estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil também declara que a paternidade traz o dever de sustentar e educar os filhos, sendo que faz parte da educação dar carinho e amor.

Contudo, como alerta Caroline Said Dias (2005, p. 6) os pais não estão acostumados a sofrer sanções por suas falhas como genitores, aliás não é incomum se esconderem atrás do discurso de que não foram preparados para a função. Mas, não há como negar que muitas pessoas que hoje exercem os papéis de mãe e pai têm ignorado conscientemente os deveres inerentes à função, causando sérios danos aos infantes. É sobre esses que deverá recair a pena, pois é por meios delas que serão conscientizados de que possuem deveres como pais.

Assim, como em todas as demais relações existenciais, onde tiver havido lesão à igualdade, à integridade psicofísica, à liberdade e à solidariedade terá havido dano moral indenizável (MORAES, 2004, p. 409).

Ademais, a imposição de sanção civil pela prática de ato danoso – rejeição, desconsideração, negativa, recusa, abandono – pelo genitor em desfavor de sua prole importa em importante freio a tal conduta, além da reconsideração e o refazimento dos laços afetivos.

Não se trata, pois, de “dar preço ao amor” – como defendem os que resistem ao tema em foco –, tampouco de “compensar a dor” propriamente dita. Talvez o aspecto mais relevante seja alcançar a função punitiva e dissuasória da reparação dos danos, conscientizando o pai do gravame causado ao filho e sinalizando para ele, e outros, que sua conduta deve ser cessada e evitada, por ser reprovável e grave (SILVA, 2004).

Realmente, não se pode monetarizar as relações de afeto, pois o amor não tem preço e não se deve pagar por ele. Mas, o abandono

afetivo pressupõe uma responsabilidade do pai para com o filho, que teve um de seus direitos violados pelo descumprimento de um dever imposto ao genitor. Na verdade, o objetivo é “lembrar a esses pais que a responsabilidade paterna não se esgota na contribuição material” (SILVA, 2004).

Anote-se que a relação paterno-filial em conjugação com a responsabilidade possui fundamento naturalmente jurídico, mas essencialmente justo, de se buscar compensação indenizatória em face de danos que pais possam causar a seus filhos, por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles é negada a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna ou materna concretas, acarretando a violação de direitos próprios da personalidade humana, magoando seus mais sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social, o que, por si só, é profundamente grave (GUILHERME, 2004).

Por fim, a restauração da primazia da pessoa humana trouxe a necessidade de adequação do direito à realidade, já que o homem e a sociedade mudaram. Nesse sentido, é inaceitável que o abandono por parte de um dos pais não enseje punição e reparação, pois ao negar afeto e convivência ao filho, que são fundamentais na formação da personalidade, o autor da lesão desrespeitou o princípio da dignidade humana.

A responsabilidade dos pais vai além da obrigação alimentar, já que insere-se no dever de possibilitar o desenvolvimento humano dos filhos, o que não poderá ocorrer de forma saudável sem existir vínculos de afetividade que possam uni-los, sendo passível de reparação os danos morais sofridos pelo abandono afetivo, dada a importância que a afetividade detém no ordenamento jurídico brasileiro na atualidade.

4.6.3 Dano Moral por Afetivo e sua Reparabilidade

A reparabilidade do dano afetivo é questão polêmica e controvertida, razão por que é preciso cautela e prudência para se analisar cada caso concreto.

Não se pode esquecer que a separação de casais, no mais das vezes, se processa num clima de ódio e vingança. Nessas circunstâncias, a experiência cotidiana tem demonstrado que aquele que fica com a guarda isolada da criança, quase sempre, cria óbices e dificuldades para que o pai, ou a mãe, que não detém a guarda, tenha acesso à criança.

Comumente são transferidos à criança os sentimentos de ódio e vingança daquele que detém a sua guarda, de tal sorte que, em muitos

casos, é a própria criança que passa a não querer ver a mãe ou pai, supostamente responsável pelas mazelas que a outra parte incute em sua cabeça (MELO, 2005).

Porém, é necessário que o Juiz tome o maior cuidado na apreciação da questão do pedido de indenização de dano moral pelo abandono afetivo, pois não se poderia usar o Judiciário como instrumento de manobra para a vingança pessoal, dissimulando sobre a necessidade de punir a falta de amparo afetivo (MELO, 2005).

A respeito do tema, disserta Lopez (2004, p. 14):

É preciso cuidado para não transformar as relações familiares em relações argentárias, de tal sorte que dependendo de cada caso concreto, o juiz deverá ser sábio na aplicação do direito em fazer de postulações a esse título. [...] É preciso avaliar como a pessoa elaborou a indiferença paterna. Acredito que só quando ficar constatado em perícia judicial que o projeto de vida daquele filho foi truncado pelo abandono, configurando o dano psicológico, é que cabe indenização.

A reparação sobrevivida do abandono afetivo necessita ser analisada com muito cuidado e atenção pelos juristas. É preciso observar se o movimento emocional é incitado por vários fatores unificados entre si, ou seja, não é uma consequência coerente e certa que o filho carente de afeto paternal sofrerá essencialmente um dano. Pois, por se tratar de um ser humano, existem diferentes formas de entender e reagir perante a situação.

Nesse sentido, é importante citar as explicações de Groeninga (2005, p. 416), que enfatiza:

Não é suficiente a falta da figura paterna para caracterizar o pedido de danos morais por abandono afetivo. É necessária a caracterização do abandono, da rejeição e dos danos à personalidade. As perícias devem levantar, por meio de metodologia própria, a extensão dos danos sofridos em função da falta da figura paterna.

De tudo que se viu ao longo do presente estudo, considera-se que é possível e justificada a condenação dos pais ao pagamento de

indenização por danos morais decorrentes de abandono afetivo. Contudo, é necessário provar a existência de culpa para que possa falar em dever de indenização, já que não existe lógica em penalizar alguém pessoa simplesmente por não amar, dado que não há um dever jurídico de amar, como espécie de dever geral de cautela nos relacionamentos afetivos (LEÃO, 2006).

Antes de prosseguir e adentrar na análise jurisprudencial, mister se faz observar dois projetos de lei em tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado.

O primeiro é o Projeto de Lei do Senado, que tramita sob o nº 700, de 06 de dezembro de 2007, cujo objetivo é modificar a Lei nº 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, para caracterizar o abandono moral como ilícito de natureza penal e civil.

O projeto em comento é do Senador Marcelo Crivella, que em sua justificativa apontou que não amor e afeto não podem ser impostos por lei, mas é dever dos pais acompanhar a formação dos filhos, orientando-os e prestando-lhes seriedade, na medida do possível.

Ressalta o autor do Projeto de Lei, ainda, que muito embora Constituição e Estatuto da Criança e do Adolescente contemplem a assistência moral, mister se faz caracterizar como ilícita a conduta do abandono moral, a exemplo do que ocorre com o abandono intelectual, além de estabelecer a possibilidade de reparação civil pelos danos oriundos do abandono, pois a obrigação do pai que não detém a guarda do filho não se esgota na prestação alimentícia.

Anotase-se que a última movimentação no referido projeto foi em data de 15/08/2013, estando o Projeto na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (BRASIL, 2007).

O segundo é o Projeto de Lei nº 4.294/2008, que se encontra em pauta na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, e foi apresentado a Casa Legislativa em 12 de novembro de 2008.

De autoria do Deputado Carlos Bezerra, objetiva acrescentar ao art. 1.632 do Código Civil e ao art. 3º do Estatuto do Idoso a possibilidade de se estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo.

Assim como ocorre com o Projeto de Lei do Senado nº 700/2007, ressalta o Deputado Carlos Bezerra em sua justificativa que não se pode obrigar o amor entre pais e filhos, mas deve-se permitir que o prejudicado busque, junto ao Poder Judiciário a reparação pelos danos causados (BRASIL, 2008).

A despeito disso, por enquanto a questão não é pacífica dentre os estudiosos do direito e mesmo na jurisprudência pátria, como se passa a observar no próximo item.

4.7 POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

Até o presente momento, viu-se que a possibilidade de reparação por abandono afetivo encontra respaldo no princípios constitucionais e nos dispositivos legais que norteiam as relações familiares, notadamente no princípio da dignidade da pessoa humana e no princípio da afetividade, conquanto se trate ainda de um tema que divida opiniões dos autores e também dos julgadores.

A partir desse ponto, sem o intuito de perscrutar toda a imensa produção jurisprudencial dos tribunais brasileiros, pretende-se destacar algumas poucas decisões favoráveis e contrárias à reparação dos danos morais por abandono afetivo, de modo a demonstrar os principais argumentos apontados pelos julgadores.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, ao apreciar o tema recentemente, não reconheceu a obrigação de reparar os danos supostamente suportados pelo filho que se viu abandonado afetivamente. Na ocasião, assim se posicionou:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. Abandono afetivo. Adolescente com problemas psicológicos. Alegação de agravamento de sua condição pela ausência do pai. Necessidade de comprovação de conduta omissiva do genitor e do dano que dela decorre. Precedente do STJ. Provas pericial e testemunhal que não demonstram nexo de causalidade entre a suposta conduta negligente e o dano. Indenização indevida. Recurso desprovido (Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 0005938-77.2009.8.26.0125. Relator Desembargador Alexandre Marcondes, 3ª Câmara de Direito Privado, julg. 17/09/2013).

Percebe-se que o órgão julgador não deu provimento ao recurso que tinha como objetivo reformar a sentença de improcedência proferida pelo juízo *a quo* ao argumento de que não havia comprovação de que os supostos danos decorreram do abandono afetivo, isto é, de que restou

ausente um dos elementos da caracterização da responsabilidade civil, qual seja, o nexo de causalidade.

Nesse mesmo sentido já havia sido o posicionamento adotado por esse mesmo Tribunal em outra oportunidade, quando deixou de reconhecer a obrigação de reparação por danos morais por não ter a parte interessada provado o dano, ressaltando a imprescibilidade de comprovação dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil, e a não presunção do dano moral em casos de abandono afetivo, nos seguintes termos:

Apelação. Indenização por dano moral. Alegado abandono afetivo. Filhos em face da genitora. Ausência de demonstração nos autos do alegado abandono afetivo. Dano moral não caracterizado. Precedentes desta Câmara e do STJ. Sentença de procedência reformada. Recurso provido (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível nº 0302572-41.2009.8.26.0000, Relator Desembargador João Pazine Neto, 3ª Câmara de Direito Privado, julg. 16/04/2013).

Importante ressaltar que, no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, há grande resistência no tocante ao reconhecimento da obrigação de reparar os danos oriundos do abandono afetivo, e a grande maioria das ementas demonstram a improcedência por insuficiência de prova dos danos sofridos.

Contudo, encontrou-se decisão que, embora não faça referência expressa ao abandono afetivo, demonstra que o órgão julgador em comento pode estar caminhando para uma mudança de paradigmas, já que recentemente reconheceu o abandono moral e a consequente obrigação de reparar os danos, nos seguintes termos:

RESPONSABILIDADE CIVIL Danos morais Filha em face do pai Ausência de prova de que o requerido soubesse da existência da apelada desde o nascimento. Impossibilidade deste, contudo, após a propositura da demanda investigatória. Ação ajuizada em 21/09/1998 quando a autora contava com 22 anos Genitor que se esquivou de realizar o exame de DNA, prolongando o julgamento da lide até 2007, conduta que configura abandono moral e material. Dever alimentar que, em tese, se estende até os 24 anos, momento em que, em geral, os jovens concluem curso superior Interregno de dois anos

que deve ser considerado para estabelecimento do valor da indenização Montante fixado na sentença que se mostra desarrazoado - Redução deste para R\$ 50.000,00 que se mostra consentâneo com os fatos. Verba honorária mantida Recurso do réu acolhido parcialmente e prejudicado o da autora (Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 0006041-21.2010.8.26.0361, Relator Desembargador Galdino Toledo Júnior, 9ª Câmara de Direito Privado, julg. 22/05/2013).

Cumpre ressaltar que, embora não se trate especificamente de abandono afetivo, essa decisão funda-se no princípio da paternidade responsável e no direito à convivência familiar, do qual foi privada a autora por uma conduta negligente do seu genitor, fato que gerou dano de ordem extrapatrimonial.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a situação é bem semelhante à do Estado de São Paulo, pois os julgadores demonstram muita cautela ao analisar questões afetas ao abandono afetivo, como se depreende da ementa de decisão que não reconheceu a obrigação por falta de prova, e por entender que é imprescindível na configuração do dano moral o ato ilícito:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ABANDONO AFETIVO. AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO. MAJORAÇÃO DO PENSIONAMENTO. CABIMENTO. A necessidade alimentar dos filhos menores é presumida, incumbindo, aos genitores, o dever de sustento. Em ação que envolve pedido de alimentos, pertence ao alimentante o ônus da prova acerca de sua impossibilidade de prestar o valor pleiteado, consoante dispõe o art. 333, inciso I, CPC. A pretensão de indenização pelos danos sofridos em razão da ausência do pai não procede, haja vista que para a configuração do dano moral faz-se necessário prática de ato ilícito. Apelação parcialmente provida, de plano (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70055097422, Relator Desembargador Jorge Luis Dall'Agnol, Sétima Câmara Cível, julg. 27/09/2013).

No mesmo sentido e com fulcro na imprescindibilidade de se provar os elementos caracterizadores da responsabilidade civil, ao argumento de que não se presume o dano moral pelo distanciamento afetivo do genitor, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ABANDONO MATERIAL, MORAL E AFETIVO. ABALO EMOCIONAL PELA AUSÊNCIA DO PAI. O pedido de reparação por dano moral no Direito de Família exige a apuração criteriosa dos fatos e o mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui situação capaz de gerar dano moral, nem implica ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo mero fato da vida. RECURSO DESPROVIDO (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70053030284, Relatora Desembargadora Liselena Schifino Robles Ribeiro, Sétima Câmara Cível, publ. 13/02/2013).

Em sentido contrário, fundamentando a decisão basicamente na estrutura familiar atual, e nos deveres insertos no art. 227 da Constituição da República de 1988, notadamente o da convivência familiar, reconhecendo no abandono afetivo ato ilícito que enseja a reparação por danos morais, é que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu a obrigação de reparar os danos morais suportados pelo filho abandonado afetivamente:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE COM PEDIDO DE ALIMENTOS E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABANDONO AFETIVO. ALIMENTOS. Ainda que comprovado o vínculo de pai e filha entre as partes, os alimentos às pessoas maiores de idade e capazes somente são reconhecidos quando comprovada a imperiosa necessidade. DANO MORAL. Os abalos ao psicológico, à moral, ao espírito e, de forma mais ampla, à dignidade da pessoa humana, em razão da falta de afetividade, são indenizáveis (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70040268732.

Relator Desembargador Alzir Felipe Schmitz,
publ. 22/09/2011).

No âmbito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por sua vez, são escassos os acórdãos que fazem referência ao abandono afetivo, e não foram encontradas decisões favoráveis à condenação do genitor à reparação dos danos suportados pelo filho em decorrência do abandono afetivo, principalmente pela inexistência da prova do dano, por não ser a falta de afeto configurada ato ilícito ou, ainda, pela não configuração do nexo de causalidade entre o sofrimento do filho e a conduta do genitor, senão vejamos, a título de exemplo:

Apelação cível. Direito de família e responsabilidade civil. Ação de dano moral por abandono afetivo ajuizada pela filha em face do pai. Improcedência na origem. Recurso da autora. 1. Preliminar de nulidade do feito. Decisão intimando as partes para produção de provas publicada em nome de advogado que não mais atua nos autos. Ausência de revogação da procuração e inexistência de pedido de intimação preferencial em nome de um dos causídicos, conforme possibilita o parágrafo único do art. 444 do código de normas da corregedoria geral de justiça do estado de Santa Catarina. Inacolhimento. 2. Mérito. Relação paterno-filial reconhecida quando a filha já contava 30 (trinta) anos de idade por meio de ação de investigação de paternidade. Carência de prova de que o genitor tinha conhecimento da filha antes da prolação da sentença nos autos da demanda que atestou o vínculo biológico. Ato ilícito não configurado. Ausência de um dos pressupostos da responsabilidade civil, qual seja, a culpa. Conduta involuntária. Dever de indenizar inexistente. 3. Litigância de má-fé. Requisitos do art. 17 do código de processo civil não configurados. 4. Requerimento de fixação de urh's em nome do defensor da autora. Distinção entre os benefícios da justiça gratuita e da assistência judiciária que se faz necessária. Parte que ingressou em juízo com dois advogados constituídos e, portanto, teve deferido apenas o benefício da justiça gratuita. Arbitramento indevido. 5. Recurso conhecido e

desprovido (Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº 2012.083670-1, Relator Desembargador Raulino Jacó Brüning, Primeira Câmara de Direito Civil, julg. 16/07/2013).

Não é demais frisar que na pesquisa realizada na jurisprudência do Tribunal de Santa Catarina observou-se que o abandono afetivo, somado ao abandono material e moral tem ensejado a perda do poder familiar, embora, repita-se, não se tenha localizado decisão favorável à obrigação de reparar os danos extrapatrimoniais, pois os julgadores entendem que o abandono afetivo do pai em relação ao filho não dá direito à indenização, já que inexiste no ordenamento jurídico obrigação legal de amar ou de dedicar amor.

Percebe-se que a questão ainda é muito controvertida no âmbito jurisprudencial e a grande maioria dos julgados são contrários ao reconhecimento do dano moral decorrente do abandono afetivo, embora reconheçam a importância do afeto e os danos aos filhos que a inexistência de afeto e a inobservância do dever de convivência causam.

Contudo, recente decisão proferida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça tende a mudar esse cenário nos Tribunais Estaduais. Em decisão inédita, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a obrigação do pai de indenizar a filha por abandono afetivo, sendo que a autora argumentou, em apertada síntese, que não recebeu o mesmo tratamento conferido aos seus irmãos, filhos de outro casamento do réu.

Na ocasião, a Ministra Nancy Andrighi expressou em seu voto que “amar é faculdade, cuidar é dever”, e com base nisso garantiu o direito à reparação dos danos morais decorrentes do abandono afetivo, alterando o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, que desde o ano de 2005, vinha rejeitando a tese da possibilidade de reparação por danos morais decorrentes de abandono afetivo, por inexistir ato ilícito, como é possível perceber no julgado abaixo, anterior à referida decisão inovadora:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO. DANOS MORAIS REJEITADOS. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO. I. Firmou o Superior Tribunal de Justiça que "A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz

de reparação pecuniária" (Resp n. 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 29.11.2005). II. Recurso especial não conhecido (Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 514350/SP, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, publ. 25/05/2009).

Voltando à decisão inovadora e paradigmática de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, cumpre ressaltar que a relatora em seu voto enfatizou que a autora da ação superou as dificuldades sentimentais ocasionadas pelo tratamento como “filha de segunda classe”, sem que fossem oferecidas as mesmas condições de desenvolvimento dadas aos outros filhos, mas os sentimentos de mágoa e tristeza causados pela negligência paterna perduraram. Essa decisão encontra-se assim ementada:

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

5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido (Superior Tribunal de Justiça. REsp 1159242/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julg. 10/05/2012).

Resta claro, portanto, que apesar da resistência enfrentada em primeira e segunda instância, com raras decisões favoráveis, há uma tendência em se ampliar a possibilidade de reparação, como disserta Esteves:

Qualquer relação parental em que haja sofrimento, mágoa e tristeza pode gerar pagamento de indenização à parte provocadora de tais sentimentos. Foi a partir desta tese que o Superior Tribunal de Justiça decidiu, nesta semana, que um pai terá que pagar indenização de R\$ 200 mil por danos morais decorrentes do abandono afetivo de sua filha. A decisão inédita indica que os danos decorrentes das relações familiares não podem ser diferenciados dos ilícitos civis em geral (ESTEVES, 2012).

Diante de todo o exposto, não há como negar a possibilidade de reparação do dano moral decorrente do abandono afetivo, e espera-se que a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça venha influenciar os operadores do direito no reconhecimento dos malefícios causados pelo descumprimento do dever de convivência que provoque a quebra do afeto.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente estudo, buscou-se analisar a responsabilidade civil por abandono afetivo, identificando na doutrina e na jurisprudência os elementos que o caracterizam, e como vêm se posicionando os operadores do direito diante da possibilidade de reparar os danos morais sofridos pelo filho em decorrência da quebra do dever de convivência.

Viu-se que a igualdade prevista no caput do art. 5º e no § 5º do art. 226 na Constituição da República de 1988 provocou grande mudança no Direito de Família, pois o homem deixou de ser considerado o chefe da sociedade conjugal. Com isso, os direitos e deveres conjugais passaram a ser exercidos igualmente por ambos os cônjuges, fazendo suplantar o modelo de família patriarcal que vigorava no ordenamento jurídico pátrio até então. Quebrou-se, com a nova ordem constitucional, a hegemonia masculina e a desigualdade legal entre homens e mulheres.

Ao estabelecer o princípio da igualdade de todos perante a lei, e de ambos os cônjuges no interior da relação familiar, rechaçou-se todas as disposições infraconstitucionais em contrário, medida essa fortalecida por um outro princípio, também de *status* constitucional, o da dignidade da pessoa humana, fundamento e corolário do Estado Democrático de Direito, o qual passou a nortear as relações interpessoais.

Assim, o direito brasileiro evoluiu, abandonando o antigo modelo de família patriarcal, contratualista e patrimonialista, resquício dos Direitos Romano, Germânico e Canônico, e criando um novo modelo, mais real, mais justo, mais em conformidade com as necessidades sociais, pois esta é a função do Direito: viabilizar a pacificação social e a convivência harmônica, sem impedir o progresso, sem engessar a sociedade. Com apenas três dispositivos constitucionais, promoveu-se uma reviravolta no Direito de Família, transformando institutos que outrora pareciam imutáveis: o casamento, a filiação e a chefia da sociedade conjugal.

Com efeito, a Constituição da República de 1988 revolucionou o Direito de Família, colocando abaixo as suas estruturas já corroídas pelo tempo, edificando novos pilares, mais sólidos e resistentes.

Atualmente, a família, pilar da sociedade desde os mais remotos tempos, não mais precisa estar fundada no casamento para legitimar-se, sendo respeitada e protegida pelo Estado aquela nascida pela livre e espontânea vontade dos conviventes, muito embora o casamento não tenha deixado de ser aquele ato formal, gerador de efeitos e emanador

de direitos e deveres familiares, deixando apenas de ser o requisito fundamental e único para o surgimento da família. E, ao reconhecer esta realidade em sede constitucional, o legislador avançou significativamente, permitindo que muitas famílias, antes sem amparo legal, encontrassem segurança no novo ordenamento jurídico. A partir de então, a tônica passou a ser a afetividade, na qualidade de geradora e mantenedora dos vínculos familiares.

Além disso, a nova ordem constitucional estabeleceu garantias significativas em favor da criança, tal como aquelas previstas no artigo 227, com destaque para o direito à convivência familiar.

Na sequência, ocorrerem significativas mudanças em âmbito internacional e, também, no âmbito da legislação infraconstitucional brasileira, cabendo destacar aquelas promovidas pela Convenção sobre os Direitos da Criança, que reconheceu a necessidade de a criança crescer em um ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão, e, também, o direito de a criança ser cuidada por seus pais, fato que conduziu ao reconhecimento da doutrina da proteção integral, consagrada no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Cabe destacar, outrossim, as inovações trazidas, mais recentemente, pelo Código Civil de 2002, que, em seu art. 1.637, inciso II, prevê como causa de perda do poder familiar o abandono do filho, estando aí está incluídos tanto o abandono material quanto o abandono moral.

Esses são apenas alguns dos dispositivos utilizados neste trabalho e que comprovam o direito do filho de ser criado com atenção, com carinho, com zelo, com afeto, sob os cuidados ternos dos pais, direito esse que exprime desdobramento óbvio dos princípio da convivência familiar e da afetividade, entre outros já tantas vezes mencionados.

E, conforme se viu, o não cumprimento da obrigação de dedicar cuidado e afeto ao filho dá origem à responsabilização civil, com o consequente dever de indenizar o filho pelos prejuízos sofridos, desde que presentes seus elementos caracterizadores.

Anote-se que, por se tratar de responsabilidade subjetiva, a vítima deverá demonstrar a conduta, o nexo causal e a culpa do agente, bem como o dano por ela experimentado, salvo nos casos em que estes são presumidos, frutos da experiência comum, o que nem sempre nem sendo acatado pela jurisprudência no tocante ao abandono afetivo.

Com efeito, para se falar em dano moral por abandono afetivo deve haver a caracterização do dano, deixando claro os prejuízos causados à criança pelo comportamento culposos do genitor. Nesses

casos, o direito deve trabalhar lado a lado com a psicologia, a fim de aferir os efetivos prejuízos ocasionados.

Presentes os elementos essenciais da responsabilidade civil, entende-se que existe sim o direito de o filho psiquicamente e/ou moralmente prejudicado pleitear indenização como forma de compensar os danos suportados e como forma de punir o agente ofensor. A punição servirá também como meio punitivo e pedagógica, evitando que condutas semelhantes ocorram e atendendo assim a tripla função da reparação por danos morais, que é não só reparadora, mas também punitiva e dissuasória.

O que se preconiza, porém, não é a banalização das indenizações por dano moral em qualquer hipótese de abandono afetivo, até porque se percebeu que a jurisprudência demonstra a cautela dos julgadores em reconhecer o abandono afetivo como ensejador do dever de indenizar.

O que se pretende é que os operadores do direito, na análise do caso concreto, atentem para os aspectos aqui destacados, no sentido de reconhecer o direito da criança e do adolescente ao convívio familiar e ao cuidado afetivo por parte dos pais. E, assim, uma vez presentes os requisitos da responsabilização civil por abandono afetivo, laborem para condenar o(s) genitor(es) a reparar os danos morais sofridos pelo filho que, em decorrência do referido abandono, teve sua honra atingida, causando-lhe dor e sofrimento íntimo, sobretudo por inexistência do convívio familiar.

O mais importante, ainda assim, é constatar que os pais devem ter noção da importância que possuem no desenvolvimento de seus filhos, a fim de disciplinarem seus comportamentos no sentido de melhor atenderem as necessidades da criança e do adolescente, exercendo o poder parental de maneira justa, proporcional, adequada, e sobretudo comprometida. Conscientização e mudança de postura, antes da ocorrência de qualquer dano, são ainda os maiores propósitos da ideia de indenização por abandono afetivo.

Por fim, cumpre ressaltar que a jurisprudência ainda é tímida no reconhecimento do dano moral decorrente do abandono afetivo, embora a decisão paradigmática proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, proferida no ano de 2012 seja um divisor de águas no âmbito do próprio STJ, já que, anteriormente, aquela Corte já havia rejeitado a tese. Espera-se, portanto, que haja mudanças nas instâncias inferiores, devido às graves consequências que o abandono afetivo causa aos filhos.

REFERÊNCIAS

AGUINAGA, Helio. **A saga do planejamento familiar no Brasil**. Rio de Janeiro: TopBooks, 1996.

ALMEIDA, Marília. Parto anônimo. **Visão Jurídica**, São Paulo: Escala, n. 24, p. 24-29, abr. 2008.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMIN, Andréa Rodrigues. Dos direitos fundamentais. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ARANTES, Valéria Amorim. **Afetividade na Escola**. São Paulo: Summus Editorial, 2003.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Jornal do Advogado**, São Paulo, ano XI, nº 289, dez. 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro – pós-modernidade, teoria crítica e pós- positivismo. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: CAI-Centro de Atualização Jurídica, v.1, n.6, set, 2001.

BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional**. São Paulo: Manole, 2005, v. 1

BOCK, Ana M. Bahia (org). **Psicologias: uma introdução ao estudo de Psicologia**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm>. Acesso em: 10 out. 2013.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 out. 2013.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 10 out. 2013.

_____. **Lei 10.406, de 1º de janeiro de 2002:** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 10 out. 2013.

_____. **Lei 4121, de 27 de agosto de 1962:** Dispõem sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em : <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm>. Acesso em: 10 out. 2013.

_____. **Lei 11.924/2009, 17 de abril de 2009.** Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11924.htm>. Acesso em: 10 out. 2013.

_____. **Projeto de Lei do Senado nº 700, de 06 de dezembro de 2007:** Modifica a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83516>. Acesso em: 10 out. 2013.

_____. **Projeto de Lei nº 4.294, de 12 de novembro de 2008:** Acrescenta parágrafo ao art. 1.632 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e ao art. 3º da Lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415684>. Acesso em: 10 out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 514.350/SP**, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julg. em 24/08/2009,

publicado no DJe de 25/05/2009. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200300209553&dt_publicacao=25/05/2009>. Acesso em: 24 nov. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 348.619/PR**, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julg. em 05/11/2013, publicado no DJe de 11/11/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201301624436&dt_publicacao=11/11/2013>. Acesso em 24 nov. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1.385.554/MS**, Relatora Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julg. em 03/10/2013, publicado no DJe de 08/10/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201301598748&dt_publicacao=08/10/2013>. Acesso em 24 nov. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1.146.907/AM**, Relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julg. em 24/09/2013, publicado no DJe de 02/10/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200901242325&dt_publicacao=02/10/2013>. Acesso em 24 nov. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.159.242/SP**, Relatora Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julg. em 24/04/2012, publicado no DJe de 10/05/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012>. Acesso em: 22 jun. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70040268732**. Relator Desembargador Alzir Felipe Schmitz, publ. 22/09/2011. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%C3%A7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70040268732&num_processo=70040268732&codEmenta=4360705&temIntTeor=true. Acesso em: 10 out. 2013.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 0005938-77.2009.8.26.0125**. Relator Desembargador Alexandre Marcondes, 3ª Câmara de Direito Privado, julg. 17/09/2013a. Disponível em:

<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=B61D42111B09B3F834A21E4F8B353628.cjsg3>. Acesso em: 10 out. 2013.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 0302572-41.2009.8.26.0000**, Relator Desembargador João Pazine Neto, 3ª Câmara de Direito Privado, julg. 16/04/2013b. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=B61D42111B09B3F834A21E4F8B353628.cjsg3>. Acesso em: 10 out. 2013.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 0006041-21.2010.8.26.0361**, Relator Desembargador Galdino Toledo Júnior, 9ª Câmara de Direito Privado, julg. 22/05/2013c. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 10 out. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70055097422**, Relator Desembargador Jorge Luís Dall'Agnol, Sétima Câmara Cível, julg. 27/09/2013d. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70055097422&num_processo=70055097422&codEmenta=5485637&temIntTeor=true. Acesso em: 10 out. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70053030284**, Relatora Desembargadora Liselena Schifino Robles Ribeiro, Sétima Câmara Cível, publ. 13/02/2013e. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70053030284&num_processo=70053030284&codEmenta=5101696&temIntTeor=true. Acesso em: 10 out. 2013.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível nº 2012.083670-1**, Relator Desembargador Raulino Jacó Brüning, Primeira Câmara de Direito Civil, julg. 16/07/2013f. Disponível em: http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/busca.do#resultado_ancora. Acesso em: 10 out. 2013.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. A responsabilidade civil por dano afetivo. *in*: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (coords.). **Grandes temas de Direito de Família e das Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

CASTRO, Guilherme couto de. **Direito civil: lições** – 2ª edição, Niterói, RJ: Impetus, 2008.

CAVALCANTI FILHO, Carlos. A situação jurídica de pessoas que vivem sozinhas. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Belo Horizonte, ano 3, nº 11, out/dez, 2001.

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

CHALITA, Gabriel Benedito Isaac. **Educação: a solução está no afeto**. São Paulo: Gente, 2001.

CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**. São Paulo: editora Saraiva, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: obrigações: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2.

CURY, Augusto. **Pais brilhantes, Professores fascinantes**. Rio de Janeiro: Sextane, 2003.

DIAS, Caroline Said. Os instrumentos jurídicos do direito civil disponíveis para fiscalização do cumprimento dos deveres parentais. **Jus**

Navigandi, Teresina, a. 9, n. 583, 10 fev. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6301>>. Acesso em: 10 out. 2013.

DIAS, Jose de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 7.

ESTEVES, Felipe. Separação afetiva: decisão sobre abandono abre hipóteses de indenização. 4 maio 2012. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mai-04/decisao-stj-abandono-afetivo-abre-hipoteses-indenizacao>. Acesso em: 10 out. 2013.

FACHIN, Luís Edson. Família. *In*: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo-RS: UNISINOS, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FATTORI, Sara Corrêa. A responsabilidade pela reparação do dano no direito romano. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo, (47/48):135, jan./dez. 1997. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev9.htm>. Acesso em: 20 jun. 2013.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. **Casamento por comportamento**. Rio de Janeiro. Forense, 1990.

FONTANELLA, Patrícia. **União homossexual no Direito Brasileiro: enfoque a partir do garantismo jurídico**. Florianópolis. OAB/SC, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3.

GALVÃO, Izabel. **Henri Wallon: uma concepção dialética do desenvolvimento infantil**. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1995.

GOMES, Orlando. **Novos temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GROENINGA, Giselle. Descumprimento do dever de convivência: danos morais por abandono afetivo. A interdisciplina sintoniza o direito de família com o direito à família. *In*: HIRONAKA, Gisela Maria Fernandes Novaes (Coord.). **A outra face do Poder Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

GUILHERME, Luiz Fernando do V. de A. **Passado, presente ou futuro?** A mediação interdisciplinar como tuteladora da afetividade e personalidade no Direito de Família. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5865>>. Acesso em: 10 out. 2013.

HIRONAKA, Gisela Maria Fernandes Novaes (Coord.). **A outra face do Poder Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. Responsabilidade civil na relação paternofilial. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4192>>. Acesso em: 10 mar. 2013.

JAKOBI, Heinz Rolad. **Planejamento familiar**. Disponível em <<http://www.jakobi.com.br/gin02.html>>. Acesso em: 10 out. 2013.

LEÃO, Celina Gontijo. **Análise da pretensão de responsabilidade civil por abandono afetivo**. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8114>>. Acesso em: 10 out. 2013.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual Elementar de Direito Civil**. Obrigações e Responsabilidade civil. v.2. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: famílias. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil – Fontes Acontratuais das Obrigações e Responsabilidade Civil** – vol. V. 5. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Jornal do Advogado*, OAB/SP, nº 289. Dez/2004. **Abandono moral**: fundamentos da responsabilidade civil. 2005. Disponível em: http://utilmainstancia.ig.com.br/colunas/ler_noticia.php?idnoticia=1169. Acesso em: 10 out. 2013.

MACHADO, Paulo Affonso Leme; PERROTTI, Maria Regina Machado; PERROTTI, Marcos Antonio. *Direito do Planejamento Familiar*. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 87, n. 749, p. 46, mar. 1998.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. "Novas" entidades familiares e seus efeitos jurídicos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). **Família e solidariedade**: Anais do VI Congresso Brasileiro de Direito de Família. Rio de Janeiro: IBDFAM – Lumen Juris, 2005.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Responsabilidade civil interpretada pelos tribunais**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

MELO, Nehemias Domingos de. Abandono moral: fundamentos da responsabilidade moral. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 583, 10 fev. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=+247>>. Acesso em: 10 out. 2013.

MELO. Pais idosos podem processar filhos por abandono na China. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-jul-01/lei-chinesa-permite-pais-idosos-processarem-filhos-abandono-emocional> >. Acesso em: 05 nov. 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil – constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MOREIRA, José Cláudio Domingues; CANELLAS, Cristiane Maria da Costa; e NUNE, Lydia Neves Bastos Telles. **Inconstitucionalidade da exigência de apresentação das razões dos cônjuges como uma das condições para a mutabilidade do regime de bens**. Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Jose Arthur Boiteux, 2006. Versão eletrônica disponível em: < <http://myrtus.uspnet.usp.br/pesqfdrp/portal/professores/lydia/pdf/inconstitucionalidade.pdf>>. Acesso em 24 nov. 2013.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações; introdução à responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

OLIVEIRA, Celso. Morte no Futebol: caso Serginho é alerta para médicos e dirigentes esportivos. **Consultor Jurídico**, 9 dez. 2004. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/31721>>. Acesso em: 10 out. 2013.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 5.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PRADO, João Carlos Navarro de Almeida. Planejamento familiar: da garantia constitucional aos equívocos do legislador. **Visão Jurídica**, São Paulo, n. 24, p.30- 35, abr. 2008.

REIS, Clayton. **Dano Moral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**: lei nº 10.406, de 10.01.2002. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**: Responsabilidade civil. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 4.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Direito civil**: responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valorização do elo perdido ou não consentido. **Revista brasileira de direito de família**, Porto Alegre, v. 8, nº 35, p. 53, abr. 2006.

SILVA, Cláudia Maria da. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 6, n. 25, p. 122-148, ago./set., 2004.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Da Psicologia Jurídica no Processo Civil Brasileiro**: A Interface da Psicologia com direitos nas Questões de Família e Infância. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2003.

TARTUCE, Flávio. Novos princípios do Direito de Família Brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1069, 5 jun. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8468>. Acesso em: 10 out. 2013.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ULBANO, Bárbara Cristina; ANGELUCI, Cleber Afonso. **Indenização por abandono afetivo, quanto custa o seu amor?** Revista do Curso de Direito, ano III, nº 3, p. 176-190. Disponível em:

http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CDMQFjAB&url=http%3A%2F%2Fcursodirei.dominiotemporario.com%2Fdoc%2FBARBARA.pdf&ei=sj5kUvDDEKeiyAH4yoCYDA&usg=AFQjCNEaX3oQnJPW2OpOvl4Q9_VPoP39HQ&sig2=Z_1MQWPUci8MYV2VL2Letw&bvm=bv.54934254,d.aWc. Acesso em: 10 out. 2013.

VENOSA, Silvio da Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 11ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, v. 4.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, v. 6.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTR, 1999.

VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVEA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder familiar e tutela: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina, jurisprudência, modelos**. Florianópolis: OAB/SC, 2005.

ZANINI, Gisele D. **A família no século XXI – Indenização por danos morais**. 2004. Disponível em:

<http://www.voxlegem.com/artigo_indenizacao_danos_morais.php>. Acesso em: 10 out. 2013.

ANEXO I

PROJETO DE LEI Nº 4.294/2008, DE 12 DE NOVEMBRO DE 2008

(Do Sr. Carlos Bezerra)

Acrescenta parágrafo ao artigo 1. 632 da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e ao art. 3º da lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso -, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Acrescenta parágrafo ao artigo 1.632 da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e ao art. da lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso -, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo.

Art. 2º O artigo 1.632 da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil – passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“ Art. 1632

Parágrafo único: O abandono afetivo sujeita os pais ao pagamento de indenização por dano moral.(NR)”

Art. 3º O parágrafo único do art. 3º da lei nº 10.7 41, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso - passa a vigorar como parágrafo 1º, devendo ser acrescido o seguinte parágrafo 2º ao ar tigo:

“Art. 3º

§ 1º

§ 2º O abandono afetivo sujeita os filhos ao pagamento de indenização por dano moral”.

JUSTIFICAÇÃO

O envolvimento familiar não pode ser mais apenas pautado em um parâmetro patrimonialista-individualista. Deve abranger também questões éticas que habitam, ou ao menos deveriam habitar, o consciente e inconsciente de todo ser humano.

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

No caso dos filhos menores, o trauma decorrente do abandono afetivo parental implica marcas profundas no comportamento da criança. A espera por alguém que nunca telefona - sequer nas datas mais importantes - o sentimento de rejeição e a revolta causada pela indiferença alheia provocam prejuízos profundos em sua personalidade.

No caso dos idosos, o abandono gera um sentimento de tristeza e solidão, que se reflete basicamente em deficiências funcionais e no agravamento de uma situação de isolamento social mais comum nessa fase da vida. A falta de intimidade compartilhada e a pobreza de afetos e de comunicação tendem a mudar estímulos de interação social do idoso e de seu interesse com a própria vida.

Por sua vez, se é evidente que não se pode obrigar filhos e pais a se amar, deve-se ao menos permitir ao prejudicado o recebimento de indenização pelo dano causado.

Por todo exposto, clamo meus pares a aprovar o presente projeto de lei.

Sala das Sessões, em 12 de novembro de 2008.

Deputado CARLOS BEZERRA

ANEXO II

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 700/2007

PROJETO DE LEI DO SENADO nº700 , de 2007

Modifica a Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990 (“Estatuto da Criança e do Adolescente”) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

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

Art. 4º
§ 1º.

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

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

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

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

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

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

“Art. 5º

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

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

“Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda, convivência, assistência material e moral e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais (NR).”

“Art. 24. A perda e a suspensão do pátrio poder serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que aludem o art. 22. (NR)”

Art. 56.....

IV – negligência, abuso ou abandono na forma prevista nos arts. 4º e 5º desta Lei. (NR)”

Art. 58. No processo educacional respeitar-se-ão os valores culturais, morais, éticos, artísticos e históricos próprios do contexto social da criança e do adolescente, garantindo-se a estes a liberdade da criação e o acesso às fontes de cultura. (NR)”

Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável:

.....
Parágrafo único. Na aplicação das medidas previstas nos incisos IX e X deste artigo, observar-se-á o disposto nos arts. 22, 23 e 24.(NR)”

Art. 130. Verificada a hipótese de maus-tratos, negligência, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judiciária poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor ou responsável da moradia comum.(NR)”

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

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

Pena – detenção, de um a seis meses.”

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

A Lei não tem o poder de alterar a consciência dos pais, mas pode prevenir e solucionar os casos intoleráveis de negligência para com os filhos. Eis a finalidade desta proposta, e fundamenta-se na Constituição Federal, que, no seu art. 227, estabelece, entre os deveres e objetivos do Estado, juntamente com a sociedade e a família, o de assegurar a crianças e adolescentes – além do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer – o direito à dignidade e ao respeito.

Mas como conferir dignidade e respeito às crianças e adolescentes, se estes não receberem a presença acolhedora dos genitores? Se os pais não lhes transmitem segurança, senão silêncio e desdém? Podem a indiferença e a distância suprir as necessidades da pessoa em desenvolvimento? Pode o pai ausente - ou a mãe omissa - atender aos desejos de proximidade, de segurança e de agregação familiar reclamados pelos jovens no momento mais delicado de sua formação? São óbvias as respostas a tais questionamentos.

Ninguém está em condições de duvidar que o abandono moral por parte dos pais produz sérias e indeléveis conseqüências sobre a formação psicológica e social dos filhos.

Amor e afeto não se impõem por lei! Nossa iniciativa não tem essa pretensão. Queremos, tão-somente, esclarecer, de uma vez por todas, que os pais têm o DEVER de acompanhar a formação dos filhos, orientá-los nos momentos mais importantes, prestar-lhes solidariedade e apoio nas situações de sofrimento e, na medida do possível, fazerem-se presentes quando o menor reclama espontaneamente a sua companhia.

Algumas decisões judiciais começam a perceber que a negligência ou sumiço dos pais são condutas inaceitáveis à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Por exemplo, o caso julgado pela juíza Simone Ramalho Novaes, da 1ª Vara Cível de São Gonçalo, região metropolitana do Rio de Janeiro, que condenou um pai a indenizar seu filho, um adolescente de treze anos, por abandono afetivo. Nas palavras da ilustre magistrada, “se o pai não tem culpa por não amar o filho, a tem por negligenciá-lo. O pai deve arcar com a responsabilidade de tê-lo abandonado, por não ter cumprido com o seu dever de assistência moral, por não ter convivido com o filho, por não tê-lo educado, enfim, todos esses direitos impostos pela Lei”. E mais: “O poder familiar foi instituído visando à proteção dos filhos menores, por seus pais, na salvaguarda de seus direitos e deveres. Sendo assim, chega-se à

conclusão de ser perfeitamente possível a condenação por abandono moral de filho com amparo em nossa legislação”.

Por outro lado, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça não demonstrou a mesma sensibilidade, como deixa ver a ementa da seguinte decisão: “*Responsabilidade civil. Abandono moral. Reparação. Danos morais. Impossibilidade. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.*” (Recurso Especial nº. 757.411/MG, Relator Ministro Fernando Gonçalves, julgamento em 29/11/2005). Entretanto, com o devido respeito à cultura jurídica dos eminentes magistrados que proferiram tal decisão, como conjugá-la com o comando do predito art. 227 da Constituição?

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

Ou, ainda, com o que determina o Código Civil:

Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002

Institui o Código Civil

“Art. 1.579. O divórcio não modificará os direitos dos pais em relação aos filhos.

Parágrafo único. Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar em restrição aos direitos e deveres previstos neste artigo.

.....
Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quando ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

.....
Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

.....
II - tê-los em sua companhia e guarda;”

Portanto, embora consideremos que a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e o Código Civil contemplem a assistência moral, entendemos por bem estabelecer uma regra inequívoca que caracterize o abandono moral como conduta ilícita passível de reparação civil, além de repercussão penal.

Fique claro que a pensão alimentícia não esgota os deveres dos pais em relação a seus filhos. Seria uma leitura muito pobre da Constituição e do ECA. A relação entre pais e filhos não pode ser reduzida a uma dimensão monetária, de cifras. Os cuidados devidos às crianças e adolescentes compreendem atenção, presença e orientação.

É verdade que a lei assegura o poder familiar aos pais que não tenham condições materiais ideais. Mas a mesma lei não absolve a negligência e o abandono de menores, pessoas em formação de caráter, desprovidas, ainda, de completo discernimento e que não podem enfrentar, como adultos, as dificuldades da vida. Portanto, aceitam-se as limitações materiais, mas não a omissão na formação da personalidade. Diante dessas considerações, propusemos modificações em diversos dispositivos do ECA, no sentido de aperfeiçoá-lo em suas diretrizes originais. Ao formular o tipo penal do art. 232-A, tivemos a preocupação de dar contornos objetivos ao problema, exigindo o efetivo prejuízo de ordem psicológica e social para efeito de consumação. Lembramos que compromissos firmados por consenso internacional, e ratificados pelo Brasil, também apontam para a necessidade de aprimoramento das normas legais assecuratórias dos direitos das nossas criança e adolescentes, vejamos:

Declaração dos Direitos da Criança

Adotada pela Assembléia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº. 99.710/1990

PRINCÍPIO 2º

A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidade e facilidades, por lei e por outros meios, **a fim de lhe facultar o desenvolvimento** físico, mental, **moral**, espiritual esocial, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. **Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança.**

PRINCÍPIO 6º

Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão.

Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. (...)

PRINCÍPIO 7º

(...)

Ser-lhe-á propiciada uma educação capaz de promover a sua cultura geral e capacitá-la a, em condições de iguais oportunidades, desenvolver as suas aptidões, sua capacidade de emitir juízo e seu senso de responsabilidade moral e social, e a tornar-se um membro útil da sociedade.

Os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais.

CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA

Adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 20 de 8novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 1990

ARTIGO 9

3. Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança.

Assim, crendo que a presente proposição, além de estabelecer uma regra inequívoca que permita a caracterização do abandono moral como conduta ilícita, também irá orientar as decisões judiciais sobre o tema, superando o atual estágio de insegurança jurídica criado por divergências em várias dessas decisões, é que confiamos em seu acolhimento pelos nobres Congressistas, de sorte a permitir a sua rápida aprovação.

Sala das Sessões, 06 de dezembro de 2007

Senador MARCELO CRIVELLA