



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
FERNANDO ROGGIA GOMES

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELO ABANDONO AFETIVO DOS
FILHOS MENORES**

Palhoça
2011

FERNANDO ROGGIA GOMES

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELO ABANDONO AFETIVO DOS
FILHOS MENORES**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Graduação em Direito da Universidade
do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Patrícia Fontanella, Msc.

Palhoça
2011

FERNANDO ROGGIA GOMES

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELO ABANDONO AFETIVO DOS
FILHOS MENORES**

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 Graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Palhoça, 10 de junho de 2011.

Prof.^a e orientadora Patrícia Fontanella, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof.^a Gisele Rodrigues Martins, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof.^a Paolla Salgado Frasson, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELO ABANDONO AFETIVO DOS FILHOS MENORES

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca desta monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Palhoça, 10 de junho de 2011.

FERNANDO ROGGIA GOMES

Dedico este trabalho aos meus pais, João e Rosana, aos quais sou imensamente grato não só pelo exemplo de vida, mas pela educação e formação moral que, com sacrifício, puderam me proporcionar.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais João Pereira Gomes Neto e Rosana do Carmo Roggia Gomes, bem assim ao meu irmão Vinícius Roggia Gomes, por constituírem a base do meu viver e terem sido fontes de ânimo para que mais esta etapa de minha vida fosse suplantada.

À minha namorada Keyth Fogaça Hermes, pelo apoio, compreensão e amor, e seus pais, Karin Fogaça e Luiz Henrique Hermes, pelo constante incentivo.

À advogada Mairy Jane Lira de Andrade, à Promotora de Justiça Viviane D'Avila Winckler e ao Juiz Federal Ivori Luís da Silva Scheffer, pelos valiosos ensinamentos que me alcançaram durante os estágios realizados ao longo do curso.

Aos colegas de trabalho, servidores e estagiários, da 21ª Promotoria de Justiça da Comarca da Capital, da 2ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Florianópolis, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, da Unidade de Direito Bancário da Comarca da Capital e da 2ª Vara Cível da Comarca de Palhoça, por terem contribuído de forma significativa para a minha formação profissional.

A todos os colegas de curso, pelo companheirismo e convívio agradável, especialmente aos amigos Lucas Inácio da Silva e Ruhan Gustavo Gonçalves.

À professora e orientadora Patrícia Fontanella, que guiou a elaboração deste trabalho monográfico com entusiasmo, disponibilidade, profissionalismo e profundo saber jurídico.

Aos demais professores do curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL, pela riqueza dos conhecimentos transmitidos.

RESUMO

Trata-se de trabalho monográfico cujo tema é a responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores. Diante do processo evolutivo sofrido pelo Direito de Família, o afeto passou a ser o principal elemento identificador da entidade familiar, indispensável à formação da criança e do adolescente, constituindo dever dos pais. Sabe-se, porém, que não raro os genitores descumprem suas obrigações e deixam sua prole em situação de completo desamparo moral. Daí surge o questionamento sobre a possibilidade, nessa hipótese, de o filho abandonado ser indenizado por danos morais. Assim, o objetivo do presente trabalho é analisar tal questão por meio de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, bem como da legislação vigente. Para tanto, a pesquisa foi estruturada em cinco seções, compreendendo a introdução, três capítulos de desenvolvimento e, por fim, a conclusão. O primeiro capítulo se destina ao estudo da família, abrangendo uma digressão histórica, seu conceito atual e a principiologia correlata. No segundo capítulo são apresentados os aspectos gerais da responsabilidade civil no direito brasileiro: apanhado histórico, conceituação, classificação e pressupostos. Já o terceiro capítulo traz a problematização da pesquisa, abarcando a importância dos pais na formação dos filhos, a proteção jurídica do afeto nas relações paterno-filiais, o abandono afetivo propriamente dito, a interpretação doutrinária e jurisprudencial conferida à matéria, bem como os projetos de lei existentes sobre o tema. Ao final, apresenta-se a conclusão do presente estudo, no sentido de que, após análise do regramento e da principiologia que regem o tema, bem como sopesados os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais existentes, entende-se possível a responsabilização civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores, embora com alguns fatores condicionantes.

Palavras-chave: Família. Responsabilidade civil. Abandono afetivo. Filhos menores.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2	A FAMÍLIA NA PÓS-MODERNIDADE: REVISÃO DE CONCEITOS	11
2.1	FAMÍLIA: BREVE DIGRESSÃO HISTÓRICA	11
2.2	O CONCEITO ATUAL DA FAMÍLIA NO BRASIL	15
2.3	A PRINCIPIOLOGIA DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	18
2.3.1	Princípios: conceito e noções gerais	19
2.3.2	Princípio da dignidade da pessoa humana	20
2.3.3	Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente	21
2.3.4	Princípio da paternidade responsável	24
2.3.5	Princípio da solidariedade familiar	25
2.3.6	Princípio da convivência familiar	27
2.3.7	Princípio da afetividade	28
3	RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO.....	31
3.1	APANHADO HISTÓRICO.....	31
3.2	CONCEITO	33
3.3	CLASSIFICAÇÃO	35
3.3.1	Responsabilidade penal e civil	35
3.3.2	Responsabilidade contratual e extracontratual	37
3.3.3	Responsabilidade objetiva e subjetiva.....	39
3.4	PRESSUPOSTOS.....	40
3.4.1	Ação ou omissão	41
3.4.2	Nexo de causalidade.....	42
3.4.3	Dano.....	45
3.4.4	Culpa.....	48
4	A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELO ABANDONO AFETIVO DOS FILHOS MENORES.....	52
4.1	A IMPORTÂNCIA DOS PAIS NA FORMAÇÃO DOS FILHOS.....	52
4.2	A PROTEÇÃO JURÍDICA DO AFETO NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS ..	54
4.3	ABANDONO AFETIVO.....	58
4.4	INTERPRETAÇÃO DOUTRINÁRIA.....	60
4.5	INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL	64

4.6	PROJETOS DE LEI SOBRE O TEMA.....	69
5	CONCLUSÃO.....	71
	REFERÊNCIAS	74

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo geral analisar, por meio de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, bem como da legislação vigente, a (im)possibilidade de responsabilização civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores.

Com a evolução do Direito de Família, especialmente após o advento da Carta Constitucional de 1988 e do Código Civil de 2002, o principal elemento identificador da entidade familiar passou a ser a afetividade.

Especificamente em relação aos filhos, sabe-se que o afeto dos genitores (aqui compreendido como convivência, atenção, educação, diálogo, entre outros fatores) é indispensável à formação psicológica, moral e emocional da criança e do adolescente, como seres em desenvolvimento que são. Todavia, é cediço que, em certas situações, por variados motivos, pais deixam de estabelecer qualquer relação com sua prole, colocando-a em situação de total desamparo afetivo. Daí emerge o questionamento sobre a possibilidade, ou não, de o filho ser indenizado por danos morais em tal hipótese.

A questão é complexa e deveras polêmica, motivo pelo qual reclama profunda reflexão e amplo debate pelo operador jurídico e, sobretudo, por toda a sociedade, de sorte a proporcionar, independentemente do entendimento que se adote, uma conscientização a respeito dos deveres dos genitores diante do hodierno conceito da família no ordenamento jurídico brasileiro.

O presente trabalho está estruturado em cinco seções, compreendendo a introdução, três capítulos de desenvolvimento e, por fim, a conclusão.

O primeiro capítulo se destina ao estudo da família, abrangendo uma breve digressão histórica, seu conceito atual no Brasil e, ainda, os princípios que podem ser relacionados com o tema aqui proposto.

No segundo capítulo são apresentados de forma resumida os aspectos gerais da responsabilidade civil no direito brasileiro: apanhado histórico, conceituação, classificação e pressupostos.

Já o terceiro capítulo traz a problematização desta pesquisa, isto é, a (im)possibilidade de responsabilização civil dos genitores em razão do abandono afetivo da prole, estudando-se, para tanto, a importância dos pais na formação dos

filhos, a proteção jurídica do afeto nas relações paterno-filiais, o abandono afetivo propriamente dito, a interpretação doutrinária e jurisprudencial conferida à matéria, bem como, por fim, os projetos de lei existentes sobre o tema.

Ao final, apresenta-se a conclusão do presente estudo.

Quanto aos procedimentos metodológicos utilizados, ressalta-se que o método de abordagem é o dedutivo, pois baseado no estudo de princípios, leis e conceitos para o exame de um fenômeno particular (abandono afetivo dos filhos menores). É também qualitativo, porquanto predominantemente fundado na análise de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que, como se sabe, são repletos de subjetivismos. Já o método de procedimento é o monográfico, consistente no estudo de um único tema. Por fim, a técnica de pesquisa é a bibliográfica, embasada em levantamento doutrinário e jurisprudencial, bem como na legislação vigente.

2 A FAMÍLIA NA PÓS-MODERNIDADE: REVISÃO DE CONCEITOS

A compreensão das características da família contemporânea (ou pós-moderna), com uma revisão de sua evolução histórica e dos princípios que atualmente a regem, reveste-se de grande importância para contextualizar o tema central deste trabalho monográfico. O presente capítulo, assim, versa sobre a entidade familiar, tracejando uma breve digressão histórica, seu conceito atual no Brasil e, por fim, a principiologia afeta à responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores.

2.1 FAMÍLIA: BREVE DIGRESSÃO HISTÓRICA

Ante a ausência de dados históricos precisos, a explicação do surgimento da entidade familiar está envolta em grandes incertezas e pouco se consegue avançar cientificamente nesse sentido, especialmente porque nunca houve uma forma única de família.¹

De fato, “quem rastreia a família em investigação sociológica encontra referências várias a estágios primitivos em que mais atua a força da imaginação do que a comprovação fática”.²

A controvérsia sobre o assunto, entretanto, não impede que seja realizada uma análise histórica tomando como ponto de partida a estrutura familiar verificada na Roma antiga, reconhecida pela doutrina como antecedente remoto da família moderna.³

No Direito romano, a família era uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional, organizada sob o princípio da autoridade, a qual era fortemente exercida pelo ascendente comum mais antigo: o *pater familias*. Tal figura

¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: família; sucessões**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009a. v. 5. p. 4.

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 23.

³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 14.

detinha todos os poderes necessários à boa manutenção do grupo familiar, o que era feito de forma autoritária, e não como um múnus.⁴

Desse modo, sendo ao mesmo tempo chefe político, juiz e sacerdote, o *pater* podia até mesmo exercer sobre seus descendentes o direito de vida ou de morte.⁵

Com o decorrer do tempo, “a evolução do Direito Romano conduziu progressivamente a uma restrição da autoridade do *pater*, concedendo-se maior autonomia à mulher e aos filhos”.⁶

A família romana, durante a Idade Média, passou por duas importantes influências: a do Direito Canônico e a do Direito Bárbaro, este último trazido pelos conquistadores em suas invasões.⁷

Para o Direito Canônico, o casamento era visto como verdadeiro sacramento, de forma que todas as uniões entre homem e mulher fora do matrimônio eram consideradas precárias.⁸ Os canonistas se opuseram ao divórcio, considerando-o um instrumento contrário à índole da família e ao interesse dos filhos.⁹

A principal contribuição do Direito Bárbaro, originário das instituições germânicas, foi a introdução do poder paternal, a ser exercido pelo pai como um encargo, abandonando-se a figura puramente autoritária do *pater familias*.¹⁰ A família germânica, então, “era do tipo paternal, ou seja, o pátrio poder é o poder do pai e não o poder do chefe de família, sendo que à esposa era reservada uma posição moralmente elevada”.¹¹

Ao longo da história, a instituição familiar sofreu profundas mudanças de função, natureza, composição e, conseqüentemente, de concepção, sobretudo após o advento do Estado Social, ao longo do século XX.¹²

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 15.

⁵ LUZ, Valdemar P. da. **Comentários ao código civil**: direito de família. Florianópolis: OAB/SC, 2004. p. 2.

⁶ GAMA, 2008, p. 15.

⁷ LUZ, loc. cit.

⁸ GAMA, op. cit., p. 16.

⁹ LUZ, op. cit., p. 3.

¹⁰ WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.12.

¹¹ GAMA, op. cit., p. 17.

¹² LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1.

Madaleno, em esclarecedora lição, enfatiza a influência exercida pela Revolução Industrial na alteração da estrutura familiar existente até aquele momento histórico:

O mundo testemunhou com o início da Revolução Industrial um súbito enxugamento da família, que migrou do campo para os grandes centros industriais, e assim reduziu a quantificação dos seus componentes. Surgiu pequeno grupo, formado por pais e filhos, centrando no seu domicílio o ninho, o abrigo reservado à exposição dos seus assuntos familiares mais íntimos. No começo, a tendência foi a de concentrar a mulher nas atividades domésticas, no trato diário da prole conjugal e conferir ao esposo a chefia econômica do lar. Organizada a família nesse modelo social e político de conveniente divisão imaterial e econômica das funções conjugais, ficava fácil constatar que cada membro precisava alcançar sua realização pessoal, assumindo as tarefas divididas pela lei e pelos costumes para cada gênero sexual, num papel de inquestionável subserviência da mulher, em inaceitável desigualdade sexual.¹³

Após referido marco histórico, houve significativo ingresso da mulher no mercado de trabalho, de modo que o homem deixou de ser o único provedor do lar. Teve fim a prevalência do caráter produtivo e reprodutivo da família, que migrou para os centros urbanos e passou a conviver em espaços menores, fato que propiciou a aproximação de seus membros.¹⁴

Com efeito, diversos fatores impuseram mudanças na função e na concepção das novas famílias, especialmente: a progressiva emancipação econômica, social e jurídica da mulher; a significativa redução do número médio de filhos nas entidades familiares; a maior complexidade da vida contemporânea decorrente dos problemas atinentes à inserção profissional, à massificação das relações econômicas (inclusive as de consumo) e à urbanização desenfreada.¹⁵

No sistema jurídico brasileiro, como se sabe, durante muito tempo foi reconhecida apenas a legitimidade da família unida pelo casamento civil e os filhos originados dessa união por concepção genética ou por meio da adoção.¹⁶

Essa visão patriarcal e exclusivamente matrimonializada, adotada no Brasil durante a colônia, império e boa parte do vigente período republicano, entrou

¹³ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 13.

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 28.

¹⁵ GAMA, 2008, p. 27.

¹⁶ MADALENO, op. cit., p. 5-6.

em crise, o que resultou em sua derrocada no plano jurídico pelos valores introduzidos pela festejada Constituição de 1988.¹⁷

Facchin descreve o aludido processo de transição:

Por isso, a família era tida como transpessoal, hierarquizada, fundada na lei da desigualdade, enfim, um conjunto de características que lhes dava um assento exclusivo na matrimonialização, uma visão monolítica, unidimensional. Nessa travessia do clássico para o contemporâneo, mantém-se essa visão para uma dimensão plural, aberta, porosa, não submetida a determinadas enumerações taxativas que encontram o seu repouso num conjunto de princípios e regras, ambos assentados na Constituição Federal de 1988 [...]. Já não são mais os que a integram que vivem para a realização dessa instituição que está acima das pessoas, mas é a instituição que se converte em ninho que, desatando os nós, se transforma num ambiente de realização possível dos membros que a compõem [...]¹⁸

Em verdade, o constituinte de 1988 reconheceu as significativas modificações ocorridas no âmbito da família e, amoldando-se a essa nova realidade, promoveu uma série de alterações no ordenamento jurídico brasileiro, as quais são sintetizadas por Lôbo da seguinte forma: a) a proteção do Estado passou a alcançar qualquer entidade familiar, sem restrições; b) a família, entendida como entidade, assumiu claramente a posição de sujeito de direitos e obrigações; c) os interesses das pessoas humanas, integrantes da família, receberam primazia sobre os interesses patrimoniais; d) a natureza socioafetiva da filiação tornou-se gênero, abrangente das espécies biológica e não biológica; e) consumou-se a igualdade entre gêneros e entre filhos; f) reafirmou-se a liberdade de constituir, manter e extinguir entidade familiar e a liberdade de planejamento familiar, sem imposição estatal; g) a família configurou-se no espaço de realização pessoal e da dignidade humana e de seus membros.¹⁹

Todas as mudanças sociais ocorridas na segunda metade do século passado, bem como o advento da Constituição de 1988, levaram à aprovação do Código Civil de 2002, que se ajustou às características da família contemporânea.²⁰

O projeto do citado diploma legal remonta ao ano de 1975, tendo sofrido profundas alterações, já que, “durante tal lapso temporal sobrevieram várias

¹⁷ LÔBO, 2008, p. 1.

¹⁸ FACHIN, Luiz Edson. Princípios constitucionais do direito de família contemporâneo. In: BASTOS, Eliana Ferreira; DIAS, Maria Berenice (Coord.). **A família além dos mitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.122.

¹⁹ LÔBO, op. cit., p. 6.

²⁰ GONÇALVES, 2009, p. 18.

modificações de relevo no âmbito da regulamentação legislativa de vários institutos de Direito Civil”.²¹

Ainda assim, segundo Dias, o texto da lei não perdeu a atualidade e a clareza necessárias para reger a sociedade dos dias de hoje. Para a doutrinadora, muito embora certas questões relevantes do direito de família não tenham sido incluídas na codificação, ocorreram avanços significativos, como a incorporação de orientações pacificadas pela jurisprudência e a exclusão de expressões e conceitos que causavam grande mal-estar.²²

Reale sustenta que “não tem cabimento afirmar-se que o novo Código Civil, dado o longo tempo decorrido desde seu envio ao Congresso Nacional, estaria desatualizado”, pois, conforme esclarece o jurista, “[...] jamais se perdeu a oportunidade de introduzir no texto as alterações exigidas por motivos supervenientes”.²³

Depreende-se, ante o exposto, que a entidade familiar passou por um lento e gradual processo de evolução ao longo dos tempos, de modo que, finalizada a digressão histórica, passa-se ao estudo do conceito atual da família no Brasil, cuja compreensão se demonstra relevante para a problematização desta pesquisa.

2.2 O CONCEITO ATUAL DA FAMÍLIA NO BRASIL

O conceito de família, conforme Gama, é relativo e se altera continuamente, de sorte que qualquer análise não pode prescindir de enfocar o momento histórico e o sistema normativo em vigor.²⁴

Efetivamente, a evolução havida desde o Direito Romano “[...] é fruto de uma série de influências das mais variadas, cumprindo assinalar que as modificações ainda se encontram em andamento”.²⁵

Para tratar do conceito atual da família no Brasil, imprescindível trazer à colação o tratamento dispensado à entidade familiar no art. 226 da Magna Carta,

²¹ GAMA, 2008, p. 37.

²² DIAS, 2008, p. 31-32.

²³ REALE, Miguel. **História do novo código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 44.

²⁴ GAMA, op. cit., p. 6.

²⁵ Ibid., p. 19.

que, como visto anteriormente, proporcionou mudanças profundas no tocante ao Direito de Família:

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

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

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

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

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

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

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

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.²⁶

Do citado dispositivo, infere-se que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado, originando-se do casamento civil, da união estável e da monoparentalidade.

Como se vê, foi reconhecida a completa paridade entre os cônjuges, derogando-se o chamado pátrio poder, além de se estender a proteção estatal a novos grupos familiares.²⁷

A sociedade brasileira se defrontou com um novo modelo de conjunto familiar, que possui como elemento caracterizador o afeto e é voltado para a realização individual de cada um de seus membros.²⁸

Nas palavras de Dias, “houve a repersonalização das relações familiares na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor”.²⁹

A jurisprudência, ademais, preconiza estar “[...] ocorrendo uma verdadeira democratização dos sentimentos, na qual o respeito mútuo e a liberdade individual são preservados”.³⁰

²⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm>. Acesso em: 24 out. 2010.

²⁷ MADALENO, 2008, p. 12.

²⁸ Ibid., p. 13.

²⁹ DIAS, 2007, p. 34.

³⁰ Ibid., p. 42.

Farias apregoa que a “[...] entidade familiar deve ser entendida, hoje, como grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade, pois outra conclusão não se pode chegar à luz do texto Constitucional”.³¹

Para Coelho, a tendência é que a família seja cada vez mais o espaço para aflorar a afetividade, contribuindo para que homens e mulheres cresçam psicologicamente sadios, com auto-estima e identidade.³²

Por seu turno, Diniz entende que se deve vislumbrar na família uma “[...] possibilidade de convivência, marcada pelo afeto e pelo amor, fundada não apenas no casamento, mas também no companheirismo, na adoção e na monoparentalidade”.³³

Ocorreu, de fato, um alargamento conceitual da instituição familiar, que passou a ser vivenciada como um espaço de afetividade, destinado a realizar os anseios de felicidade de cada um de seus membros.³⁴

Pereira enumera as seguintes características da família atual: a) os sujeitos são mais importantes do que a família em si; b) a comunhão de vida substitui a hierarquia; c) o casamento não mais é a fonte única da família, havendo uma pluralidade de fontes (união estável, família monoparental e outras); d) a família deixou de ser autoritária; e) prevalece o afeto; f) a família deixou de ser apenas núcleo econômico e de reprodução para ser espaço de companheirismo; g) a família-instituição foi substituída pela família-instrumento.³⁵

Sobre o tema, pertinentes são as lições de Pereira:

Há uma nova concepção de família que se constrói em nossos dias. Fala-se na sua desagregação e no seu desprestígio. Fala-se na crise da família. Não há tal. Um mundo diferente imprime feição moderna à família. [...] a família ainda concede prestígio social e econômico, cultivando os seus membros certo orgulho por integrá-la. Recebe inequívoca proteção do Estado, que intervém cada vez mais e na medida em que os poderes privados declinam.³⁶

³¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito à família**. Disponível em: <http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_marco2004/docente/doc04.doc>. Acesso em: 17 out. 2010.

³² COELHO, 2009a, p. 8.

³³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009a. v. 5. p. 13.

³⁴ DIAS, Maria Berenice. Era uma vez. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, ética, família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 18.

³⁵ PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 18.

³⁶ PEREIRA, 2006, p. 28.

Na mesma linha, Diniz frisa que a família está passando por intensas modificações, “[...] mas como organismo natural ela não se acaba e como organismo jurídico está sofrendo uma nova organização; logo, não há desagregação ou crise”.³⁷

Não é demais concluir, dessa forma, que a família contemporânea se fundamenta em valores e princípios totalmente diversos daqueles que outrora alicerçaram o modelo tradicional e oitocentista, que era matrimonial, hierarquizado e patrimonial.³⁸

De acordo com Hironaka, a entidade familiar de hoje tende a ser mais sincera, “[...] no sentido de que as hipocrisias e as simulações de antes já não encontram mais lugar em cena, estando este espaço muito mais disponibilizado para os tratos francos e as rupturas consentidas e bem analisadas”.³⁹

Trata-se, a bem da verdade, “[...] de afastar a hipocrisia, a falsidade institucionalizada, o fingimento, o obscurecer dos fatos sociais, fazendo emergir as verdadeiras valorações que orientam as convivências grupais”.⁴⁰

Assim, desde o final do século passado, alguns pensadores têm afirmado estar-se vivendo a era da pós-modernidade, a qual se caracteriza pelo rompimento com antigas verdades absolutas e é fruto de um razoavelmente lento evoluir de idéias, de concepções, de maneiras de se interpretar os fatos da vida e as relações humanas.⁴¹

A chamada pós-modernidade proporcionou um salto qualitativo ao Direito Civil no sentido de sua releitura e reposicionamento, de modo a estruturar-se uma nova dimensão que aproxima direito e ética.⁴²

2.3 A PRINCIPIOLOGIA DO DIREITO DE FAMÍLIA

³⁷ DINIZ, 2009a, p. 25.

³⁸ GAMA, 2008, p. 27.

³⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu *status* e seu enquadramento na pós-modernidade. In: BASTOS, Eliana Ferreira; DIAS, Maria Berenice (Coord.). **A família além dos mitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 60-61.

⁴⁰ PEREIRA, 2007, p. 17.

⁴¹ HIRONAKA, op. cit., p. 54-55.

⁴² Ibid., p. 57.

A compreensão da família na pós-modernidade necessariamente perpassa pelo exame dos princípios que a norteiam. Passe-se, então, ao estudo dos princípios, iniciando-se por sua conceituação e noções gerais, para, em seguida, realizar a análise individualizada daqueles que se relacionam com o tema desta monografia.

2.3.1 Princípios: conceito e noções gerais

Os princípios “[...] incorporam as exigências de justiça e de valores éticos que constituem o suporte axiológico, conferindo coerência interna e estrutura harmônica a todo o sistema jurídico”.⁴³

Na ótica de Bonavides, eles são, “[...] enquanto valores, a pedra de toque ou o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada”.⁴⁴

Lôbo assinala que os princípios indicam suporte fático hipotético necessariamente indeterminado e aberto, dependendo sua incidência da mediação concretizadora do intérprete.⁴⁵

Afigura-se relevante destacar que princípios e regras não se confundem, ponto sobre o qual Dias apregoa o seguinte:

Os princípios são normas jurídicas que se distinguem das regras não só porque têm alto grau de generalidade, mas também por serem mandatos de otimização. Possuem um colorido axiológico mais acentuado do que as regras, desvelando mais nitidamente os valores jurídicos e políticos que condensam. Devem ter conteúdo de validade universal. Consagram valores generalizantes e servem para balizar todas as regras, as quais não podem afrontar as diretrizes contidas nos princípios.⁴⁶

Os princípios convivem com as regras não para minimizá-las, “[...] mas para produzir, em razão do convívio, uma mais significativa aplicação do direito em prol da justiça, por causa da unidade que esta conjugação oferece ao sistema [...]”.⁴⁷

⁴³ DIAS, 2007, p.55.

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo. Malheiros: 2001. p. 254.

⁴⁵ LÔBO, 2008, p. 35.

⁴⁶ DIAS, loc. cit.

⁴⁷ HIRONAKA, 2008, p. 57.

Feitas tais considerações, passa-se ao estudo individualizado de alguns dos princípios regentes do Direito de Família que podem ser relacionados com a questão do abandono afetivo dos filhos menores.

2.3.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana, instituído como fundamento da República Federativa do Brasil, encontra previsão no art. 1º, III, da Constituição Cidadã: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana [...]”.⁴⁸

Após mais de duas décadas de ditadura militar, a Constituição de 1988 explicitou aludido princípio e, reconhecendo sua eminência, atribuiu-lhe valor de alicerce da ordem jurídica democrática.⁴⁹ Tal reconhecimento significou um grande passo para a evolução do direito brasileiro, visto que, até então, a dignidade da pessoa humana não era expressamente contemplada no ordenamento jurídico nacional.⁵⁰

Cuida-se de fundamento da República por ser valor supremo que constitui não apenas princípio da ordem jurídica, mas também da ordem política, econômica e cultural, de modo a situar-se na base de toda a vida nacional.⁵¹

O Texto Maior consagrou verdadeiro imperativo de justiça social, que possui conteúdo indubitavelmente amplo, envolvendo valores espirituais (como liberdade de ser, pensar e criar) e materiais (como saúde, alimentação, lazer, entre outros).⁵²

Por ser da essência da natureza humana, a dignidade não admite violação e não estará assegurada se o indivíduo for humilhado, discriminado,

⁴⁸ BRASIL, 1988.

⁴⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 14.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 101.

⁵¹ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 40.

⁵² BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 392.

perseguido ou depreciado.⁵³ Sob esse prisma, a pessoa humana deve ser tratada e considerada como um fim por si só, e não como meio para a obtenção de algum resultado.⁵⁴

Para Bulos, a dignidade da pessoa humana, enquanto vetor determinante da atividade interpretativa da Constituição, consigna um *sobreprincípio*, ombreando os demais pórticos constitucionais.⁵⁵ Pode ser reputada, ainda, como valor pré-constituente e de hierarquia supraconstitucional.⁵⁶

Moraes, por sua vez, pontua:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.⁵⁷

Logo, “a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana [...] é irrenunciável e inalienável, e constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado”.⁵⁸

No âmbito do Direito de Família, o princípio em exame, que é base da comunidade familiar, garante o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, tendo por parâmetro a afetividade.⁵⁹

2.3.3 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Desde o século XIX, no Brasil, houve três correntes jurídico-doutrinárias subseqüentes em matéria de proteção à infância: a) doutrina do direito penal; b)

⁵³ SILVA, 2010, p. 40.

⁵⁴ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 462.

⁵⁵ BULOS, 2008, p. 393.

⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 150.

⁵⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 22.

⁵⁸ CARVALHO, loc. cit.

⁵⁹ DINIZ, 2009a, p. 23.

doutrina da situação irregular; c) doutrina da proteção integral. A primeira se fez presente nos Códigos Penais de 1830 e 1890, nos quais a responsabilidade criminal no menor era imputada em razão da capacidade de entendimento quanto à prática do crime, de modo que praticamente inexistia efetiva proteção. Já conforme a segunda corrente, que passou a vigorar com o Código de Menores de 1979, a proteção era conferida apenas ao menor enquadrado em situações de irregularidade. Por fim, a doutrina da proteção integral, atualmente vivenciada, não se restringe a um único seguimento da sociedade, mas é dirigida a toda população infanto-juvenil, que passou a merecer especial proteção.⁶⁰

A respeito da doutrina da proteção integral, Pereira sustenta:

De acordo com esta Doutrina, a população infanto-juvenil, em qualquer situação, deve ser protegida e seus direitos, garantidos, além de terem reconhecidas prerrogativas idênticas às dos adultos. [...]
A proteção, com prioridade absoluta, não é mais obrigação exclusiva da família e do Estado: é um dever social. As crianças e os adolescentes devem ser protegidos em razão de serem pessoas em condição peculiar de desenvolvimento.⁶¹

Para Elias, a ênfase que se dá à proteção integral é relevante, uma vez que “[...] não se pode pensar no menor apenas como alguém que precisa ser alimentado para sobreviver, como simples animal. É deveras importante atentar para o seu desenvolvimento psíquico [...]”.⁶²

Dessa maneira, a expressão *proteção integral* designa um sistema no qual crianças e adolescentes figuram como titulares de interesses subordinantes frente à família, à sociedade e ao Estado.⁶³ Explica-se:

Em resumo, proteger de quem? Da família, da sociedade e do Estado. E proteger como? Através de direitos e garantias expressos pelo legislador mediante um sistema jurídico que releve, pelo seu valor intrínseco, crianças e adolescentes. E proteger o que? Os interesses fundamentais da criança ou adolescente à vida, saúde, educação, liberdade, lazer, convivência familiar, convivência comunitária, integridade física, mental, espiritual etc.

⁶⁰ MEIRELLES, Rose Melo Vencelau. O princípio do melhor interesse da criança. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 467-468.

⁶¹ PEREIRA, Tânia da Silva. O “melhor interesse da criança”. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 14.

⁶² ELIAS, Roberto João. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 5.

⁶³ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 23.

Esta, portanto, a essência da proteção integral, substância das relações jurídicas próprias do Direito da Criança e do Adolescente.⁶⁴

A proteção integral da criança e do adolescente recebeu abrigo no direito brasileiro na Constituição de 1988 e foi definitivamente consolidada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90).⁶⁵

Pertinente, pois, o art. 227, *caput*, da Carta Constitucional:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.⁶⁶

Tal dispositivo é regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), que considera criança a pessoa com até doze anos incompletos e adolescente aquele que tem entre doze e dezoito anos de idade.⁶⁷

A propósito, válida é a transcrição do art. 3º do citado diploma legal, que trata da proteção integral à criança e ao adolescente:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.⁶⁸

Efetivamente, a maior vulnerabilidade e fragilidade dos infantes, como pessoas em desenvolvimento, justifica que sejam destinatários de um tratamento especial.⁶⁹

Nesse exato sentido, Gama afirma que, por estarem em processo físico e psíquico de desenvolvimento, a criança e o adolescente são portadoras de condição peculiar a merecer tratamento diferenciado das outras pessoas.⁷⁰

⁶⁴ PAULA, 2002, p. 24.

⁶⁵ MEIRELLES, 2006, p. 469.

⁶⁶ BRASIL, 1988.

⁶⁷ TARTUCE; SIMÃO, 2008, p. 38-39.

⁶⁸ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 07 dez. 2010.

⁶⁹ DIAS, 2007, p. 65.

⁷⁰ GAMA, 2008, p. 80-81.

Petry Junior anota que o “[...] objetivo, enfim, é manter a criança e o adolescente, tanto quanto possível, repita-se, a salvo de quaisquer efeitos nefastos à sua formação e desenvolvimento”.⁷¹

Observe-se, por fim, que o princípio em questão não se trata de uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações dos filhos menores com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado.⁷²

2.3.4 Princípio da paternidade responsável

Inicialmente, é preciso esclarecer que, muito embora o constituinte tenha empregado o termo *paternidade responsável* no art. 226, § 7º, da Carta Magna, o princípio em exame abarca tanto pai quanto mãe, conforme a elucidativa lição de Gama:

[...] o exame mais aprofundado do dispositivo, aliado a outras normas constitucionais – como, por exemplo, a igualdade entre homem e mulher em direitos e deveres –, permite a conclusão de que o Constituinte disse menos do que queria, provavelmente por ter sido induzido em equívoco diante da tradução do termo *parental responsibility*, que possui outra significação no âmbito do direito inglês. Assim, sem o cuidado que se deveria ter no transplante jurídico da noção inglesa para o direito brasileiro, o Constituinte empregou o termo *paternidade responsável*, quando, na realidade, o sentido é o da *parentalidade responsável*, referindo-se a expressão, logo, não apenas ao homem, mas também à mulher.⁷³

O fundamento da paternidade responsável “[...] reside no empenho pelo bem daqueles em relação aos quais a mesma é exercida, e este empenho está atrelado a um complexo de deveres e direitos correlatos”.⁷⁴

De acordo com Lôbo, o princípio da paternidade responsável não indica simplesmente a responsabilidade pelo cumprimento do dever de assistência material aos filhos, compreendendo também o dever de assistência moral.⁷⁵

⁷¹ PETRY JUNIOR, Henry. **Separação com causa culposa**: uma leitura à luz da hermenêutica constitucional. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 111.

⁷² LÔBO, 2008, p. 54.

⁷³ GAMA, 2008, p. 78.

⁷⁴ ROLLIN, Cristiane Flôres Soares. Paternidade responsável em direção ao melhor interesse da criança. In: PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel (org.). **Tendências constitucionais no direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 37.

⁷⁵ LÔBO, op. cit., p. 284.

Em decorrência desse princípio, há responsabilidade individual e social do homem e da mulher que, no exercício das liberdades inerentes à sexualidade e à procriação, geram uma nova vida humana, em favor da qual devem ser priorizados o bem-estar físico, psíquico e espiritual, com todos os direitos fundamentais reconhecidos em seu favor.⁷⁶

Silva, discorrendo sobre a matéria, dispõe:

A paternidade responsável, ou seja, a paternidade consciente, não animalesca, é sugerida. Nela e na dignidade da pessoa humana é que se fundamenta o planejamento familiar que a Constituição admite como um direito de livre decisão do casal [...]⁷⁷

Portanto, a paternidade deverá ser exercida de forma responsável, seja para a realização do planejamento familiar, seja para prover os filhos do suporte afetivo e material necessário para o seu bom desenvolvimento.⁷⁸

2.3.5 Princípio da solidariedade familiar

O princípio da solidariedade familiar encontra amparo no art. 3º, I, da Carta Magna: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária [...]”.⁷⁹

A referência expressa à solidariedade feita pelo constituinte estabelece um princípio jurídico inovador, a ser observado não apenas quando da elaboração das leis e execução de políticas públicas, mas também na aplicação do direito por seus operadores.⁸⁰

Tal princípio decorre da imprescindibilidade da coexistência humana e da consciência racional dos interesses em comum, indicando o conjunto de

⁷⁶ GAMA, 2008, p. 78.

⁷⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 828.

⁷⁸ ROLLIN, 2003, p. 43.

⁷⁹ BRASIL, 1988.

⁸⁰ MORAES, 2006, p. 46.

instrumentos destinados a garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade livre e justa, sem excluídos ou marginalizados.⁸¹

Por meio da solidariedade, nega-se a filosofia do individualismo jurídico que tanto marcou o Estado Liberal, objetivando-se alcançar um ponto de equilíbrio entre os interesses individuais e os interesses coletivos.⁸²

O princípio repercute, por razões óbvias, nas relações familiares, já que a solidariedade é imprescindível nesses relacionamentos pessoais.⁸³

Esclareça-se, por oportuno, que a solidariedade no âmbito da família não é apenas patrimonial, mas também afetiva e psicológica, impondo, ademais, respeito e consideração mútuos.⁸⁴

De acordo com Madaleno, a solidariedade é “[...] princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação”.⁸⁵

Lôbo discorre sobre a solidariedade entre cônjuges e companheiros, bem como em relação aos filhos:

A solidariedade no núcleo familiar deve entender-se como solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros, principalmente quanto à assistência moral e material. A solidariedade em relação aos filhos responde à exigência da pessoa de ser cuidada até atingir a idade adulta, isto é, de ser mantida, instruída e educada para a sua plena formação social. A convenção Internacional sobre os Direitos da Criança inclui a solidariedade entre os princípios a serem observados, o que se reproduz no ECA (art. 4).⁸⁶

Tal princípio “[...] dispõe de conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade”.⁸⁷

Dias ressalta que, ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, o Estado se esquia do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão.⁸⁸

⁸¹ MORAES, 2006, p. 46-48.

⁸² GAMA, 2008, p. 74.

⁸³ TARTUCE; SIMÃO, 2008, p. 31.

⁸⁴ Ibid., p. 32.

⁸⁵ MADALENO, 2008, p. 41.

⁸⁶ LÔBO, 2008, p. 64.

⁸⁷ DIAS, 2007, p. 63.

⁸⁸ DIAS, loc. cit.

2.3.6 Princípio da convivência familiar

A convivência familiar é a “[...] relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum”.⁸⁹

A importância da convivência familiar se justifica na medida em que é no seio da família que a pessoa nasce e se desenvolve, moldando sua personalidade ao mesmo tempo em que se integra ao meio social; é também na entidade familiar que geralmente se encontra amparo, conforto e refúgio.⁹⁰

Acerca do tema, Gama esclarece:

Como observa a doutrina, a convivência familiar “supõe o espaço físico, a casa, o lar, a moradia”, mas não necessariamente, diante da maior complexidade e dos estilos de vida contemporânea (inclusive por força de ingerências do mercado de trabalho). Ainda que fisicamente distantes, os membros da família mantêm a referência ao ambiente comum familiar e, assim, o local representa o refúgio seguro e privado, em que todos se sentem recíproca e solidariamente acolhidos e protegidos, notadamente as pessoas dos familiares vulneráveis, como as crianças e os idosos.⁹¹

Em relação à criança e ao adolescente, infere-se do art. 227, *caput*, da Constituição da República, que é dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar-lhes, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar.⁹²

Outrossim, o art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente também assegura tal direito nos seguintes termos:

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.⁹³

⁸⁹ LÔBO, 2008, p. 52.

⁹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. 2004. 157 f. Tese (Doutorado)-Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/1884/2272/1/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2011. p. 108.

⁹¹ GAMA, 2008, p. 85.

⁹² BRASIL, 1988.

Nessa senda, a manutenção da convivência familiar constitui direito dos filhos menores e dever dos pais, além do que “[...] não assume apenas a faceta do conviver e da coexistência, mas vai muito mais além, ou seja, participar, interferir, limitar, enfim, educar”.⁹⁴

Releva sublinhar que, ainda quando os pais estejam separados, o filho menor tem direito à convivência com cada um, não sendo lícito ao guardião impedir o acesso ao outro genitor com restrições injustificadas.⁹⁵

Nesse aspecto, é digno de nota que a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Organização das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, preceitua, em seu artigo 9.3, que os Estados Membros deverão respeitar 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”.⁹⁶

2.3.7 Princípio da afetividade

De início, é necessário, nos dizeres de Groeninga, “[...] desmistificar o afeto como sendo apenas o amor”.⁹⁷

Segundo Lôbo, a afetividade, sob o enfoque jurídico, não se confunde com o afeto como fato psicológico, de modo que “[...] a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles”.⁹⁸

Diniz enfatiza que o traço dominante da evolução da família é a “[...] tendência em tornar o grupo familiar cada vez menos organizado e hierarquizado,

⁹³ BRASIL, 1990.

⁹⁴ PEREIRA, 2004, p. 96.

⁹⁵ LÔBO, 2008, p. 53.

⁹⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre os direitos da criança**. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/doc_crianca.php>. Acesso em: 07 dez. 2010.

⁹⁷ GROENINGA, Giselle Câmara. Afetos, sexualidade e violência – a família desmistificada. In: BASTOS, Eliana Ferreira; DIAS, Maria Berenice (Coord.). **A família além dos mitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 79.

⁹⁸ LÔBO, op. cit., p. 48.

fundando-se cada vez mais na afeição mútua, que estabelece plena comunhão de vida”.⁹⁹

Mesmo não constando a expressão *afeto* na Lei Maior como sendo um direito fundamental, é possível concluir que ele decorre da valorização constante da dignidade da pessoa humana.¹⁰⁰

Sobre o princípio da afetividade, Madaleno afirma que “[...] necessariamente os vínculos consangüíneos não se sobrepõem aos liames afetivos, podendo até ser afirmada a prevalência destes sobre aqueles”.¹⁰¹

A esse respeito, pertinentes as considerações de Dias:

O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. [...] A família transforma-se na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros: valorizam-se as funções afetivas da família. Despontam novos modelos de família mais igualitárias nas relações de sexo e idade, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo, na expressão de Michel Perrot. A família e o casamento adquiriram um novo perfil, voltados muito mais a realizar os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes.¹⁰²

Lôbo define referido princípio como aquele “[...] que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico”.¹⁰³

O autor prossegue afirmando que a doutrina tem visualizado a aplicação do princípio da afetividade em variadas situações do Direito de Família, nas dimensões: a) da solidariedade e da cooperação; b) da funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros; c) do redirecionamento dos papéis masculino e feminino; d) dos efeitos jurídicos da reprodução humana medicamente assistida; e) da colisão de direitos fundamentais; f) da primazia do estado de filiação, independentemente da origem genética.¹⁰⁴

Realmente, a afetividade invade a ciência jurídica transcendendo os aspectos exclusivamente psicológicos e sociológicos, conforme preconiza Pereira,

⁹⁹ DINIZ, 2009a, p. 24.

¹⁰⁰ TARTUCE; SIMÃO, 2008, p. 41.

¹⁰¹ MADALENO, 2008, p. 66.

¹⁰² DIAS, 2007, p. 68.

¹⁰³ LÔBO, 2008, p. 47.

¹⁰⁴ Ibid., p. 52.

para o qual “[...] o afeto e tolerância hão de ser incorporados como valores jurídicos no âmbito das relações familiares”.¹⁰⁵

Os princípios acima enumerados constituem a base dos fundamentos necessários para a compreensão da polêmica existente sobre a responsabilização civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores. Daí a relevância de seu estudo. Feito isso, o capítulo seguinte trata da responsabilidade civil.

¹⁰⁵ PEREIRA, 2006, p. 40.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

Neste capítulo são apresentados os aspectos gerais da responsabilidade civil (apanhado histórico, conceito, classificação e pressupostos), cuja análise, evidentemente, é indispensável para embasar o tema proposto no presente trabalho monográfico.

3.1 APANHADO HISTÓRICO

Historicamente, nos primórdios da civilização humana, dominava a vingança coletiva, que se caracterizava pela reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa causada a um de seus componentes.¹⁰⁶

Posteriormente, evoluiu-se para um período em que prevalecia a vingança privada, no qual os homens faziam justiça com as próprias mãos, buscando a reparação do mal pelo mal, quadro que se pode sintetizar nas fórmulas “olho por olho, dente por dente” ou “quem fere com ferro, com ferro será ferido”.¹⁰⁷

O Direito Romano parte dessa visão, tomando a manifestação natural e espontânea do ofendido como premissa para, regulando-a, permiti-la ou excluí-la quando sem justificativa. Cuida-se da Pena de Talião, cujos traços se encontram na Lei das XII Tábuas.¹⁰⁸

Sucedem-se o período da composição, no qual o prejudicado passa a perceber as vantagens e conveniências da substituição da vingança pela compensação econômica.¹⁰⁹

Num estágio mais avançado, o legislador veda à vítima fazer justiça com as próprias mãos, de modo que a composição econômica, de voluntária que era, passa a ser obrigatória.¹¹⁰

¹⁰⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009b. v. 7. p. 10.

¹⁰⁷ Ibid., p. 10-11.

¹⁰⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 10.

¹⁰⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 4.

¹¹⁰ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 27.

Um marco na evolução histórica da responsabilidade civil se dá com a edição da *Lex Aquilia*, diploma legal de importância tão grande que deu nome à atual responsabilidade civil extracontratual (ou aquiliana).¹¹¹

Sobre a lei em comento, Diniz leciona:

A *Lex Aquilia de damno* veio a cristalizar a idéia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse os ônus da reparação, em razão do valor da *res*, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem culpa. Passou-se a atribuir o dano à conduta culposa do agente. A *Lex Aquilia de damno* estabeleceu as bases da responsabilidade extracontratual, criando uma forma pecuniária de indenização do prejuízo, com base no estabelecimento de seu valor. Esta lei introduziu o *damnum iniuria datum*, ou melhor, prejuízo causado a bem alheio, empobrecendo o lesado, sem enriquecer o lesante. Todavia, mais tarde, as sanções dessa lei foram aplicadas aos danos causados por omissão ou verificados sem o estrago físico e material da coisa. O Estado passou, então, a intervir nos conflitos privados, fixando o valor dos prejuízos, obrigando a vítima a aceitar a composição, renunciando a vingança.¹¹²

A reparação permaneceu no Direito Romano com o caráter de pena, visto que ainda não existia nítida distinção entre a responsabilidade civil e penal, noção que apenas surgiu na Idade Média, com a estruturação da idéia de dolo e de culpa *stricto sensu*, seguida de uma elaboração dogmática da culpa.¹¹³

Para Venosa, ademais, a teoria da reparação de danos somente começou a ser perfeitamente compreendida quando os juristas equacionaram que seu fundamento se situa na quebra do equilíbrio patrimonial provocado pelo dano. Desse modo, transferiu-se o enfoque da culpa, como fenômeno centralizador da indenização, para a noção de dano.¹¹⁴

Nessa esteira, Tartuce aclara:

O estrondo industrial sentido na Europa com a Segunda Revolução Industrial, precursora do modelo capitalista, trouxe consequências jurídicas importantes. De acordo com a aclamada teoria do risco iniciaram-se os debates para a responsabilização daqueles que realizam determinadas atividades em relação à coletividade. Verificou-se, a par dessa industrialização, uma maior atuação estatal, bem como a exploração em massa da atividade econômica, o que justificaria a aplicação da nova tese de responsabilidade sem culpa. Mesmo com resistências na própria França,

¹¹¹ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 11.

¹¹² DINIZ, 2009b, p. 11.

¹¹³ DINIZ, loc. cit.

¹¹⁴ GONÇALVES, 2005, p. 16.

a teoria da responsabilidade sem culpa prevaleceu no direito alienígena, atingindo também a legislação do nosso País.¹¹⁵

Assim, procura-se fundamentar a responsabilidade na idéia da culpa, mas, sendo essa insuficiente para atender às imposições do progresso, tem o legislador fixado os casos especiais em que deve ocorrer a obrigação de reparar independentemente daquela noção, a exemplo do que ocorre nos arts. 927, parágrafo único, e 933, ambos do Código Civil.¹¹⁶

Diniz pondera ter havido, com o passar do tempo, expansão da responsabilidade civil, “aumentando-se o número de pessoas responsáveis pelos danos, de beneficiários da indenização e de fatos que ensejam a responsabilidade civil”.¹¹⁷

De fato, à medida que a civilização se desenvolve, ficam mais complexas as relações sociais, quadro em que se torna inevitável o conflito de interesses, os quais se desdobram em problemas de responsabilidade civil.¹¹⁸

3.2 CONCEITO

O vocábulo *responsabilidade* tem sua origem no verbo latino *respondere*, significando a obrigação que alguém tem de assumir as conseqüências jurídicas de seus atos, contendo, ainda, a raiz latina *spondeo*, fórmula por meio da qual se vinculava, no Direito Romano, o devedor nos contratos verbais.¹¹⁹

Antes de iniciar a tentativa conceitual, é de todo relevante frisar que a responsabilidade civil, no ordenamento jurídico brasileiro, possui previsão constitucional:

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

¹¹⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Método, 2008. v. 2. p. 305.

¹¹⁶ GONÇALVES, 2005, p. 8.

¹¹⁷ DINIZ, 2009b, p. 13.

¹¹⁸ DINIZ, loc. cit.

¹¹⁹ DIAS, 2006, p. 15.

[...]

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

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;¹²⁰

O Código Civil, ademais, trata do tema em diversos dispositivos, dentre os quais se destacam os seguintes:

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

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

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.¹²¹

Grandes são as dificuldades que a doutrina tem enfrentado para conceituar a responsabilidade civil, ante a complexidade do tema.¹²²

Para Cavalieri Filho, “em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”.¹²³

A noção jurídica de responsabilidade, conforme Gagliano e Pamplona Filho, “pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando *a priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências de seu ato (obrigação de reparar)”.¹²⁴

Diniz formula sua conceituação nos seguintes termos:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão

¹²⁰ BRASIL, 1988.

¹²¹ BRASIL, 2002.

¹²² DINIZ, 2009b, p. 33-34.

¹²³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 24.

¹²⁴ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 9.

de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.¹²⁵

Para o doutrinador Stoco, a responsabilidade civil, em resumo, “[...] traduz a obrigação da pessoa física ou jurídica ofensora de reparar o dano causado por conduta que viola um dever jurídico preexistente de não lesionar (*neminem laedere*) implícito ou expresso na lei”.¹²⁶

Por seu turno, Coelho aduz, em sumária definição, que “A responsabilidade civil é a obrigação em que o sujeito ativo pode exigir o pagamento de indenização do passivo por ter sofrido prejuízo imputado a este último”.¹²⁷

Apropriado trazer à tona, ainda que concisamente, a diferenciação entre obrigação e responsabilidade: “obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro”.¹²⁸

Em verdade, “[...] a responsabilização é o meio e o modo de exteriorização da própria Justiça e a responsabilidade é a tradução para o sistema jurídico do dever moral de não prejudicar a outro [...]”.¹²⁹

3.3 CLASSIFICAÇÃO

Para a melhor compreensão do tema, é apropriado trazer a lume as principais classificações existentes, às quais necessariamente se subsumem as situações concretas.

3.3.1 Responsabilidade penal e civil

¹²⁵ DINIZ, 2009b, p. 35.

¹²⁶ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 120.

¹²⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: obrigações; responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009b. v. 2. p. 252.

¹²⁸ CAVALIERI FILHO, 2005, p. 24.

¹²⁹ STOCO, op. cit., p. 120.

Como visto anteriormente, não havia entre os romanos, na antiguidade, distinção entre responsabilidade civil e responsabilidade penal, noção que apenas se sedimentou na Idade Média. Muito antes, porém, a *Lex Aquilia* já trazia uma leve diferenciação: embora a responsabilidade continuasse sendo penal, a indenização pecuniária passou a ser a única forma de sanção nos casos de atos lesivos não criminosos.¹³⁰

Nos dias atuais, a ilicitude não é uma exclusividade do Direito Penal, pois sendo ela, essencialmente, uma contrariedade entre a conduta e a norma jurídica, pode ter lugar em qualquer ramo do Direito.¹³¹

No caso da responsabilidade penal, o agente infringe uma norma de direito público, lesando a sociedade, ao passo que na responsabilidade civil o interesse diretamente lesado é o privado, cabendo ao prejudicado pleitear ou não a reparação.¹³²

Assim, “no direito privado, o que se tem em mira é a reparação de dano em prol da vítima; no direito penal, como regra, busca-se a punição e a melhor adequação social em prol da sociedade”.¹³³

A separação entre as ilicitudes “atende apenas a critérios de conveniência ou de oportunidade, afeiçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço”.¹³⁴

Consoante Gagliano e Pamplona Filho, a diferença entre o ilícito civil e o ilícito penal é tão somente de grau ou de quantidade.¹³⁵

É possível afirmar que “[...] aquelas condutas humanas mais graves, que atingem bens sociais de maior relevância, são sancionadas pela lei penal, ficando para a lei civil a repressão das condutas menos graves”.¹³⁶

Ressalte-se, a propósito, que um mesmo fato pode ensejar as duas responsabilidades, não havendo *bis in idem* em tal circunstância, justamente em razão do bem jurídico tutelado por cada uma delas.¹³⁷

Acerca da questão:

¹³⁰ GONÇALVES, 2005, p. 18.

¹³¹ CAVALIERI FILHO, 2005, p. 36.

¹³² GONÇALVES, op. cit., p. 19.

¹³³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo. Atlas. 2006. v. 4. p. 17.

¹³⁴ CAVALIERI FILHO, 2005, p. 37.

¹³⁵ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 6.

¹³⁶ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 37.

¹³⁷ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 5.

Quando coincidem, a responsabilidade penal e a responsabilidade civil proporcionam as respectivas ações, isto é, as formas de se fazerem efetivas: uma, exercível pela sociedade, outra, pela vítima; uma, tendente à punição, outra, à reparação: a ação civil aí, sofre, em larga proporção, a influência da ação penal.¹³⁸

A respeito da independência relativa entre a responsabilidade civil e a criminal, Diniz assevera:

É preciso ainda não olvidar o disposto no art. 935 do Código Civil, que estabelece o princípio da independência da responsabilidade civil relativamente à criminal, porém não se poderá questionar mais sobre a existência de fato (isto é, do crime e suas conseqüências) ou quem seja seu autor, quando essas questões se encontrarem decididas no crime. Há, portanto, uma independência relativa.¹³⁹

Por fim, cumpre registrar que, enquanto a responsabilidade criminal é pessoal, intransferível, a responsabilidade civil é patrimonial, ou seja, é o patrimônio do devedor que responde por suas obrigações.¹⁴⁰

3.3.2 Responsabilidade contratual e extracontratual

Como antes enfatizado, quem infringe dever jurídico *lato sensu* de que resulte dano a outrem fica obrigado a indenizar. Tal responsabilidade pode ter como fonte de origem uma relação jurídica obrigacional preexistente ou pode ter por causa geradora uma obrigação imposta pela própria lei.¹⁴¹

A depender, portanto, da natureza da norma jurídica violada pelo agente causador do dano, é possível dividir a responsabilidade civil em contratual e extracontratual.¹⁴²

Na sintética e precisa lição de Gonçalves, “na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual, descumpre o avençado, tornando-se inadimplente”.¹⁴³

¹³⁸ DIAS, 2006, p. 14.

¹³⁹ DINIZ, 2009b, p. 25.

¹⁴⁰ GONÇALVES, 2005, p. 21.

¹⁴¹ CAVALIERI FILHO, 2005, p. 38.

¹⁴² GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 16.

Cavaliere Filho, ao abordar o tema, explana que:

Haverá responsabilidade contratual quando o dever jurídico violado (inadimplemento ou ilícito contratual) estiver previsto no contrato. [...] Haverá, por seu turno, responsabilidade extracontratual se o dever jurídico violado não estiver previsto no contrato, mas sim em lei ou na ordem jurídica.¹⁴⁴

De uma forma geral, a responsabilidade contratual encontra previsão nos arts. 389 e seguintes do Código Civil, enquanto a extracontratual é alicerçada nos arts. 186 a 188 e 927 e seguintes do mesmo diploma legal.¹⁴⁵

Em relação à culpa contratual e à culpa aquiliana, Gagliano e Pamplona Filho estabelecem os principais marcos distintivos:

[...] sendo a *culpa contratual* a violação de um dever de adimplir, que constitui justamente o objeto do negócio jurídico, ao passo que, na *culpa aquiliana*, viola-se um dever necessariamente negativo, ou seja, a obrigação de não causar dano a ninguém. Justamente por essa circunstância é que, na responsabilidade civil aquiliana, a culpa deve ser sempre provada pela vítima, quando na responsabilidade contratual, ela é, de regra, presumida, invertendo-se o ônus da prova, cabendo à vítima comprovar, apenas, que a obrigação não foi cumprida, restando ao devedor o *onus probandi*, por exemplo, de que não agiu com culpa ou que ocorreu alguma excludente do elo de causalidade.¹⁴⁶

Gonçalves consigna que os adeptos da teoria unitária, ou monista, criticam a dualidade de tratamento em relação às responsabilidades contratual e aquiliana, sob o fundamento de que uniformes são os efeitos de ambas no cenário jurídico. Entretanto, prossegue o autor, nos códigos de diversos países, inclusive no Brasil, tem sido acolhida a tese dualista ou clássica, embora largamente combatida.¹⁴⁷

De qualquer forma, “o fundamental é ficar assente que o instituto da responsabilidade em geral compreende todas as regras com base nas quais o autor de um dano fica obrigado a indenizar”.¹⁴⁸

¹⁴³ GONÇALVES, 2005, p. 26.

¹⁴⁴ CAVALIERI FILHO, 2005, p. 38-39.

¹⁴⁵ BRASIL, 2002.

¹⁴⁶ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 18.

¹⁴⁷ GONÇALVES, op. cit, p. 27.

3.3.3 Responsabilidade objetiva e subjetiva

O instituto da responsabilidade civil teve grande desenvolvimento nos últimos cem anos, sendo repensadas muitas concepções até então tidas por inabaláveis, como o entendimento, hoje superado, de que não poderia haver responsabilização sem culpa.¹⁴⁹

Esclareça-se, desde logo, que o vocábulo *culpa* está aqui sendo empregado em sentido amplo, *lato sensu*, para indicar não só a culpa *stricto sensu*, mas também o dolo.¹⁵⁰

O fato é que “a multiplicação das oportunidades e das causas de danos evidenciaram que a responsabilidade subjetiva mostrou-se inadequada para cobrir todos os casos de reparação”,¹⁵¹ surgindo, então, a teoria objetiva.

Gonçalves elucida a diferença entre as responsabilidades subjetiva e objetiva na seguinte passagem:

Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na idéia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro desta concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa. A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou “objetiva”, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade.¹⁵²

Na mesma linha, Diniz adverte que a responsabilidade poderá ser classificada:

[...] em relação ao seu fundamento, caso em que se apresentará como: a) *responsabilidade subjetiva*, se encontrar sua justificativa na culpa ou dolo por ação ou omissão, lesiva a determinada pessoa [...]. Desse modo, a prova da culpa do agente será necessária para que surja o dever de reparar; b) *responsabilidade objetiva*, se fundada no risco, que explica essa responsabilidade no fato de haver o agente causado prejuízo à vítima ou a seus bens [...]. É irrelevante a conduta culposa ou dolosa do causador do dano, uma vez que bastará a existência do nexo causal entre o prejuízo

¹⁴⁸ VENOSA, 2006, p. 20.

¹⁴⁹ STOCO, 2004, p. 148.

¹⁵⁰ CAVALIERI FILHO, 2005, p. 39.

¹⁵¹ STOCO, op. cit., p. 149.

¹⁵² GONÇALVES, 2005, p. 21.

sofrido pela vítima e a ação do agente para que surja o dever de indenizar.¹⁵³

A regra geral da responsabilidade subjetiva, vislumbrada quando o agente causador do dano atuar com negligência, imprudência ou imperícia, encontra fundamento no art. 186 do Código Civil (antes transcrito).¹⁵⁴

Por sua vez, a responsabilidade objetiva é tratada de forma geral - sem prejuízo de outros comandos legais que igualmente versam sobre a responsabilidade sem culpa - no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, segundo o qual “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”.¹⁵⁵

Assim, “conforme o fundamento que se dê à responsabilidade, a culpa será ou não considerada elemento da obrigação de reparar o dano”.¹⁵⁶

Do exposto, conclui-se que vige no ordenamento jurídico brasileiro um sistema dual de responsabilidade civil, em que se tem a responsabilidade subjetiva como regra geral e a responsabilidade objetiva como regra especial.¹⁵⁷

3.4 PRESSUPOSTOS

Para a análise dos pressupostos da responsabilidade civil, afigura-se imprescindível transcrever, uma vez mais, o art. 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.¹⁵⁸

Como se infere do referido dispositivo, os pressupostos gerais da responsabilidade civil são: ação ou omissão, nexo de causalidade e dano. Nas hipóteses de responsabilidade civil subjetiva, haverá outro pressuposto: a culpa.¹⁵⁹

¹⁵³ DINIZ, 2009b, p. 130.

¹⁵⁴ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 13.

¹⁵⁵ BRASIL, 2002.

¹⁵⁶ GONÇALVES, 2005, p. 21.

¹⁵⁷ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 15.

¹⁵⁸ BRASIL, 2002.

¹⁵⁹ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 23-24.

Passa-se, a seguir, ao exame individual de cada um dos sobreditos pressupostos.

3.4.1 Ação ou omissão

Não há responsabilidade civil sem determinado comportamento humano contrário à ordem jurídica, de forma que “ação e omissão constituem, por isso mesmo, tal como no crime, o primeiro momento da responsabilidade civil”.¹⁶⁰

O comportamento do agente poderá ser uma comissão ou uma omissão: “A comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não-observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se”.¹⁶¹

Percebe-se, então, que a regra é a ação positiva; já para a configuração da omissão, é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado ato, bem como a prova de que a conduta não foi praticada.¹⁶²

Deverá haver na conduta, ademais, voluntariedade, “[...] que resulta exatamente da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz”.¹⁶³

Coelho indica, porém, que a voluntariedade pode ser consciente ou não: “Os atos instintivos (busca da satisfação sexual) e automáticos (direção de veículos automotores) são inconscientes, mas voluntários, e por isso geram responsabilidade civil quando ilícitos”.¹⁶⁴

Além de responder por ato próprio, o que acaba sendo a regra geral, o agente pode ser responsabilizado por ato de terceiro e, ainda, pelos danos causados por animal ou coisa inanimada.¹⁶⁵

Gonçalves explica e exemplifica cada uma das referidas hipóteses:

¹⁶⁰ STOCO, 2004, p. 131.

¹⁶¹ DINIZ, 2009b, p. 40.

¹⁶² TARTUCE, 2008, p. 353.

¹⁶³ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 27.

¹⁶⁴ COELHO, 2009b, p. 305-306.

¹⁶⁵ TARTUCE, op. cit., p. 353.

O Código prevê a responsabilidade por ato próprio, dentre outros, nos casos de calúnia, difamação e injúria; de demanda de pagamento de dívida não vencida ou já paga; de abuso de direito.

A responsabilidade por ato de terceiro ocorre nos casos de danos causados pelos filhos, tutelados e curatelados, ficando responsáveis pela reparação os pais, tutores e curadores. Também o patrão responde pelos atos de seus empregados. Os educadores, hoteleiros e estalajadeiros, pelos seus educandos e hóspedes. Os farmacêuticos por seus prepostos. As pessoas jurídicas de direito privado, por seus empregados, e as de direito público, por seus agentes. E, ainda, aqueles que participam do produto do crime.

A responsabilidade por danos causados por animais e coisas que estejam sob a guarda do agente é, em regra, objetiva: independe de prova de culpa. Isto se deve ao aumento do número de acidentes e de vítimas, que não devem ficar irressarcidas, decorrente do grande desenvolvimento da indústria de máquinas.¹⁶⁶

Diniz define o pressuposto em exame da seguinte maneira:

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.¹⁶⁷

Na resumida lição de Gagliano e Pamplona Filho, trata-se “[...] da conduta humana, positiva ou negativa (omissão), guiada pela vontade do agente, que desemboca no dano ou prejuízo”.¹⁶⁸

3.4.2 Nexo de causalidade

Outro requisito da responsabilidade civil é a existência do chamado nexos de causalidade, o qual, na visão de Cavalieri Filho, estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano.¹⁶⁹

Acerca do pressuposto em questão, Diniz expõe:

O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se “nexo causal”, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou com sua

¹⁶⁶ GONÇALVES, 2005, p. 32.

¹⁶⁷ DINIZ, 2009b, p. 40.

¹⁶⁸ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 27.

¹⁶⁹ CAVALIERI FILHO, 2005, p. 71.

consequência previsível. Tal nexó representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa.¹⁷⁰

Logo, se houver dano sem que sua causa esteja relacionada com o comportamento do suposto ofensor, inexistente relação de causalidade e, conseqüentemente, não há obrigação de indenizar.¹⁷¹

Em suma, “[...] é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato”.¹⁷²

O nexó causal, destarte, “[...] constitui o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, constituindo a relação de causa e efeito entre a conduta culposa ou o risco criado e o dano suportado por alguém”.¹⁷³

Trata-se, como se vê, de uma noção aparentemente simples, mas que, na prática, enseja algumas perplexidades.¹⁷⁴

Gonçalves lança o seguinte questionamento: “[...] qual o critério que poderemos utilizar para chegar à conclusão de que, no concurso de várias circunstâncias, uma dentre elas é que foi determinante no prejuízo?”. O autor afirma que a resposta a essa pergunta constitui um dos problemas mais debatidos em Direito.¹⁷⁵

Fundamentalmente, são três as principais teorias que tentam explicar o nexó de causalidade: a) teoria da equivalência de condições; b) teoria da causalidade adequada; c) teoria da causalidade direta.¹⁷⁶

Explicar-se-á, em apertada síntese, cada uma delas.

Segundo a teoria da equivalência de condições, se várias condições concorrem para o mesmo resultado, todas têm o mesmo valor, a mesma relevância, isto é, todas se equivalem, não se indagando se uma delas foi mais ou menos eficaz, mais ou menos adequada.¹⁷⁷

¹⁷⁰ DINIZ, 2009b, p. 111.

¹⁷¹ TARTUCE, 2008, p. 364.

¹⁷² CAVALIERI FILHO, 2005, p. 70.

¹⁷³ TARTUCE, op. cit., p. 364.

¹⁷⁴ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 70.

¹⁷⁵ GONÇALVES, 2005, p. 536.

¹⁷⁶ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 86.

¹⁷⁷ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 72.

Já de acordo com a teoria da causalidade adequada, nem todos os antecedentes do evento danoso constituem sua causa, mas somente aquele que, de forma predominante, gerou o resultado.¹⁷⁸

Por fim, para a teoria da causalidade direta, a causa “[...] seria apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessariedade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata”.¹⁷⁹

Nesse contexto, Tartuce indaga: descartada a primeira teoria, qual das duas últimas foi adotada pelo Código Civil de 2002?¹⁸⁰

A questão é deveras controvertida, havendo quem defenda a teoria da causalidade adequada, como Cavalieri Filho,¹⁸¹ e quem sustente a teoria da causalidade direta, a exemplo de Gonçalves.¹⁸²

Para Stoco, independentemente da teoria que se adote, caberá ao juiz, na apreciação do caso concreto, “[...] sopesar as provas, interpretá-las como conjunto e estabelecer se houve violação do direito alheio, cujo resultado seja danoso, e se existe um nexo causal entre esse comportamento do agente e o dano verificado”.¹⁸³

Finalmente, impõe-se analisar, de forma igualmente breve, as excludentes do nexo causal, as quais, em conformidade com a doutrina predominante são: culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior.

No caso de culpa exclusiva da vítima, deverá ela arcar com todos os prejuízos, pois o agente que ocasionou o dano é apenas um instrumento do acidente, não se podendo falar em nexo de causalidade entre a sua ação e a lesão.¹⁸⁴

Gonçalves exemplifica:

Assim, por exemplo, se alguém, desejando suicidar-se, atira-se sob as rodas de um veículo, o seu motorista, que o dirigia de forma normal e prudente, não pode ser considerado causador do atropelamento. Foi ele um mero instrumento da vontade da vítima, esta, sim, a única culpada pelo evento.¹⁸⁵

¹⁷⁸ VENOSA, 2006, p. 43.

¹⁷⁹ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 90.

¹⁸⁰ TARTUCE, 2008, p. 365.

¹⁸¹ CAVALIERI FILHO, 2005, p. 73-75.

¹⁸² GONÇALVES, 2005, p. 540-542.

¹⁸³ STOCO, 2004, p. 147.

¹⁸⁴ DINIZ, 2009b, p. 114.

A respeito do fato de terceiro, Venosa registra que “a questão é tormentosa na jurisprudência, e o juiz, por vezes, vê-se perante uma questão de difícil solução. [...] Na maioria das vezes, os magistrados decidem por equidade”.¹⁸⁶

Entretanto, o que aqui releva saber é que, em princípio, “[...] desde que haja a atuação causal de um terceiro, sem que se possa imputar a participação do autor do dano, o elo de causalidade restaria rompido”.¹⁸⁷

No que concerne ao caso fortuito e a força maior, existe forte divergência doutrinária quanto à distinção entre os dois institutos, havendo, inclusive, quem vislumbre nessa diferença questão meramente acadêmica.¹⁸⁸

Tal embate, entretanto, deixa de ser explorado, por não constituir ponto essencial para a presente pesquisa.

É suficiente, neste espaço, relevar que se cogita caso fortuito ou força maior “[...] quando se trata de acontecimento que escapa a toda diligência, inteiramente estranho à vontade do devedor da obrigação”.¹⁸⁹

O art. 393, parágrafo único, do Código Civil, aliás, dispõe que “o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.¹⁹⁰

3.4.3 Dano

O vocábulo *dano* é oriundo do latim *damnum*, significando o prejuízo impingido a um bem juridicamente protegido, com a diminuição de um patrimônio ou a lesão de um sentimento.¹⁹¹

Ao contrário do que ocorre no Direito Penal, que nem sempre exige um resultado para estabelecer a punibilidade do agente, no âmbito civil esse resultado é indispensável e se apresenta como condição.¹⁹²

¹⁸⁵ GONÇALVES, 2005, p. 542.

¹⁸⁶ VENOSA, 2006, p. 53-54.

¹⁸⁷ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 116.

¹⁸⁸ Ibid., p. 110.

¹⁸⁹ CAVALIERI FILHO, 2005, p. 91.

¹⁹⁰ BRASIL, 2002.

¹⁹¹ FARIA JÚNIOR, Adolpho de Paiva. **Reparação civil do dano moral**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 12.

¹⁹² STOCO, 2004, p. 1180.

Isso porque a responsabilidade civil resulta em obrigação de ressarcir, a qual, logicamente, não poderá se concretizar quando não houver dano a ser reparado.¹⁹³

Realmente, como pondera Cavalieri Filho, indenização sem dano importaria enriquecimento sem causa para quem a recebesse, porquanto seu primordial objetivo, como se sabe, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrando-a, se possível, ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito.¹⁹⁴

Por conseguinte, resulta possível afirmar que, seja qual for a espécie de responsabilidade (contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva), o dano é considerado pressuposto indispensável para a sua configuração.¹⁹⁵

Gagliano e Pamplona Filho conceituam o dano como sendo “[...] a lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não –, causado por ação ou omissão do sujeito infrator”.¹⁹⁶

De sua vez, Faria Junior explicita que:

Dano é um mal ou prejuízo que se faz a alguém. É a deterioração da coisa alheia, prejuízo suportado pelo patrimônio econômico ou moral de alguém, ataque aos direitos, interesses e bem-estar de alguém [...]. Em suma, o dano, ou melhor, o prejuízo como resultado da atuação, voluntária ou não, do agente, é que impõe a reparação, podendo, ainda, num sentido amplo, ser entendido como a lesão de qualquer bem jurídico.¹⁹⁷

Diniz cita que “o dano é a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral”.¹⁹⁸

Para que o dano seja efetivamente reparável, é necessária a conjugação dos seguintes requisitos mínimos: a) violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica; b) certeza de dano (no sentido de que somente dano certo e efetivo é indenizável); c) subsistência do dano (caso o prejuízo já tenha sido reparado, perde-se o interesse da responsabilização civil).¹⁹⁹

¹⁹³ DINIZ, 2009b, p. 61.

¹⁹⁴ CAVALIERI FILHO, 2005, p. 96.

¹⁹⁵ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 36.

¹⁹⁶ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, loc. cit.

¹⁹⁷ FARIA JUNIOR, 2003, p. 12-13.

¹⁹⁸ DINIZ, op. cit., p. 123.

¹⁹⁹ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 38-40.

Tradicionalmente, a doutrina costuma classificar o dano em patrimonial e moral.

O dano patrimonial é “[...] a lesão concreta, que afeta interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária [...]”.²⁰⁰

Divide-se em: a) danos emergentes (efetivo prejuízo experimentado pela vítima, isto é, o que ela perdeu); b) lucros cessantes (o que a pessoa razoavelmente deixou de lucrar por causa do dano).²⁰¹

Já o dano moral (ou extrapatrimonial) “[...] é aquele elementarmente psíquico, que afeta o indivíduo de forma abstrata e cujo cálculo depende de análise hipotética da situação ofensiva”.²⁰²

Gagliano e Pamplona Filho definem a modalidade de dano em apreço:

[...] o dano poderá atingir outros bens da vítima, de cunho personalíssimo, deslocando o seu estudo para a seara do denominado dano moral. Trata-se, em outras palavras, do prejuízo ou lesão de direitos, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro, como é o caso dos direitos da personalidade, a saber, o direito à vida, à integridade física (direito ao corpo, vivo ou morto, e à voz), à integridade psíquica (liberdade de pensamento, criações intelectuais, privacidade e segredo) e à integridade moral (honra, imagem e identidade) [...].²⁰³

Pode-se afirmar, portanto, que danos morais são aqueles ocorridos “[...] na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana [...] ou da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua”.²⁰⁴

Dessa maneira, em abreviada conclusão, tem-se que os danos morais são aqueles que, sem repercutir diretamente no patrimônio da vítima, causam-lhe dor merecedora de compensação.²⁰⁵

Cavaliere Filho aduz que, na falta de critérios objetivos, a tarefa de definir o que configura e o que não configura o dano moral vem se tornando tormentosa na doutrina e jurisprudência. Para o autor, somente deve ser reputado como dano moral “[...] a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira

²⁰⁰ DINIZ, 2009b, p. 67.

²⁰¹ TARTUCE, 2008, p. 385.

²⁰² FARIA JUNIOR, 2003, p. 18.

²⁰³ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 43-44.

²⁰⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral**. 6. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009. p. 2

²⁰⁵ COELHO, 2009b, p. 289.

intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar”.²⁰⁶

Outra questão que gera infindáveis debates reside nos critérios a serem utilizados para a quantificação do dano moral, que não possui equivalência patrimonial exata ou expressão matemática.²⁰⁷

Nesse aspecto, Gonçalves sugere que sejam sopesados os seguintes fatores: a) a condição social, educacional, profissional e econômica do lesado; b) a intensidade de seu sofrimento; c) a situação econômica do ofensor e os benefícios que obteve com o ilícito; d) o grau de dolo ou culpa; e) a gravidade e a repercussão da ofensa; f) as peculiaridades e circunstâncias que envolvem o caso, observando-se o caráter anti-social da conduta lesiva.²⁰⁸

Absolutamente, a compensação não deve constituir fonte de riqueza para o lesado e nem causa de ruína para o ofensor, mas também não pode ser tão irrisória que não sirva de desestímulo ao ato ilícito ou não compense e satisfaça o ofendido.²⁰⁹

3.4.4 Culpa

É preciso esclarecer, inicialmente, que a culpa não pode ser considerada um pressuposto geral da responsabilidade civil, uma vez que, como visto, há hipóteses em que se prescinde desse elemento subjetivo (responsabilidade objetiva).²¹⁰

A culpa será considerada um pressuposto, então, somente nos casos de responsabilidade civil subjetiva, que são, aliás, de comum ocorrência, motivo pelo qual o estudo do instituto se reveste de grande relevância.

Como já referido anteriormente, a culpa deve ser aqui entendida em sentido amplo, indicando tanto o dolo quanto a culpa em sentido estrito.

²⁰⁶ CAVALIERI FILHO, 2005, p. 104-105.

²⁰⁷ STOCO, 2004, p. 1183.

²⁰⁸ GONÇALVES, 2005, p. 594-595.

²⁰⁹ STOCO, op. cit., p. 1184.

²¹⁰ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 24.

Caso a atuação desastrosa do agente seja deliberadamente procurada e alcançada, diz-se que houve dolo; se, entretanto, o prejuízo da vítima é decorrência de comportamento negligente, imprudente ou imperito (cuas definições serão analisadas adiante), há culpa *stricto sensu*.²¹¹

Para Faria Junior, entende-se a culpa “[...] como o fundamento ou a consequência do descumprimento de uma obrigação que ao agente era dado conhecer e respeitar”.²¹²

Já Cavalieri Filho reputa possível conceituar a culpa como sendo a “[...] conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível”.²¹³

Stoco, no mesmo norte, preleciona:

A culpa, em sentido amplo, tanto pode ser a expressão da consciência e vontade dirigidas a um fim perseguido e querido, embora ilícito, como o descumprimento de um dever de cuidado ou de diligência em razão de aqodamento, de desídia ou de imperfeição técnica, ainda que sem intenção de prejudicar.²¹⁴

É apropriado trazer à baila os elementos que compõem a culpa, os quais, de acordo com a doutrina tradicional, são: a) voluntariedade do comportamento do agente; b) previsibilidade de dano; c) violação de dever de cuidado.²¹⁵

As formas de manifestação da culpa em sentido estrito, como cediço, são a negligência, a imprudência e a imperícia. A negligência é a inobservância de normas que ordenam agir com atenção, capacidade, solicitude e discernimento; imprudência é a precipitação ou o ato de proceder sem cautela; e imperícia é a falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato.²¹⁶

Tais conceituações são assim elaboradas por Stoco:

A culpa pode empenhar ação ou omissão e revela-se através da *imprudência*: comportamento aqodado, precipitado, apressado, exagerado ou excessivo; *negligência*: quando o agente se omite, deixa de agir quando deveria fazê-lo e deixa de observar regras subministradas pelo bom senso, que recomendam cuidado, atenção e zelo; e *imperícia*: a atuação

²¹¹ GONÇALVES, 2005, p. 490.

²¹² FÁRIA JUNIOR, 2003, p. 24.

²¹³ CAVALIERI FILHO, 2005, p. 59.

²¹⁴ STOCO, 2004, p. 134.

²¹⁵ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 126.

²¹⁶ DINIZ, 2009b, p. 42-43.

profissional sem o necessário conhecimento técnico ou científico que desqualifica o resultado e conduz ao dano.²¹⁷

A classificação da culpa pode se dar sob diferentes prismas.

Tendo em conta a natureza do dever violado, a atuação culposa se divide em contratual (se baseada em negócio jurídico preexistente) e extracontratual (se oriunda de lei ou preceito geral de Direito).²¹⁸

Quanto à sua graduação, Cavalieri Filho destaca que a culpa pode ser: a) grave (falta de cautela grosseira, com descuido injustificável ao homem normal); b) leve (se a falta puder ser evitada com atenção ordinária); c) levíssima (caracterizada pela falta de atenção extraordinária, pela ausência de habilidade especial ou conhecimento singular).²¹⁹

Já no que toca ao critério de apreciação, a culpa pode ser *in concreto* e *in abstracto*. Na primeira, analisa-se a conduta de acordo com o caso concreto, ao passo que na segunda é feita uma análise comparativa da conduta do agente com a do chamado homem médio ou da pessoa normal.²²⁰ Para Tartuce, “[...] as duas formas deverão interagir entre si; deve-se analisar o caso concreto levando-se em conta a normalidade do comportamento humano”.²²¹

Por fim, em relação ao conteúdo da conduta ilícita, a culpa se divide em: a) culpa *in vigilando*: decorre da falta de vigilância, de fiscalização, em face da conduta de terceiro por quem o agente é responsável; b) culpa *in eligendo*: advém da má escolha daquele a quem se confia a prática de um ato; c) culpa *in custodiendo*: diz respeito à falta de cautela em relação a animal ou objeto sob os cuidados do agente; d) culpa *in comittendo*: quando o agente realiza um ato positivo, violando um dever jurídico; e) culpa *in omittendo*: quando o agente realiza uma abstenção culposa, negligenciando um dever de cuidado.²²²

Quanto à classificação acima descrita, vale enfatizar que, tendo o Código Civil alçado “[...] a responsabilidade civil objetiva a um posto de maior importância [...], nota-se que essas espécies de culpa, e, conseqüentemente, as ‘presunções’ tradicionalmente reconhecidas pela doutrina, perderam a importância de outrora”.²²³

²¹⁷ STOCO, 2004, p. 132.

²¹⁸ DINIZ, 2009b, p. 43-44.

²¹⁹ CAVALIERI FILHO, 2005, p. 62.

²²⁰ DINIZ, op. cit., p. 45.

²²¹ TARTUCE, 2009, p. 358.

²²² GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 130-132.

²²³ Ibid, p. 132.

Encerrado o estudo dos principais aspectos da família e da responsabilidade civil no ordenamento jurídico pátrio, cuida-se, no próximo capítulo, da questão que constitui a problematização desta pesquisa. Questiona-se: é cabível responsabilizar civilmente os pais pelo abandono afetivo dos filhos menores?

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELO ABANDONO AFETIVO DOS FILHOS MENORES

A (im)possibilidade de responsabilização civil dos genitores em razão do abandono afetivo da prole é tema bastante polêmico e que tem gerado infindáveis debates na doutrina e na jurisprudência, revestindo-se de grande importância na atualidade, especialmente diante dos contornos da família contemporânea, que, como visto, encontra no afeto seu principal elemento identificador.

Antes de ingressar na discussão propriamente dita, contudo, reputa-se apropriado tecer considerações acerca da relevância dos genitores no sadio desenvolvimento dos filhos.

4.1 A IMPORTÂNCIA DOS PAIS NA FORMAÇÃO DOS FILHOS

Sabe-se que os pais são os principais responsáveis pela formação dos filhos e que a boa relação familiar entre a criança/adolescente e seus genitores contribui sobremaneira para seu adequado desenvolvimento.²²⁴

Durante a infância e a adolescência, o ser humano se encontra em uma fase peculiar de sua existência e as experiências vivenciadas ao longo dessa etapa da vida repercutem de forma significativa na formação de sua estrutura psíquica.²²⁵

Por meio da identificação dos genitores como modelos e da vivência afetiva com eles, bem como da oscilação entre amor e ódio com um e com outro, os seres humanos se tornam capazes de dirigir suas emoções, impulsos e sentimentos para fins socialmente aceitáveis.²²⁶ Aliás, uma das finalidades da família é justamente o “[...] aprendizado do controle dos impulsos e do balizamento dos afetos, de amor e de ódio, na segurança das relações com os pais [...]”.²²⁷

²²⁴ ROLLIN, 2003, p. 39.

²²⁵ LAURIA, Flávio Guimarães. **A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 57-58.

²²⁶ Ibid., p. 72.

²²⁷ GROENINGA, 2008, p. 71.

Na companhia dos pais, “[...] o pequeno aprende como proceder nas mais diversas situações criadas pelo relacionamento social, incorporando valores e conferindo a sinceridade dos conceitos enunciados em casa”.²²⁸

É importante que o filho menor possa se relacionar com essas duas figuras (pai e mãe), porquanto a ausência, o desprezo ou a mera indiferença, seja da figura paterna, seja da figura materna, interferirão, no mais das vezes, de forma danosa em sua formação.²²⁹

Esclarecedora é a doutrina de Cezar-Ferreira:

O filho precisa sentir que ambos os pais cuidam dele e o protegem. Naturalmente, quanto menor a criança, mais necessitará de vinculação afetiva estável e de cuidados físicos e materiais, mas todos os menores dependem, inevitavelmente, de cuidados básicos como saúde, educação e sociabilidade, permeados por amor, independentemente da condição social, financeira ou instrucional de seus genitores.²³⁰

Cada genitor preenche uma gama específica de necessidades da prole. A mãe atua, sobretudo, nos cuidados mais primários, como o afeto aconchegante e o acompanhamento diário; já o pai, embora não dispensado de tais atribuições, desempenha importante papel quanto à segurança e firmeza da personalidade.²³¹

É de conhecimento geral que, em algumas situações, os pais negligenciam suas obrigações e acabam contribuindo de modo expressivo para que os filhos tomem caminhos ruinosos.²³² Não é raro que os genitores deixem de estabelecer qualquer relação com sua prole, colocando-a em situação de total desamparo afetivo.

O distanciamento entre pais e filhos menores pode causar nestes últimos seqüelas psicológicas e comprometer severamente seu sadio desenvolvimento. Sem dúvida, o sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes na vida das crianças e adolescentes.²³³

²²⁸ COELHO, 2009a, p. 189.

²²⁹ ROLLIN, 2003, p. 39.

²³⁰ CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. **Família, separação e mediação: uma visão psicojurídica**. São Paulo: Método, 2007. p. 65.

²³¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 696

²³² NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 34.

²³³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 452-453.

Pereira adverte que a ausência das funções dos pais se apresenta como um fenômeno social alarmante, que provavelmente tem gerado as péssimas conseqüências conhecidas por todos, como o aumento da delinqüência juvenil e o grande número de menores de rua.²³⁴

Nessa diretriz, Velasquez salienta o seguinte:

O abandono e a negligência familiares e a falta de afeto e diálogo também são problemas comuns que afligem os jovens, não sendo de espantar que mais de 90% dos adolescentes infratores internados provenham de famílias bastante desestruturadas, marcadas por agressões físicas e emocionais, problemas psiquiátricos e pela ausência das figuras paterna e materna, seja pela rejeição pura e simples, seja pela morte ou doença, muitas vezes causadas também pela violência urbana.²³⁵

Realmente, “seria ingenuidade pensar que esses sintomas sociais que o cotidiano nos escancara são conseqüência apenas do descaso do Estado e de uma economia perversa”.²³⁶

Madaleno pondera que os profissionais da Psicologia têm afirmado que o filho abandonado por seus pais sofre trauma e ansiedade, com nefasta repercussão em suas futuras relações, ressentidas de autoconfiança.²³⁷

Por outro lado, se a criança cresce em um ambiente sadio, cercada de atenção pelos genitores, tende a desenvolver sua auto-estima, componente psicológico fundamental ao bom desempenho escolar, ao futuro sucesso profissional e ao bom relacionamento com as pessoas.²³⁸

Ressaltada a inestimável valia da real participação dos pais na vida dos filhos menores, procura-se demonstrar, a seguir, a proteção jurídica conferida ao afeto nas relações paterno-filiais.

4.2 A PROTEÇÃO JURÍDICA DO AFETO NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS

²³⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **As conseqüências da ausência do pai**. Disponível em: <<http://www.rodrigodacunha.info/reportagem04.html>>. Acesso em: 18 abr. 2011.

²³⁵ VELASQUEZ, Miguel Granato. **HECATOMBE X ECA**. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id527.htm>>. Acesso em: 17 out. 2010.

²³⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Nem só de pão vive o homem**: responsabilidade civil por abandono afetivo. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=392>>. Acesso em: 05 maio 2011.

²³⁷ MADALENO, 2008, p. 318.

Inicialmente, é preciso esclarecer que inexiste no ordenamento jurídico brasileiro previsão legal expressa no sentido de impor aos pais o dever de prestar afeto aos filhos, de forma que, na realidade, tal dever decorre da análise conjunta de diversos dispositivos de lei e dos princípios que regem a família na atualidade.

A Constituição da República e a Lei nº 8.069/90 acolheram a doutrina da proteção integral ao transformar a criança e o adolescente em sujeitos de direito, colocando-os a salvo de toda forma de negligência e lhes contemplando com um enorme número de garantias.²³⁹

Assim, segundo o art. 227, *caput*, da Magna Carta, os direitos da criança e do adolescente (dentre os quais se inserem a dignidade, o respeito e a convivência familiar) devem ser assegurados pela família, sociedade e Estado com absoluta prioridade.²⁴⁰

Oportuno, uma vez mais, transcrever o dispositivo, ante sua relevância:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.²⁴¹

Merece registro que a enumeração de direitos contida no texto constitucional - a qual, aliás, também é feita no art. 4º do ECA - não é exaustiva, cuidando-se de “norma aberta, com um mínimo legal, mas permissiva de uma interpretação ampla a permitir o respeito e aplicação da doutrina da proteção integral”.²⁴²

Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que aos infantes devem ser disponibilizadas todas as condições para um satisfatório desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, conforme se infere da leitura de seu art. 3º:

²³⁸ NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 344.

²³⁹ DIAS, 2010, p. 452.

²⁴⁰ BRASIL, 1988.

²⁴¹ BRASIL, 1988.

²⁴² AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 24.

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.²⁴³

O art. 19 do citado diploma, ademais, garante-lhes o direito de serem criadas e educadas no seio de sua família, pois é nela que “[...] a criança e o adolescente vão se abrindo para o mundo e assimilando valores, hábitos e modos de superar as dificuldades, de formar o caráter e de introduzir-se na vida social”.²⁴⁴

A atenção e cuidado especiais a que fazem jus a criança e o adolescente devem ser iniciados no núcleo familiar, o qual se constitui em lugar central e de excelência para o desenvolvimento saudável da pessoa.²⁴⁵

Especificamente em relação aos deveres dos pais, o art. 229 do diploma constitucional preconiza que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores [...]”.²⁴⁶

Discorrendo sobre o dever de assistência próprio dos genitores, Maciel assinala que:

Esta regra engloba, além do sustento, a assistência imaterial concernente ao afeto, ao cuidado e ao amor. [...]
Analisando a redação do art. 229 da CF/88, no que tange ao dever dos pais de assistir os filhos menores, notamos a amplitude do termo e as suas vertentes possíveis. Se, por um lado, significa ajudar, auxiliar e socorrer, por outro, há a vertente de estar presente, perto, comparecer, presenciar, acompanhar e até mesmo coabitar.²⁴⁷

Sob este ângulo, para a autora, o vocábulo *assistir* adquire a conotação de participação dos pais, ativa e contínua, na vida dos filhos.²⁴⁸

²⁴³ BRASIL, 1990.

²⁴⁴ CURY, 2003, p. 101.

²⁴⁵ RAMIDOFF, Mário Luiz. **Direito da criança e do adolescente**: teoria jurídica da proteção integral. Curitiba: Vicentina, 2008. p. 316.

²⁴⁶ BRASIL, 1988.

²⁴⁷ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder familiar. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 119.

²⁴⁸ MACIEL, loc. cit.

Já de acordo com o art. 1.634, I e II, do Código Civil, compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores, dirigir-lhes a criação e educação, bem como tê-los em sua companhia e guarda.²⁴⁹

A respeito do dispositivo acima mencionado, convém esclarecer que a noção de educação (inciso I) “[...] é abrangente e inclui tanto a educação escolar e profissional quanto a formação moral que se dá no ambiente familiar, contribuindo para a formação do indivíduo e do cidadão”.²⁵⁰ Nesse sentido, Diniz sustenta que os pais deverão dirigir a criação e educação dos filhos amoldando sua personalidade e dando-lhes boa formação moral.²⁵¹ Coelho, ao abordar referido dever (criação e educação), relaciona-o com a idéia geral de preparação para a vida.²⁵²

Quanto ao poder-dever de companhia e guarda, tem-se que este é necessário para que os pais possam dirigir a formação dos filhos, regendo seu comportamento e vigiando-os, até porque são civilmente responsáveis pelos atos lesivos por eles praticados.²⁵³

Do cotejo dos dispositivos acima citados, infere-se que não basta aos pais prover as necessidades materiais da prole (como alimentação, moradia, transporte e assistência médica); é igualmente essencial o suporte moral, que compreende a convivência diária, o diálogo, a educação, a participação, a transmissão de afeto, entre outros fatores.²⁵⁴

Boschi, nesse tocante, aduz:

O dever de assistência ampla e geral previsto na Carta Magna abrange a assistência material [...]; e a assistência imaterial, traduzida no apoio, carinho, aconchego, atenção, cuidado, participação em todos os momentos da vida, proteção e respeito pelos pais aos direitos da personalidade do filho, como à honra, imagem, liberdade, dignidade, patronímico de família, segredo, intimidade, integridade psíquica e moral, convivência familiar e direito aos pais, entre outros.²⁵⁵

²⁴⁹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 24 out. 2010.

²⁵⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**: direito de família. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 5. p. 280.

²⁵¹ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1162.

²⁵² COELHO, 2009a, p. 189.

²⁵³ DINIZ, loc. cit.

²⁵⁴ NADER, 2009, p. 344.

²⁵⁵ BOSCHI, Fabio Bauab. **Direito de visita**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 61-62.

É passível de constatação, pois, que ofende a dignidade do filho não apenas a ausência de socorro material, mas também a omissão no apoio moral.²⁵⁶ Ora, não basta colocar um ser no mundo e prover-lhe financeiramente, sendo “fundamental completar a sua criação com a ambiência, o aconchego, o carinho e o afeto indispensáveis ao ser humano, sem o que qualquer alimentação, medicamento ou cuidado se torna ineficaz”.²⁵⁷

De fato, considerando que deve ser garantida à criança e ao adolescente a integral formação de sua personalidade, os genitores têm, por consequência, um compromisso natural de afeto em relação aos filhos menores.²⁵⁸

Para Dias, “o conceito atual da família, centrada do afeto como elemento agregador, exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade”,²⁵⁹ de forma que é cabível concluir que a assistência emocional também é uma obrigação legal dos genitores.²⁶⁰

4.3 ABANDONO AFETIVO

É de geral saber que, desde o nascimento, a atenção, o carinho e a envolvente presença física dos pais são indispensáveis para o desenvolvimento sadio e normal do ser humano, sem carências, traumas e inseguranças. A natureza humana demanda a necessidade não apenas da presença, mas da real participação do pai e da mãe na criação dos filhos.²⁶¹

Dentre os inescusáveis deveres paternos, como visto, figura o de assistência moral, psíquica e afetiva, de maneira que, quando tal dever não é exercido, certamente a higidez psicológica do descendente rejeitado resta

²⁵⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 4. p. 320.

²⁵⁷ CURY, Munir. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 100.

²⁵⁸ MADALENO, 2008, p. 321.

²⁵⁹ DIAS, 2010, p. 452.

²⁶⁰ MACIEL, 2010, p. 119.

²⁶¹ RIZZARDO, 2009, p. 691.

afetada,²⁶² podendo ocasionar insegurança, instabilidade emocional, desajustamentos, agressividade, depressão, entre outros distúrbios.²⁶³

Na visão da Psicologia, “uma criança é um processo de construção de longo prazo que requer compromissos afetivos permanentes”, de sorte que “a negligência afetiva é muito danosa”.²⁶⁴

Realmente, “a deficiência e a privação de cuidado afetivo obstruem a coesão e a estruturação saudável da mente de uma criança ao longo do seu desenvolvimento [...]”.²⁶⁵

Esclareça-se, mais uma vez, que o afeto sob o enfoque jurídico não deve ser interpretado como sendo apenas o sentimento de amor.²⁶⁶ O conceito abarca, na verdade, todo o suporte moral que os pais devem alcançar aos filhos, como a real participação em sua criação, a convivência, o diálogo, a educação, entre outros fatores.

Para Maciel, “a assistência imaterial traduz-se no apoio, no cuidado, na participação na vida do filho e no respeito por seus direitos da personalidade, como o direito de conviver no âmbito da família”.²⁶⁷

Lôbo afirma que o abandono afetivo dos filhos nada mais é do que o inadimplemento dos deveres jurídicos da paternidade.²⁶⁸ Já Hironaka, nesse passo, aclara:

O dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, sendo certo que esta personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar, responsável que é por incutir na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada.²⁶⁹

²⁶² MADALENO, 2008, p. 317.

²⁶³ NADER, 2009, p. 344.

²⁶⁴ IENCARELLI, Ana Maria. Quem cuida ama – sobre a importância do cuidado e do afeto no desenvolvimento e na saúde da criança. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coords.). **Cuidado e vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 166-167.

²⁶⁵ Ibid., p. 168.

²⁶⁶ GROENINGA, 2008, p. 79.

²⁶⁷ MACIEL, 2010, p. 119.

²⁶⁸ LÔBO, 2008, p. 285.

²⁶⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/9365/8931>>. Acesso em: 05 maio 2011.

Para configurar ato ilícito, o abandono afetivo deve ser voluntário, pois se, por exemplo, o pai se afasta do filho em razão de ter contraído doença contagiosa, não há ilícito, visto que rompido o nexo de causalidade pela excludente da força maior. Cite-se, ainda, o caso de o guardião passar a residir em localidade distante e o não-guardião carecer de recursos financeiros para o encontro, hipótese na qual, em princípio, não estará caracterizado o abandono afetivo.²⁷⁰

Certo é, no entanto, que cada caso deve ser analisado em sua concretude, pois tais ocorrências, normalmente, não impedem o contato ao menos por telefone, cartas e *e-mails*.²⁷¹

Também inexistente abandono quando o desencontro entre pai e filho decorre da ignorância da paternidade, pois se o pai biológico desconhece a existência do filho, não lhe pode ser imputado o descumprimento dos deveres paternos.²⁷²

4.4 INTERPRETAÇÃO DOUTRINÁRIA

A questão da (im)possibilidade de responsabilização civil dos genitores em caso de abandono afetivo dos filhos menores é relativamente nova e, como frisado, divide opiniões na doutrina, havendo uma gama de fundamentos a amparar cada um dos posicionamentos antagônicos existentes a esse respeito.

Inicia-se pelos autores favoráveis à tese, isto é, os que defendem ser o abandono afetivo fato apto a ensejar danos de ordem moral passíveis de reparação pecuniária.

Madaleno assevera que, diferentemente dos adultos, os menores são incapazes de compreender a imotivada ausência do pai ou da mãe, fato que pode gerar o direito à reparação do agravo moral sofrido pela negativa do direito que tem a criança/adolescente à sadia convivência e referência parental.²⁷³

O autor arremata nos seguintes termos:

²⁷⁰ NADER, 2009, p. 345.

²⁷¹ NADER, loc. cit.

²⁷² NADER, loc. cit.

Além do direito ao nome paterno, o filho tem a necessidade e o direito, e o pai tem o dever de acolher social e afetivamente o seu rebento, sendo esse acolhimento inerente ao desenvolvimento moral e psíquico de seu descendente. Recusando aos filhos esses caracteres indissociáveis de sua estrutura em formação, age o pai em injustificável ilicitude civil, e assim gera o dever de indenizar também a dor causada pelas carências, traumas e prejuízos morais sofridos pelo filho imotivadamente rejeitado pela desumana segregação do pai.²⁷⁴

No mesmo pensar, Lôbo conclui que o princípio da paternidade responsável, estabelecido no art. 226 da Constituição, não se resume ao cumprimento do dever de assistência material, abrangendo também a assistência moral, dever jurídico cujo descumprimento pode levar à pretensão indenizatória.²⁷⁵

Para Rizzardo, a convivência com os pais é direito que se impõe por reclamo da natureza humana e impedir esse impulso que emana do próprio ser traz graves frustrações na realização da afetividade, com irreparáveis efeitos que repercutirão negativamente vida afora, ensejando a indenização pelo dano moral que se abate sobre o filho.²⁷⁶

Na ótica de Dias, a omissão do genitor em exercer os encargos decorrentes do poder familiar, abstendo-se de cumprir o dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação.²⁷⁷ Segundo a autora, a simples penalização com a perda do poder familiar não basta e, isoladamente, pode constituir-se não em uma pena, mas bonificação pelo abandono.²⁷⁸

Em reflexão sobre o tema, Pereira lança a seguinte indagação: a indenização não está “monetizando” o afeto? A resposta, para o jurista, é que não se está, de forma alguma, quantificando o afeto, uma vez que o valor da indenização é simbólico nessa hipótese, possuindo uma função punitiva e, mais do que isso, educativa.²⁷⁹ Prossegue:

[...] não é possível obrigar ninguém a amar. No entanto, a esta desatenção e a este desafeto devem corresponder uma sanção, sob pena de termos um direito acéfalo, um direito vazio, um direito inexigível. Se um pai ou uma mãe não quiserem dar atenção, carinho e afeto àqueles que trouxeram ao

²⁷³ MADALENO, 2008, p. 319.

²⁷⁴ MADALENO, loc. cit.

²⁷⁵ LÔBO, 2008, p. 284.

²⁷⁶ RIZZARDO, 2009, p. 698-699.

²⁷⁷ DIAS, 2010, p. 453.

²⁷⁸ DIAS, loc. cit.

²⁷⁹ PEREIRA, 2011.

“mundo, ninguém pode obrigá-los, mas à sociedade cumpre o papel solidário de lhes dizer, de alguma forma, que isso não está certo e que tal atitude pode comprometer a formação e o caráter dessas pessoas abandonadas afetivamente.”²⁸⁰

Nader destaca que, embora haja direito à reparação moral na situação aqui tratada, a questão é bastante complexa e seriam raros na prática os casos de sucesso em tal pleito, porquanto o ônus da prova incumbiria ao ofendido e seria necessária a comprovação do dano psicológico, da conduta culposa do pai e/ou da mãe (responsabilidade subjetiva) e, por fim, do nexo de causalidade, todos de difícil apuração.²⁸¹

Para Gonçalves, os juízes devem ser extremamente cautelosos e “somente casos especiais, em que fique cabalmente demonstrada a influência negativa do descaso dos pais na formação e no desenvolvimento dos filhos, com rejeição pública e humilhante, justifica o pedido de indenização por danos morais”.²⁸²

Por outro lado, há autores que entendem não ser possível a responsabilização na hipótese de abandono afetivo dos filhos menores, a exemplo de Carbone:

“Na verdade, não existe dano moral nem situação similar que permita uma penalidade indenizatória por abandono afetivo. O pai deve cumprir suas responsabilidades financeiras. O pagamento regular da pensão alimentícia supre outras lacunas, inclusive sentimentais. Para sustentar o filho, os pais têm que trabalhar, com o objetivo de manter um bom nível de vida até a maioridade ou a formatura na faculdade. Isso já é um ato de afeto e respeito.”²⁸³

Como se vê, de acordo com o autor, o simples apoio material aos filhos, como o ato do pagamento da pensão alimentícia, afigura-se suficiente e, além disso, representa afetividade.

Na relação entre pais e filhos, consoante Horne, “a liberdade afetiva está acima de qualquer princípio componente da dignidade da pessoa humana, sob pena de gerar um dano ainda maior para ambos”. Mais danoso do que a desvinculação afetiva, para o autor, é obrigar um pai a cumprir, por exemplo, o dever de visitar o

²⁸⁰ PEREIRA, 2011.

²⁸¹ NADER, 2009, p. 346.

²⁸² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 741.

²⁸³ CARBONE, Angelo. **Abandono afetivo e a justiça**. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/155565/?noticia=ABANDONO+AFETIVO+E+A+JUSTICA>>. Acesso em: 25 out. 2010.

filho sob o temor de uma futura ação de reparação de danos.²⁸⁴ Em seus dizeres, ademais:

Ao quantificar o afeto, outras situações poderiam ensejar a reparação civil. Haveria dano moral decorrente de maior ou menor grau de afeto. Um pai, que possui dois filhos e, entretanto, gosta mais de um do que do outro, poderia ser obrigado a ressarcir o filho prejudicado. Enfim, inúmeras situações surgiriam no dia a dia com base na quantificação do afeto.²⁸⁵

Na mesma linha, Alheiros preconiza que o afeto não deve ser tido como um sentimento imposto ou a ser convencionado pelas pessoas, mas sim como algo que decorre naturalmente e não pode ser cobrado de ninguém. A autora admite que o afeto é fundamental para a constituição de uma família e, a partir disso, questiona: “como podem agora querer que a afetividade seja imposta a pais e filhos (ou quem sabe num futuro próximo queiram impô-la também a irmãos) fundando-se apenas no vínculo sanguíneo que os ligam?”. Destaca, ainda, que a convivência familiar constitucionalmente protegida deve decorrer de laços afetivos, e não somente de vínculo biológico, pois, “se assim não o fosse, a convivência familiar seria ineficaz ou até prejudicial para a criança, já que ela não seria uma relação de amor”.²⁸⁶

Por isso, há quem entenda que a imposição de sanção pecuniária na situação aqui vertida pode gerar efeitos colaterais mais gravosos do que a desvinculação afetiva:

[...] podemos criar um problema mais grave. Muitos pais, não por amor, mas por temer a Justiça, passarão a exigir o direito de participar ativamente da vida do filho. Ainda que seja um mau pai, fará questão da convivência, e a mãe, zelosa, será obrigada a partilhar a guarda com alguém que claramente não possui qualquer afeto pela criança. A condição de amor compulsório poderá ser ainda pior que a ausência.²⁸⁷

²⁸⁴ HORNE, Francisco Alejandro. **O não cabimento de danos morais por abandono afetivo do pai**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=298>>. Acesso em: 05 maio 2011.

²⁸⁵ Ibid.

²⁸⁶ ALHEIROS, Danielle. **A impossibilidade de responsabilização civil dos pais por abandono afetivo**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12987/a-impossibilidade-de-responsabilizacao-civil-dos-pais-por-abandono-afetivo>>. Acesso em: 05 maio 2011.

²⁸⁷ CASTRO, Leonardo. **O preço do abandono afetivo**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/2866/1/O-Preco-Do-Abandono-Afetivo/pagina1.html>>. Acesso em: 09 maio 2011.

Para os defensores desta linha de pensamento, a intervenção do Judiciário em questões relativas ao sentimento é perigosa em coloca em risco relações que não são de sua alçada.²⁸⁸

Demonstrada a acirrada controvérsia doutrinária que circunda a responsabilização civil pelo abandono afetivo nas relações paterno-filiais, analisar-se-á, no próximo subitem, o tratamento jurisprudencial conferido à temática.

4.5 INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL

Aos poucos, os Tribunais começam a se manifestar sobre o tema. Ainda não há um grande número de julgados, já que, além de se tratar de tese relativamente nova e bastante discutida, o lesado, por vezes, não leva seu pleito a juízo por motivos que passam por sentimentos de vergonha, medo e desilusão.²⁸⁹

No ano de 2004, o extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais julgou, em sede de apelação cível, caso emblemático, decidindo ser indenizável a dor sofrida pelo abandono afetivo, em acórdão assim ementado:

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - RELAÇÃO PATERNO-FILIAL - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.

O dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.²⁹⁰

Tratou-se de caso em que o genitor, após se divorciar, continuou prestando alimentos ao filho menor (que permaneceu sob a guarda materna), mas deixou de manter com ele qualquer contato, abandonando-o afetivamente.

O relator do recurso anotou em seu voto – acompanhado pelos demais julgadores – que a responsabilidade dos pais não se pauta unicamente no encargo

²⁸⁸ CASTRO, 2011.

²⁸⁹ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos**: os conflitos no exercício do poder familiar. São Paulo: Atlas, 2008. p. 63.

²⁹⁰ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 408.550-5. Relator: Des. Unias Silva. Belo Horizonte, 01 de abril de 2004. Disponível em: <[http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&txt_processo=408550&complemento=0&sequencial=0&palavrasConsulta="que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo"&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&txt_processo=408550&complemento=0&sequencial=0&palavrasConsulta=)>. Acesso em: 24 out. 2010.

alimentar, mas também no dever de possibilitar o desenvolvimento humano dos filhos, com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Concluiu, então, estarem presentes o dano (ofensa à dignidade), a conduta ilícita (não cumprimento, pelo pai, do dever familiar de convívio e educação, por meio da afetividade) e, por fim, o nexo de causalidade. Assim, foi fixada indenização por danos morais no valor equivalente a 40 (quarenta) salários mínimos.

Contra referido *decisum* foi interposto recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça. Ao debruçar-se sobre a questão, a Quarta Turma do Tribunal da Cidadania reformou o acórdão mineiro sob o entendimento de que o dano moral pressupõe ato ilícito e que o abandono afetivo é incapaz de gerar o direito à reparação pecuniária:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.
2. Recurso especial conhecido e provido.²⁹¹

Colhe-se do corpo do acórdão que, “como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada”.²⁹² De acordo com o entendimento do relator, já existe sanção prevista em lei para a hipótese de abandono moral: a perda do poder familiar. Ainda segundo o julgador, acolher a tese de responsabilização civil enterraria definitivamente a possibilidade de restabelecimento da relação paterno-filial entre os envolvidos.

Convém ressaltar, entretanto, que a votação do julgado não foi unânime, tendo o Ministro Barros Monteiro divergido da maioria. Extraí-se do voto-vencido lavrado pelo Ministro:

O Tribunal de Alçada de Minas Gerais condenou o réu a pagar 44 mil reais por entender configurado nos autos o dano sofrido pelo autor em sua dignidade, bem como por reconhecer a conduta ilícita do genitor ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio e afeto com o filho, deixando assim de preservar os laços da paternidade. Esses fatos são

²⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 757.411/MG. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília, DF, 29 de novembro de 2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%22abandono+afetivo%22&processo=757411&b=ACOR>. Acesso em: 25 out. 2010.

²⁹² BRASIL, 2005.

incontroversos. Penso que daí decorre uma conduta ilícita da parte do genitor que, ao lado do dever de assistência material, tem o dever de dar assistência moral ao filho, de conviver com ele, de acompanhá-lo e de dar-lhe o necessário afeto. [...]

O dano resta evidenciado com o sofrimento, com a dor, com o abalo psíquico sofrido pelo autor durante todo esse tempo. [...]

Penso também, que a destituição do poder familiar, que é uma sanção do Direito de Família, não interfere na indenização por dano moral, ou seja, a indenização é devida além dessa outra sanção [...]²⁹³

Como se vê, o Ministro vencido sustentou que, além do dever de assistência material, o genitor tem o dever de alcançar assistência moral ao filho menor, além do que a destituição do poder familiar não obsta a indenização por danos morais.

Em seguida, contra a decisão em apreço foi interposto recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, o qual, porém, não foi conhecido sob o fundamento de que a análise da indenização por danos morais reside no âmbito da legislação infraconstitucional.²⁹⁴

Outra ação paradigmática promovida pelos mesmos fundamentos (danos morais em decorrência do abandono afetivo) tramitou na Comarca de Capão da Canoa/RS, tendo os pedidos sido julgados procedentes, com a condenação do genitor ao pagamento de danos morais à filha. Ante a ausência de interposição de recurso, a sentença transitou em julgado.²⁹⁵

No *decisum*, o julgador frisou que a educação não abrange somente a escolaridade, “[...] mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se autoafirme”. Anotou, ainda, que “é menos aviltante, com certeza, ao ser humano dizer ‘fui indevidamente incluído no SPC’ a dizer ‘fui indevidamente rejeitado por meu pai’”.²⁹⁶

Os casos acima descritos, que ganharam ampla divulgação nacional no meio jurídico, indicam a controvérsia que permeia a matéria. Os demais Tribunais

²⁹³ BRASIL, 2005.

²⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 567.164-0/MG. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, DF, 14 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=101&dataPublicacaoDj=02/06/2009&incidente=2567008&codCapitulo=6&numMateria=80&codMateria=3>>. Acesso em: 22 abr. 2011.

²⁹⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Chega ao STJ recurso que discute responsabilidade por abandono paterno**. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=79036&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=a educação abrange não somente a escolaridade](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=79036&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=a%20educa%C3%A7%C3%A3o%20abrange%20n%C3%A3o%20somente%20a%20escolaridade)>. Acesso em: 07 maio 2011.

²⁹⁶ Ibid.

pátrios, da mesma forma, têm demonstrado que a questão está longe de ser pacificada.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina já se pronunciou no sentido de que “[...] o filho não pode obrigar o pai a nutrir amor e carinho por ele, e por este mesmo motivo, não há fundamento para reparação pecuniária por abandono afetivo”.²⁹⁷ Na fundamentação do acórdão em tela, registrou-se que a tristeza e a angústia sentidas pelo filho em razão de ter sido rejeitado pelo pai não constituem causa apta a caracterizar danos morais.²⁹⁸

A mesma Corte de Justiça, contudo, já havia anteriormente decidido em sentido diametralmente oposto, assentando que “o pai que se omite em cuidar do filho, abandonando-o, ofende a integridade psicossomática deste, acarretando ilícito ensejador de reparação moral”.²⁹⁹ Consignou-se no corpo do julgado que, diante dos efeitos negativos da ausência do genitor na vida do filho, o abandono afetivo constitui ato atentatório à dignidade da pessoa humana hábil a gerar dano de ordem moral.³⁰⁰

O Tribunal de Justiça de São Paulo, igualmente, já acolheu a tese de responsabilização civil por abandono afetivo:

Responsabilidade civil. Dano moral. Autor abandonado pelo pai desde a gravidez da sua genitora e reconhecido como filho somente após propositura de ação judicial. Discriminação em face dos irmãos. Abandono moral e material caracterizados. Abalo psíquico. Indenização devida. Sentença reformada. Recurso provido para este fim.³⁰¹

O Pretório paulista entendeu que o abandono moral, naquele caso, foi consciente e desejado, de forma que o desamparo do filho, que sofreu comprovado abalo psíquico, merece ressarcimento. Condenou-se o genitor, então, ao pagamento

²⁹⁷ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2010.029238-1. Relator: Marcus Tulio Sartorato. Florianópolis, 15 de junho de 2010. Disponível em: <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000GAI10000&nuSeqProcessoMv=29&tipoDocumento=D&nuDocumento=2520672>>. Acesso em: 22 abr. 2011.

²⁹⁸ SANTA CATARINA, 2010.

²⁹⁹ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2006.015053-0. Relator: Monteiro Rocha. Florianópolis, 10 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=0100087YH0000&nuSeqProcessoMv=54&tipoDocumento=D&nuDocumento=1296398>>. Acesso em: 22 abr. 2011.

³⁰⁰ SANTA CATARINA, 2008.

³⁰¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 511.903-4/7-00. Relator: Caetano Lagrasta. São Paulo, 12 de março de 2008. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=2513926&vlCaptcha=Mmvbb>>. Acesso em: 07 maio 2011.

de indenização por danos morais, constando no acórdão o caráter pedagógico da referida condenação: “pune-se para que não se reitere [...]”.³⁰²

Em contrapartida, aquele mesmo Tribunal tem rechaçado a possibilidade de indenização na hipótese aqui tratada, sob o fundamento de que o abandono afetivo não constitui ato ilícito, como se depreende do seguinte precedente jurisprudencial:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – Almejado ressarcimento pelos sofrimentos experimentados em razão de abandono afetivo – Ausência de ato ilícito – Ninguém é obrigado a amar ninguém – Sentença de improcedência mantida – Recurso desprovido.³⁰³

O relator do recurso ponderou que, embora seja moralmente desprezível a atitude do pai que abandona o filho, tal fato não gera dever de indenizar, porquanto inexistente ilicitude no campo jurídico que embase referida condenação pecuniária. De acordo com o magistrado, “a lei não pode (porque não conseguiria se impor na prática) forçar as pessoas a serem boas”.³⁰⁴

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal também possui precedentes em ambos os sentidos. Já decidiu que “a compensação por danos morais em razão do abandono afetivo é possível, em que pese exista considerável resistência da jurisprudência pátria [...]”, visto que nenhuma criança deveria crescer sem bons pais dando-lhe suporte e afeto.³⁰⁵ Em caso análogo, porém, aquela mesma Corte deliberou de forma totalmente contrária, no sentido de que “o abandono afetivo pelo pai não enseja compensação de dano moral aos filhos”.³⁰⁶

Muito embora, como visto, não haja unanimidade, o fato é que os tribunais pátrios, no mais das vezes, têm afastado os pleitos de reparação moral por abandono afetivo, seguindo o posicionamento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça, como já fez o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

³⁰² SÃO PAULO, 2008.

³⁰³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0003535-74.2007.8.26.0168. Relator: Percival Nogueira. São Paulo, 17 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4969370>>. Acesso em: 07 maio 2011.

³⁰⁴ SÃO PAULO, 2011.

³⁰⁵ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 20090110114820APC. Relator: J. J. Costa Carvalho. Brasília, 13 de abril de 2011. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?DOCNUM=1&PGATU=1&I=20&ID=62220,59641,1502&MGW>>. Acesso em: 09 maio 2011.

³⁰⁶ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 20050410025043APC. Relator: Fernando Habibe. Brasília, 04 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?DOCNUM=1&PGATU=1&I=20&ID=62250,855,25152&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER>>. Acesso em: 09 maio 2011.

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE AFETO E CUIDADO DO PAI EM RELAÇÃO AO FILHO. Autor que alega ter sido vítima de abandono moral, pois o réu, seu pai, jamais teria lhe nutrido carinho, afeto ou amor paternal. O Direito se limita a impor aos pais deveres de ordem material. Amor, afeto e carinho não são bens jurídicos tutelados pelo Direito, não se podendo impor aos pais uma "obrigação de amar" os seus filhos, embora o abandono moral possa ser moralmente reprovável. [...]

No mesmo norte, ademais, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul já assentou que “não há como reconhecer o abandono afetivo como passível de reparação indenizatória, considerando o caráter subjetivo da liberdade afetiva do genitor”, sob o argumento de que o afeto não pode ser intitulado como um dever dos genitores.³⁰⁸

Assim, pela análise dos precedentes jurisprudenciais supra, nota-se que a (im)possibilidade de reparação moral por conta do abandono afetivo é tópico cujo entendimento ainda não foi sedimentado pelos Tribunais pátrios.

4.6 PROJETOS DE LEI SOBRE O TEMA

Por fim, urge destacar que a temática do abandono moral, além se fazer presente nos embates doutrinários e jurisprudenciais, igualmente aportou no Poder Legislativo, uma vez que, atualmente, há dois projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional a esse respeito.

O Projeto de Lei do Senado nº 700/2007, de autoria do Senador Marcelo Crivella, propõe a modificação do Estatuto da Criança e do Adolescente, alterando diversos de seus dispositivos, para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal. Exemplificativamente, ao art. 5º do ECA seria acrescido parágrafo único com a seguinte redação:

³⁰⁷ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Embargos Infringentes nº 2009.005.00182. Relatora: Maria Augusta Vaz M. de Figueiredo. São Paulo, 17 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=0003F38A82C212AFE199818495D2DC532AE950C402205020>>. Acesso em: 09 maio 2011.

³⁰⁸ MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2009.022400-9. Relator: Rêmolo Letteriello. Campo Grande, 08 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/cjosg/pcjoDecisao.jsp?OrdemCodigo=1&tpClasse=J>>. Acesso em: 09 maio 2011.

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.³⁰⁹

Entre os fundamentos constantes na justificativa do projeto está o de que os cuidados devidos às crianças e aos adolescentes compreendem atenção, presença e orientação por parte dos pais, além do que se faz necessário superar o atual estágio de insegurança jurídica caracterizado pelas decisões divergentes sobre o assunto.³¹⁰

Já o Projeto de Lei nº 4294/2008, do Deputado Carlos Bezerra, prevê, entre outras disposições, a inserção de parágrafo único no art. 1.632 do Código Civil, com a seguinte redação: “O abandono afetivo sujeita os pais ao pagamento de indenização por dano moral”.³¹¹

Extrai-se da justificação do citado projeto que, na relação paterno-filial, existe a necessidade de auxílio moral, consistente na prestação de apoio, afeto e atenção, fatores indispensáveis ao adequado desenvolvimento da personalidade dos filhos. Para o autor, se é certo que não é possível obrigar pais e filhos a se amar, é preciso, ao menos, permitir ao prejudicado o recebimento de indenização pelo dano causado.³¹²

Diante do exposto no presente capítulo, percebe-se que a temática da responsabilização civil pelo abandono afetivo nas relações paterno-filiais é relativamente nova e ainda se encontra em construção, pois fortemente controvertida doutrinariamente e pelos Tribunais, além de ser objeto de dois projetos de lei. A questão, portanto, reclama ampla reflexão pelo operador jurídico, não somente por sua complexidade, mas por envolver valores jurídicos de grande relevância.

³⁰⁹ SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado nº 700/2007. Modifica a Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/11978.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2011.

³¹⁰ SENADO FEDERAL, 2011.

³¹¹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 4294/2008. Acrescenta parágrafo ao artigo 1.632 do Código Civil e ao art. 3º do Estatuto do Idoso, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/613432.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2011.

³¹² CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2011.

5 CONCLUSÃO

Em decorrência do processo evolutivo sofrido pelo Direito de Família, sobretudo após a promulgação da Magna Carta de 1988 e do Código Civil de 2002, o afeto passou a ser o principal elemento caracterizador da entidade familiar.

Assim, ante a nova roupagem conferida à família contemporânea, que se afirma como local de realização pessoal de cada um de seus membros, surgiu, entre outros, o debate sobre a (im)possibilidade da responsabilização civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores, cuja solução tem se demonstrado bastante controvertida na doutrina e na jurisprudência.

Os adeptos da corrente que preconiza ser possível tal responsabilização sustentam, em resumo: a) os pais não têm apenas o dever de assistência material, mas também o dever de assistência moral em relação aos filhos; b) a ausência desse apoio viola os princípios norteadores do Direito de Família; c) a simples penalização com a perda do poder familiar não é suficiente e, ademais, constitui instituto do Direito de Família que não deve interferir na responsabilização civil; d) o dever de educação, previsto no art. 1.634, I, do Código Civil, pressupõe a efetiva participação dos pais na vida dos filhos; e) não se está quantificando o afeto, pois a indenização por danos morais exerce também, e principalmente, seu caráter pedagógico.

Por seu turno, a vertente contrária entende ser descabida a condenação por danos morais em tal hipótese, sob os seguintes fundamentos: a) a lei somente impõe aos pais o dever de assistência material à prole; b) o afeto deve decorrer naturalmente, e não ser imposto ou convencionado pelas pessoas; c) obrigar a convivência familiar seria ineficaz e possivelmente prejudicial à criança e ao adolescente; d) já existe sanção prevista em lei para a hipótese de abandono moral: a perda do poder familiar; e) não compete ao Judiciário obrigar alguém a amar; f) o abandono afetivo, embora censurável moralmente, não constitui, no campo jurídico, ato ilícito hábil a gerar responsabilização civil.

Após acurado exame do regramento e da principiologia que regem a matéria, bem como sopesados os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais existentes, entende-se ser juridicamente possível a responsabilização civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores.

De fato, tendo em vista que os direitos das crianças e adolescentes devem ser tratados com absoluta prioridade (art. 227 da Lei Maior) e que a elas devem ser disponibilizadas todas as condições para um satisfatório desenvolvimento mental e moral (art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente), bem como que o afeto é indispensável à sua formação, evidencia-se que, entre os deveres dos pais, insere-se o de proporcionar apoio moral aos filhos.

A propósito, a Constituição da República (art. 229) e o Código Civil (art. 1634) impõem aos genitores o dever de assistir, criar e educar os filhos, além do que o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 19) assegura o direito à convivência familiar, de modo que se afigura inaceitável crer que os deveres dos pais se esgotem com obrigações de ordem meramente material.

A principiologia correlata, sem dúvida, converge para a mesma conclusão. É evidente que o abandono afetivo implica afronta aos princípios da dignidade da pessoa humana, afetividade, melhor interesse da criança e do adolescente, paternidade responsável, solidariedade e convivência familiar.

Além disso, a destituição do poder familiar não pode constituir obstáculo para a reparação civil, uma vez que, além de inexistir fundamento legal para tal conclusão, a simples penalização com aquele instituto do Direito de Família seria ineficaz e, ainda, poderia vir em favor do genitor que abandona, o qual, por óbvio, não tem interesse em se relacionar com a prole.

Importa registrar que, embora não haja previsão legal expressa no sentido de que o abandono afetivo seja passível de reparação civil, também inexistem qualquer proibição em lei nesse sentido, de forma que tal ato pode ser considerado ilícito (art. 186 do Código Civil), pois representa flagrante violação aos direitos da criança ou adolescente, com danos em sua personalidade. Por conseguinte, deve incidir a regra geral no sentido de que o causador do dano fica obrigado a repará-lo (art. 927 do Código Civil).

Por oportuno, esclareça-se que, dentro da classificação estudada, a responsabilidade civil por abandono afetivo se classifica como extracontratual (já que não advém de contrato) e subjetiva (porquanto não prescinde da análise da culpa).

Não se está afirmando, porém, que a simples ausência de convívio entre pai/mãe e filho, por si só, enseja a responsabilização civil. Na realidade, ainda que se entenda juridicamente possível o pleito, deverão estar devidamente preenchidos e comprovados todos os pressupostos da responsabilidade civil: a) ação ou omissão

(conduta voluntária do genitor para abandonar o filho); b) dano (lesão de ordem moral sofrida pelo menor abandonado); c) nexo de causalidade (vínculo entre a conduta e o dano); d) culpa (dolo ou negligência por parte do autor do ato).

Não é demais lembrar que o ônus de tal prova, em princípio, recairá sobre o autor da demanda (filho abandonado), a teor do disposto no art. 333, I, do Código de Processo Civil.

Logo, a ação de indenização por dano morais em decorrência de abandono afetivo não deve ser encarada como um meio de simples vingança ou de lucro fácil. O Judiciário deverá estar atento à casuística, afastando eventuais pedidos desarrazoados.

O objetivo, a bem da verdade, é reparar os danos causados pela conduta voluntária de genitores negligentes. Ganha especial relevo, aliás, a função pedagógica da responsabilização civil, isto é, punir para que não se reitere, advertindo os demais a não cometer ato ilícito análogo.

O fato é que a responsabilização civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores, se utilizada adequadamente e sem abusos, evitando-se a vulgarização do instituto, poderá servir como instrumento de altíssima relevância para a concretização dos direitos da criança e do adolescente, bem como para a conscientização da sociedade quanto aos deveres impostos aos genitores.

REFERÊNCIAS

ALHEIROS, Danielle. **A impossibilidade de responsabilização civil dos pais por abandono afetivo**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12987/a-impossibilidade-de-responsabilizacao-civil-dos-pais-por-abandono-afetivo>>. Acesso em: 05 maio 2011.

AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 19-30.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo. Malheiros: 2001.

BOSCHI, Fabio Bauab. **Direito de visita**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 24 out. 2010.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 24 out. 2010.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 07 dez. 2010

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 757.411/MG. Relator: Min. Fernando Gonçalves, DF, 29/11/2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%22abandono+afetivo%22&processo=757411&b=ACOR>. Acesso em: 25 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 567.164-0/MG. Relatora: Min. Ellen Gracie, DF, 14/05/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=101&dataPublicacaoDj=02/06/2009&incidente=2567008&codCapitulo=6&numMateria=80&codMateria=3>>. Acesso em: 22 abr. 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 4294/2008. Acrescenta parágrafo ao artigo 1.632 do Código Civil e ao art. 3º do Estatuto do Idoso, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/613432.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2011.

CARBONE, Angelo. **Abandono afetivo e a justiça**. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/155565/?noticia=ABANDONO+AFETIVO+E+A+JUSTICA>>. Acesso em: 25 out. 2010.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CASTRO, Leonardo. **O preço do abandono afetivo**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/2866/1/O-Preco-Do-Abandono-Afetivo/pagina1.html>>. Acesso em: 09 maio 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. **Família, separação e mediação**: uma visão psicojurídica. São Paulo: Método, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: família; sucessões. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009a. v. 5.

_____. **Curso de direito civil**: obrigações; responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009b. v. 2.

CURY, Munir. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

DIAS, Maria Berenice. Era uma vez. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, ética, família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 13-19.

_____. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009a. v. 5.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009b. v. 7.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 20050410025043APC. Relator: Fernando Habibe. Brasília, 04 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=62250,855,25152&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER>>. Acesso em: 09 maio 2011.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 20090110114820APC. Relator: J. J. Costa Carvalho. Brasília, 13 de abril de 2011. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=62220,59641,1502&MGW>>. Acesso em: 09 maio 2011.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2004.

FACHIN, Luiz Edson. Princípios constitucionais do direito de família contemporâneo. In: BASTOS, Eliana Ferreira; DIAS, Maria Berenice (Coord.). **A família além dos mitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 121-130.

FARIA JÚNIOR, Adolpho de Paiva. **Reparação civil do dano moral**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito à família**. Disponível em: <http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_marco2004/docente/doc04.doc>. Acesso em: 17 out. 2010

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família**. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

_____. **Responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GROENINGA, Giselle Câmara. Afetos, sexualidade e violência – a família desmistificada. In: BASTOS, Eliana Ferreira; DIAS, Maria Berenice (Coord.). **A família além dos mitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 67-79.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu *status* e seu enquadramento na pós-modernidade. In: BASTOS, Eliana Ferreira; DIAS, Maria Berenice (Coord.). **A família além dos mitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 49-80.

_____. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/9365/8931>>. Acesso em: 05 maio 2011.

HORNE, Francisco Alejandro. **O não cabimento de danos morais por abandono afetivo do pai**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=298>>. Acesso em: 05 maio 2011.

IENCARELLI, Ana Maria. Quem cuida ama – sobre a importância do cuidado e do afeto no desenvolvimento e na saúde da criança. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coords.). **Cuidado e vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 163-169.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado: direito de família**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 5.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos**: os conflitos no exercício do poder familiar. São Paulo: Atlas, 2008.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.

LUZ, Valdemar P. da. **Comentários ao código civil**: direito de família. Florianópolis: OAB/SC, 2004.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder familiar. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 81-149.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2009.022400-9. Relator: Rêmolio Letteriello. Campo Grande, 08 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/cjosg/pcjoDecisao.jsp?OrdemCodigo=1&tpClasse=J>>. Acesso em: 09 maio 2011.

MEIRELLES, Rose Melo Vencelau. O princípio do melhor interesse da criança. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 459-493.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 408.550-5. Relator: Des. Unias Silva. Belo Horizonte. 01 abr. 2004. Disponível em: <[http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&txt_processo=408550&complemento=0&sequencial=0&palavrasConsulta="que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo"&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&txt_processo=408550&complemento=0&sequencial=0&palavrasConsulta=)>. Acesso em: 24 out. 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 1-60.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: responsabilidade civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre os direitos da criança**. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/doc_crianca.php>. Acesso em: 07 dez. 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **As consequências da ausência do pai**. Disponível em: <<http://www.rodrigodacunha.info/reportagem04.html>>. Acesso em: 18 abr. 2011.

_____. **Nem só de pão vive o homem**: responsabilidade civil por abandono afetivo. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=392>>. Acesso em: 05 maio 2011.

_____. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. 2004. 157 f. Tese (Doutorado)-Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/1884/2272/1/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2011.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PEREIRA, Tânia da Silva. O “melhor interesse da criança”. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 1-101.

PETRY JUNIOR, Henry. **Separação com causa culposa**: uma leitura à luz da hermenêutica constitucional. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Direito da criança e do adolescente**: teoria jurídica da proteção integral. Curitiba: Vicentina, 2008.

REALE, Miguel. **História do novo código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Embargos Infringentes nº 2009.005.00182. Relatora: Maria Augusta Vaz M. de Figueiredo. São Paulo, 17 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=0003F38A82C212AFE199818495D2DC532AE950C402205020>>. Acesso em: 09 maio 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROLLIN. Cristiane Flôres Soares. Paternidade responsável em direção ao melhor interesse da criança. In: PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel (org.). **Tendências constitucionais no direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 35-49.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2006.015053-0. Relator: Monteiro Rocha. Florianópolis, 10 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=0100087YH0000&nuSeqProcessoMv=54&tipoDocumento=D&nuDocumento=1296398>>. Acesso em: 22 abr. 2011.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2010.029238-1. Relator: Marcus Tulio Sartorato. Florianópolis, 15 de junho de 2010. Disponível em: <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000GAI10000&nuSeqProcessoMv=29&tipoDocumento=D&nuDocumento=2520672>>. Acesso em: 22 abr. 2011.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0003535-74.2007.8.26.0168. Relator: Percival Nogueira. São Paulo, 17 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4969370>>. Acesso em: 07 maio 2011.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 511.903-4/7-00. Relator: Caetano Lagrasta. São Paulo, 12 de março de 2008. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2513926&v1Captcha=Mmvb>>. Acesso em: 07 maio 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado nº 700/2007. Modifica a Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/11978.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2011.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Chega ao STJ recurso que discute responsabilidade por abandono paterno**. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=79036&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=a educação abrange não somente a escolaridade](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=79036&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=a%20educa%C3%A7%C3%A3o%20abrange%20n%C3%A3o%20somente%20a%20escolaridade)>. Acesso em: 07 maio 2011.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Método, 2008. v. 2.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil**: direito de família. São Paulo: Método, 2008. v. 5.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral**. 6. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009.

VELASQUEZ, Miguel Granato. **HECATOMBE X ECA**. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id527.htm>>. Acesso em: 17 out. 2010

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo. Atlas. 2010. v. 4.

_____. **Direito civil**: responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo. Atlas. 2006. v. 4.

WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.