

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE – UERN
GILVAN GALDINO DE SOUSA JÚNIOR

**A VALORIZAÇÃO DO AFETO NAS RELAÇÕES PARENTAIS E A
RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO**

NATAL – RN

2010

GILVAN GALDINO DE SOUSA JÚNIOR

**A VALORIZAÇÃO DO AFETO NAS RELAÇÕES PARENTAIS E A
RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO**

Monografia apresentada como requisito de parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, sob a orientação da Professora Especialista Aurélia Carla Queiroga.

Natal – RN

2010

GILVAN GALDINO DE SOUSA JÚNIOR

**A VALORIZAÇÃO DO AFETO NAS RELAÇÕES PARENTAIS E A
RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO**

BANCA EXAMINADORA:

PROF.^(A) ESP. AURÉLIA CARLA QUEIROGA DA SILVA
ORIENTADORA

PROF.^(A) ESP. LIANA MAIA DE OLIVEIRA
MEMBRO CONVIDADO

PROF. ESP. MARCELO HENRIQUE DE SOUZA TORRES
MEMBRO CONVIDADO

Data da Aprovação 14 de julho de 2010.

Este trabalho é dedicado:

A Deus, o Autor da vida e razão do existir;

Aos meus pais, Gilvan e Maria, dos quais tenho orgulho de ser a continuidade;

À minha esposa, Gilliane, cúmplice de vida e luz do meu lar;

À minha filha, Anna Isabel, pelo encantamento e alegria que tem me propiciado, mesmo em sua tenra idade. Filha, você é uma herança divina.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por prover as condições para o desenvolvimento deste trabalho.

Agradeço à professora Aurélia Carla Queiroga da Silva pela competência e pela paciência na orientação deste trabalho.

Agradeço ainda ao companheiro Gustavo Anderson, pelos livros gentilmente disponibilizados, os quais foram de muita utilidade para esta pesquisa.

Finalmente, agradeço ao companheiro Adenilson Soares, conhecido popularmente, na comunidade acadêmica como “o xeroqueiro”, pela forma simpática e atenciosa na prestação do serviço de fotocópias.

RESUMO

O conceito de família existente hoje está muito diferente do conceito que havia no Código Civil de 1916, para quem a família era patriarcal e matrimonial. A partir da Constituição Federal de 1988, a família assumiu um conceito plural, em decorrência de uma ênfase na valorização da pessoa e um dos principais fatores responsáveis por essa mudança foi a consagração de vários princípios constitucionais que se tornaram basilares do Direito de Família. Dentre estes, destaca-se o princípio da afetividade que veio a se mostrar com mais clareza, no seio familiar, principalmente, na relação entre pai e filho, elevando esta relação para além do vínculo genético, que ficou cunhada como a parentalidade socioafetiva. A socioafetividade paterno-filial, além de obter a tutela do ordenamento jurídico, veio a incluir outro direito na lista de deveres do poder familiar, que foi o direito ao afeto. Ocorre que muitos pais abandonam seus filhos causando a estes transtornos psíquicos e emocionais. Procurou-se então discutir qual a medida mais cabível para sancionar este tipo de conduta paterna e se esta conduta daria ao filho o direito de pleitear danos morais. Para o desenvolvimento da pesquisa foram seguidos alguns métodos como dedutivo, o dialético e o histórico-evolutivo, para fins de averiguação de quais das hipóteses levantadas mostram-se mais adequadas para solução da problemática suscitada. Para se chegar a esse resultado foi feito um estudo da competente doutrina civilista, análise de artigos de lei, bem como consulta a artigos, periódicos, textos *on line* e decisões judiciais. Do exposto, verificou-se que, em face da não observância, pelos pais, dos deveres-direitos que dizem respeito aos filhos, aqueles podem ser responsabilizados civilmente, e em decorrência terão que suportar um ônus pecuniário pela sua desídia, onde referido ônus não buscará necessariamente compensar de forma justa a dor sofrida, mas certamente, causar um efeito que ao mesmo tempo em que servirá para minimizar os efeitos da dor do abandono sofrida pelo filho, servirá também como uma maneira de dissuadir o pai de seu proceder relapso no desempenho de sua função paterna.

PALAVRAS-CHAVE: Família. Princípio da Afeição. Responsabilidade Civil. Dano. Abandono Afetivo. Indenização.

ABSTRACT

The concept of family that exists today is very different from the concept that was in the Civil Code of 1916, for whom the patriarchal family and marriage. From the 1988 Federal Constitution, the family took a plural concept, as a result of an emphasis on valuing people and one of the main factors responsible for this change was the dedication of several constitutional principles that have become cornerstones of family law. Among these, there is the principle of affection that came to show more clearly, within the family, especially the relationship between parent and child, increasing this ratio beyond the genetic link, which was coined as parenting socioaffective. The Socio-affectiveness paternal-filial, and obtain the authority of the legal system came to include other right in the list of duties of family power, which was the right to affection. It happens that many parents leave their children with these disorders causing mental and emotional. It was then discussing what the most appropriate measure to sanction this type of parental conduct and such conduct would give the child the right to plead punitive damages. For the development of the research were followed some methods as deductive, the dialectical and historical evolution, for investigative purposes to which of the hypotheses are more appropriate solution to the problems raised. To achieve this result was used to study the doctrine competent civil life, law review articles, as well as consultation to articles, journals, online texts and judicial decisions. From the above, it was found that in face of non-compliance by parents, the duties, rights that relate to children, they may be civilly liable, and in consequence will have to bear a burden of money for their sloth, where no such burden necessarily seek to fairly compensate the suffering endured, but certainly have an effect at the same time they serve to minimize the effects of the pain of abandonment suffered by the child, will also serve as a way to dissuade the father of her conduct in performance relapse his paternal role.

KEY WORDS: Family. Principle of Affection. Liability. Damage. Affective abandonment. Indemnity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 – RETROSPECTO HISTÓRICO DO CONCEITO DE FAMÍLIA	13
1.1 CONCEPÇÃO ROMANA DE FAMÍLIA	13
1.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO À FAMÍLIA	16
1.2.1 A Dignidade da Pessoa Humana	19
1.2.2 Solidariedade Familiar.....	20
1.2.3 Igualdade Jurídica Entre os Filhos	22
1.2.4 Pluralismo Familiar	23
1.2.5 Afetividade	24
1.2.6 Paternidade Responsável	26
1.2.7 Melhor Interesse da Criança e do Adolescente	27
1.3 EVOLUÇÃO FAMILIAR NO BRASIL: DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 AO MODERNO CÓDIGO CIVIL DE 2002	29
1.4 A CRIAÇÃO DOS LAÇOS AFETIVOS NAS RELAÇÕES PARENTAIS	32
2 – A RESPONSABILIDADE CIVIL E SEUS EFEITOS	35
2.1 CONCEITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL	35
2.2 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	37
2.2.1 Responsabilidade Civil x Responsabilidade Penal.....	37
2.2.2 Responsabilidade Civil Contratual x Responsabilidade Civil Extracontratual	38
2.2.3 Responsabilidade Civil Subjetiva x Responsabilidade Civil Objetiva.....	40
2.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	41
2.3.1 A Conduta Humana	41
2.3.1.2 A Relação da Culpa com a Responsabilidade Civil	42
2.3.2 O Nexo de Causalidade	44
2.3.3 O Dano.....	46
2.3.3.1 O Dano Moral e a Dignidade da Pessoa Humana	48
2.4 EFEITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA SEARA DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	49
2.5 RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL NAS RELAÇÕES PARENTAIS	51

2.6 REPARAÇÃO CIVIL DO DANO MORAL	53
3. A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DO VÍNCULO AFETIVO E A REPARAÇÃO CIVIL POR DANOS AFETIVOS	58
3.1 A IDEOLOGIA DO AFETO NAS RELAÇÕES PARENTAIS	58
3.2 DEVERES DOS PAIS PARA COM A PESSOA DOS FILHOS	60
3.3 RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO MORAL DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO	65
3.3.1 O Não Cabimento do Pedido de Reparação Civil Por Abandono Afetivo	65
3.3.2 Argumentos Favoráveis ao Cabimento do Pedido de Reparação Civil Por Abandono Afetivo.	66
3.4 DIFICULDADES DE MENSURAÇÃO DO <i>QUANTUM</i> DEVIDO NA INDENIZAÇÃO	67
3.5 IMPOSSIBILIDADE DE RECOMPOSIÇÃO SATISFATÓRIA EM PECÚNIA DOS LAÇOS FAMILIARES PERDIDOS	69
3.6 DECISÕES JUDICIAIS INOVADORAS	72
CONSIDERAÇÕES FINAIS	80
REFERÊNCIAS	84
ANEXOS	87
ANEXO A	87

INTRODUÇÃO

A maior dádiva que o ser humano tem é a vida. Ocorre que esta vida pode, por algumas razões, ser afetada a tal ponto que venha a fazer com que a trajetória de cada ser humano, por este planeta, seja marcada por um histórico de dor, de rejeição e de abandono.

Incrivelmente, são dissabores como estes que são experimentados por filhos, quando são abandonados por seus próprios pais.

Esta desídia paterna tem gerado, por sua vez, muitas discussões tanto no âmbito doutrinário como no âmbito jurisprudencial sobre qual seria a medida mais cabível do judiciário para demonstrar sua censurabilidade à referida conduta.

Há alguns que se posicionam no sentido de dizer que o preço a ser suportado pelo pai que abandona seu filho é a perda do poder familiar.

Outra corrente entende que a medida mais justa para a desídia do pai é a responsabilidade civil por abandono afetivo, uma vez que a infração de deveres que dizem respeito ao direito da criança, produz, nesta, transtornos de ordem psíquica e emocional, devendo o pai indenizar ao seu filho pelos danos que lhe foram causados.

Então, qual seria a medida mais adequada para aplicar contra um pai que desampara seu filho? A perda do poder familiar ou a responsabilidade civil por abandono afetivo? Considerando-se que a melhor medida seja a aplicação perda do poder familiar, indaga-se, se ela seria suficiente para conscientizar o pai da censurabilidade de sua conduta em face do prejuízo emocional causado ao seu filho. Por outro lado, considerando-se que a medida mais adequada seja a responsabilização civil por abandono afetivo, indaga-se, então se isto resolveria tudo.

A pesquisa ora proposta visa discutir, analisar e confrontar as divergentes opiniões científicas sobre a problemática das consequências jurídicas atribuídas ao pai que pratica o abandono afetivo de um filho. Para tanto, o estudo se pautará por um caráter multidisciplinar, com apoio dos subsídios de vários segmentos do conhecimento humano, tais como: História, Sociologia, Psicologia, Pedagogia e Direito, a fim de formar um corpo sistemático de informações válidas e atualizadas, voltadas à compreensão do objeto investigado, qual seja: a possibilidade de atribuição de responsabilidade afetiva por abandono afetivo.

Desta forma, foram construídas as seguintes hipóteses de trabalho: Será que existe um direito ao afeto? Será que o abandono do pai gera realmente danos ao

filho que dêem a este legitimidade para pleitear uma indenização contra aquele? Como poderia então ser aferida a ligação entre a conduta e o prejuízo moral sofrido? Ou ainda. Será que uma indenização a ser suportada pelo pai faria com que este voltasse a amar o filho que abandonou? Isso não acabaria estabelecendo um preço para o afeto? Enfim, para averiguação de quais dessas hipóteses respondem melhor as questões suscitadas, é que essa pesquisa firma seu propósito.

Como não há notícias de mães que tenham sido acionadas em demandas judiciais em razão de abandono de filho, esta pesquisa entra na discussão apontada, voltando sua atenção apenas para a relação entre pai e filho.

E para atingir este desiderato, esta pesquisa, tem como objetivos, considerar o conceito de família que, hodiernamente, se apresenta na sociedade; realizar uma discussão sobre quais são os critérios que devem conduzir a justiça na avaliação sobre qual a verdade real a vincular pai e filho; trazer uma reflexão sobre quais são os prejuízos sofrido pelo filho quando é desamparado pelo pai e mostrar também quais as medidas que o Poder Judiciário dispõe para demonstrar sua censurabilidade a tal conduta paterna e qual destas medidas apresenta-se mais eficaz.

Quanto ao aspecto metodológico, esta pesquisa se valerá de mais de um método, uma vez que se fará uma abordagem dedutiva partindo-se da análise geral de uma realidade observável, no âmbito das relações familiares, até chegar à análise de uma situação mais particularizada, casos práticos julgados pela jurisprudência pátria, que evidenciam a evolução do entendimento de que o abandono afetivo existe e requer apreciação valorativa dos danos causados ao filho prejudicado. Será utilizado também o método dialético pelo exame crítico da doutrina, dos fatos reais e da busca pela verificação das hipóteses. Ainda será, em complementaridade, aplicado o método comparativo e o método histórico-evolutivo, para demonstrar a evolução dos institutos de Direito de Família no Brasil.

Em ato contínuo, frise-se ainda, que quanto aos instrumentos empregados, esta pesquisa se valerá de estudo teórico da doutrina competente, bem como de revistas jurídicas, artigos *on line*, sites jurídicos e jurisprudências pertinente.

No primeiro capítulo, abordar-se-á a cerca do modelo de família patriarcal legalmente tutelado em um determinado período da história de Roma, onde em referido modelo distinguia-se a figura do *pater familias*, serão demonstrados quais os princípios consagrados na Constituição Federal de 1988 e que se tornaram basilares para o Direito de Família, e qual a evolução percebida do conceito de família, a partir

do Código Civil de 1916 até o Código Civil de 2002 e ainda uma discussão sobre a criação de laços afetivos nas relações paterno-filiais.

No segundo capítulo, apresentar-se-á um panorama moderno sobre a Responsabilidade Civil e seus efeitos, abordando-se o conceito de responsabilidade, suas espécies, seus pressupostos, sua presença no Direito de Família, a identificação da responsabilidade extrapatrimonial nas relações parentais; será feita também uma discussão quanto à relação entre o dano moral e a dignidade da pessoa humana, bem como sobre a indenização de danos morais.

No último capítulo, será retomada a temática do afeto, demonstrando como a força deste exigiu uma releitura na forma como a sociedade, a legislação e o ordenamento jurídico enxerga e reconhece referida força na relação paterno-filial. Será feita também, uma abordagem mais detida sobre os deveres dos pais para com os filhos, com um enfoque sobre algumas problemáticas existentes em relação ao exercício do direito de visita e uma discussão sobre os entendimentos existentes na doutrina quanto à responsabilização paterna em decorrência de abandono afetivo, concentrando-se, nesta ocasião, nos maiores pontos de concentração do dissenso doutrinário, finalizando, enfim, o capítulo em comento, com a análise de algumas decisões judiciais que consideram a questão principal da pesquisa em referência.

1 – RETROSPECTO HISTÓRICO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

Para compreensão do conceito de família que hodiernamente conhecemos, faz-se necessário tecer um comentário sobre a evolução desse conceito e como valores foram ao longo da história a ele sendo agregados.

1.1. CONCEPÇÃO ROMANA DE FAMÍLIA

Uma das primeiras experiências sócio-jurídicas sobre tutela dos vínculos afetivos, que se pode analisar, ao longo da própria história da humanidade é, sem dúvida, as relações parentais no Direito Romano, cujas contribuições serviram de parâmetros para a compreensão da concepção de família.

O conceito de família sempre esteve via de regra numa estreita relação com uma série de fatores próprios de sua época, tais como, fatores políticos, históricos, sociais, econômicos e jurídicos que são responsáveis, de uma forma ou de outra, para definir o conceito em referência, ao agregar-lhe valores.

Com o Direito Romano essa interação não foi diferente. Ao se pronunciar sobre este ponto, a doutrina destaca que foi na codificação romana que o conceito de família teve seu marco principal, pois ali foi, conferido à família, o status de unidade jurídica, econômica e religiosa, calcada na autoridade soberana de um chefe, que era, exatamente, *o pater familias*¹.

De acordo com a citação supra, observa-se também que o conceito de família no Direito Romano tinha uma forte acepção patriarcal. Esta característica vai definir a família como sendo “o conjunto de pessoas que viviam sob a dependência de um chefe (o *pater familias*) como a totalidade de bens que constituíam sua propriedade”².

Esse *pater*, que na realidade era o chefe do lar, era sempre um ascendente do sexo masculino e, realçando seu papel centralizador, Wald informa que esse chefe de família “exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e sobre as mulheres casadas com *manus* sobre os seus descendentes”³

¹ WELTER, Pedro Belmiro. *Igualdade entre as filiações biológicas e socioafetivas*. São Paulo: RT, 2003. p. 36.

² ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições do Direito Romano*. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 2003. p.154.

³ WALD, Arnold. *O novo direito de família*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 09.

Em um conceito de família, com esse referencial, o papel de todos que compunham o lar era contribuir para manutenção desse sistema familiar de base patriarcal. A mulher, enquanto solteira, estava sob a autoridade paterna e quando casava com *manus* (que é o *potesta maritalis*), sujeitava-se ao poder do marido, o *pater familias*. Os filhos, por sua vez, tinham sua vida regida pelas orientações do *pater*, regência esta que definia, inclusive, o futuro conjugal deles, uma vez que era o *pater* quem tinha o direito de escolher “o futuro cônjuge do filho, de exercer a *manus* sobre a nora, de dispor livremente, de seu bens, quer por ato *inter vivos*, quer por ato *causa mortis*”⁴.

Conforme se observa, o filho parecia não ter direitos no lar. Tanto ele como os demais que compunham o núcleo familiar ficavam sob os mandos e desmandos do chefe de referido núcleo. O *pater* era inegavelmente o sol em torno do qual girava toda a família.

O papel de uma pessoa em relação à família a qual integrava era traduzida na expressão *status familiae*. E o Direito Romano fazia duas classificações para as pessoas. Havia os *alien juris* que eram aquelas pessoas sujeitas à autoridade alheia, ou consideradas como relativamente incapazes, pois não tinham como realizar os atos da vida civil, estando, em razão disso, sempre dependendo do *pater familias*. A segunda classificação, quanto ao *status familiae*, era a *sui juris*, que era aquela pessoa que não se subordinava a qualquer poder familiar, tendo assim a capacidade plena para realizar qualquer ato da vida civil.

O *pater familias* era exatamente o único que tinha esse título de *sui iuris* o que assegurava sua legitimidade para ocupar a posição de chefe da família.

Além de tudo o que já foi falado quanto à figura do *pater*, é preciso registra-se ainda que ele assumia também o papel de sacerdote(*pontifex*) do culto familiar e era o administrador da justiça(*domesticus magistratus*) dentro dos limites da casa. Como sacerdote, o *pater* contribuía para que a religião exercesse forte influência na família romana, realizando o culto doméstico aos deuses pagãos romanos e aos deuses de sua comunidade familiar (*Penates*)⁵.

A conjugação de todos esses papéis sob os cuidados de uma só pessoa reforçava ainda mais o papel do *pater* como senhor absoluto do lar e as pessoas que compunham o núcleo familiar a ele estavam ligadas e sujeitas.

⁴ WALD, op. cit., p. 12.

⁵ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 13.

O senhorio do *pater* chegava ao fim apenas com sua morte. Mas quando isto acontecia, a família se multiplicava formando novas famílias, cuja quantidade dependia de tantos quantos fossem os descendentes do sexo masculino. E estes por sua vez, acabavam se transformando em novos *pater familias*.

Pela sua marcante presença no lar, a figura do *pater* também servia para definir o entendimento dos romanos quanto à formação do parentesco. Para eles, havia o parentesco por agnação e por cogação. Por agnação, vinculavam-se as pessoas ao mesmo *pater* sem que houvesse laços de sangue entre elas. Este era o vínculo de parentesco por afinidade que se formava, por exemplo, com o filho natural e o filho adotivo do mesmo *pater*.

A segunda forma de parentesco era a cogação, que se fundamentava em laços de sangue e era chamado de parentesco natural que poderia ser em linha reta ou em linha colateral.

Curiosamente, nesse período, quem gozava de direitos eram aqueles com parentesco por agnação. Rolim destaca que na vigência do *jus civile*⁶, só os agnatos eram considerados como parentes para efeitos civis e só eles tinham direito à sucessão dos bens que o falecido deixava; e os cognatos, mesmo diante do vínculo biológico que os unia ao *pater*, estavam fora da sucessão.

Em termos jurídicos, era esse o conceito de família para os romanos. Um núcleo de relação que estava em função do seu chefe. Pelo menos, era o conceito vigente nos tempos da Realeza e do Império.

Essa identificação é pertinente porque à medida que a família romana foi evoluindo, a autoridade do *pater* foi aos poucos sendo restringida. A doutrina pontifica que o próprio rigor do *jus civile*, pelos fins da República, foi se flexibilizando, e incluindo os cognatos, como filhos a serem contemplados no direito hereditário, pois “o parentesco dominante passa a ter como fundamento a vinculação de sangue e o pátrio poder sofre importantes restrições”⁷.

Em termos mais precisos, o que vai ocorrendo é uma substituição do parentesco agnatício pelo cognatício.

Mas estas mudanças não eram sentidas apenas na relação do *pater* com os filhos. A relação conjugal também vai sendo afetada, pois, à medida que a sociedade

⁶ Rolim esclarece que esta era a modalidade de Direito Romano que estava em vigor nos períodos da Realeza e da República romanas. (ROLIM, op. cit., p. 156).

⁷ WALD, op. cit., p. 11.

romana foi avançando em termos políticos, sociais e até esportivos, valores foram sendo modificados e a mulher passou a ganhar mais autonomia. Wald aponta que “com a passagem do casamento com *manus* ao casamento sem *manus*, realizou-se a emancipação gradual e progressiva da mulher romana”. E noutro ponto, a doutrina afirma que⁸:

Na época imperial, a mulher goza de completa autonomia, participando da vida social e política, não se satisfazendo mais com as suas funções exclusivamente familiares. O feminismo se revela então na vida esportiva que levam as mulheres, comparecendo e participando de caçadas e de outros esportes. Corresponde a essa fase, a dissolução da família romana, corrompida pela riqueza. Os adultérios e divórcios se multiplicam.

Com estas mudanças, a formação do parentesco e o papel da mulher vão ganhando novas feições. E paralelamente a estas mudanças, nota-se, que outro valor, vai também se fazendo presente no seio familiar que acaba dando também sua contribuição para essa diminuição da autoridade do *pater familia*. Esse valor é exatamente o afeto. Quanto a este ponto, a doutrina informa que “a *patria potestas* foi diminuindo, tendo em vista a noção moral de dever de afeição, *officium pietatis*”⁹.

Obviamente, que pelas características da família no Direito Romano, o afeto não tinha como imprimir grandes modificações em conceitos. Porém, mesmo de forma embrionária, sua presença já se fazia sentir no conceito de família e nas relações parentais.

1.2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS BASILARES À PROTEÇÃO DA FAMÍLIA

Segundo observações, apontadas pela doutrina, a idéia de princípio advém da seara da geometria, designando o princípio como as verdades primeiras, postando-se tais verdades, então, como as premissas de todo um sistema que se desenvolve no *more geométrico*¹⁰.

⁸ Op. cit., p. 11.

⁹ FUJITA, op. cit., p. 13.

¹⁰ Paulo Bonavides, em sua obra, Curso de Direito Constitucional, discorre sobre o conceito de princípio fazendo menção a contribuição que autores italianos emprestaram para construção de referido conceito. E nesta feita, cita Luiz Diez Picazo. Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 255/256.

Mas o fato do princípio estar localizado na base não significa dizer que ele não se fará presente em outros lugares do sistema. A idéia é que ele esteja na base, porém que seja o guia para elaboração de toda a estruturação de referido sistema. A doutrina dá apoio a esse entendimento ao dizer que “princípios são as proposições genéricas que informam uma ciência”¹¹.

Fazendo-se então uma junção das observações trabalhadas até o presente momento, é possível chegar ao entendimento que os princípios são a pedra de toque sobre a qual todo um sistema é erguido e estruturado.

Essa construção teórica revela-se importante porque quando a Constituição Federal de 1988 entrou em vigor, o Brasil estava conhecendo não só sua mais atual Carta Política, mas também um novo documento que oficializava o rompimento com um período de mandos e desmandos, da época da Ditadura Militar e procurava promover, acima de todos os seus objetivos, o reencontro da nação brasileira com a democracia.

De acordo com Bittar, uma forte evidência desse rompimento reside no fato de da CF/88 ter trazido para o ordenamento jurídico brasileiro, novas concepções ideológicas e que estas foram possíveis a partir de certos princípios inspiradores da elaboração do citado diploma¹².

Essa proposta constitucional orquestrada a partir de princípios é uma evidência de que o Direito Constitucional não deve se pautar apenas na organização política do Estado, mas deve voltar-se também para outras necessidades, como, por exemplo, as necessidades humanas.

Para atingir melhor seus objetivos com uma maior abrangência, a nova Carta Magna promoveu então uma constitucionalização de princípios. E, segundo a doutrina, “os princípios, uma vez, constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo”¹³.

Esta observação ressalta o fato de que não há nem mesmo como se valer do que o sistema dispõe se não se estiver ciente da importância dos princípios para referida utilização.

¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. p. 33.

¹² BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito civil constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2003. p. 25.

¹³ BONAVIDES, op. cit., p. 258.

Saliente-se por oportuno, que a ênfase dada à importância dos princípios não é para atribuir uma valoração secundária às normas da Lei Maior. Até porque existe uma relação tão próxima entre norma e princípio, que faz com que estes sejam considerados como expressões sinônimas, ou melhor dizendo, “princípios são normas”¹⁴.

Esta íntima relação entre princípio e norma não se limita ao aspecto da sinonímia entre eles. A estreita ligação é constatada também quando se está a analisar a dinâmica relacional existente entre ambos, pois os princípios assumem dimensões extremamente relevantes na sua relação com a norma. Segundo a doutrina, estas dimensões são a função de fundamento da ordem jurídica e a de função orientadora do trabalho interpretativo¹⁵.

Estas informações servem para, em linhas gerais, chamar a atenção para o fato de que o princípio em um primeiro momento fundamenta a ordem jurídica, impulsionando a criação de normas e, em um segundo momento, como critério de interpretação para a aplicação da citada norma.

Um outro propósito da presença dos princípios constitucionais é fazer com que a norma constitucional seja uma lei com força normativa suficiente e capaz para reger condutas, tornando a CF/88, nas palavras de Bonavides, “o alfa e o ômega da ordem jurídica, fazendo a nosso ver, de seus princípios, o critério mediante o qual se mensuram todos os conteúdos normativos do sistema”¹⁶

Em face desse peso jurídico, a norma constitucional é, então, quem tem legitimidade e autoridade para ser exclusiva na definição da maneira como as demais normas, que compõem o sistema jurídico devem ser interpretadas.

Isso traz uma mensagem direta e inquestionável para todos os demais ramos do direito. E a mensagem é que estes deverão buscar na Lei Magna não só a orientação para criação de seus postulados, mas também nela se abeberar para encontrar sentido e a abrangência de sua aplicação.

E uma prova cabal de captação desta mensagem, é o Direito de Família, pois nele se faz sentir o alcance e a abrangência dos princípios constitucionais. Neste aspecto, aponta a doutrina que “A Constituição de 1988 inaugurou um sistema de novos princípios para avaliar as relações familiares, como fundamento hermenêutico para

¹⁴ Op. cit., p. 271.

¹⁵ Op. cit., p. 283.

¹⁶ Op. cit., p. 290.

afastar, inclusive normas de legislação ordinária que destoam dessa nova orientação”¹⁷. Fazendo eco a essa observação, Dias afirma que “É no direito de famílias em que mais se sente o reflexo dos princípios da Constituição Federal, que consagrou como fundamentais valores sociais dominantes”¹⁸.

Em que pese o alcance dos princípios constitucionais no Direito de Família, não é tarefa fácil listar quais destes princípios se encontram presente em referido ramo.

Esta dificuldade reside no fato de que os doutrinadores não chegam a um consenso quanto ao fato de haver ou não um número mínimo de princípios no Direito de Família.

Mas esse dissenso limita-se apenas ao aspecto da quantidade de princípios, porque há notadamente um consenso doutrinário no sentido de se fazer a defesa da presença deles no direito de família, uma vez que são vistos como “aquelas orientações basilares que sustentam esse ramo do direito, conferindo-lhe a peculiaridade que o distingue dos outros. São orientações maiores que sustentam o Direito de Família como força de norma”¹⁹.

Assim, passa-se, então, a menção dos princípios constitucionais no direito de família de abordagem mais comum entre os doutrinadores civilistas e, obviamente, que serão os mais necessários para a compreensão da dimensão científica proposta nesta pesquisa.

1.2.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A CF/88 destaca em seu primeiro artigo e mais precisamente no inciso III de mencionado dispositivo, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Esse destaque que citado princípio recebe na Carta Magna permite a intelecção de que o fato dele aparecer antes de muitos outros é porque ele se trata de um princípio que representa toda a mensagem constitucional, postando-se como uma verdadeira fonte alimentadora de todo o sistema.

De acordo com o pensamento unânime da doutrina, não há como construir um Estado Democrático de Direito sem que a Dignidade da Pessoa Humana

¹⁷ SEREJO, Lourival. *Direito constitucional da família*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 7.

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 57.

¹⁹ SEREJO, op. cit., p. 08.

seja seu elemento fundamental, pois é exatamente dela que se irradiam todos os demais, quais sejam, liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos²⁰.

Em face dessa característica, a dignidade da pessoa humana acaba fazendo presença marcante no direito de família, e “se espraia em todos os seus institutos, em toda a sua extensão, como forma de garantia e do reconhecimento da função que cada membro desempenha no seio de sua família”²¹.

O que se depreende também da citação supra referida é que ao reger o conceito de família, o princípio em comento acabou ensejando uma mudança no foco da ordem jurídica, ao passar a valorizar a pessoa, ou seja, cada membro que compõe a entidade familiar.

Mas falar sobre os efeitos da presença de citado princípio no Direito de Família sem apontar algo de concreto poderia soar como se citados efeitos se dessem apenas no plano subjetivo. Para evitar quaisquer equívocos dessa natureza, a doutrina observa que uma evidência da presença do princípio em referência, no Direito de Família, é a tendência seguida tanto pela doutrina como pela jurisprudência no sentido de estar ocorrendo uma diminuição na aferição da culpa nas ações de separação judicial, bem como, pela responsabilização de um pai por abandono afetivo²².

Assim, fazer parte de uma família, não significa mais estar obrigado a dela fazer parte por uma questão de imposição. O que ata alguém a uma família é o fato de nela se sentir e saber que é está sendo devidamente valorizado como pessoa.

1.2.2. Princípio da Solidariedade Familiar

Antes de se falar sobre a presença deste princípio no Direito da Família, convém antes falar um pouco sobre a solidariedade em si.

Pelo valor que a solidariedade carrega não há como pensar na vida em sociedade sem considerar a solidariedade, porque é no exercício desta que a sociedade se conscientiza da interdependência social entre aqueles que a compõem. A doutrina

²⁰ DIAS, op. cit., p. 59.

²¹ SEREJO, op. cit., p. 18.

²² TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil. Direito de família*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 18.

sustenta que não há como se falar em desenvolvimento da personalidade individual sem que sejam respeitados os deveres inderrogáveis da solidariedade²³.

São por razões como estas que a solidariedade acabou se tornando um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, recebendo seu devido assento na CF/88.

E ao ser valorada como princípio jurídico, a solidariedade requer do próprio Estado que este assuma um compromisso para com as pessoas que vivem em sociedade.

Porém, na seara do Direito de Família, o princípio em referência age convocando, não somente o Estado, mas as próprias pessoas a serem solidárias umas com as outras, especificamente, em decorrência dos laços familiares que são formados entre aqueles que compõem o núcleo familiar.

E o porquê do princípio em comento convergir de forma tão específica na família, deve-se ao fato de que é exatamente na família, onde fica mais evidente, o elenco de deveres que cada pessoa humana tem com as demais, ou, melhor dizendo, é no núcleo familiar onde se vêem manifestadas a fraternidade e a reciprocidade entre os que integram o aludido núcleo.

Seguindo a linha de raciocínio da CF/88, a codificação civil procurou ser ainda mais específica, na consideração do princípio em comento, ao destacar, por exemplo, que é, exatamente, a solidariedade familiar que justifica a prestação alimentícia quando ela se faz necessária, obviamente desde que observadas às devidas possibilidades de cada um.

Mas o atual Código Civil não restringe seu compromisso com a solidariedade familiar considerando apenas o aspecto da prestação alimentícia. Ele também mantém este compromisso quando estabelece que os cônjuges devem colaborar um com o outro na direção da família (art. 1567) e na mútua assistência moral e material entre eles (art. 1566), e, ainda, quando regula as regras de transmissão dos bens da família em decorrência da abertura da sucessão.

²³ LOBO, Paulo Luiz Netto. Família e solidariedade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Princípio da solidariedade familiar*. Lumen Iuris: Rio de Janeiro, 2008. p. 6.

1.2.3. Princípio da Igualdade Jurídica entre os Filhos

O artigo 227, § 6º da CF/88 dispõe que “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Com clareza cristalina, o dispositivo constitucional, supra mencionado, seguindo também a trilha da isonomia, estabelece o Princípio da Igualdade Jurídica entre os Filhos.

Antes da elaboração da CF/88, o Código Civil, vigente à época, fazia uma distinção no tratamento que dispensava aos filhos que poderia se dar tanto em decorrência do vínculo que unia seus genitores – uma vez que era importante aferir se o filho foi concebido dentro dos sagrados laços do matrimônio – bem como se o vínculo de filiação se deu em decorrência de laços biológicos. Isso, pelo menos, era o que dispunha o artigo 332 do Código Civil de 1916.

Mas com o princípio em referência, consagrado como valor jurídico na Lei Magna, não só esse tratamento diferenciado da filiação no código de 1916 ficou superado como se passou a exigir que todas as legislações infraconstitucionais fossem elaboradas de uma forma que reproduzissem a linha de pensamento da Lei Maior.

E fazendo eco a este pensamento, a Lei 8.360/1992, elaborada posteriormente à CF/88, revogou o artigo 332 do CC/16, ao regulamentar a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento.

A nova disposição civil então que entrou em vigor após a CF/88 não tinha então como deixar de dar atenção ao assunto. E acolhendo a reverberação da mensagem constitucional, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1592, consagrou também o princípio da igualdade jurídica entre os filhos, ao dispor que “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Contudo, a expressão “filhos havidos fora do casamento”, poderia gerar, numa primeira leitura, a impressão da presença de um resquício discriminatório no tratamento dos filhos. A doutrina, porém, observa que referida expressão tem utilidade tão somente para fins didáticos²⁴.

²⁴ TARTUCE, op. cit., p. 30.

Obviamente, que se a expressão referida tivesse um cunho discriminatório, tal dispositivo deveria ser banido do CC/02, em face do que passou a dispor a Carta Magna, quando reza que não pode haver mais qualquer distinção entre filhos, sejam eles adotivos, biológicos, nascidos, ou não, dentro do casamento.

1.2.4. Princípio do Pluralismo Familiar

A abertura que o direito positivado conferiu ao conceito de família, fez com que este assumisse contornos multifacetados. A doutrina diz que hodiernamente “o desenho familiar não tem mais uma única configuração. A família se torna plural, (...), com a progressiva eliminação da hierarquia, emergindo uma restrita liberdade de escolha”²⁵.

A família de hoje é então formada pelo casamento ou pela união estável, pela comunidade formada por qualquer dos pais e o filho, situação esta que recebe a denominação de família nuclear, pós-nuclear, unilinear, monoparental, eudemonista ou socioafetiva²⁶.

Essa mudança de paradigma, causado pela Constituição de 1988, no seio familiar, fez com que a família deixasse de ser vista como uma instituição para assumir um caráter instrumental, permitindo que seus membros se sentissem mais realizados quanto aos seus interesses afetivos e existenciais. E em decorrência, o pensamento esposado pela doutrina, principalmente, pelos mais vanguardistas, é que, o casamento deixou de ter aquela posição sacralizada como única forma de se constituir família, como durante muito tempo se manteve.

Ocorre que em decorrência da abertura do conceito de família, a doutrina passou também a elencar outras hipóteses formadoras de entidades familiares, tais como a união entre pessoas do mesmo sexo, a família simultânea, a família recomposta e a família solidária, mas que “não se encontram formalmente reconhecidas, mas que, por comungarem das características centrais, devem produzir efeitos jurídicos”²⁷.

Esses núcleos familiares, que durante muito tempo não podiam existir ou serem aceitas no ordenamento brasileiro como modelo de família, são os novos modelos

²⁵ Op. cit., p. 30.

²⁶ WELTER, op. cit., p. 147.

²⁷ MATOS, Ana Carla Harmatuk. Família e solidariedade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Novas entidades familiares e seus efeitos jurídicos*. Lumen Iuris: Rio de Janeiro, 2008. p. 38.

de entidades familiares que passaram vindicar pelo seu lugar dentro do conceito de família, mormente depois que surgiu a família constitucionalizada

O casamento passou assim a coexistir com novos modelos de família, perdendo seu *status* de soberania e definição do *status* familiar.

O deslocamento do casamento da postura em que era vista, para o entendimento que hoje dele se tem, decorre também do fato de que muito mais do que antes, vigora, atualmente, uma maior liberdade para alguém constituir ou desfazer laços conjugais, não estando mais os cônjuges obrigados a viver juntos “até que a morte os separe”.

Saliente-se por fim, que a intenção do princípio em comento não é mostrar que o casamento deixou de ter importância para a formação de família. O que se busca hoje no ordenamento jurídico e nos clamores da doutrina é que possa haver um Direito de Família em que não haja excluídos com pleno desenvolvimento pessoal e social de cada integrante, que compõe o núcleo familiar.

1.2.5. Princípio da Afetividade

Experimenta-se uma sensação inusitada quando se está a falar sobre o princípio da afetividade no Direito de Família. E isto porque, ao ler e refletir sobre ele tem-se a sensação de que todos os outros princípios estão de alguma forma com ele envolvidos. E de fato estão, pois a doutrina aponta que ao lado da dignidade humana, o afeto se posta também como base para todos os demais princípios.

O afeto está então entre aqueles valores que teve influência marcante para o Direito de Família dos tempos atuais.

A família que entrou no século XIX podia ser analisada por uma ótica de caráter claramente patriarcal e seu conceito estava intimamente ligado ao patrimônio familiar, sendo a razão de sua formação o aspecto econômico.

Mas algumas mudanças que foram acontecendo na sociedade passaram a questionar esse modelo de família, de estrutura hierárquica e tradicional, imprimindo em seu seio transformações importantes. E um dos fatores a levar ao rompimento desse modelo, segundo a doutrina, foi o elo afetivo que passou a ser o vínculo mantenedor da

família e outras motivações, como as econômicas, tiveram sua importância relativizada²⁸.

Quando o enfoque muda do patrimônio para a valorização do ser humano, vê-se também a relação *pari passu* que há, entre o afeto e a dignidade da pessoa humana.

Essa dinâmica ocorre porque a dignidade da pessoa humana conferiu ao afeto a liberdade que precisava para se firmar definitivamente como elemento definidor do conceito de família que foi amparado na Constituição Federal de 1988. Neste ponto, a doutrina afirma que²⁹:

o artigo 226, § 8º da Constituição Brasileira de 1988 assimila o marco ora tratado da nova família com contornos diferenciados, pois prioriza a necessidade da realização de seus membros, a família função em que subsiste a afetividade, que por sua vez, justifica a permanência da entidade familiar.

A relação entre família e afeto na CF/88 torna-se tão justaposta que não há como se falar, hodiernamente, em família sem levar em consideração o afeto que a fundamenta fazendo com que este se poste como um valor jurídico no ordenamento brasileiro. Isto é o que afirma a doutrina ao dizer que “a entidade familiar deve ser entendida hoje como grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade, pois a outra conclusão não se pode chegar à luz do texto constitucional”³⁰.

Na verdade, essa relação entre afeto e família, positivado pela CF/88, causa na realidade uma mudança de paradigma, fazendo com que a família passe a ser vista não de forma institucional, mas como a “família-função”, onde a realização da personalidade daqueles que a integram passa a ser a prioridade.

Nessa “família-função”, o *status familiae* daqueles que integram um determinado núcleo familiar, não está mais restrito ao aspecto biológico e sim, ao papel que eles assumem em citado núcleo. Berenice discorrendo sobre este aspecto afirma que³¹:

é exatamente essa estrutura de família onde cada um de seus membros ocupa uma função ou um lugar que deve atrair a atenção do direito, para que dessa

²⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios norteadores para o direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 182.

²⁹ Op. cit., p. 183.

³⁰ FARIAS, op. cit., p. 28.

³¹ DIAS, op. cit., p. 27.

forma o lar seja preservado, naquilo que o torna mais significativo, que é quando ele é considerado como o endereço do afeto e do respeito.

Esse *status familiae* onde a pessoa assume um lugar função, contribuiu também para o surgimento de vários modelos de entidades familiares, já mencionadas em linhas anteriores, tanto os já consagrados, como a união estável, como os que vindicam também um lugar comum no ordenamento jurídico, como faz a união homoafetiva.

Mas essa realização pessoal não se restringe apenas a tais modelos, onde as relações são de conjugalidade. Pois a relação entre pais e filhos também foi colocada sob nova ótica, em face do princípio em comento.

Assim, as relações familiares são acentuadas e mantidas em decorrência da presença do afeto em seu seio quer seja nos vínculos que se estabelecem por conjugalidade quer seja pelos vínculos que se estabelecem por parentalidade.

1.2.6. Princípio da Paternidade Responsável

Percebe-se que, a Carta Magna consagra o princípio da paternidade responsável associado ao aspecto do planejamento familiar. Assim, importante destacar o art. 226 da Carta Magna, § 7º, *in verbis*:

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

É oportuno enfatizar que, embora o dispositivo em lume traga a expressão “paternidade responsável” não se pode inferir que apenas o pai está obrigado a observar tal princípio, pois como bem destaca a doutrina, citada responsabilidade envolve ambos os genitores, ambos os cônjuges ou companheiros³².

Em ato contínuo, frise-se, também, que o poder público também tem sua parcela de comprometimento para garantir a observância da paternidade responsável. Esse comprometimento foi regulado na Lei 9236/96, que reza, em seu artigo 1º, que a paternidade responsável será orientada por ações preventivas e educativas, além do que

³² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 11. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 6.

deverá o poder público facilitar o acesso a todas as informações, meios métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.

Por esse enunciado observa-se que o exercício da paternidade responsável está intimamente associado ao número de filhos do casal.

Não tinha de fato como ser diferente, afinal para que os filhos não tenham sua qualidade de vida comprometida, a medida mais coerente, para os genitores, é terem controle sobre o tamanho de sua prole. E é justamente o Poder Público que, através de suas políticas públicas, vai orientar os pais sobre como melhor desempenharem esse controle.

A doutrina também destaca que a preocupação da CF/88 em tornar o princípio da paternidade responsável como valor jurídico foi para desestimular a desagregação familiar, bem como que proles sejam formadas e relegadas ao desamparo³³.

Mas o alcance de citado princípio não se restringe ao controle do número de filhos de um casal e a qualidade de vida da prole. Paternidade responsável também se traduz na maneira como esses pais se relacionam com seus filhos, pois o princípio em tela se manifesta também no dever do pai em assumir de forma integral o seu papel. Sobre este ponto, Fujita destaca que³⁴:

é necessário que a paternidade, ou a maternidade seja exercida com responsabilidade, com convivência diuturna e saudável, com amorosidade e respeito irrestritos ao seu filho. Ser pai ou mãe, é: prover as suas necessidades vitais, compreender os limites de seu filho; sofrer com os seus reveses; corrigir os seus erros; incentivar, aplaudir e vibrar com suas vitórias; ensinar-lhe a ser honesto, leal e útil ao próximo e à comunidade social. É educá-lo para a vida com amor e muito afeto.

Das observações feitas, concluí-se que o exercício da paternidade responsável preenche o requisito de qualidade de vida da prole, quando esta prole recebe também carinho, proteção e amizade por parte de seus pais.

1.2.7. Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

O princípio em tela foi consagrado no Artigo 227 da CF/88 ao dispor

in verbis:

³³ SEREJO, op. cit., p. 10.

³⁴ FUJITA, op. cit., p. 107.

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

Conforme se vê, o artigo em referência faz um comprometimento triplo ao estabelecer que a família, a sociedade e o Estado devem estar cientes de sua responsabilidade em conferir à criança e ao adolescente, uma gama de direitos e garantias.

Essa mobilização protetiva acabou consagrando o que veio a se chamar de proteção integral e que ganhou por sua vez uma lei própria. É a Lei 8069/1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente que dispõe sobre o tratamento que deve ser dispensado a todos aqueles que se encontrem na faixa etária entre zero e dezoito anos. Berenice destaca que os direitos e garantias assegurados por esta Lei “abarca toda a legislação que reconhece os menores como sujeitos de direito”³⁵.

Cumprir observar que a proteção integral que, repise-se, mobiliza família, Estado e sociedade, não se volta apenas a um menor que se encontre em determinadas situações. O princípio não se resume ao cuidado com aquelas crianças e adolescentes que estão, por exemplo, num estado de carência e abandono. A doutrina informa que “a proteção integral deve dirigir-se a todas as crianças e a todos os adolescentes, sem distinção”³⁶.

O Código Civil de 2002, seguindo a esteira da CF/88, também acolheu o princípio em tela, conforme se vê nos artigos 1583 e 1584 do citado Código, quando dispõem que, na fixação da guarda, seja unilateral ou compartilhada, a prioridade será dada ao interesse da criança e do adolescente.

É bem verdade que referida prioridade em mencionados dispositivos e apresenta-se de forma discreta.

Contudo, independentemente de quão clara esteja, nos dispositivos legais, a presença do princípio da proteção integral, o mais importante é que no direito posto, criança e adolescente não são mais simples objetos de interesses do mundo

³⁵ DIAS, op. cit., p. 65.

³⁶ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Direito da criança e do adolescente*. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2009. p. 14.

adulto. Eles são titulares de direitos que lhes garantem a promoção do bom desenvolvimento de suas personalidades.

1.3. EVOLUÇÃO FAMILIAR NO BRASIL: DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 AO MODERNO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil de 1916 versava sobre o conceito de família que existia no início do século XX, família esta que era concebida a partir do matrimônio. Em face dessa característica, a visão do conceito de família era, segundo as palavras de Berenice Dias, “bastante discriminatória”, pois grupo familiar era apenas aquele que era formado dentro e a partir do casamento, destacando citada autora que “as referências feitas aos vínculos extramatrimoniais e aos filhos ilegítimos eram punitivas e serviam exclusivamente para excluir direitos”³⁷.

O modelo de família presente, no diploma em referência, não estava em consonância com a realidade social de seu tempo e isto ocorria porque, segundo informações da doutrina, o modelo de família regulado no CC/16 baseava-se em valores da sociedade francesa, mais precisamente, na época da Revolução Francesa³⁸.

Inspirado assim em um estilo de vida estrangeiro e anacrônico e diante da evolução pelo qual a família brasileira já passava o referido Código, logo se mostrou defasado para acompanhar as mudanças sociais que reclamavam já uma releitura no conceito de família. Ao se pronunciar sobre este descompasso do CC/1916, aponta a doutrina que “por ter sido um corpo legislativo elaborado nos estertores do século XIX e promulgado no início do século passado, gigante e bem construído para o seu tempo, mas em franco compasso de desatualização em tanto dos seus segmentos”³⁹.

Para suprir a lacuna deixada pelo Código de 1916, várias legislações foram surgindo que serviram dentre outras coisas para minar a visão sacralizada que se tinha do matrimônio.

Dentre elas, pode ser destacada, a lei que regulou a situação da mulher dentro do casamento, como, por exemplo, o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4121/1962) que assegurava à mulher sua plena capacidade bem como o direito de

³⁷ DIAS, op. cit., p. 30.

³⁸ FARIAS, op. cit., p. 4.

³⁹ OLIVEIRA, Euclides de; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. Direito de Família e o novo Código Civil. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Do direito de família*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 2.

construir um patrimônio que pudesse ser seu, uma vez que tivessem sido obtidos em decorrência de seu próprio trabalho e ainda a Lei do Divórcio (6515/1977) que regulava como seria a vida daqueles que punham fim ao matrimônio, afinal, casamentos embora tidos como indissolúveis estavam se desfazendo.

Diante do surgimento dessas legislações que procuravam suprir o que o citado código não fazia, a reforma deste estava se tornando algo de grande necessidade e segundo a doutrina, estas legislações “foram se acumulando na tentativa de se adaptar, ou afeiçoar o direito legislado às gigantescas transformações operadas na estrutura da sociedade brasileira”⁴⁰.

A doutrina também informa que revisões até que foram feitas no diploma civil de 1916 para que ele pudesse se adequar a realidade social. Mas essas tentativas não se mostraram suficientes, uma vez que⁴¹

Nem sempre, contudo, esse método de revisão e de adaptação legislativa foi seguro e prosperou eficientemente, tendo em vista, especialmente, o fato de que o Código de 1916 houvera sido elaborado por um país diferente, para um povo de costumes distintos, em diversa época e em face de outros anseios e de outros valores.

É importante destacar que o CC/1916 não se mostrava defasado em face apenas da relação entre os cônjuges. A relação entre pais e filhos também clamava por revisões. Isto porque, no citado diploma, a filiação era classificada em quatro espécies: a legítima, a legitimada, a ilegítima e a adotiva, havendo especial proteção para a primeira dessas espécies, sendo os legitimados, em tudo, equiparados aos legítimos. Nessa divisão, os filhos que não eram concebidos dentro do casamento, ficavam à margem da legislação e vistos de forma preconceituosa. A doutrina observa que “os filhos incestuosos e adulterinos não podiam ser objeto de reconhecimento voluntário ou forçado (arts. 358 e 363), impedindo-os de concorrer à sucessão hereditária e até mesmo, aos alimentos”⁴².

Mas filhos continuavam a nascer, quer dentro de um casamento, quer não e matrimônios e apesar dos impedimentos legais, dissolviam-se.

⁴⁰ Op. cit., p. 2.

⁴¹ Ibidem. p. 2.

⁴² FUJITA, op. cit., p. 20.

Ficavam então tanto os filhos nascidos fora do casamento como as pessoas cujos casamentos foram desfeitos, sem a devida proteção no Código Civil em vigor.

Porém, em face dos clamores sociais e das insuficientes tentativas do Código Civil vigente em atender a tais clamores, surge a Constituição Federal de 1988 atendeu aos anseios sociais que pugnavam por uma mudança no conceito de família e conferiu a esta, um conceito que lhe fazia mais jus, para uma realidade social, de final do século XX.

Notadamente, esta foi uma mudança que pode ser chamada de radical no conceito de família em face da mentalidade existente no CC/16 que era o que regulava as relações familiares até então. E pronunciando-se sobre essa mudança, causada pela CF/88, a doutrina aponta que⁴³:

instaurou a igualdade entre o homem e a mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros (...) Estendeu igual proteção à família constituída pelo casamento, bem como à união estável entre o homem e a mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de família monoparental (...) Consagrou a igualdade entre os filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações.

Em face da nova regulamentação dada à família pela CF/88, os mandamentos legais que versavam sobre a família precisavam ser editados ou reescritos. A doutrina menciona que “Fazia-se *mister*, a par das alterações legais já implantadas, uma renovação ainda mais profunda de toda a normatização relativa ao vasto manancial das relações familiares”⁴⁴.

E assim, erguendo a bandeira do “Conservar o possível; inovar, sempre que necessário” foi que a Comissão de juristas se mobilizou para elaborar um novo código civil, mais condizente com sua realidade social.

Todavia, inobstante a necessidade e o lema supra mencionados, Berenice Dias afirma que, em face de ter sido gestado antes mesmo da Lei do Divórcio, o novo Código Civil de 2002 “necessitou sofrer modificações profundas” para que pudesse se ajustar aos novos rumos e conceitos que a CF/88 conferiu à família, destacando, a

⁴³ DIAS, op. cit., p. 30.

⁴⁴ OLIVEIRA, op. cit., p. 04.

mencionada autora, que apesar do CC/2002 ter procurado atualizar os aspectos essenciais do direito de família, seu texto carece ainda da “atualidade e clareza necessárias para reger a sociedade nos dias de hoje”⁴⁵.

Essa visão crítica, em relação ao CC/02, não é compartilhada por Oliveira, que em posicionamento, quase que diametralmente oposto ao de Dias, afirma que o novo diploma civil em vigor veio⁴⁶:

com ampla e atualizada regulamentação dos aspectos essenciais do Direito de Família à luz dos princípios e normas constitucionais – é bem verdade – procurando adaptar-se à evolução social e dos costumes, observada com maior ênfase nos anos que circundaram a passagem do milênio, e também incorporando as mudanças legislativas sobrevindas no período.

Fazendo-se o devido contra ponto entre os dois últimos autores mencionados, o que se observa é que o CC/02 procurou contemplar, se não todas, pelo menos, as essenciais mudanças ocorridas no conceito de família, ao disciplinar o relacionamento marital tanto advindo do matrimônio como do advindo da união estável.

Contudo, ainda que haja limitações no CC/02, inegavelmente, há nele uma maior consonância com a realidade social e com os clamores dos tempos hodiernos, no tratamento dispensado à família, diferentemente do que ocorria com o seu antecessor, o CC/1916, que quando surgiu, já trazia visíveis incongruências com a realidade de seu tempo.

1.4. A CRIAÇÃO DOS LAÇOS AFETIVOS NAS RELAÇÕES PARENTAIS

Conforme consta no direito posto, o parentesco é o vínculo que se estabelece entre pessoas que descendem de um tronco comum. Pelo menos, esse é o conceito de parentalidade calcado no aspecto biológico que serviu de suporte para manter a concepção patriarcal de família, onde só recebiam maior proteção estatal os filhos nascidos dentro do matrimônio.

Para manter essa concepção o Código Civil de 1916 previa que o filho poderia ser legítimo ou ilegítimo, natural, espúrio, incestuoso ou adúlterino, recebendo a

⁴⁵ DIAS, op. cit., p. 32.

⁴⁶ OLIVEIRA, op. cit., p. 05.

presunção *pater is est*, isto é, que o pai é o marido da mãe, apenas a primeira delas, uma vez que era a concebida dentro do casamento.

Um dos grandes problemas dessa divisão que se estabelecia entre filhos concebidos dentro do casamento e os filhos advindos de relações extramatrimoniais, é que ela transmitia uma idéia de que a ligação entre pai e filho era apenas biológico. Ou, em termos mais diretos, que filho é o resultado de uma relação sexual entre os genitores deste.

Contudo, em meio à existência de um critério tão excludente para definir o que é filiação legítima, constata-se que paralelamente a esse entendimento há a tutela, no ordenamento jurídico, de uma filiação que não se estabelece através de vínculos biológicos, que é a adotiva.

A doutrina define filiação adotiva como sendo aquela proveniente de adoção, cuja eficácia está condicionada à chancela judicial e que cria um vínculo jurídico entre adotante e adotado, análogo ao que resulta da filiação biológica⁴⁷.

A pergunta que surgiria, diante de um instituto como este, é o que levaria pessoas estranhas a querer estabelecer entre si uma ligação tão próxima como aquela ligação que é garantida em decorrência de vínculos biológicos?

É bem verdade que uma pessoa pode adotar outra como filho(a) por uma questão de solidariedade, por um ato de consciência, etc.

Mas acima de razões como estas, a vontade de adotar decorre inegavelmente de um sentimento de afeição. Em outras palavras, na adoção, pai e filho são unidos através do afeto.

Ora, se o afeto vincula pai e filho, a verdade biológica torna-se então insuficiente para o estabelecimento da filiação. Nessa linha de raciocínio, pode se dizer que “para que um filho verdadeiramente se torne filho, ele deve ser adotado pelos pais, tendo ou não vínculos de sangue que os vinculem”⁴⁸.

A constatação dessa ligação afetiva entre pai e filho pareceu ser o estopim para que, a classificação quanto à pessoa dos filhos, feita pelo CC de 1916, começasse a ser oficialmente questionada, até que, a CF/88, no parágrafo 6º do artigo 227, consagrou o princípio da igualdade jurídica entre os filhos proibindo qualquer tratamento discriminatório no que tange à filiação. Isto é, a divisão estabelecida pelo

⁴⁷ FUJITA, op. cit., p. 52.

⁴⁸ PEREIRA, op. cit., p. 184.

código civil vigente perdera sua razão de ser. A partir de então, como expressa Serejo, não cabem mais adjetivações associadas a filho, pois, filho é filho⁴⁹.

Esta mudança de mentalidade passa a demonstrar a toda evidência que a paternidade se materializa não mais através de um vínculo sanguíneo, mas pelo cuidado e o desvelo dedicado aos filhos.

Pronunciando-se sobre esta nova mentalidade, destaca Dias que⁵⁰:

todas essas mudanças refletem-se na identificação dos vínculos de parentalidade, levando ao surgimento de novos conceitos e de uma nova linguagem que melhor retrata a realidade atual: filiação social, filiação socioafetiva, estado de filho afetivo, etc.

Em face do aspecto, notadamente afetivo, que passou a vincular pai e filho, inclusive quando não há sequer vínculo biológico entre eles, a paternidade passa então a ser socioafetiva e sobre esta será feita uma abordagem mais detalhada em momento oportuno.

Contudo, por ora, cumpre observar que quando se está a enfatizar o vínculo afetivo que une pais e filho, é preciso trazer à baila que a verdade biológica não caiu em desapreço, nem que a filiação socioafetiva é incompatível com a filiação biológica. Ambas podem andar lado a lado. O vínculo biológico apenas deixou de ser o único critério para encerrar a relação materno-filial ou paterno filial.

E por último, registre-se também, que o propósito maior de citada ênfase, deve se ao fato de que o afeto, merece receber, do ordenamento jurídico, tanta proteção quanto outrora recebeu a relação filial considerada apenas em face dos laços biológicos.

⁴⁹ SEREJO, op. cit., p. 58.

⁵⁰ DIAS, op. cit., p. 320.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL E SEUS EFEITOS

Para se discutir sobre a possibilidade de ressarcimento decorrente de abandono afetivo é preciso adentrar-se na seara da responsabilidade civil e sua relação com o direito de família.

2.1. CONCEITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL

Uma das primeiras tarefas, quando se entra da seara da Responsabilidade Civil, é estabelecer o seu conceito, inobstante essa tarefa seja um tanto difícil.

Difícil porque observando a doutrina civilista, os autores apresentam o citado conceito a partir de toda uma discussão, que vai desde a própria definição etimológica da palavra responsabilidade até chegar à apresentação do seu conceito.

Contudo, uma linha de entendimento comum na doutrina é que a responsabilidade civil tem uma estreita relação com a noção de dever, o que de certa forma, implica em obrigação, pois se há um dever há uma obrigação a ser observada.

O Código Civil de 2002, tratando em sua parte especial sobre o Direito das Obrigações, estabelece, na sistemática de sua divisão, que as obrigações dividem-se em obrigações positivas que é dar ou fazer, como negativas que é deixar de fazer alguma coisa.

Se a legislação estabelece esses deveres, então, ela precisará tomar as providências para proteger aquilo que ela permite e reprimir aquilo que ela proíbe. Cavalieri apóia esse entendimento ao dizer que “a ordem jurídica protege o direito do homem que com ela se coaduna e rechaça a conduta que contraria esse direito”⁵¹.

Assim, constata-se a existência de um binômio proteção-repressão estruturado, na norma legal, visando garantir o respeito ou cumprimento do dever por parte daquelas pessoas que tem uma determinada relação obrigacional entre si e que vivem em uma sociedade. É exatamente daí, que segundo o entendimento da doutrina, surge o dever jurídico, que é, por sua vez, definido como “a conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social”⁵².

⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2008. p. 01.

⁵² *Ibidem*. p. 01.

Ocorre que mesmo com o dever jurídico positivado, há aquele que desrespeita a norma legal e com isso lesiona o direito de outro. Ou seja, há uma inobservância ao comando positivado e o cometimento de um ilícito.

Expedientes desta natureza vão fazer então com que o dever jurídico assumira então duas nuances, uma que é o dever jurídico originário, que ao ser violado, gera a segunda nuance do dever que é o dever jurídico sucessivo⁵³.

Assim, o dano causado pela violação do dever jurídico deverá ser reparado, pois a conseqüência imediata da violação é a reparação. Pronunciando-se sobre esta reparação, Gagliano observa que ela “deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior de coisas”⁵⁴.

Dessas observações, é possível dizer que há então responsabilidade civil quando alguém tiver que recompor o dano em decorrência da inobservância de um dever jurídico.

O Código Civil de 2002 recepcionou a Responsabilidade Civil, em seu artigo 186, que reza o seguinte: “Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Para alguns doutrinadores, a responsabilidade civil é sinônima de ato ilícito. Isto parece ocorrer em razão do dispositivo citado dizer que quem através de uma ação, ou omissão, causa dano a outrem comete ato ilícito.

Contudo, Rui Stoco, faz uma observação pertinente ao dizer que o legislador cometeu um erro na redação do dispositivo mencionado, em razão de que, segundo este autor, a ilicitude do ato está no transgredir do direito e não pelo fato de causar dano⁵⁵.

Esta linha de raciocínio está em sintonia com entendimento, supra destacado, da existência de um dever jurídico estabelecido no direito posto. O proceder que viola esse direito é uma ilicitude. Dessa forma, o artigo 186 do CC/02, caracteriza

⁵³ Op. cit., p. 02.

⁵⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. *Responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. Vol III. p. 9.

⁵⁵ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. Doutrina e jurisprudência. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2007. p. 120.

uma cláusula geral de ilicitude e se a conduta do agente a ela se submete ter-se-á então ocorrência de um ato ilícito⁵⁶, pela ocorrência do dano.

Mas independentemente de qual seja a expressão mais adequada, o importante é que fique registrado que responsabilização civil é cometimento de ilícito.

E a conclusão a que se pode chegar, à luz dessas observações, é que a responsabilidade civil que gera o dever de indenizar é a atitude proveniente de um ato ilícito que causa dano a outrem.

Do artigo em referência, vislumbram-se também os pressupostos ou elementos da responsabilidade civil, quais sejam, a conduta humana, que pode ser voluntária ou involuntária, o nexo de causalidade ou prejuízo, e o dano, sobre os quais, será feita uma abordagem oportunamente.

2.2. ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Percebe-se que a doutrina civilista abalizada se propõe a classificar de maneira apurada a temática da responsabilidade civil. Desta forma, ponderando razões didáticas, que permitem a percepção mais detalhada do fenômeno jurídico, o conhecimento é sistematizado em categorias, conforme as peculiaridades de cada espécie.

2.2.1. Responsabilidade Civil X Responsabilidade Penal

A doutrina civilista quando discorre sobre a responsabilidade civil comumente faz uma menção inicial a distinção que há entre responsabilidade civil e responsabilidade penal, em razão de ambas serem as vertentes da responsabilidade jurídica.

Para que seja possível visualizar a diferença entre essas espécies de responsabilidade, faz-se necessário chamar a atenção para o traço comum entre as duas, que é a ilicitude. Cavalieri Filho diz que a ilicitude será chamada de penal ou civil considerando-se, exclusivamente, a norma jurídica que impõe o dever violado do agente⁵⁷.

⁵⁶ Op. cit., p. 121.

⁵⁷ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 14.

Assim, havendo uma transgressão à norma, haverá uma ilicitude, não estando esta vinculada exclusivamente a esta ou aquela esfera, mas a qualquer ramo do direito.

Partindo-se, então, da ilicitude que é o traço comum, entre as duas espécies de responsabilidade em referência, um aspecto que de fato distingue a responsabilidade civil da responsabilidade penal é o bem lesionado, uma vez que na primeira quem sofre a lesão é o interesse privado, enquanto que na segunda, o agente infringe uma norma de direito público.

Situações há, porém, que podem concorrer as duas responsabilidades num mesmo ato, é o que a doutrina chama de dupla ilicitude. Em expedientes desta natureza, recomenda-se que sejam tomadas as devidas medidas para que sejam observadas as ações pertinentes, uma vez que uma dessas ações será exercida pela sociedade e a outra pela vítima⁵⁸.

A doutrina civilista também aponta que outra diferença entre as duas responsabilidades é que na responsabilidade penal normalmente o bem lesado tem um grau maior de importância em relação ao bem que é lesado na responsabilidade civil, o que faz com que esta tenha um caráter residual, uma vez que só os danos menos graves é que serão por ela tratados⁵⁹.

Esse caráter residual fará com que só venham a ser objeto de responsabilização civil aquelas ilicitudes que escapem das malhas da norma penal, que é a norma que trata aquelas condutas que precisam ser reprimidas com mais rigor.

2.2.2. Responsabilidade Civil Contratual X Responsabilidade Civil Extracontratual

Essas espécies de responsabilidade são identificadas a partir de seu fato gerador, ou ainda, a partir da natureza da norma jurídica violada, ocasião em que haverá a responsabilidade civil contratual ou responsabilidade civil extracontratual, esta também denominada de aquiliana.

A responsabilidade contratual é que decorre da não execução de negócio jurídico que foi firmado entre duas partes. Isto é, esta responsabilidade se configura quando ocorreu um desrespeito a uma norma jurídica preexistente que vinculava as partes envolvidas em citado negócio. É o cometimento do ilícito contratual.

⁵⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 11. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 20.

⁵⁹ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 14.

A responsabilidade extracontratual, por sua vez, também decorre de um inadimplemento, de uma violação a um mandamento legal. Porém, diferentemente do que ocorre com a responsabilidade contratual, na extracontratual, não é necessário que haja vínculo anterior entre as partes, isto é, estas não precisam estar ligadas numa relação obrigacional, firmada por contrato prévio.

Estabelecendo um conceito sobre estas duas espécies de responsabilidade, Cavalieri Filho diz que⁶⁰:

se preexiste um vínculo obrigacional e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se este dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto.

Da diferenciação entre responsabilidade contratual e extracontratual, é importante que fique também claro sobre a quem compete o dever de provar a ocorrência do dano que teve lugar em face do descumprimento da mencionada norma.

Na responsabilidade contratual, Diniz informa que o ônus da prova “competirá ao devedor que, ante o inadimplemento, deverá provar a inexistência de sua culpa ou a presença de qualquer excludente do dever de indenizar”⁶¹.

Já na responsabilidade extracontratual, o ônus da prova caberá à vítima. Pois, é esta que segundo Diniz, que deverá provar a culpa do agente, sob pena de caso reste impróspero esse intento, mencionada prova ficará sem ressarcimento⁶².

Assim enquanto que na responsabilidade civil contratual, a culpa é presumida, uma vez que compete ao agente provar que não agiu com culpa para o descumprimento da obrigação, na responsabilidade civil aquiliana, cabe à vítima provar a culpa daquele que descumpriu com seu dever e causou-lhe dano.

⁶⁰ Op. cit., p. 15.

⁶¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. *Responsabilidade civil*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 116.

⁶² Ibidem. p. 116.

2.2.3. Responsabilidade Civil Subjetiva X Responsabilidade Civil Objetiva

Outra espécie de responsabilidade civil é identificada a partir de seu fundamento, assumindo assim, as hipóteses de responsabilidade civil objetiva e responsabilidade civil subjetiva.

A responsabilidade civil subjetiva é aquela que está relacionada ao dano, quer tenha sido este dano causado por ato doloso ou culposos.

A responsabilidade civil subjetiva está prevista no ordenamento jurídico, no artigo 186 do Código Civil de 2002 que diz *in verbis*: “Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência e imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Em face da estreita relação, no citado dispositivo, entre responsabilidade e culpa, esta se posta então como fundamento da responsabilidade civil subjetiva.

Mas se a culpa define o conceito da responsabilidade civil subjetiva, situações há em que ocorre responsabilidade civil sem que haja a preocupação com a identificação da culpa. É a responsabilidade civil objetiva. Gagliano informa que nessa espécie de responsabilidade “o dolo ou culpa na conduta do agente causador do dano é irrelevante juridicamente”⁶³.

A responsabilidade civil objetiva foi devidamente acolhida e expressa no ordenamento jurídico, no CC/02, artigo 927, § único que diz:

Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos previstos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Cumprindo observar que o parágrafo único do artigo 927 também destaca que o Brasil adotou, em termos de responsabilidade objetiva, a teoria do risco, que segundo a doutrina é a responsabilidade que diz que “todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa”⁶⁴.

⁶³ GAGLIANO, op. cit., p. 16.

⁶⁴ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 136.

Em face desta relação entre responsabilidade objetiva e a teoria do risco, citada responsabilidade é também denominada de responsabilidade do risco, pois nela, basta então que se identifique a relação entre o dano e a conduta, que é o nexo causal. E este uma vez identificado fará surgir o dever de reparar.

2.3. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.3.1. A Conduta Humana

Como o artigo 186 do CC/02 menciona que “aquele que por ação ou omissão voluntária...”, um dos primeiros pressupostos da responsabilidade civil, a ser considerado, é a conduta humana.

A conduta humana, entendida com a ação ou omissão, está intimamente ligada ao aspecto da vontade, uma vez que com o seu proceder, o agente faz uma escolha já que o dispositivo fala de voluntariedade.

Sobre estes dois aspectos da conduta, a ação e a omissão, a doutrina civilista destaca que enquanto que a ação é a maneira mais corriqueira da exteriorização do comportamento humano, a omissão ocorre quando o agente se priva de alguma conduta que é devida⁶⁵.

Saliente-se, porém, que não é qualquer conduta humana que se comporta como pressuposto da responsabilidade civil. Esta conduta precisa produzir efeito no mundo jurídico, ou seja, tanto a ação como a omissão precisam ter relevância jurídica.

Em razão desse aspecto, é possível que venha a surgir um questionamento em torno da omissão, pois como poderia alguém voluntariamente deixar de fazer algo e isso se tornar um fato jurígeno?

Nesse ponto, a doutrina esclarece que a omissão passa a ser relevante para o mundo jurídico, tornando o omitente responsável, “quando este tem dever jurídico de agir, de praticar um ato, para impedir o resultado, dever, esse, que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior ao próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo por isso, agir para impedi-lo”⁶⁶.

⁶⁵ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 24.

⁶⁶ Ibidem. p. 24.

Essa especificação torna-se importante, pois visa delimitar qual o tipo de conduta que interessa ao judiciário ao mesmo em tempo que servirá para impedir que qualquer tipo de omissão venha dar ensejo a uma ação na justiça.

2.3.1.1. A relação da culpa com a responsabilidade civil

Um dos assuntos que causa divisões na doutrina civilista é se o elemento culpa deve ou não ser considerada como essencial na responsabilidade civil.

O artigo 186 do CC/02 faz referência a uma ação ou omissão danosa, voluntária por negligência ou imperícia.

Há autores que não concordam com o entendimento de que a culpa deva ser considerada como pressuposto da responsabilidade civil, pois ela, a culpa, afirmam estes autores, é um elemento acidental e pressuposto apenas da responsabilidade civil subjetiva.

Pablo Stolze, por exemplo, autor que se filia a esse entendimento, apóia seu argumento ao mencionar que o CC/02 deu muito mais ênfase à responsabilidade que se baseia na atividade de risco - que caracteriza a atividade objetiva - e segundo, citado autor, é esta ênfase o que se observa nos artigos 927 e ss⁶⁷.

Contrariando, porém, esse entendimento, há autores civilistas que afirmam que a responsabilidade civil subjetiva é exatamente a regra do ordenamento jurídico.

Para trazer à baila a linha de raciocínio dessa segunda corrente, faz-se necessário, comentar, em linhas gerais, o que se entende por culpa.

A culpa, na doutrina civilista, é considerada tanto em seu sentido amplo (*latu sensu*) bem como em seu sentido estrito (*strictu sensu*). Na primeira está o dolo, que é a violação intencional de um dever jurídico e, na segunda, a culpa se caracteriza pela imprudência, imperícia ou negligência, sem que haja nessa conduta um desejo deliberado de violar um dever.

De acordo com o entendimento da segunda corrente, supra mencionada, o artigo 186 do CC/02, contempla tanto o a culpa em sentido amplo como a culpa em sentido estrito, uma vez que citado artigo fala que o agente que “.. por ação ou omissão

⁶⁷ GAGLIANO, op. cit., p. 28/29.

voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano...”. E por essa razão, afirma esta corrente, a regra do ordenamento é a responsabilidade civil subjetiva.

No que tange ao confronto entre os artigos 186 e 927 e ss, argumenta, a segunda corrente, que, em termos estruturais os códigos utilizam sua Parte Geral para mencionar aquela regra que é geral e, na sua Parte Especial, a especificação das hipóteses fáticas que já foram previamente tipificadas, mas que nelas não se aplicam a primeira regra legal. Assim, o artigo 186 que fornece a estrutura da responsabilidade civil associada à culpa, está situado na Parte Geral, enquanto que o artigo 927, mais precisamente, seu parágrafo único, estabelece apenas uma exceção e não uma regra geral, uma vez que vem a estatuir que o dano deve ser reparado independentemente de culpa⁶⁸.

E quanto ao fato do CC/02 apresentar mais hipóteses de responsabilidade objetiva do que subjetiva, a segunda corrente, contra argumenta que, nesses instantes, não se pode olvidar que um comportamento recorrente na técnica legislativa é a de positivar as exceções e não a regra e, em decorrência disso, a regra geral, na atual codificação privada, é a da necessidade do elemento da culpa para que se possa vir à tona a responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar⁶⁹.

Assim, a expressão que se afigura mais precisa, para a conduta prevista no artigo 186, causadora do dano, deve ser a conduta culposa, caracterizadora da responsabilidade civil subjetiva, pois o dever de ressarcir vem da prática de ato ilícito que decorre da culpa.

Contudo, é preciso ainda esclarecer sobre qual o critério deve ser utilizado para que se possa afirmar que o agente agiu com culpa. Neste ponto, convém então, mencionar que “o comportamento do agente será reprovado ou censurado, quando, ante circunstâncias concretas do caso, se entende que ele poderia ter agido de modo diferente”⁷⁰.

Então, a culpa ocorre quando aquele que diante de uma determinada situação, poderia tomar um determinado caminho e, por escolha própria, escolheu um proceder diferente, causando um ato ilícito e lesionando o direito de outrem.

⁶⁸ Rui Stoco, que se filia a segunda corrente, apresenta essa argumentação para explicar o entendimento que deve ser adotado na leitura dos artigos 186 e 927 do CC/02. STOCO, op. cit., p. 131.

⁶⁹ TARTUCE, Flávio. *Direito das obrigações e responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 453.

⁷⁰ DINIZ, op. cit., p. 38.

Diante do exposto, esta pesquisa se filia a segunda corrente, por entender também que a culpa deve ser devidamente considerada quando uma ação ou omissão gera um dano em alguém, pois ainda que o agente não quisesse deliberadamente chegar aquele resultado, sua escolha, teve sensível contribuição para o prejuízo que alguém suportou.

Mas a discussão ainda não está de todo encerrada. Cumpre ainda fazer uma breve referência no assunto da culpa no que tange as suas graduações.

A competente doutrina civilista, classifica assim a culpa em grave, que é aquela que ocorre quando há uma negligência extrema do agente; a leve, que ocorre quando a lesão ao direito poderia ter sido evitada se o agente tivesse prestado uma atenção ordinária ao seu dever, e, finalmente, a culpa levíssima, quando se entende que a falta seria evitada se houvesse uma especial habilidade do agente.

De fácil intelecção é a percepção de que a culpa, em todas as suas graduações, pode ser definida, como a falta de cuidado para com um dever.

E em que pese à atenção que a doutrina faz ao sistematizar os diferentes graus de culpa, é importante salientar, que o Código Civil de 2002, não se orienta por essa graduação para fins de reparação de dano. Este deve ser reparado em qualquer situação, pois “ainda que levíssima, a culpa obriga a indenizar”⁷¹.

Portanto, é desnecessário, perseguir o nível da culpa, numa ação de responsabilização civil para saber se o agente realmente tem que reparar o dano. Se ela se faz presente, o consectário lógico, é o dever de ressarcir.

2.3.2. O Nexo de Causalidade

O nexo causal é chamado também de elemento imaterial ou virtual, que é onde se analisa se a conduta do agente realmente deu causa ao dano suportado por outrem.

Aponta a doutrina que a primeira questão a ser resolvida, quando se está diante de um caso que envolva responsabilidade civil, é descobrir se a ação do agente foi causadora do resultado.

Em decorrência dessa característica que acompanha o nexo causal, não basta então aferir se a conduta do agente foi ilícita ou ainda se a vítima sofreu um dano,

⁷¹ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 37.

para que haja a devida reparação, pois se não tiver sido comprovado que o dano sofrido decorre da conduta mencionada, a responsabilidade civil pode até mesmo nem vir a existir, uma vez que não se pode responsabilizar alguém que não deu causa a um determinado prejuízo.

A análise desse elemento imaterial parece ser algo de fácil inteligência, principalmente, quando o resultado decorre de um fato simples, pois nestes casos, o nexo causal se estabelece de forma direta entre fato e dano. Ocorre que, há ocasiões, mais complexas, onde para que seja observado o nexo causal, várias circunstâncias precisam ser analisadas para ocorrência do mesmo evento danoso. E nesse instante da reflexão científica, surgem algumas teorias voltadas para explicar a configuração do nexo de causalidade, e dentre estas, três se destacam, quais sejam, teoria da equivalência das condições, teoria da causalidade adequada e teoria do dano indireto ou imediato.

Contudo, afigura-se como *despiciendo* discorrer-se sobre qual a melhor das teorias que deve ser considerada para estabelecimento do nexo de causalidade. Tanto porque nenhuma delas, segundo Cavalieri Filho, “oferece soluções prontas e acabadas para todos os problemas envolvendo nexo causal” e em razão também de que, segundo informações trazidas por Tartuce, não há consenso, nas decisões dos tribunais, sobre qual, das mencionadas teorias, foi adotada no Código Civil de 2002.

Essa falta de consenso nas decisões nas instâncias superiores faz com que a doutrina civilista assuma, por sua vez, posicionamentos também diferentes quando discute também sobre qual teoria o diploma civil adotou.

Mas em que pese o dissenso mencionado, não há divergências quanto ao fato de que o nexo de causalidade se faz presente quando é constatado o vínculo entre o prejuízo e a ação.

Um ponto que merece ser destacado quando se trata de nexo de causalidade é que este vínculo pode se dar tanto de forma direta, como também, ser uma consequência previsível, uma vez que, o que precisa haver, entre dano e prejuízo, segundo a doutrina, é “uma relação necessária”, ou seja, “não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido”⁷².

Assim, o nexo causal embora indispensável para estabelecimento da relação entre ação e dano, não exige da ação que ela seja a causa exclusivamente

⁷² DINIZ, op. cit., p. 96.

responsável pelo prejuízo sofrido. Basta que haja uma “relação necessária” entre o dano suportado por outrem e a conduta do agente que gerou mencionado dano.

2.3.3. O Dano

Um último elemento que caracteriza a Responsabilidade Civil, seja ela contratual ou extracontratual, é o dano, ou prejuízo, que é, visto pela doutrina, como o elemento inafastável de citada responsabilidade uma vez que, sem ele, não haverá pagamento da indenização.

A identificação do dano é tão importante para configuração da responsabilidade civil, que mesmo que a culpa seja devidamente provada, sem a existência do dano não há o que se reparar. Cavaliere Filho apóia esse entendimento ao dizer que “o dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria de se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano”⁷³.

Cumpra observar que para que o dano seja reparável ele precisa preencher alguns requisitos, quais sejam, que tenha havido uma agressão a um bem tutelado, seja ele patrimonial ou moral; que o dano seja certo, uma vez que não pode ser um dano hipotético; que haja uma relação de causalidade entre a conduta e o prejuízo sofrido e, finalmente, que este dano deve existir no momento de sua exigibilidade.

Dentre estes requisitos do dano reparável, é possível, inclusive, abstrair a própria definição de dano, que segundo Diniz, pode “ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral”⁷⁴.

O dano também se divide em duas espécies. O dano patrimonial (ou material) e o dano moral ou (imaterial). O primeiro é aquele que ocorre quando há prejuízo causado aos bens economicamente apreciáveis do seu titular.

E quando o dano atinge bens apreciáveis economicamente ele assume dois aspectos. O dano emergente, que em linhas gerais, seria o prejuízo efetivo experimentado pela vítima, ou seja, o que a vítima perdeu; e o lucro cessante, que seria o que a vítima deixou de lucrar.

Contudo, inobstante essas duas espécies de dano, é sobre o dano moral que se faz necessário tecer os maiores comentários, tendo em vista a proposta deste

⁷³ CAVALIERE FILHO, op. cit., p. 70.

⁷⁴ DINIZ, op. cit., p. 58.

trabalho. Isto porque o dano moral e sua relação com a Dignidade da Pessoa Humana suscitam uma discussão mais profunda, que justifica a própria existência da responsabilidade civil por abandono afetivo, objeto desta pesquisa.

Assim, não exatamente apresentando uma definição, mas explicando a compreensão de dano moral, Stoco diz que esse prejuízo de natureza imaterial “corresponde à ofensa causada à pessoa a *parte subjecti*, ou seja, atingindo bens e valores de ordem interna ou anímica, como a honra, a imagem, o bom nome, a intimidade, a privacidade, enfim, todos os atributos da personalidade”⁷⁵.

Conforme foi mencionado anteriormente, quando se trata de dano patrimonial, a ilicitude do ato atinge bens monetariamente quantificáveis que são, por sua vez, de propriedade da vítima. O dano imaterial, porém, conforme se observa na observação de Stoco, é aquele que atinge a esfera personalíssima de sua vítima.

Assim como há uma classificação para o dano patrimonial, a doutrina apresenta também uma classificação para o dano moral.

Há então aquele dano que leva em conta a necessidade ou não de prova, que é o dano moral subjetivo e o dano moral objetivo ou presumido; havendo ainda uma classificação que leva em conta a pessoa atingida, onde o dano moral pode ser direto ou indireto⁷⁶.

Esse cuidado da doutrina em classificar detidamente o dano moral e até mesmo em definir seu conceito decorre da própria valorização que referido dano recebe atualmente, pois com a consagração do princípio da dignidade humana, pela Constituição Federal de 1988, lesionar alguém moralmente, é lesionar o direito que a vítima tem à dignidade⁷⁷.

Mas será que todo o dano moral deve então ser indenizado?

Todos os dias têm-se notícia de alguém que ajuizou uma ação pleiteando danos morais em decorrência de um suposto constrangimento ou dissabor que tenha passado.

E em muitos casos, a única contribuição da ação ajuizada foi inflacionar o judiciário já abarrotado de tantos processos.

Assim, dano moral não é qualquer transtorno ou aborrecimento que a pessoa sofre no seu dia a dia.

⁷⁵ STOCO, op. cit., p. 128.

⁷⁶ TARTUCE, op. cit., p. 397/398.

⁷⁷ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 79/80.

O dano moral que importa para o direito, isto é, que dá ensejo a uma ação de responsabilização é aquele que atinge à dignidade de cada um como pessoa que é.

É importante haver essa depuração nas ações ajuizadas objetivando indenizações em face de prejuízos moralmente sofridos, sob pena de se banalizar a própria concepção da responsabilidade civil. A doutrina aponta inclusive que reparar qualquer dano moral, faria com que este caísse em descrédito⁷⁸.

Saliente-se também que o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pois afirma Cavalieri que⁷⁹:

pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame, e sofrimento sem violação da dignidade. Dor, vexame, sofrimento e humilhação, podem ser conseqüências e não causas.

Assim, dizer que o dano moral é aquele que atinge a parte subjetiva da vítima poderia soar, e - perdoe-se a redundância - muito subjetivo. Porém, esta subjetividade fica melhor compreendida quando se observa que ela é lesionada, mais precisamente, quando há uma agressão à dignidade humana.

2.3.3.1 O Dano Moral e a Dignidade da Pessoa Humana

Para elucidar sobre a relação entre Dano Moral e Dignidade da Pessoa Humana, faz-se necessário mencionar aqui o diálogo, ou mais precisamente, a interação entre o Direito Civil e o Direito Constitucional. A doutrina aponta que, esta interação Civil-Constitucional “nada mais é do que a harmonização entre os pontos de intersecção do Direito Público e do Direito Privado, mediante a adequação de institutos que são em sua essência, elementos do direito privado, mas que estão na Constituição”⁸⁰.

Uma das evidências dessa interação traduz-se na previsão de responsabilidade civil em decorrência de dano moral.

Conforme já pontuado em linhas anteriores, a Dignidade Humana foi erigida como princípio fundamental da República Federativa do Brasil e esta consagração fez também com que referido princípio passasse a reger todo o sistema normativo constitucional, inclusive, outros princípios também encartados na Carta Magna.

⁷⁸ TARTUCE, op. cit., p. 399.

⁷⁹ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 80.

⁸⁰ TARTUCE, op. cit., p. 310.

A consagração do princípio em referência, pela própria etimologia de suas palavras, procura mostrar a preocupação da República com a valorização da pessoa. Pronunciando-se sobre o assunto, Cavalieri Filho chega a mencionar que há hoje o direito “subjutivo constitucional à dignidade” e noutro ponto, citado autor afirma que “a Constituição deu ao dano moral uma nova feição e maior dimensão, porque a dignidade humana, nada mais é, do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos”⁸¹.

De acordo com a citação supra mencionada, há uma íntima relação entre a Dignidade Humana e os Direitos da Personalidade, o que permite concluir que aquela é preservada quando estes são protegidos.

Direitos da Personalidade, como o próprio termo já induz tem como objeto tudo aquilo que diz respeito à individualidade da pessoa, tais como seus atributos físicos e morais, suas projeções sociais, compondo-se de valores como a vida, a integridade física e psíquica, a liberdade, a honra e o nome.

De acordo com Bittar, a categoria dos danos morais se reveste de “um caráter atentatório à personalidade, de vez que se configura através de lesões a elementos essenciais da individualidade, e, por esta razão, recebe a repulsa do direito”⁸².

Assim, todas as vezes que alguém, através de seu proceder, desrespeita direitos, lesionando atributos que pertencem à individualidade de outrem, causa a este um dano moral, porque atinge sua dignidade como pessoa, o que é suficiente para fazer com que este proceder receba total censura da ordem jurídica.

2.4. EFEITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA SEARA DO DIREITO DE FAMÍLIA

Observando-se o CC/02 constata-se que há toda uma gama de deveres a serem observados por parte daqueles que vão integrar o núcleo familiar, especialmente, para aqueles que decidem formar uma sociedade marital, seja casamento, união estável, relação concubinária, etc.

O artigo 1566, por exemplo, estatui que o dever dos cônjuges no casamento é de fidelidade recíproca, mútua assistência, vida em comum no domicílio

⁸¹ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 80.

⁸² BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: RT, 1999. p. 57.

conjugal, etc. O artigo 1724, por sua vez, reza que na união estável “os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência”, etc.

Ocorre que quando a relação se acaba é comum que a causa tenha sido porque um dos envolvidos tenha desrespeitado a alguns desses deveres. E a pergunta que surge é: a infração desses deveres é causa de indenização por danos?

A presença da responsabilidade civil na Seara do Direito de Família não é um assunto pacífico. Discute-se sobre a possibilidade de responsabilidade civil decorrente da infração dos deveres conjugais, da separação culposa ou do rompimento das relações concubinárias e da união estável.

Há doutrinadores, porém, que até não vêem problema entre a relação desses dois ramos do Direito Civil. Neste sentido, destaca Rosendal que:⁸³

A possibilidade de caracterização de um ato ilícito (conforme as regras gerais dos arts. 186 e 187 do Código Civil) em uma relação familiar é certa e incontroversa, impondo, por conseguinte, a incidência da responsabilidade civil no Direito de Família, com o conseqüente dever de reparar danos.

O dissenso da doutrina é mais acirrado no que diz respeito ao alcance da responsabilidade ao se definir qual seria ato ilícito que geraria o dever de indenizar.

As relações familiares normalmente têm origem na afetividade e propõem-se em serem eternas e duradouras. Porém, quando a vida em comum se torna insuportável e a relação chega ao fim, aqueles que antes agiam como se estivessem em um indestrutível ninho de amor, que só a morte poderia desfazer, vêem-se de repente ajuizando ações de divórcio, de separação, de reconhecimento e dissolução de união estável que por sua vez vão romper de forma oficial e definitiva com projeto em comum que fez homem e mulher investirem na relação.

Aí, após o fim do vínculo que os mantinha atados a esse laço, marido e mulher passam a experimentar o avesso desse sentimento.

Nessas horas, a sensação de fracasso, experimentado por alguns, faz com que a dor que eles estejam sentindo seja usada por eles mesmos, ainda que de forma camuflada, como pretexto para algumas compensações indenizatórias, principalmente, em termos de danos morais.

⁸³ FARIAS, op. cit., p. 87.

Outros ainda acusam aquele que foi seu par de ter violado os deveres do casamento e tentam com isso alcançar também alguma espécie de indenização seja de caráter moral seja de caráter patrimonial.

Há autores civilistas que tomam postura firme contra a responsabilização civil que é buscada por aquele que não se conforma que o amor que unia a sua vida a de outra pessoa chegou ao fim. E argumentam “quando o amor acaba não há como impor responsabilidade indenizatória (...) o descumprimento das promessas, feitas no limiar da união, independe da vontade do par, não podendo gerar obrigação ressarcitória”⁸⁴.

Há, porém, civilistas que são favoráveis a aplicação das regras de responsabilidade civil no Direito de Família desde que haja a caracterização do ato ilícito.

Esta última corrente está a defender que critérios sejam adotados para que se evite que as regras de responsabilidade civil sejam aplicadas de forma irrestrita fazendo com que qualquer violação de um dever jurídico familiar venha a caracterizar o dever de indenizar.

Este entendimento afigura-se, no sentir deste trabalho, como uma postura mais sensata, uma vez que aqueles que entram em uma relação marital precisam estar cientes de que, inobstante haja um ideal que a relação se estenda de uma forma que só a morte venha pôr fim ao laço afetivo, relacionamentos são rompidos por motivos outros e a própria separação em si causa uma dor. A dor da perda. E esta não deve ser motivo para se pleitear uma indenização por danos morais. A menos, é óbvio que os motivos que levaram à ruína da relação, tenham sido realmente fruto de uma conduta ilícita que gerou um dano, pois nessa situação, a responsabilização é devidamente cabível.

2.5. RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL NAS RELAÇÕES PARENTAIS.

Mas a norma legal não fixa deveres só para aqueles que se envolvem afetivamente numa relação de conjugalidade. Há deveres que também são fixados para atender aos interesses daqueles que são o fruto dessa relação de convivência marital: os filhos.

⁸⁴ DIAS, op. cit., p. 115.

No artigo 227 da CF/88 estão elencados os deveres fundamentais da Criança e do Adolescente, tais como o direito à vida, à alimentação, à educação, ao lazer, à dignidade, à liberdade e à convivência familiar e etc.

Conforme já foi alhures destacado, a Carta Magna faz um comprometimento trino, ao colocar sob a responsabilidade do Estado, da Sociedade e da Família o dever de garantir a efetivação dos direitos que dizem respeito ao menor.

O Código Civil de 2002 mantendo a linha de pensamento da Lei Maior dá um toque de convergência ao assunto listando, entre seus artigos 1.630 e 1.638, a série de direitos que compete aos pais, lista esta que é identificada pela expressão *poder familiar*.

Mas a expressão em si não é vista com muita simpatia pelos doutrinadores civilistas, uma vez que ela coloca uma ênfase muito grande no aspecto do poder.

Durante o período em que a família era vista sob os mandos e desmandos do *pater familias*, a palavra poder estava realmente intimamente associada à função do pai da família.

E conforme já foi demonstrado, a evolução que houve tanto no conceito de família, como no conceito de parentalidade demonstra entre outras coisa que essa visão de um poder dos pais não é visto mais com tanta naturalidade.

Assim, a doutrina civilista, sustenta que o termo correto deveria ser autoridade parental, em face de que o conceito de autoridade “traduz melhor o exercício de função ou de múnus, em espaço delimitado, fundado na legitimidade e no interesse do outro”⁸⁵.

Esse entendimento doutrinário destaca também que o poder familiar sugere mais dever e menos poder no papel que cabe aos pais, na observância dos direitos dos filhos, enquanto menores.

De fato, não poderia ser outra a interpretação desse *múnus* diante da *mens legislatoris* que foi impressa tanto na Carta Magna, como em outros diplomas. O Estatuto Menorista, por exemplo, deixa muito claro, em seus dispositivos, a importância que o legislador atribuiu aos direitos que dizem respeito à criança e ao adolescente,

⁸⁵ LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito de família e o novo código civil. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Do poder familiar*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 148.

realçando, dentre outras coisas, como a observância de tais direitos contribuirão para o desenvolvimento da personalidade daqueles que referido estatuto busca proteger.

Dentre os direitos que dizem respeito à criança e ao adolescente, a serem observados pelos pais, dois deles, tem, inegavelmente, uma relação muito forte com o desenvolvimento da personalidade do menor, em razão da inerência que há ao exercício do poder familiar. São os direitos dos filhos de estarem em companhia dos pais e o direito deles à convivência familiar. Pronunciando-se sobre o assunto, Liberati destaca que “A ausência da família, a carência e amor e de afeto comprometem o desenvolvimento da criança e do adolescente. A família, é por tanto, o agente socializador por excelência do ser humano”⁸⁶.

Uma criança só poderá desenvolver certos aspectos de sua personalidade bem como suas potencialidades se, dentre outras coisas, puder estar na companhia e na convivência daqueles que tem por pais.

Por outro lado, a legislação também procura dar uma garantia à observância dos direitos da criança, ao prevê a aplicação de medidas punitivas para os pais quando a conduta destes lesiona o direito dos filhos.

Dentre essas medidas punitivas, há a possibilidade de suspensão do poder familiar, cujas hipóteses estão previstas no artigo 1637 do CC e ainda a possibilidade de prisão civil pelo inadimplemento do dever de prestar alimentos, de acordo com o que dispõem o artigo 5º, Inciso LXVII, a Lei de Alimentos e Código de Processo Civil.

Mas independentemente de quais medidas venham a ser aplicadas aos pais, quando do desrespeito dos direitos que dizem respeito aos seus filhos, o certo é que elas apontam, a toda evidência, a responsabilidade extracontratual dos pais em relação aos filhos.

2.6. REPARAÇÃO CIVIL DO DANO MORAL

Um outro assunto, dentro da reparação civil, que é causa de debate na doutrina civilista é a reparação do dano moral.

⁸⁶ LIBERATI, op. cit., p. 26.

Cumpra de logo observar que, nos títulos onde o assunto foi pesquisado, foi possível constatar um cuidado no emprego da terminologia utilizada quando se fala em danos.

Assim, quando a doutrina trata de danos de ordem patrimonial, a expressão correspondente é ressarcimento e quando ela trata de danos morais, a expressão correspondente é reparação.

Voltando ao aspecto do dissenso da doutrina, de um modo geral, verifica-se que, a questão suscitada é como se pode indenizar um dano que não é economicamente apreciável, uma vez que referido dano, conforme já se viu, lesiona a esfera personalíssima, isto é, atinge um bem da vítima que é imaterial.

E contra a reparabilidade, são apontados os seguintes argumentos: a efemeridade do dano moral, incerteza no dano moral de um verdadeiro direito violado, a dificuldade de se descobrir a existência do dano, impossibilidade de uma rigorosa avaliação em dinheiro, o ilimitado poder que tem de se conferir ao juiz, a imoralidade de se compensar uma dor com dinheiro, a impossibilidade jurídica de admitir-se tal reparação, indeterminação do número de pessoas lesadas e enriquecimento sem causa⁸⁷.

Dentro da corrente civilista, favorável à indenização, há quem entenda que este debate foi acalorado, porém, em épocas passadas, numa fase que era chamada de fase da irreparabilidade, fase esta que está atualmente superada e que não mais problemas se quer para se admitir a acumulação de pedido de danos materiais juntamente com danos morais. E esta corrente justifica este entendimento ao dizer que⁸⁸

Numa primeira fase negava-se a ressarcibilidade ao dano moral, sob o fundamento de ser ele inestimável. Chegava-se mesmo ao extremo de se considerar imoral estabelecer um preço para a dor. Aos poucos, entretanto, foi observado que este argumento tinha por fundamento um sofisma, por isso que não se trata de um *pretium doloris* mas de simples compensação, ainda que pequena, pela tristeza injustamente infligida pela vítima.

Ainda que a controvérsia, segundo a observação supra mencionada, esteja resolvida, há aqueles que mantêm o entendimento contra a reparabilidade objetando os argumentos acima referidos, razão pela qual, esta pesquisa, em momento oportuno, dará uma atenção maior ao assunto no sentido de apresentar quais os

⁸⁷ Da consulta feita na doutrina civilista, quanto às objeções contra a reparabilidade do dano moral, esta relação, fornecida por Maria Helena Diniz, mostrou-se mais completa. DINIZ, op. cit., p. 83/88.

⁸⁸ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 80.

argumentos que se contrapõem à mencionadas objeções, pelo menos, as objeções que são mais pertinentes dentro da proposta deste trabalho.

Todavia, o cerne de toda a questão parece residir em dois fatores. Um deles é estabelecer qual a natureza jurídica da reparação do dano moral, fator este que, diga-se de passagem, não goza de consenso, havendo então diferentes correntes de entendimento.

Uma dessas correntes entende que a indenização por danos morais tem um mero intuito reparatório ou compensatório, sem qualquer caráter disciplinador ou pedagógico.

Há outra corrente que sustenta que a indenização tem um caráter principal reparatório e um caráter pedagógico acessório.

Há uma terceira corrente – que, segundo a doutrina civilista, tem crescido muito em número de adeptos – que se intitula como a teoria do desestímulo, por ver, na indenização por dano moral, um caráter punitivo ou disciplinador, como se houvesse na reparação um misto de pena e de satisfação compensatória. Amparando-se nesse entendimento, Diniz menciona que o aspecto penal se constitui numa “sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido”⁸⁹.

Inegavelmente, por esse caráter penal, a indenização soaria para o ofensor como um verdadeiro desestímulo para uma futura reincidência em um ato que cause dano moral em outrem.

Por essa característica desestimuladora para o ofensor, esta teoria postula-se como mais interessante para o propósito desta pesquisa, pelas razões que serão expostas em um capítulo posterior.

Mas se o aspecto penal da indenização atinge o ofensor, é preciso que se esclareça também sobre de que forma a indenização moral vai beneficiar a pessoa da vítima.

A doutrina civilista aponta que a indenização terá um caráter compensatório para a vítima no sentido de causar um efeito minimizador no sentimento de dor causado pelo dano, em face do dano moral se constituir “um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não tem preço, a

⁸⁹ DINIZ, op. cit., p. 94.

reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada”⁹⁰.

Então, a reparação não irá curar a dor. Apenas minimizará seus efeitos.

O segundo fator responsável por causar o entendimento divergente, quanto à indenização por dano moral, decorre do fato de que o Código Civil de 2002 não estabeleceu critérios fixos para que possa ser feita uma quantificação da citada indenização.

Quando há danos materiais, a regra é, segundo a doutrina civilista, a do *restitutio integrum* de acordo com o que estabelece o artigo 944 do CC que diz *in verbis* “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

Mas quando se trata de dano de natureza moral, o critério adotado para a indenização deverá ser o mesmo?

A competente doutrina traz à baila que, em face da lacuna do CC/02, deveria haver uma disciplina legal que tarifasse as indenizações tomando por base o salário mínimo. É isso, por exemplo, o que faz a Lei de Imprensa (Lei nº 5250/67) que em seu artigo 51 adotou o sistema da prévia fixação de teto máximo no arbitramento, para aquelas ocasiões em que um jornalista profissional for responsabilizado civilmente quando tiver agido com culpa na transmissão de notícia.

Ocorre que os artigos de referida Lei fazem alusão apenas à atitude do jornalista maculada de culpa. Assim, ainda que esta lei venha eventualmente servir como um parâmetro para orientar a decisão judicial, ela não poderá ser usada de forma irrestrita, disciplinando todos os casos em que seja discutido o dano moral, porque ela não contempla os casos em que o jornalista age com dolo. Em razão dessa limitação, os civilistas dizem que a Lei de Imprensa “não traz segurança e certeza da reparação do dano moral”⁹¹ e poderá, obviamente por não contemplar o a culpa *latu sensu*, deixar a vítima sem o ressarcimento que lhe é devido.

Já que não há como estabelecer um teto para tarifação das indenizações e como o CC/02 não fixou critérios para o valor da indenização por dano moral, a solução mais eficiente, segundo a doutrina, é que referido valor seja fixado de acordo com o arbítrio do juiz.

Isso, no sentir desta pesquisa, não daria poderes ilimitados ao magistrado, uma vez que quando diante de uma lide que envolva reparação por dano moral, o

⁹⁰ Ibidem. p. 94.

⁹¹ Op. cit., p. 95.

magistrado que queira proferir uma decisão equitativa deverá guiar-se por critérios, quais sejam, a extensão do dano, as condições socioeconômica dos envolvidos, as condições psicológicas das partes e o grau de culpa do agente, de terceiro ou da vítima⁹².

Para encerrar a discussão sobre o assunto da reparação do dano moral, faz-se necessário ainda mencionar um aspecto de elevada importância quanto está a se discutir sobre reparação por danos morais. É a prova do dano. Pois, quando se trata de lesão aquilo que é imaterial, isto é, de um prejuízo que atinge a esfera subjetiva da vítima, é imprescindível saber como esta prova é demonstrada.

Foi mencionado alhures o cuidado que há com a terminologia utilizada quando se está a falar de danos materiais e danos morais, sendo usada como expressão correspondente para este último tipo de dano a expressão *reparação*.

Esse cuidado serve, dentre outras coisas, para mostrar que a natureza do bem que é lesado nos danos morais, é de fato, diferente do bem lesionado no dano patrimonial. Assim, os meios utilizados para se encontrar a prova em danos causados ao patrimônio de alguém não podem ser os mesmos que a serem utilizados para se comprovar o dano causado a um bem de ordem imaterial. Neste ponto, Cavaliere Filho observa que “Seria uma demasia, algo até impossível, exigir que a vítima comprove, a dor, a tristeza, ou a humilhação, através de depoimentos, documento ou perícia”⁹³.

Se não há como fazer com que a vítima demonstre a extensão do dano ou mesmo sua existência, em face da natureza do bem que sofreu o prejuízo, o dano moral, é então de presunção absoluta, ou seja, “dispensa prova em concreto, pois se passa no interior da personalidade e existe *in re ipsa*”⁹⁴.

Assim, identificado o dano, não poderá ser exigido da vítima que ela faça uma comprovação de mencionado prejuízo. Basta provar que o nexo entre a conduta culposa e o dano sofrido, porque este, em matéria de danos morais, é presumido.

⁹² TARTUCE, op. cit., p. 411/413.

⁹³ CAVALIERE FILHO, op. cit., p. 86.

⁹⁴ GONÇALVES, op. cit., p. 620.

3 – A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DO VÍNCULO AFETIVO E A REPARAÇÃO CIVIL POR DANOS AFETIVOS

3.1 A IDEOLOGIA DO AFETO NAS RELAÇÕES PARENTAIS

Durante muito tempo a concepção de família no ordenamento jurídico brasileiro satisfaz aos critérios de uma estrutura patriarcal, onde a ordem do lar era a sujeição ao poder do chefe, o pai da família.

A manutenção dessa concepção não se devia a uma incompreensão ou limitação intelectual Poder Público legiferante, quanto à elaboração dos comandos adequados para regular a família. Pelo contrário, percebe-se que, a sua existência se justificava em razão dele servir a uma gama de interesses, principalmente, de ordem econômica. Nesse ponto, Barros destaca que⁹⁵:

Essa concepção restritiva da família bem servia, no plano ideológico, para justificar o domínio das terras pelos patriarcas antigos e, depois, pelos senhores feudais, corroborando a idéia-força de que a família patriarcal e senhorial é a base da sociedade

Se a família é base da sociedade nada mais coerente do que regulá-la com valores que sirvam aos interesses sociais.

Contudo, se o modelo patriarcal de família serviu a um determinado propósito econômico, hoje, conforme já foi observado, há outro fator ideológico, que é o afeto, a justificar a existência de um núcleo familiar

Mas a força do afeto não solicitou uma releitura apenas no conceito de família. O afeto, também, requereu uma releitura na relação paterno-filial, uma vez que, pai não é apenas aquele que gera um filho. Pai é aquele que educa, protege, cuida e dar amor.

Essa releitura de conceito de caráter, marcadamente afetivo, veio também fazer com que a filiação não estivesse mais adstrita a um código genético. À bem da verdade, este adquiriu uma importância relativa, pois uma vez identificado a afetividade entre pai e filho, o exame de DNA, de per si, poderá no máximo reforçar referida identificação. Porém, jamais suplantá-la.

⁹⁵ BARROS, Sérgio Resende. *A ideologia do afeto*. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/a-ideologia-do-afeto.cont>>. Acesso em: 20 maio 2010.

Esta dinâmica afetiva entre pai filho ficou consagrada com o advento do que muitos pesquisadores intitularam como: “Princípio da Parentalidade Socioafetiva”, porque levou a referida relação para além das raias da consangüinidade. Inclusive, quanto a este ponto destaca a doutrina que é exatamente na filiação socioafetiva que mais se evidencia o avanço do direito brasileiro na direção da solidariedade familiar, sendo agregada, em mencionada filiação, a adoção e a posse de estado de filho⁹⁶.

O Código Civil de 2002, embora mantendo a presunção *pater is est*, fez clara opção pelo paradigma da socioafetividade, em seus dispositivos e dentre estes podem ser destacados os artigos 1593 que reza que o parentesco é natural ou civil “conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”, havendo nessa “outra origem” uma abertura para filiações não biológicas e ainda o artigo 1605 que consagra a posse de estado de filho quando por parte dos pais existirem “veemente presunções resultantes de fatos já certos”. Pronunciando-se sobre o citado artigo, a doutrina sustenta que “a força maior do artigo radica de seu *in fine*, que escancara as portas a uma nova forma de parentesco, nem natural, nem civil, mas que fundamenta a filiação socioafetiva”⁹⁷.

Essa mentalidade inaugurada pela presença do afeto nas relações paterno-filiais se vê pacificada, também, em sede de jurisprudência, conforme demonstra a seguinte decisão⁹⁸

**Jurisprudência do STJ - Negatória - Paternidade - Vínculo Sócio-Afetivo
NEGATÓRIA. PATERNIDADE. VÍNCULO SOCIO-AFETIVO.**

A ausência de vínculo biológico (afastado por exame de DNA) não teve o condão de desconstituir a filiação, pois foi reconhecido juridicamente que se estabeleceu o vínculo socio-afetivo entre pai e filho, porquanto, só após 22 anos do nascimento do filho, o pai propôs ação negatória de paternidade combinada com retificação de registro civil. Com esse entendimento, a Turma negou provimento ao REsp do pai. Apontou o Min. Relator que, nas instâncias ordinárias, ao contrário do sustentado no REsp, ficou incontestado não haver adoção à moda brasileira, pois o recorrente, ao proceder ao registro da paternidade, não tinha conhecimento da inexistência de vínculo biológico e, apesar da alegação de dúvidas, portou-se como pai, estabelecendo vínculo de afetividade. Explicou que a paternidade fundada no vínculo socio-afetivo não é construção doutrinária nem jurisprudencial, mas encontra proteção no § 6º do art. 227 da CF/1988, que veda diferenciação entre filhos havidos ou não de relação de casamento, e no art. 1.595 do CC/2002, que reconhece o parentesco civil resultante de origem não consanguínea. Observou que o reconhecimento espontâneo da paternidade somente pode ser desfeito se demonstrado o vício de consentimento ou falsidade do registrado, conforme disposto no art. 1.604 do CC/2002. Esclareceu que, por erro de conhecimento, deve-se compreender a falsa representação da realidade ou idéia falsa da realidade, tal como apregoado na doutrina. Ademais, no contexto dos autos, não se denota emprego de

⁹⁶ LOBO, Paulo Luiz Netto. Família e solidariedade. p. 10.

⁹⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. Direito civil aplicado: *Direito de família*. São Paulo: RT, 2005. p. 193.

⁹⁸ Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp> >. Acesso em: 13 out. 2009.

diligência apta a configurar o alegado erro substancial escusável. Anotou ainda que o erro essencial apto a anular a filiação assentada no registro civil deve estar evidenciado nos autos de forma clara e robusta, o que não se verificou no caso. Precedentes citados: REsp 932.692-DF, DJe 12/2/2009, e REsp 1.022.793-RS, DJe 3/2/2009. REsp 1.078.285-MS

É importante frisar que, o relator da decisão chama a atenção para o fato de que o vínculo afetivo entre pai e filho está amparado constitucionalmente. A mensagem subjacente a esta assertiva é que doutrina e jurisprudência podem se envolver nas mais acirradas discussões e nos mais acalorados debates, mas a afetividade mostra seu valor ao ser protegida pelo próprio ordenamento jurídico.

Conforme se vê, o afeto foi o responsável por uma verdadeira mudança de enfoque quando se considera a relação paterno-filial. É o que, indiscutivelmente, pode ser chamado de ideologia do afeto nas relações parentais, sendo a ideologia adotada aí como “o conjunto de idéias sistematizadas que justificam determinada prática”⁹⁹.

Inegavelmente, o afeto foi responsável pela adoção de novas práticas que primeiramente a família, depois o ordenamento jurídico, a doutrina e decisões judiciais passaram a reconhecer a importância desse sentimento no laço que une pai e filho.

Assim, não parece andar bem, aquele que atribui importância inferior ao valor que faz jus o elemento afetivo da relação paterno-filial.

3.2 DEVERES DOS PAIS PARA COM A PESSOA DOS FILHOS

Conforme já foi mencionado, os pais exercem sobre os filhos uma determinada autoridade parental, sedimentada no ordenamento jurídico pátrio, sob a nomenclatura moderna de Poder Familiar e que se traduz, mais precisamente, numa série de Deveres dos Pais (pelo Princípio da Igualdade de Direitos e Deveres entre Homem e Mulher), para com a Pessoa dos Filhos.

Tais deveres estão, devidamente, expressos no CCB/02 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, seguindo estes, repise-se, a orientação da Carta Magna vigente.

Convém agora falar, com mais vagar, sobre quais são esses deveres.

⁹⁹ ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. *Temas filosóficos*. São Paulo: Moderna, 1992. p. 57.

De acordo, com os artigos 1566, IV, 1634, 1689 a 1693, 1696 e 1724 do CC/02 e arts. 19, 21, 22, 60 a 69 e 142, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, são direitos dos pais em relação a seus filhos menores e aos seus bens: a)dirigir-lhes a criação e promover-lhes o seu sustento e educação; b)tê-los em sua companhia e guarda; c)conceder-lhes ou negar-lhes o consentimento para se casarem; d)nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; e)representá-los, até os 16 anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, até aos 18 anos, ou à emancipação nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; f)reclamá-los de quem legalmente os detenha; g) exigir-lhes que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição; h)direito de administração e usufruto sobre seus bens.

Embora referida lista pareça exaustiva contemplando todos os direitos que abrangem o exercício do Poder Familiar, há na doutrina, quem destaque que, nesse extenso rol de dever dos pais, em relação aos filhos, não tenha sido arrolado aquele que é o mais importante dentre todos os deveres: o dever de lhes dar amor, afeto e carinho¹⁰⁰.

Em que pese à lista supra mencionada, serão considerados, neste trabalho, somente aqueles direitos-deveres que guardam maior relação com os objetivos desta pesquisa.

Assim, no que tange à criação, sustento e educação, aponta a doutrina que os pais devem garantir aos filhos tudo aquilo que for necessário à sobrevivência destes, o que inclui o sustento alimentar, uma instrução escolar, pelo menos básica, de acordo com suas possibilidades econômico-financeiras¹⁰¹.

Saliente-se que, esse direito não se resume ao aspecto material, pois além da educação escolar, deve ser oferecida também, educação para formação moral, espiritual, religiosa, política e cívica de uma forma que os filhos possam ser preparados para a vida futura dentro da comunidade, da família e da sociedade.

Para que este intento seja alcançado, é preciso que o ambiente doméstico seja propício ao diálogo, à transparência e à amorosidade entre pais e filhos, o que não exclui o direito que os pais têm de castigar os filhos¹⁰².

¹⁰⁰ DIAS, op. cit., p. 382.

¹⁰¹ FUJITA, op. cit., p. 84.

¹⁰² Op. cit., p. 85.

Evidencie-se, porém, que este castigo deve ser feito de forma moderada uma vez que, a legislação civil não permite o cometimento de excesso na aplicação do castigo dos filhos, conforme prevê o art. 1638, I do CC/02.

Quanto ao direito à companhia, a doutrina esclarece que esse direito “tem como contrapartida o direito dos filhos à companhia dos pais e à convivência familiar” e que ele inclui também o direito de “fixar residência do filho e exigir que este, sem permissão do pai ou da mãe, deixá-la ou dela se ausentar; ao mesmo tempo, o filho tem o direito de não ser retirado dela, salvo em caso de necessidade fundada na lei”¹⁰³.

O direito de guarda, por sua vez, serve para orientar os pais em procurar manter seus filhos no lar, a fim de impedir a convivência destes com pessoas que possam exercer uma influência negativa para a formação de personalidade de mencionados filhos.

A guarda poderá ser individual, que se subdivide em exclusiva ou alternada, havendo também a guarda conjunta, a guarda simultânea e a guarda compartilhada.

Ocorre que para a definição de qualquer que seja a modalidade de guarda a ser adotada, pelos pais, esta deverá sempre dar primazia aos interesses do menor uma vez que, conforme já foi observado, este é pessoa em formação, titular de direito e que deve ser em tudo protegido pelos pais.

Conforme se observa, o direito de companhia e a guarda acabam guardando certa relação de complementação, quanto ao fim a que se destinam, pois em razão do exercício de ambos os direitos, os pais podem reunir as condições mais favoráveis para atender as carências dos filhos no que diz respeito ao vestuário, medicação, higiene, habitação, assistência médica e odontológica.

O direito de visita embora assuma, em uma primeira leitura, o aspecto de ser um direito do pai, na realidade, trata-se de um direito que se situa dentro do rol de deveres que visam garantir a proteção do filho. Tanto é que a doutrina destaca que quando a convivência, sob o mesmo teto, por parte daqueles que compõem referida unidade, tiver que ser dissolvida, é preciso que fique bem definida na companhia de quem o filho vai ficar, uma vez que, falar em guarda pressupõe-se a separação dos pais que detém o poder familiar¹⁰⁴.

¹⁰³ LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito de família e o novo código civil. p. 158.

¹⁰⁴ DIAS, op. cit., 392.

Este cuidado é pertinente em razão de que o poder familiar não está adstrito à convivência dos pais entre si. Ainda que a relação, entre os pais, venha a ser encerrada, o poder familiar continua a ser exercido pelos pais, conforme o que prescreve os artigos 1579, 1589 e 1631 do CC/02.

Nenhum pai ou mãe pode se escusar da observância dos deveres, ínsitos ao poder familiar, arvorando-se na alegação de que a relação que havia entre eles não mais existe.

Mas a observância deste cuidado não é tão simples como pode parecer, pois dos direitos-deveres mencionados até aqui, o direito de visita parece ser aquele em que há mais incompreensões, especificamente, sobre qual medida deve ser adotada contra o pai ou mãe não guardião que tem falhado no cumprimento deste direito.

Indagações como estas tem servido como justificativa para que alguns batam às portas do judiciário, alegando algum tipo de dificuldade, para exercitar o direito de visitas em relação ao filho.

Dependendo de qual seja o fator a comprometer mencionado exercício, as respostas do judiciário podem assumir nuances diferentes.

Há, por exemplo, a decisão¹⁰⁵ do juiz da 3ª Vara de Família da Comarca de Ribeirão Preto/SP, onde este magistrado fixou uma multa para um pai que, após a separação conjugal, não estava visitando sua filha.

Há outras decisões que fixam multa para o pai guardião ou mãe guardiã, que coloca obstáculos para o direito de visita a ser exercida pelo genitor não guardião em relação ao filho do casal. Observe-se a decisão do Tribunal de Justiça de Minas diante da análise de um agravo que impugnou a decisão de juiz de primeira instância que fixou multa para garantir o exercício do direito de visita¹⁰⁶:

EMENTA: MULTA COMINADA - MANUTENÇÃO. - A função da multa diária é compelir o acordante a cumprir a transação ou a decisão judicial. A multa objetiva atuar como meio de coerção legítimo e fazer com que a decisão judicial seja cumprida como determinado. Trata-se de Agravo de Instrumento proposto por R.G.A. contra J.R.B., visando a reforma da decisão do Juiz de primeiro grau de f. 45/47 (f. 57/59 TJ) que determinou a permanência da guarda do menor à agravante, bem como o direito de visitas alternadas pelo agravado, fixando multa de um salário mínimo por dia de descumprimento de visita, com amparo no art. 461, do CPC. (...) Recebi o presente agravo de instrumento à f. 103 no efeito devolutivo apenas. (...) A regulamentação da

¹⁰⁵ Em face dos processos que tramitam nas Varas de Família serem acobertados pelo segredo de justiça, não foi possível ter acesso a tal decisão. A menção a essa decisão estava disponível em: < <http://www.ibdfam.gov.br>>. Acesso em: 10 fev. 2010.

¹⁰⁶ Disponível em: < <http://www.tjmg.jus.br/juridico>>. Acesso em: 19 maio 2010.

visita visa o interesse da criança e o seu cumprimento é também de seu interesse, principalmente, de modo que são secundários, embora respeitáveis, os anseios dos pais. (...) No presente caso, a exclusão da multa poderá tornar inócua a determinação judicial, visando a sua concretude e se não há motivo para obstar a visita do pai, esta lhe deve ser assegurada, motivo pelo qual a mesma deve ser mantida. Com tais considerações, nego provimento ao agravo de instrumento.

Conforme termos da decisão, a idéia da multa é garantir que o direito de visitas possa ser realizado de forma livre e será assumida por aquele genitor guardião se este vier a colocar obstáculos para o exercício de citado direito.

E por último, há na doutrina quem se posicione no sentido de que seja fixada uma multa para o genitor não guardião que está, por opção própria, sendo negligente no cumprimento do direito em referência. A compreensão doutrinária desta multa se expressa no entendimento que segue¹⁰⁷:

O preceito cominatório não tem em mira compor o ressarcimento dos prejuízos, mas sim, obter coercitivamente, o cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer fungível ou infungível. Busca atuar diretamente sobre a vontade da pessoa obrigada, estimulando a execução específica da sua obrigação, já que toda a condenação só pode produzir efeitos se acatada pelo devedor. Figura a pena pecuniária como um elemento de apoio ao convencimento do obrigado relutante, que passa a sofrer uma pressão psicológica pela imposição de multa medida pelo tempo de sua voluntária resistência em cumprir com a sua obrigação.

É bem verdade que, decisões como estas podem gerar um efeito revés no pai ou mãe não guardião, por ele se vê diante da possibilidade de assumir um ônus pecuniário por não exercer voluntariamente a visita.

Mas em todos os posicionamentos mencionados, o elemento comum que perpassa a todos eles é a preocupação com o melhor interesse do filho. A multa é apenas uma imposição pecuniária que virá a existir se e tão somente esse interesse tiver sendo negligenciado.

Este trabalho, então, filia-se ao entendimento favorável à fixação da multa, como fator garantidor do exercício do direito do filho em ser visitado, quer seja ela arbitrada contra aquele que não observa voluntariamente tal direito ou oposta àquele que coloca obstáculos ao mencionado exercício.

¹⁰⁷MADALENO, Rolf. *A multa afetiva*. 24 jun. 2002. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=52>>. Acesso em: 18 jun. 2010.

3.3. RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO MORAL DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO

Conforme já foi alhures observado, o entendimento quanto à aplicação da responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família não é pacífico na doutrina.

Esse dissenso também se repete quando o assunto é responsabilidade paterna por abandono afetivo.

Passa-se então, a discorrer sobre os principais argumentos existentes a respeito do assunto.

3.3.1 O Não Cabimento do Pedido de Reparação Civil Por Abandono Afetivo

Aqueles que se opõem a tal responsabilização, normalmente, alegam que não há como fazer a subsunção do artigo 186 do CCB/02, aos casos em que o pai ou a mãe abandona o filho no plano afetivo.

A doutrina, que se filia a essa linha de pensamento, afirma que¹⁰⁸:

Após fundadas reflexões, parece-nos que a melhor solução sinaliza no sentido de que a violação pura e simples de algum dever jurídico familiar (e da prestação de assistência moral) não é suficiente para caracterizar o dever de indenizar, dependendo a incidência das regras de responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família da efetiva prática de um ato ilícito dos arts. 186 e 187 do Código Civil.

Essa postura também é adotada em algumas decisões judiciais que, tomando por base o referencial de responsabilidade civil, ventilado no vetusto Código Civil de 1916, diz que¹⁰⁹:

EMENTA. CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO. **DANOS MORAIS REJEITADOS. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO.**

I. Firmou o Superior Tribunal de Justiça que "A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária" (Resp n. 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 29.11.2005).

II. Recurso especial não conhecido.

¹⁰⁸ ROSENVALD, op. cit., p. 553

¹⁰⁹ Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 20 abr. 2010.

Conforme se vê, de acordo com essas posturas, a reparação decorrente de danos causados por pai que abandonam afetivamente os filhos é incabível, porque a desídia do pai não gera o dever de indenizar e bem como porque ela não configura o ato ilícito.

Se um pai deixa de observar direitos que são do interesse do filho, desamparando-o, para esta corrente, a resposta que o Judiciário deve dar não deve ser a responsabilização civil por abandono afetivo. O entendimento sustentando é que “faltando afeto entre pai e filho (e demais parentes), poder-se-ia imaginar, a depender do caso, a decorrência de outros efeitos jurídicos, como a destituição do poder familiar”¹¹⁰.

Então, em outras palavras, segundo essa linha de raciocínio, o Direito de Família tem medidas próprias para demonstrar sua reprovação à atitude do pai que deixa de assistir a seu filho. E essa medida, conforme destacado, é a perda do poder familiar.

3.3.2 Argumentos Favoráveis ao Cabimento do Pedido de Reparação Civil Por Abandono Afetivo.

De acordo com o que foi observado, para que alguém seja indenizado, em decorrência de um dano sofrido, é necessário que sejam detectados os pressupostos da responsabilidade civil, e dentre estes deve ser observados se houve lesão a algum direito.

Nenhuma das correntes consultadas nega o cometimento de infrações legais na conduta do pai que desampara o filho. As dificuldades, porém, do consenso doutrinário, residem na configuração dos demais pressupostos da responsabilidade civil para garantir a indenização que o pai deve pagar ao filho em razão de abandono.

¹¹⁰ FARIAS, op. cit., p. 554.

3.4 DIFICULDADES DE MENSURAÇÃO DO *QUANTUM* DEVIDO NA INDENIZAÇÃO.

As maiores discussões em torno da indenização do dano moral residem no *quantum* a ser fixado a título de reparação.

Essa dificuldade parece ser uma extensão das objeções que são levantadas para a não reparabilidade do Dano Moral, em si.

Nessas objeções são apresentados argumentos que dizem que é imoral que o dano moral, ou melhor, uma dor, seja reparada em dinheiro; que é impossível que haja uma rigorosa avaliação pecuniária do dano sofrido; e, ainda, que a indenização seria um meio de enriquecimento sem causa, uma vez que a vítima teria o aumento de seu patrimônio sem antes ter realizado nenhum desembolso¹¹¹.

Bem, para rebater esses argumentos, mencione-se, inicialmente, que o Ordenamento Jurídico Brasileiro prevê a indenização tanto para o Dano que é Patrimonial como para o Dano que é Moral.

A CF/88 seguindo a mentalidade inaugurada pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana passou a assegurar a reparabilidade das duas espécies de dano, conforme se vê em seu artigo 5º, Incisos V e X.

Quanto à objeção para que seja feita a reparação de um dano moral com um valor em pecúnia, não há também quaisquer dificuldades, uma vez que a vítima não está obrigatoriamente vendo nessa indenização uma barganha ou mesmo uma forma de se compensar uma dor com dinheiro. O alvo almejado pela vítima não se coaduna com nenhum desses dois propósitos. Neste ponto, a doutrina argumenta que¹¹²

não há qualquer imoralidade na compensação da dor moral com dinheiro, tendo em vista que não se está “vendendo” um bem moral, mas sim buscando a atenuação do sofrimento, não se podendo descartar, por certo, o efeito psicológico dessa reparação, que visa a prestigiar genericamente o respeito ao bem violado

Em tempos em que o judiciário vive inflacionado com ações pleiteando-se danos morais, onde a vítima em seu pedido expressa o anseio por quantias altíssimas

¹¹¹ DINIZ, op. cit., p. 85/88.

¹¹² GAGLIANO, op. cit., p. 83.

a serem suportadas pelo agente, havendo nessas situações claras possibilidades de se conferir ao lesado uma compensação pecuniária por demais generosa, que lhe melhore até a situação econômica, sem que tenha dado causa para tanto, é até natural que haja reservas, por parte de alguns, quanto à forma como citadas ações são vistas.

Mas conforme já foi observado, o valor a ser fixado a títulos de danos morais deve levar em conta alguns critérios, sob pena de haver uma desmoralização do judiciário, se este estabelecer indenização por danos morais para aquele que sofreu apenas um mero transtorno ou que tenha uma sensibilidade exacerbada.

Quando se entra na seara da indenização em decorrência de dano causado por desamparo afetivo, a objeção é apontada, segundo alguns entendimentos, no sentido de que a pecúnia fixada, poderia ser uma forma de estabelecer um preço para o afeto, ou melhor, a indenização por abandono afetivo seria a monetarização do afeto.

Desse entendimento não partilha Madaleno quando diz que “se de regra o afeto não tem preço e nem deve ser mensurado, negá-lo por capricho também não deve ter medidas e limites”¹¹³.

Assim, para que um juiz possa então proferir uma decisão equitativa num pleito de indenização por dano moral, mesmo sendo de abandono afetivo, deve ele então, conforme já foi observado, atentar para as condições socioeconômicas dos envolvidos. É o que a doutrina define como a observância do binômio do equilíbrio. Stoco explica mais claramente de que se trata este binômio ao dizer que¹¹⁴:

de sorte que a compensação pela ofensa irrogada não deve ser fonte de enriquecimento para quem a recebe nem causa da ruína para quem a dá. Mas também não pode ser tão apequenada que não sirva de desestímulo ao ofensor ou tão insignificante que não compense nem satisfaça ao ofendido, nem o console e contribua para a superação do agravo recebido.

O *quantum* devido além de pautar-se na busca do equilíbrio entre as condições daquele que vai assumi-lo e minimizar o efeito da dor daquele que sofreu o prejuízo, produzirá também um efeito desestimulador naquele que lhe deu causa.

Este é o duplo sentido do valor que é fixado para reparar um prejuízo de ordem moral.

¹¹³ MADALENO, op. cit., extraído da internet.

¹¹⁴ STOCO, op. cit., p. 1237.

3.5 IMPOSSIBILIDADE DE RECOMPOSIÇÃO SATISFATÓRIA EM PECÚNIA DOS LAÇOS FAMILIARES PERDIDOS

Algumas indagações que podem surgir no tratamento da questão maior motivadora desta pesquisa, são quanto aos motivos que levam um filho a demandar contra um pai pleiteando uma indenização em decorrência de abandono. Intenciona ele ver seu pai seu pai devotando-lhe afeto com o sucesso da demanda que foi manejada?

Para responder uma questão como esta, é preciso colocar-se na posição daquele que move referida demanda.

Pois bem, um dos comportamentos mais naturais entre um filho e um pai é que eles estejam perto um do outro. Esta interação ocorre inclusive na vida animal.

Comenta-se¹¹⁵ que em grande parte dos mamíferos as interações entre pais e filhos são restritas à sustentação, mas a esta regra, excetuam-se os grandes primatas que parecem ter experimentado uma evolução na importância do ambiente familiar para o futuro do animal.

Porém, mesmo entre os grandes primatas há diferenças nas estruturas familiares, umas delas, por exemplo, é o papel da figura paterna, pois entre os gorilas, a presença do pai é o que há de mais comum. Isto porque é o macho que possui um harém que deve proteger os filhotes de suas fêmeas.

Além dessa tarefa, o macho prepara seu(s) filho(s), do sexo masculino, para que no futuro ganhe uma luta e possa liderar um grupo também.

Esses ensinamentos são transmitidos através da observação e repressão. O macho adulto, ao ver seu filhote saindo do limite de sua visão, vai buscá-lo e se esse se negar a voltar é arrastado e surrado pelo pai.

Os pais gorilas são muito protetores. Qualquer ameaça de perigo ao filho, o macho chega a colocar sua vida em risco para salvá-lo. Mas quando seu rebento faz algo de errado, o macho o castiga com surras que são dadas geralmente com tapas de mão aberta.

Os pais gorilas também são rudes e carrancudos e geralmente nunca brincam com seus filhos, exceto quando há um motivo: quando eles vêem a solidão de seu filho único.

¹¹⁵ [ANÔNIMO]. Etiologia dos antropóides. Disponível em: < <http://antropoides.no.sapo.pt/familia.htm>>. Acesso em: 23 maio 2010.

Nesse momento, o pai dedica um pouco de seu tempo para brincar de luta com o pequeno.

Guardadas as devidas diferenças que distinguem o homem dos animais, bem como, que a atitude de um gorila para com seu filho não é uma regra que acompanha todas as espécies selvagens, a narrativa serve para mostrar que o que é natural em um pai é que ele esteja junto do filho. Junto para criar um vínculo, junto para educar, junto para proteger.

E este vínculo é algo tão importante na relação paterno-filial que para muitos filhos, é até difícil imaginar uma realidade sem que haja a presença certa daqueles que lhes devotam carinho, cuidado, proteção, etc.

Em um artigo intitulado o nó do afeto, conta-se que numa reunião de pais e mestres realizada em uma escola de uma comunidade, a diretora de referido estabelecimento falava aos pais quanto ao apoio que estes deveriam dar aos filhos e de como era importante que pais e filhos passassem tempo juntos. A mencionada diretora entendia que a maioria daqueles pais e mães ali presentes precisavam trabalhar, mas orientava-os também quanto à necessidade desse tempo precioso que deve ser dedicado às crianças. Foi aí que um pai, no seu jeito simples de se expressar, levantou-se e falou para a diretora sobre sua situação narrando que¹¹⁶:

Quando ele saía para trabalhar, era muito cedo e o filho ainda estava dormindo. Quando voltava do serviço era muito tarde e o garoto não estava mais acordado. Explicou, ainda, que tinha de trabalhar assim para prover o sustento da família. Mas ele contou, também, que isso o deixava angustiado por não ter tempo para o filho e que tentava se redimir indo beijá-lo todas as noites quando chegava em casa. E, para que o filho soubesse da sua presença, ele dava um nó na ponta do lençol que o cobria. Isso acontecia, religiosamente, todas as noites quando ia beijá-lo. Quando o filho acordava e via o nó, sabia, através dele, que o pai tinha estado ali e o havia beijado. O nó era o meio de comunicação entre eles.

O texto, embora narrado de forma simples, serve para, dentre outras coisas destacar a importância do afeto como elemento vinculante na relação entre pai e filho, pois este, segundo o texto, mesmo sem contato diário com o seu pai, sentia a força do amor que seu genitor lhe devotava.

Mas afeto e companheirismo entre e pai e filho servem não apenas como corolário de que estes estão juntos, mas também elementos que possuem força

¹¹⁶[ANÔNIMO]. O nó do afeto. Disponível em: <<http://www.aliancapelainfancia.org.br>>. Acesso em: 18 maio 2010.

estruturante no desenvolvimento da personalidade do menor. Neste sentido, a doutrina destaca que¹¹⁷:

Carinho, afeto e companheirismo são elementos essenciais na formação da personalidade e desenvolvimento emocional, psíquico e moral do menor, desempenhando seus pais um papel de relevo. (...) Sem todos esses elementos ou parte deles, a criança cresce fragilizada, torna-se um adolescente com revolta pessoal, baixa auto-estima, inconformismo com a vida, consolidando-se ao final, como adulto traumatizado, com marcas indelévels causadas pela falta de afeto.

Contudo, a realidade não é esta em determinadas relações paterno-filiais. Pois alguns pais abandonam seus filhos. Negam-lhes afeto, proteção, carinho e companheirismo. Enfim, são pais indiferentes ao que os filhos sentem. Segundo Costa, é a espera por alguém que nunca vem ou telefona para ao menos cumprimentar pelo aniversário; a comemoração do Dia das Mães ou dos Pais sem a presença destes, a ausência por anos a fio, enfim, a mais absoluta indiferença¹¹⁸.

Se essa indiferença existe, o filho deve estar ciente que ela ocorre porque o pai não quer lhe dar amor e não deve se iludir que o pai voltará a amá-lo em decorrência de ter sido impelido a isso.

O afeto transita na via da vontade. Para amar, é preciso realmente querer e se esse sentimento não surgiu voluntariamente, não é o arcar com um valor pecuniário que fará o afeto ressurgir ou passar a existir. Não há nada mais que possa ser feito que venha a ter o condão de reverter essa triste realidade. Nem mesmo uma alta indenização.

É por isso que os filhos não devem ver no valor indenizatório, que vier a ser eventualmente recebido, uma forma de ver a justiça sendo feita numa compensação para o sentimento de rejeição que experimentou, devendo estar cientes também que uma ação de cunho indenizatório contra seu pai poderá afastar ainda mais aquele que tanto quis que apenas se mantivesse por perto.

Assim, os filhos devem manejar a ação em referência para que seu pai que o abandonou entenda que ele, o filho, em momento algum, pediu para vir ao mundo. Nenhum tipo de mensagem foi, por ele, sinalizada, acenando com o desejo de vir à existência.

¹¹⁷ FUJITA, op. cit., p. 98.

¹¹⁸ COSTA, Walkíria. C. N. Abandono afetivo parental: a traição do dever de apoio moral. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília: Consulex, n. 276, jul./2008. p. 49.

Sua concepção se deu por exclusiva vontade seus pais e, por isso, referido filho, vê-se no direito de receber todo o amor, todo o carinho, toda a proteção, todo cuidado que um pai deveria lhe dar.

Se, porém, a despeito de tudo de bom e natural que poderia acontecer em uma relação paterno-filial, o pai, por escolha própria, resolve abandonar o filho sem que este tenha dado qualquer motivo para citado desamparo, faz-se necessário que alguém ou algo chame este pai a responsabilidade.

E para este filho, o judiciário é o único que pode satisfazer esse anseio e conscientizar seu pai, não necessariamente de direitos que deverão ser, por este, observados, em decorrência de uma decisão judicial positiva numa ação de reparação por abandono afetivo. Mas de direitos que este pai lhe negou.

3.6 DECISÕES JUDICIAIS INOVADORAS

Mas, em que pese o anseio de um filho em ver seu pai sendo chamado à responsabilidade, pelo judiciário, este não parece assim tão sensível a dor do filho abandonado pelo pai. Pois, o que se constata em pesquisas feitas na jurisprudência de vários tribunais do território brasileiro, é que não há unanimidade nos julgados, e que muitas decisões ainda se posicionam de forma desfavorável à indenização.

Entretanto, essa não foi à linha seguida pelo magistrado da 31ª Vara Cível Central da Comarca de São Paulo, no ano de 2004, quando decidiu¹¹⁹ favoravelmente no julgamento do caso de uma menina judaica que foi abandonada afetivamente por seu pai, logo após o nascimento, em razão deste ter se casado com outra mulher, com quem veio a ter outros filhos. Em razão das atividades religiosas, pois todos eram judeus, o pai e sua nova família comumente se encontravam com a filha abandonada e nessas ocasiões o pai fingia não conhecê-la, desprezando-a de maneira reiterada. Essa situação causou sentimentos de rejeição e humilhação, que por sua vez, trouxeram transtornos para a vida da filha como significativo complexo de inferioridade, levando a mencionada filha a ter que se submeter a tratamentos médicos e psicológicos por longo tempo. Só tempos mais tarde foi que essa criança encontrou

¹¹⁹ Em face de tramitar em segredo de justiça não foi possível ter acesso a essa decisão. A informação quanto aos dados de referida decisão estava disponível em: < <http://www.jurisway.org.br>>. Acesso em: 29 maio 2010.

acolhimento no judiciário para os anseios, frustrações e traumas que a acompanharam por toda a vida.

Dessa decisão já decorrem seis anos e nesse tempo não se registram muitas decisões favoráveis à vítima do abandono paterno. Contudo, ações que são propostas dentro desse propósito, deixam de ter o direito acolhido não pela ausência da efetiva responsabilidade afetiva, porém pelo não preenchimento dos requisitos objetivos para o pedido, como por exemplo, é o que se vê em algumas jurisprudências do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, onde encontram-se decisões que reconhecem o direito do filho em ser indenizado por abandono afetivo, porém, esta reparação deixa de ser concedida, porque, a vítima não consegue provar o dano que, segundo referido colegiado, em matéria de abandono afetivo não se presume e deve ser provado¹²⁰.

Esse posicionamento realça o fato de que para ver seu direito garantido, a vítima tem que provar que o dano sofrido é certo bem como que haja uma relação de causalidade entre a falta e o prejuízo causado.

Em matéria de responsabilidade civil por abandono afetivo, estas condições a serem satisfeitas para que a indenização seja possível, passam primeiro pelo compromisso do filho em demonstrar a existência de um dano.

Ora, a constatação de que é rejeitado pelo pai pode vir a desencadear uma série de problemas de ordem emocional e psíquica no filho, pois segundo o pensamento de Costa “é exatamente essa rejeição que causa os maiores traumas emocionais e afetivos na vida de uma criança, afinal, indiscutivelmente duro é o(a) filho(a) ter consciência de que o pai está vivo e exerce a rejeição por livre escolha, muitas vezes, de maneira vil e artilosa”¹²¹.

¹²⁰**EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS. AUSÊNCIA PATERNA. NECESSIDADE DE EFETIVA DEMONSTRAÇÃO DO DANO. Se a omissão de afeto por parte dos pais em relação aos filhos, que estão em fase de formação da personalidade, causa-lhes danos e desequilíbrio emocional que prejudiquem o desenvolvimento pleno de sua personalidade e, por isso, é indenizável, esse dano deve restar demonstrado, porque a responsabilidade pelo ilícito civil decorre da existência do ato ilícito, que é composto não só do fato lesivo, mas também do dano e do nexo de causalidade entre o dano e o ato do agente. Não demonstrado o dano, o qual não se presume, mantém-se a improcedência da ação. Precedentes doutrinários e jurisprudencial. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70022648075, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 24/01/2008). Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 21 maio 2010.

¹²¹COSTA, op. cit., p. 49.

E ao ser rejeitado por seu pai, o filho pode vir a sofrer sérios prejuízos de ordem psíquica. Neste ponto, a doutrina destaca que¹²²

a ausência injustificada do pai, origina evidente dor psíquica e conseqüente prejuízo à formação da criança, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção – função psicopedagógica – que a presença paterna representa na vida de um filho.

Esses transtornos psíquicos que o filho sofre não fazem se sentir apenas de maneira imediata. A falta de carinho, afeto, atenção que o pai deixa de ofertar ao filho quando o desampara, produzem efeitos, que vão também se estender ao longo da vida da criança e externar seus frutos quando esta chegar na adolescência e na fase adulta. Posicionando-se sobre esta carência e seus efeitos na vida da criança, destaca a doutrina que¹²³:

sem todos também esses elementos ou parte deles, a criança cresce fragilizada, torna-se adolescente com revolta pessoal, baixa auto-estima, inconformismo com a vida, consolidando-se ao final, como um adulto traumatizado, com marcas indeléveis causadas pela falta de afeto

Como o prejuízo sofrido pelo filho, em decorrência do abandono do pai, é de ordem psicológica e emocional, para que um magistrado possa decidir de forma mais garantida numa ação em que se pleiteia uma indenização em face de danos dessa ordem, ele precisará então se valer de uma perícia de um profissional da área.

Ora, é prática corrente no âmbito das varas de família, o juiz, antes de decidir em uma ação de guarda de menor sobre qual dos pleiteantes reúne melhores condições de assumir a guarda que está sendo discutida em referida demanda, solicitar que seja realizado estudo psicossocial do caso.

Se em ações desta natureza, o Direito de Família dialoga com outras ciências para que a decisão possa ser equitativa, certamente que não haveria dificuldades para um juiz se valer de um parecer de um profissional da psicologia para

¹²²HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Leituras complementares de direito civil. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira (Coord.). *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva entre pais e filhos*. Salvador: Podvim, 2010. p. 212.

¹²³FUJITA, op. cit., p. 98.

fins de obtenção de uma visão mais próxima da presença de um dano causado por abandono. A doutrina ampara a possibilidade de utilização dessa via ao dizer que¹²⁴:

no tocante, ao dano suportado pelo filho abandonado deve ser provado em regra, pelo autor da demanda, uma vez que não se indeniza o dano hipotético ou eventual. Para tanto, servirá a perícia psicológica como meio probatório ara sua efetiva demonstração.

Assim, ainda que em questões de abandono afetivo, o dano sofrido pelo filho não se encaixe na característica que acompanha a prova do dano moral, que goza de presunção absoluta, pois a jurisprudência afirma que esse dano tem que ser provado, nada obsta que um juiz venha a se valer de um profissional da área de psicologia para ver a extensão do dano moral que o filho suportou pelo abandono de seu pai.

Esta perícia servirá a vários propósitos simultâneos, dentro da matéria de responsabilização civil, pois além de comprovar de forma incontestada a existência do dano, será útil para apontar também o nexo de causalidade entre a conduta do pai e prejuízo sofrido pelo filho.

É de bom tom lembrar que para que o dano moral seja indenizável não há a exigência que haja uma relação direta e exclusiva com a conduta. Havendo uma relação de referência entre conduta e dano causado, a indenização é cabível.

Mas não são só em insucessos que resultam ações que pleiteiam reparação por abandono afetivo. Observe-se o a decisão proferida, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cuja ementa, traz o seguinte¹²⁵:

Ementa: Indenização - Desrespeitou o réu dispositivos da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002 - Com efeito, todos os filhos têm que ser tratados igualmente perante à lei - Os alimentos são concedidos de acordo com a condição social dos alimentandos - De fato, o réu adotou após o reconhecimento livre e espontâneo, sem qualquer ação de investigação de paternidade, atitude agressiva com relação à filha, com tremenda diferença em relação às duas filhas que teve com a atual mulher - A dignidade da pessoa humana, fundamento da Constituição Federal, engloba todos os direitos do homem - É inegável a dor que sente em decorrência da rejeição do pai - Condenação a título de danos morais - Apelo provido

¹²⁴ TARTUCE, Flávio. Danos morais por abandono moral. *Direito das famílias e sucessões*. Porto Alegre: Magister, n. 7, p. 101-115, dez./jan. 2009. p. 110.

¹²⁵ Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/resultadocompleta>>. Acesso em: 25 maio 2010.

Uma filha moveu ação contra pai pleiteando indenização por abandono afetivo. Informou referida filha que o pai a reconheceu, quando ela já tinha 16 anos e que este nunca a procurou para dar carinho e acompanhar seu crescimento e desenvolvimento.

O pai, em sede de contestação, alegou que se afastou da filha porque, a relação com a genitora da filha, de quem estava separado, havia se tornado muito difícil, optando ele então por ir morar em um lugar mais afastado. Ocorre que, ao constituir nova família, o demandado, que era pessoa de razoável poder aquisitivo, passou a tratar a filha de forma desigual em relação ao bom tratamento que dispensava às duas outras filhas, advindas do novo casamento, como por exemplo, conferindo a estas oportunidade de estudarem em ótimas escolas particulares, direito este que não era concedido a sua primeira filha.

Este procedimento do pai demonstra um comportamento indevido mas que infelizmente é até comum quando ocorre a falência de uma relação marital.

Quando os pais se separaram, cada um destes está livre, para, a partir daí, e caso queiram, passar a investir em um novo relacionamento marital. O vínculo conjugal anterior torna-se apenas águas passadas. Porém, parece que ao se desligarem da conjugalidade de outrora, os pais se esquecem que filhos permanecem filhos. E é aí onde começam os maiores problemas, cujas maiores vítimas são exatamente a pessoa dos filhos. Nesse ponto, destaca a doutrina que¹²⁶

Uma das grandes tarefas dos processos de terminação do vínculo, quer seja socioafetivo, quer seja apenas formal para as uniões matrimonializadas é evidenciar que se os pais se separam, os pais não devem se separar de seus filhos. A guarda, tanto a unilateral como a compartilhada, deve espelhar um exercício diário de autocrítica para não despejar sobre as crianças ou adolescentes a discórdia entre os pais.

Ao transferir para os filhos, as dificuldades que cônjuges separados têm para lidar um com o outro, eles, os pais, passam a agredir vários princípios que protegem a pessoa de seus filhos.

¹²⁶ FACHIN, Luiz Edson. Leituras complementares de direito civil. In: In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira(Coord.). *Inovação e tradição do direito de família contemporâneo*. Salvador: Podvim, 2010. p. 33.

No caso em questão, é bem provável que tentando atingir a ex-mulher, o pai passou a conferir tratamento diferenciado entre os filhos de sua nova família e a filha do casamento anterior, agredindo a vários direitos desta, que estão amparados pelo Princípio da Proteção Integral, pelo Princípio da Igualdade Entre os Filhos e ainda pelo Princípio da Paternidade Responsável. E, com o seu distanciamento, nega a filha também o direito de convivência.

Ademais, se a solidariedade familiar conclama os pais a cuidarem dos seus filhos, a ocorrência da falência da relação entre aqueles, não fulmina esta solidariedade. Pois os laços familiares de fraternidade e reciprocidade, que são formados entre pais e filhos, não são rompidos pelo fato dos pais se separarem.

Mas a conduta desrespeitosa do pai não parou por aí.

O acórdão da decisão menciona também que o pai, embora tenha reconhecido a filha de forma espontânea, quanto esta já tinha 16 anos, passou, a partir de um determinado momento, a dizer que havia se arrependido de ter reconhecido a filha e propositadamente, começou a atrasar a pensão alimentícia que pagava a menor.

Essa conduta é um verdadeiro descaso com o aspecto afetivo da relação paterno-filial. E além de demonstrar uma total insensibilidade aos sentimentos da filha, ainda se posta como verdadeiro atentado ao Princípio da Dignidade Humana, porque dentre outras coisas gera na filha uma sensação de desprestígio a sua humanidade e de desprezo a sua pessoa.

Essa conduta artilosa do pai gerou um dano tal que a filha, segundo informações da mencionada decisão, precisou fazer tratamento psicológico e tem tendência suicida

Essas conseqüências são tristes porque afetaram a personalidade da filha, o que na realidade não causa surpresa, afinal, tudo lhe foi negado por parte daquele de quem esperava ter afeto, carinho, proteção e amor, tudo que hoje, traduz o conceito do que significa família e do que significa ser pai.

Aponta a doutrina que o desrespeito a um princípio é conduta muito grave e deve ser interpretada como uma violação de proporções gigantescas¹²⁷. Imagine-se então, o que se pode dizer de uma conduta que agride um leque tão grande de princípios e onde se violentam tantos direitos?

¹²⁷ FARIAS, op. cit., p. 34.

E o que é notório na conduta do pai é que ele tinha condições de agir de forma diferente, mas não o fez. Caprichosa e voluntariamente desrespeitou direitos que diziam respeito à própria filha.

Este comportamento é a configuração incontestada da culpa e, no caso em análise, a culpa em seu sentido amplo.

Atenta, então, a toda essa realidade e uma vez satisfeitos todos os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, na conduta do pai, a 8ª Câmara de Direito Privado, do tribunal em referência, deu provimento ao recurso reformando a sentença aludida, mencionando que houve, por parte do apelado, em seu abandono atitude de agressão à dignidade humana, ao princípio da igualdade jurídica entre os filhos e condenou o apelado ao pagamento de 75 salários mínimos a título de danos em decorrência de abandono afetivo.

Depois de tantos prejuízos sofridos pela filha, uma ação de indenização por danos morais em decorrência de abandono do pai poderia ser interpretada como uma via utilizada, pela filha, para camuflar sentimentos mesquinhos como a vingança ou como um oportunismo, diante das razoáveis condições econômicas de seu pai.

Contudo, a 8ª Câmara soube identificar quais eram realmente os direitos buscados na ação da filha e soube separar bem o trigo do joio, quando verificou a presença da lesão flagrante aos direitos de referida filha por parte de seu pai e os danos psíquicos sofridos em decorrência.

Deixar o pai sair ileso, depois de todo o sofrimento que ele fez a filha passar, seria, no sentir deste trabalho, um retrocesso no tempo, mais especificamente ao Direito Romano na época do *jus civile*, onde ao pai (*o pater família*) era assegurado todo o direito e praticamente nenhum dever ao filho.

Uma decisão como esta demonstra, a toda evidência, que o dever um pai em relação ao seu filho não está só no dever de sustento. A relação de direitos-deveres dos pais em relação aos filhos mostra que o compromisso daqueles para com estes vai muito mais além.

Aplicar a medida de perda do poder familiar, para pais que deixam de cumprir com seus deveres paternos, gerando os danos psíquicos aos filhos pelo abandono afetivo, é, no sentir deste trabalho, medida muito branda, para não dizer inócua, uma vez que ela virá apenas tornar oficial, ou melhor, legal, um comportamento que já era fato na vida de referidos pais.

Ademais, que ônus seria suportado por um pai que adotou conduta de flagrante desrespeito aos direitos e interesses do filho, saber que lhe foi aplicada uma sanção de perda do poder familiar poder este que referido pai há muito havia rejeitado?

Assim, *data maxima vênia*, o entendimento no sentido de que a perda do poder familiar é a sanção aplicada para pais que negligenciam seu dever para com os filhos, esta pesquisa posiciona-se ao lado daqueles que entendem que a medida adequada para lidar com o pai que, em sua ação ou omissão, desrespeita direitos do filho, causando a este transtornos psíquicos e emocionais, é a responsabilização civil subjetiva por seu abandono afetivo. Isto em razão de ver que é esta medida que, realmente, reveste-se da capacidade de fazer o pai suportar algum um ônus, sentindo o peso de suas escolhas e também levá-lo, desta forma, a refletir melhor quanto à conduta que irá adotar no desempenho de sua função de pai.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme elucidou a pesquisa em suas primeiras linhas de discussão teórica, o conceito de família, no Direito Romano, tinha uma acepção, exclusivamente, patriarcal, onde o *pater familias* tinha poder para dispor sobre a vida de todos que integrassem seu núcleo familiar e o papel de todos os demais, que integravam referido núcleo, era o de manter essa estrutura doméstica inalterável.

Como senhor supremo no lar, o *pater familias* concentrava em si vários papéis, bem como, definia também a formação do parentesco que poderia ser por agnação ou cognação, e estranhamente, só os agnatos entravam na sucessão hereditária.

Como único a possuir o *status familiae* de *sui iuris*, o *pater familias* era o único, na família, que desfrutava de total liberdade e autonomia para realizar quaisquer atos da vida civil.

Esse foi, em suma, o conceito de família que vigorou entre os romanos, pelo menos durante o período do Império e da Realeza.

Mas a sociedade romana passou por transformações e o poder do *pater familias* foi aos poucos sendo mitigado, com a mulher ganhando mais autonomia e os filhos por cognação assumindo aos poucos o lugar antes dado aos filhos por agnação.

Outro aspecto que também contribuiu para a diminuição do poder do chefe da família foi a valorização do afeto que deveria ser observado pelo *pater familias* na relação com os demais membros da família, principalmente, na relação com o filho.

Contudo, embora pertencente a uma época específica do Direito Romano, o modelo patriarcal de família, atravessou o tempo e foi acolhido no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente, no Código Civil de 1916, para quem o casamento era indissolúvel, onde todos se sujeitavam ao pai e a filiação protegida legalmente era a concebida dentro do matrimônio, realidade esta estava em forte descompasso com a sociedade brasileira de então, onde casamentos dissolviam-se e filhos eram concebidos fora da relação matrimonial, fazendo com um grupo de pessoas ficassem à margem da legislação civil.

E à medida que o tempo passava, começaram a surgir legislações para preencher as lacunas deixadas pelo CC/16, tais como o Estatuto da Mulher Casada e a Lei do Divórcio, a partir do final da década de 1970, começam a surgir vozes na doutrina brasileira realçando que a ligação entre pai e filho não poderia ser mais considerada exclusivamente pelo critério do sangue, mas também pelo vínculo do afeto,

estas vozes, chamavam então a atenção para o fato de que estava havendo uma desbiologização da paternidade.

Mas apesar de todas estas mudanças que pugnavam por uma revisão do conceito de família, regulado no Código Civil de 1916, este retardava sua atualização até que a Constituição Federal de 1988, atenta aos clamores sociais, deu o golpe de misericórdia nesse modelo de família, herdado do Direito Romano, e reconheceu não só relacionamentos não matrimonializados, como a união estável, mas também proibiu a diferenciação entre filhos, devendo todos serem tratados da mesma forma, ampliando assim, o conceito de família, que passou a ser plural, rompendo definitivamente com aquela estrutura rígida disciplinada pelo Código Civil vigente.

A partir de então, todas as legislações a serem elaboradas tiveram que se adequar ao comando constitucional e as que já haviam precisavam ser reeditadas, a exemplo do que houve respectivamente com criação do Estatuto da Criança e do Adolescente e a atualização da Legislação Civil, através do Código Civil de 2002, este que, embora não contemplando tudo, pelo menos regulou aquilo que era essencial para regular um conceito de família mais condizente com sua época.

Mas a mudança que houve no conceito de família não se deveu apenas ao fato da CF/88 ter dedicado dispositivos específicos para regular aludido conceito. Conforme se destacou, essa mudança foi também atribuída à consagração constitucional de vários princípios que passaram a serem os vetores de todo o sistema jurídico, onde o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana foi não só o elemento fundamental da República Federativa do Brasil, como o ponto de partida para todos os demais princípios consagrados na nova Carta Magna.

Essa principiologia conclamou todos os demais ramos do direito a ela se adequar e dentre os princípios que surgiram, alguns vieram a se tornar basilares para o Direito de Família, tais como os princípios da Paternidade Responsável, do Pluralismo Familiar, da Proteção Integral à Criança e ao Adolescente, da Igualdade Jurídica Entre os Filhos, da Solidariedade Familiar e da Afetividade.

E de uma reflexão sobre todos estes princípios, observou-se que o Princípio da Afetividade é o que se faz presente em todos, servindo-lhes como uma espécie de base, de uma forma que não há como se identificar a presença dos demais princípios no seio da família, se não houver afeto entre os que a compõem.

De acordo com o que foi destacado, este afeto não se fez perceber apenas entre aqueles que desfrutam de uma relação de conjugalidade, mas, principalmente, na

relação entre pais e filhos, fenômeno este que fez surgir, no ordenamento jurídico, o que veio a ser chamada de parentalidade socioafetiva, que tem, por sua vez, como sua principal hipótese, a posse de estado de filho.

Então, conforme frisado, não há, hodiernamente, como pensar em relação familiar sem que haja a presença marcante do afeto, entre os que fazem parte da referida relação, mormente entre pais e filhos.

De acordo com o que foi proposto, também foi dedicado um capítulo para discussão sobre a Responsabilidade Civil no Brasil, onde no que concerne aos pressupostos, foi demonstrado que o ponto divergente entre os doutrinadores civilistas é sobre o elemento da culpa, tomando-se posição em favor do entendimento que vê a responsabilidade subjetiva como regra geral no Código Civil de 2002, onde está devidamente expresso o elemento referência, devendo este ser então considerado como pressuposto essencial do ato ilícito.

Dentre as espécies de responsabilidade, foi demonstrado que a relação entre pais e filhos é extracontratual em face dos deveres, que os pais têm para observar, em relação aos seus filhos, estarem previstos no ordenamento jurídico, deveres estes que foram cunhados, sob a expressão, *poder familiar*.

Sobre a Responsabilidade Civil no Direito de Família, foi demonstrado que dos posicionamentos existentes, esta pesquisa, ficou ao lado daqueles que são favoráveis ao direito à indenização, desde que seja devidamente comprovado que a infração do dever conjugal tenha ocasionado um dano moral.

Quanto ao aspecto do dano e sua indenização, foi observado que não se deve usar o mesmo critério para considerar uma indenização de prejuízo de ordem material para considerar um prejuízo de ordem imaterial, mas ambos os tipos de danos, devem ser ressarcidos e que na falta de critérios para estabelecimento do valor a ser pago, a título de danos morais, caberá então ao juiz arbitrá-lo, numa decisão que leve em conta a condição socioeconômica dos envolvidos, as condições psicológicas das partes e o grau de culpa do agente, de terceiro ou da vítima.

Foi destacado também que a identificação do grau da culpa, não é para eximir o agente de sua responsabilidade, mas apenas para melhor aferição da proporcionalidade entre a conduta e a extensão do dano.

No que concerne à relação entre dano moral e dignidade da pessoa humana, foi visto que tal relação advém de uma fusão entre o Direito Civil e o Direito Constitucional, tendo esta pesquisa firmado posicionamento de que a dignidade da

pessoa humana é atingida em razão de que a conduta do agente fere direitos personalíssimos da vítima, devendo-se então esta conduta ser rechaçada pelo ordenamento jurídico.

No terceiro capítulo, foi retomado o assunto concernente à relação afetiva entre pai e filho, realçando o fato de que, o afeto, como uma ideologia que gerou novas formas de comportamento, exigiu uma releitura no conceito da relação paterno filial, uma vez que a sociedade, a doutrina e decisões judiciais, passaram a reconhecer, em voz uníssona, a importância desse sentimento na relação que une pai e filho.

Foi também feita uma discussão quanto aos deveres do pai para com o filho, onde dentre estes, fez-se menção aos problemas pertinentes ao direito de visita, posicionando-se este trabalho no sentido de que quando referido direito não tiver sido devidamente observado, poderá ter lugar uma multa, a ser aplicada através de decisão judicial, para que esse exercício seja garantido, preservando-se o interesse do filho.

E quanto ao entendimento das correntes sobre qual medida seria mais cabível para um pai que deixa de dar assistência ao seu filho, foi feita uma discussão quanto aos pontos mais divergentes, isto é em torno da mensuração do valor devido à indenização e da impossibilidade de recomposição dos laços perdidos pelo valor obtido pecuniariamente, tendo esta pesquisa firmado entendimento, no sentido de dizer que a indenização não se presta a estabelecer um preço ao afeto nem que os filhos devem ver em referida indenização, por mais alta que possa ser, uma maneira de seu pai voltar a dar-lhes amor.

E assim, considerando que quando um pai abandona o filho deixando de observar os direitos destes, viola não apenas direitos, mas também uma série de princípios consagrados constitucionalmente; que este abandono pode gerar transtornos psíquicos emocionais no filho por atingir sua dignidade, este trabalho posicionou-se no sentido de afirmar que quando tais danos são comprovados, a medida mais justa para este pai é a responsabilização jurídica por abandono afetivo onde a indenização servirá não para compensar o sofrimento do filho, mas apenas para minimizar sua dor bem como causar, em referido pai, um efeito dissuasório para que este reflita melhor sobre qual deve ser seu papel na relação paterno-filial.

REFERÊNCIAS:

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. *Temas filosóficos*. São Paulo: Moderna, 1992.

BARROS, Sérgio Resende. *A ideologia do afeto*. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/a-ideologia-do-afeto.cont>>. Acesso em: 20 maio 2010.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito civil constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT. 2003.

_____. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. rev. e atual. amp. São Paulo: RT, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível Nº 70022648075, da 8ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*. Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, julgado em 24 de janeiro de 2008. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 21 maio 2010.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2008.

COSTA, Walkíria. C. N. Abandono afetivo parental: a traição do dever de apoio moral. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília: Consulex, n. 276, p. 49, jul. 2008.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: RT, 2007.

DIAS, Maria Berenice et al. (Coord.). *Afeto e estruturas familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins(Coord.). *Afeto e estruturas familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo código civil*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: *Responsabilidade civil*. 22ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira (Org.). *Leituras complementares de direito civil: direito das famílias*. Salvador: Podvim, 2010.

ETIOLOGIA dos antropóides. Disponível em: <http://antropoides.no.sapo.pt/familia.htm>>. Acesso em: 23 maio 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

FUJITA, Jorge Shigmetsu. *Filiação*. São Paulo: Atlas, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v 3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 11. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA – IBDFAM. Belo Horizonte, 2010. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/>>. Acesso em: 5 nov. 2009.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado: direito de família*. São Paulo: RT, 2005.

_____. (Coord). *Monografia jurídica*. 7. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: RT, 2006.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Direito da criança e do adolescente*. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

MADALENO, Rolf. *A multa afetiva*. 24 jun. 2002. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=52>>. Acesso em: 24 jun. 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. *Família e solidariedade: teoria e prática do direito de família*. São Paulo: Lumen Iuris, 2008.

ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições do direito romano*. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 2003.

SEREJO, Lourival. *Direito constitucional da família*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2007.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. Brasília, DF: 2010. Disponível em: <www.stj.org.br>. Acesso em: 13 out. 2009.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: Direito de família*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008a.

_____. *Direito das obrigações e responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008b.

_____. Danos morais por abandono moral. *Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister, n. 7, p. 101-115, dez./jan. 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – TJRS. Porto Alegre, 2010. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 1 fev. 2010.

WALD, Arnold. *O novo direito de família*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: RT, 2003.

ANEXOS

ANEXO A - Decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo/SP