

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

KAREN IZABEL CARNEIRO PIMENTEL

**RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO NA RELAÇÃO
PATERNO-FILIAL**

São Luís

2015

KAREN IZABEL CARNEIRO PIMENTEL

**RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO NA RELAÇÃO
PATERNO-FILIAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Esp^a. Eliana Lima Melo
Rodrigues

São Luís

2015

Pimentel, Karen Izabel Carneiro.

Responsabilidade civil por abandono afetivo na relação paterno-filial / Karen Izabel Carneiro Pimentel. — São Luís, 2015.

66f.

Orientador: Eliana Lima Melo Rodrigues.

Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Maranhão, Curso de Direito, 2015.

1. Direito de família. 2. Abandono afetivo dos filhos – Responsabilidade civil. 3. Relação paterno-filial. 4. Relações familiares. 5. Afeto. I. Título.

CDU 347.63:347.515.1

KAREN IZABEL CARNEIRO PIMENTEL

**RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO NA RELAÇÃO
PATERNO-FILIAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Esp^a. Eliana Lima Melo
Rodrigues

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Esp^a. Eliana Lima Melo Rodrigues (orientadora)
UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO

1º Examinador

2º Examinador

Ofereço a Deus, aos meus pais e irmãos. Os pilares da minha vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que é a força máxima em minha vida, cabe o meu maior agradecimento. Obrigada por guiar meus passos, tantos nos momentos mais difíceis, como nas alegrias e conquistas.

À Universidade Federal do Maranhão e, em especial, ao Curso de Direito, por ter me proporcionado um crescimento intelectual e pessoal. A todos os funcionários, agradeço pela ajuda e apoio prestados.

À professora Eliana Lima Melo Rodrigues, expresso minha profunda admiração e gratidão, não só por compartilhar seus conhecimentos ao longo do curso, mas pela assistência e orientação para a elaboração do presente trabalho.

Aos amigos de turma, obrigada por todos esses anos de companheirismo. Vocês foram essenciais para que essa caminhada fosse menos árdua. Sigo na certeza de que nossa amizade continuará ainda mais forte.

À Defensoria Pública do Estado do Maranhão, nas pessoas dos defensores públicos Gabriel Santana Furtado Soares e Joaquim Gonzaga de Araújo Neto, titulares do Núcleo de Defesa da Criança e do Adolescente, meus agradecimentos pelo apoio e incentivo durante o período de estágio na referida instituição, e sobretudo pelos conhecimentos compartilhados ao longo dessa jornada, fundamentais para a consecução deste trabalho.

Aos meus pais, Manoel Caldas Pimentel e Mara Izabel Carneiro Pimentel, meus maiores exemplos, obrigada pelo amor incondicional que sempre me dedicaram. O cuidado e a confiança de vocês me fortalece todos os dias.

Aos meus irmãos, Bruno Francisco Carneiro Pimentel e Victor Carneiro Pimentel, que de forma especial e carinhosa, deram-me forças e coragem, sobretudo nos momentos de dificuldade.

“Quanto a seus filhos, eles são herança do Senhor: o fruto do ventre é um presente de Deus”.

Salmos 127:3

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a possibilidade de responsabilização civil dos pais por abandono afetivo dos filhos. Para tanto, importante compreender o papel desempenhado pela família na sociedade contemporânea, de modo a analisar as consequências da sua atual configuração no ordenamento jurídico vigente. Dessa forma, a observância dos princípios que regem as relações familiares é fundamental para que se conceba uma entidade familiar fundada na solidariedade e no afeto. Assim, verifica-se que a família, e principalmente os pais, são fundamentais ao pleno desenvolvimento dos filhos, razão pela qual a prática do abandono afetivo poderá trazer danos de grande repercussão para a prole. Além disso, a compreensão sobre as noções gerais de responsabilidade civil é de extrema relevância para a análise sobre a incidência do referido instituto nas relações familiares, sobretudo na relação paterno-filial. Em razão da complexidade do tema, ainda não há entendimento pacífico sobre o assunto, sobretudo na doutrina pátria, existindo diversas discussões se é cabível ou não a responsabilidade civil por abandono afetivo na relação entre pais e filhos.

Palavras-chave: Afeto. Abandono afetivo. Responsabilidade civil. Relações familiares.

ABSTRACT

This study aims to examine the possibility of civil liability of parents for emotional abandonment of children. Therefore, important to understand the role of the family in contemporary society, in order to analyze the consequences of its current configuration in current legislation. Thus, compliance with the principles governing family relationships is crucial in order to conceive a family entity founded on solidarity and affection. Thus, it appears that the family, and especially parents, are fundamental to the full development of children, which is why the practice of emotional abandonment can bring great impact damage to the offspring. In addition, the understanding of the general notions of civil liability is extremely relevant for the analysis of the incidence of such institute in family relationships, particularly in paternal-filial relationship. Because of the complexity of the issue, there is no peaceful understanding on the subject, especially in homeland doctrine, there are several discussions it is appropriate or not civil liability for emotional abandonment in the relationship between parents and children.

Keywords: Affection. Emotional abandonment. Civil responsibility. Family relationships.

LISTA DE SIGLAS

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

PL – Projeto de Lei

TJ – Tribunal de Justiça

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

| | | |
|------------|--|-----------|
| | INTRODUÇÃO | 10 |
| 1 | A FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO | 13 |
| 1.1 | A Família na Constituição Republicana de 1988 | 15 |
| 1.2 | Legislação infraconstitucional | 17 |
| 1.3 | A principiologia do Direito de Família | 19 |
| 1.3.1 | Princípio do respeito à dignidade da pessoa humana | 21 |
| 1.3.2 | Princípio da solidariedade familiar | 22 |
| 1.3.3 | Princípio da afetividade | 23 |
| 1.3.4 | Princípio da paternidade responsável e planejamento familiar | 24 |
| 1.3.5 | Princípio da convivência familiar | 25 |
| 1.3.6 | Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente | 25 |
| 2 | NOÇÕES GERAIS DE RESPONSABILIDADE CIVIL | 27 |
| 2.1 | Conceito de Responsabilidade Civil e suas classificações | 28 |
| 2.2 | Funções da responsabilidade civil | 32 |
| 2.3 | Elementos da Responsabilidade Civil | 33 |
| 2.3.1 | Conduta humana | 34 |
| 2.3.2 | Dano | 36 |
| 2.3.3 | Nexo de causalidade | 39 |
| 2.4 | Responsabilidade Civil no Direito de Família | 41 |
| 3 | RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO NA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL | 43 |
| 3.1 | O exercício do poder familiar | 46 |
| 3.2 | O afeto como valor jurídico tutelável nas relações familiares | 50 |
| 3.3 | Configuração do abandono afetivo | 52 |
| 3.4 | Responsabilidade Civil por abandono afetivo na relação paterno-filial | 54 |
| | CONSIDERAÇÕES FINAIS | 61 |
| | REFERÊNCIAS | 64 |

INTRODUÇÃO

Durante o século XX, e sobretudo após a promulgação da Constituição Republicana de 1988, verifica-se uma mudança de paradigmas no que se refere à família brasileira. Se antes caracterizada pelo patriarcalismo, pelo matrimônio, pelas relações patrimoniais, hoje a família se constitui em um novo modelo, fundado na afetividade, que passa a ser sua principal função.

Considerado como a base fundante do Direito de Família, o afeto corresponde à confiança, ao cuidado, ao respeito que se espera de todos os membros do núcleo familiar, de modo que, sendo elevado à categoria de princípio, deve ser observado em todas as relações familiares.

Nessa conjuntura de mudanças, o ordenamento jurídico pátrio adotou a Doutrina da Proteção Integral, a qual situa a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, bem como os coloca em condição de pessoa em desenvolvimento, merecedores, portanto, de maior atenção do Estado, da sociedade e da família, motivo pelo qual diversos aspectos se tornaram passíveis de proteção jurídica na esfera infanto-juvenil.

Assim, consoante preconiza a Constituição Federal, é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, dentre outros, o direito à convivência familiar, além de os colocar a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Além disso, o Texto Constitucional, bem como o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente, são cristalinos ao impor aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores.

Desse modo, diante de um contexto social em que atos de abandono, não somente material, mas sobretudo afetivo, são constantes na relação entre pais e filhos, onde estes se veem privados da convivência familiar com seus genitores, tem-se que o desempenho irregular da autoridade parental é capaz de gerar danos irreversíveis ao desenvolvimento sadio e equilibrado da prole.

Nesse viés, muito se discute hodiernamente sobre a possibilidade de proteção do afeto na relação paterno-filial, bem como sobre eventual responsabilização civil dos pais nos casos de abandono afetivo dos filhos.

Tendo em vista que o instituto da responsabilidade civil pressupõe uma conduta humana que configure ato ilícito, um dano, e o nexo de causalidade entre esses dois elementos, perfeitamente admissível a incidência do referido instituto nas relações familiares.

Diante do exposto, é possível identificar determinadas situações em que os genitores descumprem as obrigações que lhes são impostas, de modo a ocasionar danos psicológicos e emocionais traumáticos e irreversíveis à prole. Sendo assim, em tais casos, tem-se que os infantes são merecedores de reparação, ensejando, portanto, a responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo gerado.

O presente trabalho visa, portanto, averiguar a incidência da responsabilidade civil no direito de família, particularmente no que se refere ao abandono afetivo praticado pelos pais em detrimento dos filhos. Deste modo, busca-se esclarecer se é cabível ou não a reparação pecuniária nos casos de abandono afetivo causados pela parentalidade.

Para realização deste estudo, tomou-se, por norte, no delinear das observações aduzidas, as disposições previstas na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, bem como se considerou o posicionamento da doutrina e a jurisprudência dos tribunais pátrios sobre a matéria.

Posto isso, mister destacar que a estrutura do presente trabalho monográfico se compõe em três capítulos, sucedidos pelas considerações finais.

Nesse sentido, o primeiro capítulo se propõe a fazer uma análise sobre o papel da família no ordenamento jurídico brasileiro, de modo a destacar suas profundas transformações ao longo do tempo, sobretudo após o Texto Maior de 1988, trazendo ainda breves considerações sobre a entidade familiar do ponto de vista infraconstitucional, além de apontar a principiologia que rege a matéria.

O segundo capítulo, a seu turno, busca trazer noções gerais sobre o instituto da responsabilidade civil, apontando seu conceito, suas classificações, suas funções, seus elementos essenciais, de modo a tornar mais fácil a compreensão sobre o tema do presente trabalho monográfico.

Por fim, o terceiro capítulo destaca a importância da convivência familiar para o desenvolvimento sadio e equilibrado dos filhos, correspondendo, desse modo, a um direito assegurado à prole e a um dever imposto aos pais, como consectário do poder familiar pertencente aos genitores. Assim, tendo em vista a imposição desse dever legal, o capítulo em comento irá analisar a responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo dos filhos, em razão do descumprimento de seu dever de cuidado, assistência e proteção, gerando danos à integridade psicológica dos infantes.

Na elaboração deste trabalho, utilizou-se como método de abordagem o de dedução, também chamado, sob a alcunha aristotélica, de silogismo, por meio do qual, valendo-se de cadeias de raciocínio, pretende-se alcançar uma conclusão baseada no levantamento de

enunciados e premissas. Assim, pelo método dedutivo, parte-se de teorias e leis mais gerais até a ocorrência de fenômenos particulares.

Noutro giro, o método de procedimento utilizado é o monográfico, por meio do qual se realizou um estudo doutrinário e jurisprudencial sobre a temática enfrentada.

Desse modo, para elaboração deste trabalho, adotou-se, por técnicas de pesquisa, a bibliográfica e a documental.

A primeira se desenvolveu por meio da leitura, compreensão e interpretação de livros e artigos científicos afetos ao tema, os quais proporcionaram a base teórica para a formação do estudo.

A pesquisa documental, por sua vez, ainda que possa ser considerada uma vertente da técnica bibliográfica, diz respeito ao estudo de alguns objetos relacionados à matéria em análise, tais como pareceres e julgados de tribunais.

Oportuno salientar, por fim, que o presente trabalho não tem a pretensão de esgotar o assunto tratado, mas objetiva incentivar a discussão acerca da responsabilidade civil por abandono afetivo na relação paterno-filial, de modo a fomentar práticas e estudos que avaliem qual a melhor forma de resolução da problemática aqui apresentada.

1 A FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Consoante os ensinamentos de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010, p. 2), o homem, ao tempo de seu nascimento, já se encontra inserido em um ambiente familiar, e é nesse núcleo que iniciará “a modelagem de suas potencialidades com o propósito da convivência em sociedade e da busca de sua realização pessoal”.

Desse modo, vislumbra-se que a estrutura familiar possui significativa relevância na formação do indivíduo, pois será nesse meio que o homem consolidará sua personalidade, isto é, conforme as lições de Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva (2012, p. 15), será no seio de sua família que o homem desenvolverá seus hábitos, sentimentos, inclinações, aspectos estes decisivos na vida da pessoa.

Assim, a família é considerada como o primeiro agrupamento humano organizado, base fundante da sociedade. Neste sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 17) esclarece que “a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social”. Por essa razão, merece destaque o estudo sobre o papel desempenhado pela família atualmente e as mudanças que têm alterado a sua estrutura no decorrer do tempo.

Sobre as transformações ocorridas na família ao longo da história, Paulo Lôbo (2011, p. 17) destaca que no Brasil, com o advento da Constituição Republicana de 1988, aquele modelo de família patriarcal, necessariamente matrimonializada, realçada por laços patrimoniais¹, presente desde o período colonial, permanecendo no Império e vigente até meados do século XX, inclusive na então legislação civil brasileira, cedeu espaço a um outro arquétipo de família, acompanhado de novos valores e, principalmente, fundado na afetividade, que passa a ser sua principal função (LÔBO, 2011, p. 17).

Destarte, vislumbra-se que a estrutura familiar atual não segue mais aquela composição tradicional, contemplada no Código Civil de 1916, admitindo, portanto, novas concepções, em conformidade com os valores vigentes na sociedade². Neste sentido são os ensinamentos de Farias e Rosenvald (2010, p. 04):

¹ Segundo Farias e Rosenvald (2010, p. 04), imperava a regra de manutenção do vínculo de casamento exatamente em virtude dos interesses patrimoniais envolvidos. Assim, para os renomados doutrinadores, “as pessoas se uniam em família com vistas à formação de patrimônio, para sua posterior transmissão aos herdeiros, pouco importando os laços afetivos. Daí a impossibilidade de dissolução do vínculo, pois a desagregação da família corresponderia à desagregação da própria sociedade”.

² Nesse viés, Dias (2013, p. 33) esclarece que “o mundo de hoje não mais comporta uma visão idealizada de família. Seu conceito mudou. A sociedade concede a todos o direito de buscar a felicidade, independentemente dos vínculos afetivos que estabeleçam”.

Os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea sobrepujam e rompem, definitivamente, com a concepção tradicional de família. A arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado. O escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora.

Na mesma linha de pensamento, Lôbo (2011, p. 26) ressalta que “a excessiva preocupação com os interesses patrimoniais que marcou o direito de família tradicional não encontra eco na família atual, vincada por outros interesses de cunho pessoal ou humano, tipificados por um elemento aglutinador e nuclear distinto – a afetividade”.

Verifica-se, portanto, que a família pós-moderna, em sua feição jurídica e sociológica, passa a encontrar fundamento “*no afeto, na ética, na solidariedade recíproca entre os seus membros e na preservação da dignidade deles*. Estes são os referenciais da família contemporânea” (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 05).

Ademais, uma vez que a unidade familiar é composta por seres humanos, mutáveis por natureza, Farias e Rosenvald (2010, p. 04-05) entendem que a família está associada, portanto, aos próprios avanços do homem e da sociedade, e por essa razão deve estar adaptada aos valores vigentes, e não presa a orientações pretéritas ou a suposições futuras.

Nesse diapasão, conforme as lições de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2014a, p. 58), diversos acontecimentos contribuíram para o surgimento desse novo modelo de família, dentre os quais os nobres doutrinadores destacam

A formação de grandes centros urbanos, a revolução sexual, o movimento feminista, a disseminação do divórcio como uma alternativa moralmente válida, a valorização da tutela da infância, juventude e terceira idade, a mudança de papéis nos lares, a supremacia da dignidade sobre valores pecuniários, o reconhecimento do amor como elo mais importante da formação de um “LAR (...)”.

Noutro ponto, consoante Maria Berenice Dias (2013, p. 41), diante do atual contexto social, torna-se árdua a tarefa de conceituar a família, tendo em vista a amplitude das relações interpessoais que podem ser inseridas nessa definição. Assim, verifica-se que a entidade familiar não possui mais um significado singular.

Ainda de acordo com a ilustre civilista,

É necessário ter uma visão pluralista da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação (DIAS, 2013, p. 42).

Dessa maneira, conforme os ensinamentos de Sílvio de Salvo Venosa (2010, p. 06), compete à ciência jurídica acompanhar legislativamente essas transformações sociais, “que se fizeram sentir mais acentuadamente em nosso país na segunda metade do século XX, após a

Segunda Guerra”, motivo pelo qual se faz necessária a análise da família tanto do ponto de vista constitucional como infraconstitucional.

1.1 A Família na Constituição Republicana de 1988

Conforme balizado linhas acima, diante das mudanças ocorridas ao longo da história, com avanços de ordem tecnológica, científica e cultural e, conseqüentemente, com o surgimento de novos arranjos familiares, a família deixa de ser compreendida como aquela unidade econômica e reprodutiva, passando a ser considerada como uma unidade de afeto, em que se objetiva a proteção e o desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo, ou seja, é a primazia da dignidade da pessoa humana em detrimento de valores meramente patrimoniais (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 6-7).

Desse modo, buscando acompanhar a rápida evolução social, o Estado, até então ausente³, inova no plano constitucional, a partir da promulgação do novo Texto Maior, passando a se interessar “de forma clara pelas relações de família, em suas variáveis manifestações sociais” (LÔBO, 2011, p. 17).

Nesse sentido, Venosa (2010, p. 7), com brilhantismo, esclarece:

Em nosso país, a Constituição de 1988 representou, sem dúvida, o grande divisor de águas do direito privado, especialmente, mas não exclusivamente, nas normas de direito de família. (...) É nesse diploma que se encontram princípios expressos acerca do *respeito à dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III). Nesse campo, situam-se os institutos do direito de família, o mais humano dos direitos, como a proteção à pessoa dos filhos, direitos e deveres entre cônjuges, igualdade de tratamento entre estes etc. (...) O Código Civil de 2002 complementou e estendeu esses princípios, mas, sem dúvida, a verdadeira revolução legislativa em matéria de direito privado e especificamente de direito de família já ocorrera antes, com essa Constituição.

Assim, com o advento da Constituição de 1988, verifica-se uma mudança de paradigma, em que o Estado busca ampliar sua proteção à família, destacando-se, deste modo, das constituições dos demais países. Nessa senda, Lôbo (2011, p 35) ressalta a grande transformação promovida pela Lei Maior⁴, salientando alguns pontos:

³ “As Constituições brasileiras reproduzem as fases históricas que o país viveu, em relação à família, no trânsito do Estado liberal para o Estado social. As Constituições de 1824 e 1891 são marcadamente liberais e individualistas, não tutelando as relações familiares. Na Constituição de 1891 há um único dispositivo (art. 72, § 4º) com o seguinte enunciado: ‘A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita’. (...) Em contrapartida, as Constituições do Estado social brasileiro (de 1934 a 1988) democrático ou autoritário destinaram à família normas explícitas. A Constituição democrática de 1934 dedica todo um capítulo à família, aparecendo pela primeira vez a referência expressa à proteção especial do Estado, que será repetida nas constituições subsequentes” (LÔBO, 2011, p. 33-34).

⁴ De acordo com Maria Berenice Dias (2013, p. 30), “essas profundas modificações acabaram derogando inúmeros dispositivos da legislação então em vigor, por não recepcionados pelo novo sistema jurídico”.

a) a proteção do Estado alcança qualquer entidade familiar, sem restrições; b) a família, entendida como entidade, assume claramente a posição de sujeito de direitos e obrigações; c) os interesses das pessoas humanas, integrantes da família, recebem primazia sobre os interesses patrimonializantes; d) a natureza socioafetiva da filiação torna-se gênero, abrangente das espécies biológica e não biológica; e) consuma-se a igualdade entre os gêneros e entre os filhos; f) reafirma-se a liberdade de constituir, manter e extinguir entidade familiar e liberdade de planejamento familiar, sem imposição estatal; g) a família configura-se no espaço de realização pessoal e da dignidade humana de seus membros.

Dessa forma, por meio de José Afonso da Silva (2007, p. 850), observa-se que a Constituição Republicana de 1988 dispensou significativa atenção à família, definindo-a como base da sociedade e conferindo-lhe especial proteção do Estado, seja através da assistência a cada um de seus integrantes, seja por meio da criação de mecanismos que coíbam a violência no âmbito de suas relações.

Além de tudo, Gagliano e Pamplona Filho (2014a, p. 68) destacam que a entidade familiar passou por um processo de *funcionalização*, isto é, apresenta hoje uma *função social*, assim como os outros institutos presentes no ordenamento jurídico.

Desse modo, para os renomados doutrinadores, a família atualmente, enquanto base da sociedade, tem a função de permitir a cada um de seus integrantes *a realização dos seus projetos pessoais de vida*⁵. Logo, justificam:

No momento em que se reconhece à família, em nível constitucional, *a função social de realização existencial do indivíduo*, pode-se compreender o porquê de a admitirmos efetivamente como base da sociedade que, ao menos em tese, se propõe a constituir um Estado Democrático de Direito calcado no princípio da dignidade da pessoa humana (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014a, p. 69).

Além disso, oportuno ressaltar que, nesse contexto, a dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da Constituição Federal), apresenta-se como crucial no que se refere à entidade familiar, uma vez que “a proteção da família somente pode ocorrer por meio da proteção da dignidade de seus membros, cabendo à legislação o indispensável senso de responsabilidade na regulamentação de suas relações, sob pena de desestruturação desse núcleo essencial da sociedade” (MONTEIRO; SILVA, 2012, p. 16).

Como observa Dias (2013, p. 35-36), a intervenção estatal permite o revigoramento das instituições do direito civil e, diante do novo texto constitucional, cabe ao intérprete analisar as normas civilistas à luz da nova Constituição.

⁵ Nesse sentido, Lôbo (2011, p. 62) entende que “a família, tutelada pela Constituição, está funcionalizada ao desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que a integram. A entidade familiar não é tutelada para si, senão como instrumento de realização existencial de seus membros”.

1.2 Legislação infraconstitucional

Conforme já mencionado, a legislação civil de 1916⁶, ancorada nos valores vigentes à época de sua elaboração, caracterizava-se pela acentuada preocupação com as relações patrimoniais, bem como por apresentar, como princípio basilar, a autonomia da vontade (MONTEIRO; SILVA, 2012, p. 24).

Nesse sentido são os ensinamentos de Lôbo (2011, p. 23-24):

É na origem e evolução histórica da família patriarcal e no predomínio da concepção do homem livre proprietário que foram assentadas as bases da legislação sobre a família, inclusive no Brasil. No Código Civil de 1916, dos 290 artigos da parte destinada ao direito de família, 151 tratavam de relações patrimoniais e 139 de relações pessoais. A partir da década de 70 do século XX essas bases começaram a ser abaladas com o advento de nova legislação emancipadora das relações familiares, que desmontaram as estruturas centenárias ou milenares do patriarcalismo.

Destarte, diante das inovações constitucionais asseguradas com o advento da Carta Magna de 1988, sobretudo no que diz respeito à entidade familiar, passou-se à edição de textos legais voltados à consecução desses novos direitos contemplados, como se vê do Código Civil de 2002, além de alguns microsistemas jurídicos, como, por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso.

Desse modo, com o novo Código Civilista, vislumbra-se também um Direito de Família reformulado, pautado agora nas concepções trazidas pela Constituição Republicana.

Nessa esteira, verifica-se que o Código Reale “procurou atualizar os aspectos essenciais do direito de família. Apesar de ter preservado a estrutura do Código anterior, incorporou boa parte das mudanças legislativas que haviam ocorrido por meio da legislação esparsa” (DIAS, 2013, p. 31).

Ademais, tendo em vista os valores vigentes na sociedade e os princípios constitucionais, para Flávio Tartuce (2014, p. 27), esse novo Direito de Família deve ser analisado “do ponto de vista do afeto, do amor que deve existir entre as pessoas, da ética, da valorização da pessoa e da sua dignidade, do solidarismo social e da isonomia constitucional”.

Nesse viés, ao versar sobre o tema, Venosa (2010, p. 10) afirma que “o direito de família, ramo do direito civil com características peculiares, é integrado pelo conjunto de normas que regulam as relações jurídicas familiares, orientado por elevados interesses morais e bem-estar social”.

⁶ Consoante Gagliano e Pamplona Filho (2014a, p. 70), “na época de sua elaboração [do Código Civil de 1916], vivia o Brasil o período da República Velha, marcado pelo domínio político das elites agrárias. Nesse contexto, o Código Civil traduzia a ideologia dessa sociedade, que se preocupava muito mais com o ter do que com o ser”.

No tocante à sua natureza jurídica, entende-se que o Direito de Família, enquanto ramo do Direito Civil, integra o Direito Privado, embora se reconheça a cogência da grande maioria de seus institutos, isto é, verifica-se que, no Direito de Família, várias de suas regras são de ordem pública, inderrogáveis pela simples vontade das partes⁷ (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014a, p. 67).

Além disso, sobre a organização desse ramo do Direito Civil, consoante as lições de Lôbo (2011, p 37-38), enquanto a legislação civil de 1916 distribuía o conteúdo do Direito de Família basicamente em três grandes partes, quais sejam, o direito matrimonial, o direito parental e o direito assistencial, o atual Direito de Família brasileiro, em razão das profundas mudanças ocorridas, sobretudo nas últimas décadas do século XX, passou a abranger as seguintes matérias:

- a) o direito das entidades familiares, que diz respeito ao matrimônio e aos demais arranjos familiares, sem discriminação;
- b) o direito parental, relativo às situações e relações jurídicas de paternidade, maternidade, filiação e parentesco;
- c) o direito patrimonial familiar, relativo aos regimes de bens entre cônjuges e companheiros, ao direito alimentar, à administração dos bens dos filhos e ao bem de família;
- d) o direito tutelar, relativo à guarda, tutela e curatela.

Noutro giro, oportuno ressaltar ainda que atualmente os direitos de proteção integral da criança, do adolescente e do idoso não se encontram exclusivamente no Direito de Família, vez que possuem regramentos próprios, quais sejam, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso, respectivamente, considerados como microssistemas pluridisciplinares (LÔBO, 2011, p. 39).

Contudo, conforme ressalta Lôbo (2011, p. 40), importante atentar que existem nesses microssistemas “disposições de direito material que provocam efeitos transversais no direito de família, exigentes de interpretação harmoniosa entre os estatutos e o direito de família, propriamente dito, principalmente com as normas do Código Civil”.

Consoante observa Andréa Rodrigues Amin (2010, p. 11), o Texto Constitucional tratou de assegurar à população infante-juvenil, com absoluta prioridade, direitos fundamentais, estabelecendo, desse modo, a doutrina da proteção integral, através da qual a criança e o adolescente devem ser considerados como sujeitos de direito e em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

⁷ Sobre o tema, assim dispõe Venosa (2010, p. 10): “Desse modo, o direito de família, por sua própria natureza, é ordenado por grande número de normas de ordem pública. Essa situação, contudo, não converte esse ramo em direito público. (...) As normas de ordem pública no direito privado têm por finalidade limitar a autonomia da vontade e a possibilidade de as partes disporem sobre suas próprias normas nas relações jurídicas”.

Por fim, cabe ainda mencionar a existência de diversos projetos de lei que buscam definir o que é família. Dentre eles, destaca-se o mais recente, o PL n. 470, de 2013, de iniciativa do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), que busca instituir o Estatuto das Famílias, o qual, caso aprovado pelo Congresso Nacional, passará a regular os direitos e deveres no âmbito das relações familiares, reunindo, em um único diploma, todas as normas relativas ao tema, de forma a tornar a legislação mais adequada à realidade familiar brasileira.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2014a, p. 75), o referido estatuto “apresenta uma proposta atual e afinada aos valores constitucionalmente assegurados”, configurando-se, na visão dos renomados doutrinadores, como imprescindível avanço pelo qual deve passar o direito de família brasileiro. Oportuno mencionar inclusive que, dentre os pontos importantes trazidos pelo estatuto, está a temática o abandono afetivo⁸, objeto do presente trabalho.

1.3 A principiologia do Direito de Família

De acordo com os ensinamentos de Dias (2013, p. 61), o ordenamento jurídico é composto por regras e princípios⁹, cujas diferenças vão além do grau de importância, afirmando que, “acima das regras legais, existem princípios que incorporam as exigências de justiça e de valores éticos que constituem o suporte axiológico, conferindo coerência interna e estrutura harmônica a todo o sistema jurídico”.

Prossegue a ilustre civilista ressaltando que

Os princípios são normas jurídicas que se distinguem das regras não só porque têm alto grau de generalidade, mas também por serem mandatos de otimização. (...) Devem ter conteúdo de validade universal. Consagram valores generalizantes e servem para balizar todas as regras, as quais não podem afrontar as diretrizes contidas nos princípios.
(...)

⁸ Art. 108. Considera-se conduta ilícita o abandono afetivo, assim entendido a ação ou a omissão que ofenda direito fundamental da criança ou adolescente.

Art. 109. Compete aos pais, além de zelar pelos direitos estabelecidos em lei especial de proteção à criança e ao adolescente, prestar-lhes assistência afetiva, que permita o acompanhamento da formação da pessoa em desenvolvimento. Parágrafo único. Compreende-se por assistência afetiva: I – orientação quanto às principais escolhas e oportunidades profissionais, educacionais e culturais; II – solidariedade e apoio nos momentos de necessidade ou dificuldade; III – cuidado, responsabilização e envolvimento com o filho.

⁹ Sobre a distinção entre regras e princípios, para Robert Alexy (*apud* GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014a, p. 85), o ponto decisivo “é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio”.

As regras são normas que incidem sob a forma de ‘tudo ou nada’, o que não sucede com os princípios. Quando, aparentemente, duas regras incidem sobre o mesmo fato, é aplicada uma ou outra. Segundo critérios hierárquico, cronológico ou de especialidade, aplica-se uma regra e considera-se a outra inválida (DIAS, 2013, p. 61-62).

Assim, nas lições de Farias e Rosenvald (2010, p. 33), os princípios podem ser entendidos como as bases sobre as quais se constrói o sistema jurídico, conferindo-lhe, desse modo, coerência e unidade.

Noutro giro, com o advento da Constituição de 1988, considerada por Dias (2013, p. 60) como uma verdadeira *carta de princípios*, surge um novo modo de ver o direito, uma vez que o Texto Constitucional prevê, em seu artigo 5º, § 1º, eficácia imediata a todas as suas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Desse modo, verifica-se que, “enquanto fundamento de validade do ordenamento jurídico, o texto constitucional subordina todas as demais normas de tal modo que é possível notar uma necessária *força normativa* em sua estrutura, condicionando todo o tecido normativo infraconstitucional” (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 31).

Nesse viés, Lôbo (2011, p. 57) esclarece que a consagração da força normativa dos princípios constitucionais, explícitos e implícitos, corresponde a um dos principais avanços do direito brasileiro, sobretudo após a Constituição de 1988.

Destarte, conforme Farias e Rosenvald (2010, p. 33), observa-se que os princípios apresentam inquestionável força normativa¹⁰, não prosperando, portanto, a ideia de que estariam restritos apenas a uma dimensão puramente ética ou valorativa, desprovidos de eficácia ou força jurídica, razão pela qual permite-se sua aplicação direta e imediata.

Além do mais, a partir de uma compreensão constitucionalizada do Direito Civil e tendo em vista os valores e as regras trazidas pela Carta Social, tem-se que todos os ramos da ciência jurídica, inclusive o próprio direito de família, devem estar em conformidade com a legalidade constitucional, seguindo as diretrizes traçadas pelo sistema garantista da Constituição Federal (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 34).

Nesse diapasão, ressaltam os renomados doutrinadores que

Os princípios do Direito das Famílias têm, necessariamente, de estar em aliança permanente com a principiologia constitucional, o que representará, seguramente, uma melhor apresentação do sistema civilista, aproximado de valores humanistas e com uma maior possibilidade de efetiva solução dos conflitos de interesses privados (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 34).

¹⁰ “Registra-se, inclusive, que o reconhecimento dessa força normativa dos princípios decorre, em larga escala, da contribuição doutrinária emanada dos escritos de Ronald Dworkin e Robert Alexy, em sede alienígena, bem assim como das lições de Luís Roberto Barroso, entre nós. Propugnam esses autores – e uma série de outros juristas de relevo – o abandono da histórica compreensão positivista, reconhecendo o caráter normativo dos princípios, como regras jurídicas abertas” (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 34).

Nessa linha de pensamento, Dias (2013, p. 82-83) ressalta que

Em sede de direito das famílias não dá para amoldar a vida à norma. Mais do que buscar regras jurídicas é necessário que identifique os princípios que regem a situação posta em julgamento, pois a decisão não pode chegar a resultado que afronte o preceito fundamental de respeito à dignidade humana.

Assim, dispõe Lôbo (2011, p. 60) que a Constituição e, por consequência, o próprio ordenamento jurídico pátrio, são marcados pela presença de dois princípios fundamentais e estruturantes, quais sejam, a dignidade da pessoa humana e a solidariedade, que acabam por refletir, portanto, no próprio Direito de Família.

Desse modo, sem prejuízo do reconhecimento de outros princípios, analisar-se-á aqueles reputados mais relevantes, considerados como essenciais para uma melhor compreensão do Direito de Família.

1.3.1 Princípio do respeito à dignidade da pessoa humana

Conforme já mencionado no tópico 1.1, a dignidade da pessoa configura-se como fundamento da República Federativa do Brasil, com previsão no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

Nesse diapasão, consoante observa Dias (2014, p. 65), “a preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear de ordem constitucional”.

Nesse contexto, como Tartuce (2014, p. 29) oportunamente destaca, verifica-se que não há ramo no Direito Privado com maior ingerência ou atuação da dignidade da pessoa humana do que no Direito de Família.

Destarte, ao tratar sobre o princípio em tela, Gagliano e Pamplona Filho (2014a, p. 88) apontam como árdua a missão de conceituá-lo, mas arriscam em dizer que

A noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade. Mais do que garantir a simples sobrevivência, esse princípio assegura o direito de se viver plenamente, sem quaisquer intervenções espúrias – estatais ou particulares – na realização dessa finalidade.

Nesse viés, observa-se que “a dignidade humana somente é preservada na medida em que se garante o respeito à dimensão existencial do indivíduo, não apenas em sua esfera

pessoal, mas, principalmente, no âmbito de suas relações pessoais¹¹” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014a, p. 90-91).

Desse modo, Dias (2014, p. 65) afirma que

Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento de ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos à realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos jurídicos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito.

Assim, a partir das lições de Kant, Lôbo (2011, p. 60) entende como violação ao princípio da dignidade humana “todo ato, conduta ou atitude que coisifique a pessoa, ou seja, que a equipare a uma coisa disponível, ou a um objeto”.

Além disto, como exemplo de incidência deste princípio, conforme aponta Tartuce (2014, p. 32), tem-se a própria questão do abandono paterno-filial, tema do presente trabalho, em que pais são condenados ao pagamento de indenizações aos filhos por abandono afetivo, por clara lesão à dignidade da pessoa humana, conforme será aprofundado mais adiante.

1.3.2 Princípio da solidariedade familiar

A solidariedade social, reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, encontra-se prevista no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal, cujo propósito consiste na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Consoante Tartuce (2014, p. 38), “deve-se entender por solidariedade o ato humanitário de *responder* pelo outro, de *preocupar-se* e de *cuidar* de outra pessoa”.

Assim, como destaca Lôbo (2011, p. 63), tal princípio implica na responsabilidade, não apenas do Estado, mas também da sociedade e de cada um dos seus membros, “pela existência social de cada um dos outros membros da sociedade”.

Desse modo, conforme os ensinamentos do nobre doutrinador,

O princípio jurídico da solidariedade resulta da superação do individualismo jurídico, que por sua vez é a superação do modo de pensar e viver a sociedade a partir do predomínio dos interesses individuais, que marcou os primeiros séculos da modernidade, com reflexos até a atualidade.

Nesse viés, e tendo em vista que o princípio da solidariedade acaba por repercutir também nas relações familiares, assim, em decorrência do referido princípio, deve existir

¹¹ Para Tartuce (2014, p. 30), “a dignidade humana é algo que se vê nos olhos da pessoa, na sua fala e na sua atuação social, no modo como ela interage com o meio que a cerca. Em suma, a dignidade humana concretiza-se socialmente, pelo contato da pessoa com a sua comunidade”.

respeito e consideração mútuos também entre os membros da entidade familiar (TARTUCE, 2014, p. 39).

Desse modo, Gagliano e Pamplona Filho (2014a, p. 108) aduzem que a solidariedade acaba por “determinar o amparo, a assistência material e moral recíproca, entre todos os familiares, em respeito ao princípio maior da dignidade da pessoa humana”.

Nessa senda, conforme ressalta Dias (2014, p. 69),

Ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão. Basta atentar que, em se tratando de crianças e adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação (CF 227).

Isso posto, frisa-se ainda que, além de estar previsto no artigo 3º, inciso III, da Lei Maior, constituindo-se em objetivo da República Federativa do Brasil, conforme já mencionado, o princípio da solidariedade encontra-se contemplado em diversos dispositivos da Constituição Federal e, inclusive, na legislação infraconstitucional (LÔBO, 2011, p. 63).

Por fim, oportuno mencionar ainda que a solidariedade familiar não se restringe à esfera patrimonial, no sentido de prestar alimentos, por exemplo, mas também deve perpassar pelos campos afetivo e psicológico (TARTUCE, 2014, p. 39).

1.3.3 Princípio da afetividade

Embora não haja expressa previsão no Texto Constitucional, Tartuce (2014, p. 53) afirma que a afetividade é corolário da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, configurando-se, portanto, como princípio do nosso sistema jurídico.

Para Lôbo (2011, p. 70), o princípio da afetividade “fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico”.

Ademais, sobre a distinção entre afeto e afetividade, preleciona o renomado jurista:

A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. O princípio jurídico da afetividade entre pais e filhos apenas deixa de incidir com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver a perda do poder familiar (LÔBO, 2011, p. 71).

Consoante Dias (2014, p. 74), a transformação ocorrida na entidade familiar, que atualmente apresenta diversas formulações, todas fundadas no amor e no afeto, permite concluir

que “o direito das famílias instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto”.

Assim, verifica-se que “a família, tendo desaparecido suas funções tradicionais, no mundo do ter liberal burguês, reencontrou-se no fundamento da afetividade, na comunhão do afeto, pouco importando o modelo que adote, inclusive o que se constitui entre um pai ou mãe e seus filhos” (LÔBO, 2011, p. 72).

Por fim, a própria questão da paternidade socioafetiva, nova forma de parentesco civil baseada na posse de estado de filho, demonstra que o vínculo familiar pode corresponder mais a uma relação de afeto que a um laço biológico (TARTUCE, 2014, p. 55).

Nesse sentido, são as lições de Dias (2014, p. 73), ao afirmar que “o afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. Assim, a posse de estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado”.

1.3.4 Princípio da paternidade responsável e planejamento familiar

Dispõe o artigo 226, § 7º, da Constituição Federal que, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar consiste em livre decisão do casal (GONÇALVES, 2011, p. 24).

Desse modo, conforme os ensinamentos de Farias e Rosenvald (2010, p. 47), verifica-se que “o propósito do planejamento familiar é, sem dúvida, evitar a formação de núcleos familiares sem condições de sustento e de manutenção”.

Ademais, segundo Gonçalves (2011, p. 24), o Código Civil de 2002 traçou algumas diretrizes sobre o assunto, reiterando o disposto no texto constitucional, de que o planejamento familiar é de livre decisão do casal (cônjuges ou companheiros), e que “é vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições públicas e privadas”, consoante dispõe o artigo 1.565 do Lei Civilista.

Na esteira da norma constitucional, a Lei n. 9.263/96 estabelece uma política de planejamento familiar, que deverá ser orientado por ações preventivas e educativas, além da garantia de acesso igualitário a informações, métodos e técnicas disponíveis para controle da fecundidade (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 47).

1.3.5 Princípio da convivência familiar

Considera-se como convivência familiar, segundo as lições de Lôbo (2011, p. 74), “a relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum”.

Além disso, conforme o ilustre civilista, “o direito à convivência familiar, tutelado pelo princípio e por regras jurídicas específicas, particularmente no que respeita à criança e ao adolescente, é dirigido à família e a cada membro dela, além de ao Estado e à sociedade como um todo” (LÔBO, 2011, p. 74).

Assim, deve-se considerar como extrema a medida de afastamento definitivo dos filhos de sua família natural, somente sendo admissível em situações justificadas por interesse superior, como nos casos de reconhecimento da paternidade socioafetiva ou ainda quando se verifica alguma hipótese ensejadora da destituição do poder familiar (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014a, p. 116).

Nesse viés, como oportunamente destaca Lôbo (2011, p. 74), verifica-se que “a convivência familiar também perpassa o exercício do poder familiar. Ainda quando os pais estejam separados, o filho menor tem direito à convivência familiar com cada um, não podendo o guardião impedir o acesso ao outro, com restrições indevidas”.

Por fim, importante compreender ainda que o direito de convivência familiar “deve se estender também a outros integrantes da família, como os avós, tios e irmãos, com os quais a criança ou o adolescente mantém vínculos de afetividade” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014a, p. 117).

Destarte, nessa mesma linha de pensamento, Lôbo (2011, p. 75) assevera que o direito à convivência familiar não se esgota, portanto, na família natural, composta por pais e filhos, devendo-se considerar também a convivência com outros familiares, como avós, tios, todos integrando um grande ambiente familiar solidário.

1.3.6 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Nas lições de Lôbo (2011, p. 75), pelo princípio do melhor interesse se considera que a criança e o adolescente devem “ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade”.

Dessa forma, de acordo com o referido doutrinador,

O princípio [do melhor interesse da criança e do adolescente] parte da concepção de ser a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, e não como mero objeto de intervenção jurídica e social quando em situação irregular, como ocorria com a legislação anterior sobre os ‘menores’. Nele se reconhece o valor intrínseco e prospectivo das futuras gerações, como exigência ética de realização de vida digna para todos (LÔBO, 2011, p. 75).

Nesse viés, o princípio em comento encontra fundamento essencial na Constituição Republicana, que em seu artigo 227, *caput*, estabelece que

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

Desse modo, Lôbo (2011, p. 77) assevera que o princípio do melhor interesse configura-se não como uma recomendação ética, mas como uma diretriz determinante nas relações de crianças e adolescentes com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado.

Por fim, oportuno ressaltar que a forma de implementação desses direitos e garantias assegurados à população infanto-juvenil encontra-se prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), “microsistema que traz normas de conteúdo material e processual, de natureza civil e penal, e abriga toda a legislação que reconhece os menores como sujeitos de direito” (DIAS, 2014, p. 70-71).

2 NOÇÕES GERAIS DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Conforme as lições de Venosa (2013, p. 1-2), um prejuízo ou dano não reparado se constitui como fator de inquietação social. Deste modo, verifica-se que os ordenamentos contemporâneos buscam alargar cada vez mais o dever de indenizar, com o objetivo de que cada vez menos restem danos não ressarcidos.

Nesse viés, destacando a importância do referido instituto na atualidade, Maria Helena Diniz (2014, p. 19) ressalta que

a todo instante surge o problema da responsabilidade civil, pois cada atentado sofrido pelo homem, relativamente à sua pessoa ou ao seu patrimônio, constitui um desequilíbrio de ordem moral ou patrimonial, tornando-se imprescindível a criação de soluções ou remédios – que nem sempre se apresentam facilmente, implicando em indagações maiores – que sanem tais lesões, pois o direito não poderá tolerar que ofensas fiquem sem reparação.

Assim, Gagliano e Pamplona Filho (2014b, p. 43) esclarecem que a palavra “responsabilidade”, de origem latina, corresponde à obrigação imposta a alguém de assumir as consequências jurídicas de sua atividade¹².

Segundo os renomados civilistas, “o respaldo de tal obrigação, no campo jurídico, está no princípio fundamental da ‘proibição de ofender’, ou seja, a ideia de que a ninguém se deve lesar – a máxima *neminem laedere*, de Ulpiano –, limite objetivo da liberdade individual em uma sociedade civilizada” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014b, p. 44).

Para Gonçalves (2014, p. 47), a questão da responsabilidade corresponde a uma regra elementar de equilíbrio social, pois aquele que praticar um ato ou incorrer numa omissão de que resulte dano deverá arcar com as consequências do seu procedimento.

Desse modo, conforme Gagliano e Pamplona Filho (2014b, p. 44), responsabilidade, para o Direito, nada mais é “que uma obrigação derivada – um dever jurídico sucessivo – de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados”.

Nessa senda, verifica-se que a responsabilidade pode apresentar-se tanto sob o aspecto civil como penal, a depender da natureza da norma jurídica violada. Deste modo, Gagliano e Pamplona Filho (2014b, p. 46) esclarecem que

Na responsabilidade civil, o agente que cometeu o ilícito tem a obrigação de reparar o dano patrimonial ou moral causado, buscando restaurar o *status quo ante*, obrigação

¹² Consoante Gonçalves (2014, p. 57), a palavra “responsabilidade” corresponde à “ideia de segurança ou garantia da restituição ou compensação do bem sacrificado. Teria, assim, o significado de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir”.

esta que, se não for mais possível, é convertida no pagamento de uma indenização (na possibilidade de avaliação pecuniária do dano) ou de uma compensação (na hipótese de não se poder estimar patrimonialmente este dano), enquanto, pela responsabilidade penal ou criminal, deve o agente sofrer a aplicação de uma cominação legal, que pode ser privativa de liberdade (ex.: prisão), restritiva de direitos (ex.: perda da carta de habilitação de motorista) ou mesmo pecuniária (ex.: multa).

Nesse viés, Gonçalves (2014, p. 57) ressalta ainda que, “no caso da responsabilidade penal, o agente infringe uma norma de direito público. O interesse lesado é o da sociedade. Na responsabilidade civil, o interesse diretamente lesado é o privado. O prejudicado poderá pleitear ou não a reparação”.

Ademais, discorrendo sobre as duas modalidades de responsabilidade, Diniz (2014, p. 42) afirma que há certos atos ilícitos que se configuram como crime, uma vez que violam norma de direito público, assim como também causam dano a terceiro, motivo pelo qual o ato terá repercussão tanto na esfera criminal como na cível, hipótese em que haverá a imposição de pena ao criminoso e a reparação do dano causado à vítima.

Nesse tocante, Gagliano e Pamplona Filho (2014b, p. 47) oportunamente observam que o mesmo fato poderá ensejar as duas responsabilizações, sem, contudo, configurar *bis in idem*, tendo em vista o sentido de cada uma das responsabilidades e sua repercussão diante da violação do bem jurídico tutelado.

2. 1 Conceito de Responsabilidade Civil e suas classificações

Consoante os ensinamentos de Gagliano e Pamplona Filho (2014b, p. 51), “a responsabilidade civil 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”.

Assim, elucida Diniz (2014, p. 21) que o interesse em restabelecer o equilíbrio violado pelo dano corresponde à fonte geradora da responsabilidade civil. Assim, “na responsabilidade civil são a perda ou a diminuição verificadas no patrimônio do lesado ou o dano moral que geram a reação legal, movida pela ilicitude da ação do autor da lesão ou pelo risco”.

Nessa linha de pensamento, para Fábio Ulhoa Coelho (2010, p. 266) a responsabilidade civil se constitui, portanto, na obrigação por meio da qual o sujeito ativo poderá exigir o pagamento de indenização do devedor, por ter sofrido prejuízo imputado a este último, seja em decorrência de ato ilícito ou em razão de fato jurídico que o envolva.

Através dos ensinamentos de Diniz (2014, p. 50),

Poder-se-á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal.

Desse modo, a renomada civilista define a responsabilidade civil apresentando, em seu conceito, tanto a ideia de culpa, quando se cogita da existência de ilícito, caso em que a responsabilidade será subjetiva, como a ideia do risco, quando ausente a culpa, ocasião em que a responsabilidade será objetiva (DINIZ, 2014, p. 50).

Assim, consoante preleciona Venosa (2013, p. 08), “a teoria da responsabilidade civil deixa de ser apoiada unicamente no ato ilícito, mas leva em conta com mais proeminência o ato causador do dano”, isto é, nem todo dano injustamente causado terá como motivo principal um ilícito.

Nesse viés, no tocante à classificação da responsabilidade civil em subjetiva e objetiva, Coelho (2010, p. 269) esclarece que “no primeiro caso, o devedor responde por ato ilícito (constitui-se a obrigação em razão de sua culpa pelo evento danoso); no segundo, por ato lícito (a responsabilidade é constituída a despeito da culpa do devedor)”.

Dessa forma, verifica-se, portanto, que na responsabilidade subjetiva, a justificativa para reparação do dano se encontra na culpa ou no dolo presente na conduta lesiva do ofensor, ao passo que a responsabilidade objetiva se fundamenta no risco, sendo irrelevante se a conduta do agente é culposa ou dolosa, pois a existência do nexo causal entre o dano e a ação do devedor é suficiente para que exista o dever de indenizar (DINIZ, 2014, p. 150).

Consoante os ensinamentos de Venosa (2013, p. 24-25),

Na responsabilidade subjetiva, o centro de exame é o ato ilícito. O dever de indenizar vai repousar justamente no exame de transgressão ao dever de conduta que constitui o ato ilícito. (...) Na responsabilidade objetiva, o ato ilícito mostra-se incompleto, pois é suprimido o substrato da culpa. No sistema de responsabilidade subjetiva, o elemento subjetivo do ato ilícito, que gera o dever de indenizar, está na imputabilidade da conduta do agente.

Verifica-se, portanto, que a responsabilidade subjetiva repousa no ato ilícito. Neste diapasão, por ato ilícito entende-se como aquele “ato praticado em desacordo com a ordem jurídica violando direitos e causando prejuízos a outrem”, conforme dispõe o artigo 186 do Código Civil, gerando, desse modo, o dever de indenizar, por força do artigo 927, *caput*, do diploma civilista¹³ (TARTUCE, 2013, p. 310).

¹³ “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Além do que, de acordo com Coelho (2010, p. 271), o fundamento da responsabilidade subjetiva reside na vontade, fonte última de qualquer obrigação, imputando a obrigação de indenizar ao agente causador do dano, que fica responsabilizado pelo ilícito por agir como não deveria ter agido.

Além disso, importante destacar que há situações em que se atribui a alguém a obrigação de indenizar o dano, mesmo não causado diretamente por ele, mas por um terceiro, oportunidade em que a culpa é presumida, em função do dever geral de vigilância a que está obrigado o devedor¹⁴ (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014b, p. 56).

Por outro lado, o fundamento da responsabilidade objetiva, isto é, da imputação da obrigação de indenizar danos a quem agiu exatamente como deveria, consiste na socialização dos custos, uma vez que “todo sujeito de direito que se encontra numa posição econômica que lhe permita socializar os custos de sua atividade entre os que são atendidos por ela podem e devem ser objetivamente responsabilizados” (COELHO, 2010, p. 276).

Nessa esteira, Gonçalves (2014, p. 49) aduz que a responsabilidade objetiva se fundamenta num princípio de equidade, existente desde o direito romano, segundo o qual “aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes”, ou, em outras palavras, aquele que auferir os lucros deve suportar os riscos.

Dessa forma, segundo o douto civilista, uma das teorias que buscam justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco, segundo a qual “toda pessoa que exerce alguma atividade cria o risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa” (GONÇALVES, 2014, p. 59).

Nessa senda, observa-se que os pressupostos da responsabilidade civil irão variar, portanto, conforme a espécie. Assim,

Para que um sujeito de direito seja responsabilizado subjetivamente é necessária a convergência de três [pressupostos]: a) conduta culposa (culpa simples ou dolo) do devedor da indenização; b) dano patrimonial ou extrapatrimonial infligido ao credor; c) relação de causalidade entre a conduta culposa do devedor e o dano do credor. (...) Já para a caracterização da responsabilidade objetiva, bastam dois pressupostos: a) dano patrimonial ou extrapatrimonial suportado pelo credor; b) relação de causalidade entre a conduta do devedor descrita em lei e o dano do credor (COELHO, 2010, p. 269-270).

Ademais, conforme ressalta Venosa (2013, p. 18), verifica-se que a responsabilidade subjetiva é a regra geral no ordenamento jurídico, por força do artigo 186 do

¹⁴ Consoante Venosa (2013, p. 05), “uma pessoa é responsável quando suscetível de ser sancionada, independentemente de ter cometido pessoalmente um ato antijurídico. Nesse sentido, a responsabilidade pode ser direta, se diz respeito ao próprio causador do dano, ou indireta, quando se refere a terceiro, o qual, de uma forma ou de outra no ordenamento, está ligado ao ofensor”.

Código Civil, embora seja crescente o número de fenômenos regulados pela responsabilidade objetiva.

Nesse viés, Gagliano e Pamplona Filho (2014b, p. 57) ressaltam que o ordenamento jurídico pátrio deve conceber uma regra geral dual de responsabilidade civil, em que se tem a responsabilidade subjetiva como regra geral inquestionável, prevista no artigo 186 do Código Civil, coexistindo com a responsabilidade objetiva, especialmente em função da atividade de risco desenvolvida pelo autor do dano, por força do artigo 927, parágrafo único¹⁵, do mesmo diploma legal¹⁶.

Noutro giro, consoante Diniz (2014, p. 149), a responsabilidade civil poderá ser classificada ainda quanto ao seu fato gerador, podendo ser contratual (ou negocial) ou então extracontratual (ou aquiliana)¹⁷.

Conforme aduzem Gagliano e Pamplona Filho (2014b, p. 59),

quem infringe dever jurídico *lato sensu* fica obrigado a reparar o dano causado. Esse dever passível de violação, porém, pode ter como fonte tanto uma obrigação imposta por um dever geral do Direito ou pela própria lei quanto uma relação negocial preexistente, isto é, um dever oriundo de um contrato. O primeiro caso é conhecido como responsabilidade civil aquiliana, enquanto o segundo é a epigrafada responsabilidade civil contratual.

Assim, se o prejuízo decore da violação de um mandamento legal, em razão da conduta ilícita do agente infrator, a hipótese é de responsabilidade extracontratual; se, por outro lado, entre as partes envolvidas já existia um contrato que os vinculava, e o dano decorre do descumprimento de obrigação oriunda desse negócio jurídico, a responsabilidade será contratual (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014b, p. 58).

Ademais, conforme ressalta Venosa (2013, p. 24), há situações em que a existência de um contrato não fica muito clara, como, por exemplo, no caso de transporte gratuito e em algumas situações de responsabilidade médica. Contudo, o importante é ter em mente que o instituto da responsabilidade civil em geral compreende todas as regras segundo as quais o autor do dano fica obrigado a indenizar.

¹⁵ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

¹⁶ De acordo com Gonçalves (2014, p. 60), a tese da responsabilidade objetiva encontra-se contemplada em diversas leis esparsas, como, por exemplo, no Código de Defesa do Consumidor, na Lei de Acidentes de Trabalho etc.

¹⁷ Fábio Ulhoa Coelho (2010, p. 268) descarta a distinção tradicional da doutrina entre responsabilidade civil contratual e extracontratual, pois, segundo o doutrinador, “mesmo quando exista relação contratual entre credor e devedor da obrigação de indenizar, se esta é a própria prestação (e não um simples consectário), estamos diante de uma relação jurídica não negocial, cujo fundamento não é o negócio jurídico, mas ato ilícito ou fato jurídico”, razão pela qual considera a responsabilidade civil como espécie de obrigação não contratual.

De acordo com Diniz (2014, p. 149), “quando ocorre o inadimplemento do contrato, não é a obrigação contratual que movimenta a responsabilidade, uma vez que surge uma nova obrigação que substitui a preexistente no todo ou em parte: a obrigação de reparar o prejuízo consequente a inexecução da obrigação assumida”.

Por outro lado, a responsabilidade extracontratual, de acordo com Tartuce (2013, p. 310), decorre de uma lesão de direitos que ocorre alheia à esfera contratual, em que o agente desrespeita o direito alheio e as normas que regram a conduta, praticando um ato ilícito.

Nessa esteira, verifica-se que a fonte da responsabilidade extracontratual é, portanto, a lesão a um direito, sem que entre o ofensor e o ofendido preexista qualquer relação jurídica (DINIZ, 2014, p. 150).

2.2 Funções da responsabilidade civil

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2014b, p. 63), a responsabilidade civil apresenta três funções, quais sejam: compensatória do dano à vítima; punitiva do ofensor; e de desmotivação social da conduta lesiva.

Nesse viés, Diniz (2014, p 24) esclarece que

o princípio que domina a responsabilidade civil na era contemporânea é o da *restitutio in integrum*, ou seja, da reposição completa da vítima à situação anterior à lesão, por meio de uma reconstituição natural, de recurso a uma situação material correspondente ou de indenização que represente do modo mais exato possível o valor do prejuízo no momento de seu ressarcimento, respeitando, assim, sua dignidade¹⁸.

A função compensatória corresponde, portanto, ao escopo principal da reparação civil, que é exatamente o de retornar as coisas ao *status quo ante*, seja por meio da reposição do bem perdido diretamente ou, caso não seja possível, através do pagamento de um *quantum* indenizatório, em quantia correspondente ao valor do bem material, ou compensatório daquele direito não redutível pecuniariamente (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014b, p. 63).

Nesse viés, cumpre ainda mencionar o caráter sancionatório do instituto em comento, uma vez que, segundo as lições de Diniz (2014, p. 24), “a responsabilidade civil constitui uma sanção civil, por decorrer de infração de norma de direito privado, cujo objetivo é o interesse particular (...)”.

Assim, a função punitiva, que corresponde a uma função secundária, permite que a obrigação de reparar o dano imposta ao ofensor também gere um efeito sancionador, em razão

¹⁸ Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 14): “imperava neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior da lesão”.

da ausência de cautela na prática de seus atos, de modo a convencê-lo a não mais lesionar (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014b, p. 63).

Ademais, conforme aduz Coelho (2010, p. 285),

A função sancionatória é exclusiva da responsabilidade civil subjetiva, constituída em decorrência da prática de ato ilícito. No âmbito da responsabilidade civil objetiva, o devedor responde mesmo não tendo incorrido em nenhuma ilicitude. (...) Sua obrigação de indenizar não decorre de nenhuma conduta indesejável e, portanto, não tem sentido considerá-la uma pena¹⁹.

Por fim, no tocante à função socioeducativa da responsabilidade civil, verifica-se que, ao obrigar a reparação do dano causado, esta função busca tonar público que condutas como a praticada pelo ofensor não serão toleradas, de modo que a persuasão a não lesionar o direito de outrem não se limita à figura do agente, estendendo-se a toda a sociedade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014b, p. 63).

Nessa senda, Fernando Noronha (2010, p. 463) esclarece que, através da função preventiva (ou dissuasora), obriga-se o lesante a reparar o dano causado, coibindo, desse modo, a prática de outros atos danosos, não só pela mesma pessoa, mas também por quaisquer outras.

2.3 Elementos da Responsabilidade Civil

Consoante afirma Tartuce (2013, p. 343), não há unanimidade doutrinária em relação a quais sejam os pressupostos da responsabilidade civil.

Assim, utilizando-se do artigo 186 do Código Civilista, que traz a definição de ato ilícito e que corresponde ao fundamento da responsabilidade civil, Gagliano e Pamplona Filho (2014b, p. 68-69) afirmam ser possível extrair do referido dispositivo os pressupostos fundamentais do dever de indenizar, quais sejam: a conduta humana, o dano e o nexo de causalidade.

Desse modo, conforme observam os renomados civilistas, verifica-se que a culpa não é um elemento essencial da responsabilidade civil, uma vez que a responsabilidade objetiva prescinde desse elemento para sua configuração (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014b, p. 69).

¹⁹ Nesse sentido, Fernando Noronha (2010, p. 461-462) afirma que “quando a responsabilidade civil tem por fundamento uma conduta dolosa ou culposa (responsabilidade subjetiva), ainda se pode compreender que se fale na possibilidade de, através dela, se punir o responsável; todavia, quando se entra no domínio da responsabilidade objetiva, por definição independente de culpa, somente será possível falar de uma função sancionatória nos casos em que for possível incentivar as pessoas a adotar medidas de segurança preventivas, para evitar a ocorrência de danos”.

2.3.1 Conduta humana

Nas lições de Diniz (2014, p. 56), a ação, um dos elementos constitutivos da responsabilidade, corresponde ao “ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado”.

Destarte, Gagliano e Pamplona Filho (2014b, p. 73-74) esclarecem que o núcleo fundamental da noção de conduta humana reside na *voluntariedade*, resultante da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência dos seus atos. Essa voluntariedade a que se referem, essencial para compreensão de conduta humana, não significa necessariamente a intenção de causar o dano, mas sim, e tão somente, a consciência daquilo que se está fazendo.

Oportuno ressaltar ainda que, segundo os nobres doutrinadores, o aspecto voluntário da conduta humana não se limita apenas às situações de responsabilidade subjetiva (calcada na noção de culpa), mas também se faz presente nos casos de responsabilidade objetiva (baseada na ideia de risco), pois em ambas as hipóteses o agente causador do dano deve agir de acordo com a sua livre capacidade de autodeterminação, tendo consciência dos atos que se está praticando (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014b, p. 74).

Indo além, Coelho (2012, p. 320) afirma que, na responsabilidade civil, o ato humano deve ser voluntário, mas não necessariamente consciente, pois, segundo o ilustre doutrinador, há casos em que é cabível a responsabilização do agente mesmo nos casos de ter causado o dano de forma inconsciente, como na hipótese do motorista que provoca acidente por ter ultrapassado o limite de velocidade máxima para o local onde transitava na maioria das vezes.²⁰

Contudo, para Cavalieri Filho (2012, p. 30), não constituem conduta “os atos em que não intervém a menor parcela de vontade, os chamados atos reflexos (...). O mesmo ocorrerá no caso da coação física absoluta (irresistível), quando o ato não será do coato, mas de quem dele se serviu como instrumento”.

Ademais, conforme elucida Coelho (2012, p. 317), a conduta pode ser comissiva (um fazer), ocasião em que um movimento físico do ser humano desencadeia eventos que direta ou indiretamente geram danos, ou omissiva (um não fazer), quando a abstenção da prática de determinado ato é considerada a causa do prejuízo suportado pela vítima.

²⁰ Segundo Coelho (2012, p. 319-320), essa conduta corresponde a um ato automático e, portanto inconsciente. Ainda de acordo com o autor, atos automáticos são aqueles atos inconscientes, aprendidos com base na repetição.

Cavaliere Filho (2012, p. 25) esclarece que “a omissão adquire relevância jurídica, e torna o omitente responsável, quando este tem dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado”, de modo que esse dever pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente que, ao criar o risco da ocorrência do resultado, tem o dever de agir para impedi-lo.

Dessa forma, Gonçalves (2014, p. 71) preleciona que

Para que se configure a responsabilidade por omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado fato (de não se omitir) e que se demonstre que, com a sua prática, o dano poderia ter sido evitado. O dever jurídico de agir (de não se omitir) pode ser imposto por lei (dever de prestar socorro às vítimas de acidente imposto a todo condutor de veículo pelo art. 176, I, do Código de Trânsito Brasileiro) ou resultar de convenção (dever de guarda, de vigilância, de custódia) e até da criação de alguma situação especial de perigo.

Além disso, oportuno mencionar ainda que, consoante os ensinamentos de Venosa (2013, p. 24), para configuração da responsabilidade civil, o ato de vontade deve revestir-se de ilicitude, isto é, o agente atua voluntariamente de forma a transgredir um dever, uma norma jurídica.

Todavia, conforme observam Gagliano e Pamplona Filho (2014b, p. 79), em que pese prevalecer, como regra geral, a ideia de que a conduta humana deve ser ilícita para desencadear a responsabilização civil, oportuno ressaltar que “a imposição do dever de indenizar poderá existir mesmo quando o sujeito atua lícitamente”, isto é, poderá haver responsabilidade civil sem necessariamente uma conduta ilícita, por força de norma legal²¹.

Nesse sentido são os ensinamentos de Cavaliere Filho (2012, p. 19-20), ao afirmar que “nem sempre haverá coincidência entre o dano e a ilicitude”, posto que “poderá haver ilicitude sem dano (conduta culposa e até dolosa que não chega a causar prejuízo a outrem) e dano sem ilicitude”, como nos casos previstos no artigo 188 do Código Civil, que traz causas de exclusão da ilicitude.

Noutro giro, no tocante à responsabilidade subjetiva, faz-se presente ainda um outro elemento: a culpa.

Assim, Diniz (2014, p. 58) aduz que a culpa em sentido amplo, como violação de um dever jurídico, compreende o dolo, quando a conduta imputada ao agente for intencional, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imprudência, negligência ou imperícia, quando não há intenção de violar um dever.

²¹ Como ilustração de responsabilidade civil resultante de ato lícito, há aqueles por motivo de interesse público, como no caso de indenização devida por expropriação, e ainda aqueles por motivo de interesse privado, como na hipótese de ato praticado em estado de necessidade (GARCEZ NETO, 2000 *apud* GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014b, p. 79-80).

Nessa mesma linha de pensamento, Gagliano e Pamplona Filho (2014b, p. 191) prelecionam que

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

Nesse viés, de acordo com Cavalieri Filho (2012, p. 32-33), considera-se como dolo “a vontade conscientemente dirigida à produção de um resultado ilícito. É a infração do dever preexistente, ou o propósito de causar dano a outrem”. A culpa em sentido estrito, por outro lado, pode ser considerada como “a conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível”.

Ademais, por dever objetivo de cuidado, entende-se como a cautela, a atenção ou a diligência que o homem deve apresentar ao praticar atos da vida, para que, desse modo, sua conduta não resulte em lesão a bens jurídicos alheios (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 33).

Por fim, oportuno mencionar ainda as formas pelas quais a culpa (em sentido estrito) se manifesta, quais sejam, imperícia, negligência e imprudência.

Assim, Diniz (2014, p. 58-59) elucida que a imperícia corresponde à falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato, enquanto que a negligência diz respeito à inobservância do dever de cuidado, deixando de agir conforme as normas determinam, e por fim há ainda a imprudência, que se refere ao ato de proceder sem a devida cautela.

2.3.2 Dano

Seja qual for a espécie de responsabilidade, subjetiva ou objetiva, contratual ou extracontratual, o dano representa requisito indispensável para configuração da responsabilidade civil (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014b, p. 82).

Isso porque, conforme aponta Diniz (2014, p. 77), a responsabilidade civil resulta na obrigação de ressarcir, que, por óbvio, não será possível se não houver dano a ser reparado.

Consoante Gagliano e Pamplona Filho (2014b, p. 83), o dano pode ser definido como sendo “a lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não –, causado por ação ou omissão do sujeito infrator”.

Nesse diapasão, verifica-se que o prejuízo indenizável poderá decorrer não apenas da violação do patrimônio, economicamente mensurável, mas também da lesão de direitos personalíssimos, sem expressão pecuniária essencial (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014b, p. 83).

Nesse viés, verifica-se, tradicionalmente, que o dano costuma ser classificado pela doutrina em patrimonial e moral²².

Desse modo, conforme os ensinamentos de Diniz (2014, p. 84), o dano patrimonial ou material “vem a ser a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio²³ da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável.

Nessa mesma linha de pensamento, Cavalieri Filho (2012, p. 78) afirma que o dano material “é suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado, senão diretamente – mediante restauração natural ou reconstituição específica da situação anterior à lesão –, pelo menos indiretamente – por meio de equivalente ou indenização pecuniária”.

Ademais, o dano material pode ser analisado sob dois aspectos, quais sejam, o dano emergente, relativo ao efetivo prejuízo experimentado pela vítima, e os lucros cessantes, que se referem àquilo que a vítima deixou razoavelmente de lucrar em virtude do dano (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014b, p. 87).

Assim, consoante as lições de Diniz (2014, p. 86), o dano emergente “consiste num *déficit* real e efetivo no patrimônio do lesado, isto é, numa concreta diminuição em sua fortuna”, enquanto que o lucro cessante diz respeito ao lucro que o lesado deixou de auferir em razão do prejuízo que lhe foi causado.

No tocante ao dano moral, trata-se, segundo as lições de Gagliano e Pamplona Filho (2014b, p. 89), do prejuízo ou lesão de direitos, “cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro, como é o caso dos direitos da personalidade”.

De acordo com Venosa (2013, p. 47), o dano moral corresponde ao prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima, de forma a atingir os direitos da personalidade, tornando-se tarefa difícil estabelecer a justa recompensa pelo dano.

Nessa senda, conforme ressalta Cavalieri Filho (2012, p. 88),

A par dos direitos patrimoniais, que se traduzem em uma expressão econômica, o homem é ainda titular de relações jurídicas que, embora despidas de expressão pecuniária intrínseca, representam para o seu titular um valor maior, por serem atinentes à própria natureza humana. São os direitos da personalidade, que ocupam posição supraestatal, dos quais são titulares todos os seres humanos a partir do nascimento com vida (Código Civil, arts. 1º e 2º). São direitos inatos, reconhecidos pela ordem jurídica e não outorgados, atributos inerentes à personalidade, tais como o direito à vida, à liberdade, à saúde, à honra, ao nome, à imagem, à intimidade, à privacidade, enfim, à própria dignidade da pessoa humana.

²² Oportuno ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça considerou ainda uma outra modalidade autônoma de dano, qual seja, o dano estético, editando inclusive súmula a respeito da matéria (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014b, p. 90).

²³ Segundo Diniz (2014, p. 84), patrimônio pode ser considerado como “a totalidade dos bens economicamente úteis que se encontram dentro do poder de disposição de uma pessoa”.

Oportuno ressaltar, desse modo, que no caso de reparação pecuniária devida à título de dano moral, não se trata de convencionar um preço à dor sofrida pela vítima, mas apenas que se lhe outorgue um meio de atenuar, em parte, as consequências do prejuízo (DINIZ, 2014, p. 77-78).

Ademais, verifica-se que o dano moral não está necessariamente ligado a alguma reação psíquica da vítima, que poderá apresentar ou não dor, sofrimento no caso de ofensa à sua dignidade (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 89).

Nesse contexto, Diniz (2014, p. 111) traz à tona o Enunciado n. 444 da V Jornada de Direito Civil, segundo o qual “o dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento”.

No tocante a comprovação da ocorrência de dano moral, para Cavalieri Filho (2012, p. 97)

(...) o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum²⁴.

Nesse diapasão, Venosa (2013, p. 50) afirma que no âmbito do dano moral, não há como, em regra geral, “avaliar por testemunhas ou mensurar em perícia a dor pela morte, pela agressão moral, pelo desconforto anormal ou pelo desprestígio social”, devendo, o juiz, valer-se de máximas da experiência.

Assim, consoante Gagliano e Pamplona Filho (2014b, p. 85), verifica-se que, na seara dos danos morais, não é a dor que deve ser provada, mas a violação a um direito da personalidade.

Ademais, outra diferenciação entre as duas modalidades de dano consiste na forma de reparação.

Destarte, no dano patrimonial a reparação pode ser feita por meio da reposição natural, quando o bem é restituído ao estado em que se encontrava antes do dano, enquanto que no dano moral a reparação consiste no “pagamento de uma soma pecuniária, arbitrada judicialmente, com o objetivo de possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória pelo dano

²⁴ Oportuno ressaltar que o autor lembra que esse pensamento não se aplica a qualquer ato ilícito. Assim, “para se presumir o dano moral pela simples comprovação do fato, esse fato tem que ter a capacidade de causar dano, o que se apura por um juízo de experiência” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 97).

sofrido, atenuando, em parte, as consequências da lesão”²⁵ (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014b, p. 97).

Nesse contexto, Gonçalves (2014, p. 486) ressalta que alguns doutrinadores costumam diferenciar as expressões “ressarcimento”, “reparação” e “indenização”. Desse modo, segundo o ilustre civilista,

Ressarcimento é o pagamento de todo prejuízo material sofrido, abrangendo o dano emergente e os lucros cessantes, o principal e os acréscimos que lhe adviriam com o tempo e com o emprego da coisa. *Reparação* é a compensação pelo dano moral, a fim de minorar a dor sofrida pela vítima. E a *indenização* é reservada para a compensação do dano decorrente de ato ilícito do Estado, lesivo ao particular, como ocorre nas desapropriações. A Constituição Federal, contudo, usou-a como gênero, do qual o ressarcimento e a reparação são espécies, ao assegurar, no art. 5º, V e X, indenização por dano material e moral.

Por fim, oportuno ressaltar ainda a problemática da quantificação do dano moral, haja vista a inexistência de parâmetros seguros para a sua estimação (GONÇALVES; 2014, p. 515).

Sobre o tema, Diniz (2014, p. 119) observa que “na reparação do dano moral o juiz determina, por equidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o *quantum*²⁶ da indenização devida, que deverá corresponder à lesão e não ser equivalente, por ser impossível tal equivalência”.

Desse modo, consoante a ilustre civilista, na quantificação do dano moral, o arbitramento do valor deverá atender ao princípio da razoabilidade, assim como deverá ser feito com bom-senso e moderação, sendo proporcional ao grau de culpa (no caso da responsabilidade subjetiva), à gravidade da lesão, ao nível socioeconômico do lesante, bem como à realidade da vida e às particularidades do caso em exame (DINIZ, 2014, p. 124).

2.3.3 Nexos de Causalidade

Conforme Gagliano e Pamplona Filho (2014b, p. 146), o nexo de causalidade corresponde ao liame que une a conduta do agente, positiva ou negativa, ao dano.

Assim, diversas teorias buscam explicar o nexo de causalidade, dentre as quais destacam-se a teoria da equivalência de condições, a teoria da causalidade adequada e a teoria da causalidade direta ou imediata (interrupção do nexo causal).

²⁵ Consoante Gonçalves (2024, p. 505), “tem-se entendido, hoje, que a indenização por dano moral representa uma compensação, ainda que pequena, pela tristeza infligida injustamente a outrem”.

²⁶ Dispõe o Enunciado n. 550, aprovado na VI Jornada de Direito Civil, que “a quantificação da reparação por danos extrapatrimoniais não deve estar sujeita a tabelamento ou a valores fixos”.

A priori, em relação à teoria da equivalência das condições, verifica-se que esta teoria não diferencia os antecedentes do resultado danoso, de modo que tudo o que concorra para o evento será considerado causa, isto é, considera-se como elemento causal todo antecedente que tenha participado da cadeia de fatos que ocasionaram o dano (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014b, p. 147-148).

Contudo, conforme afirma Venosa (2013, p. 54), “o inconveniente que se aponta para essa teoria é a possibilidade de inserir estranhos no curso do nexos causal, permitindo uma linha regressiva quase infinita”.

Por outro lado, pela teoria da causalidade adequada, segundo Gonçalves (2014, p. 479), “somente considera como causadora do dano a condição por si só apta a produzi-lo”.

Nesse diapasão, ao versar sobre essa teoria, Cavalieri Filho (2012, p. 51) esclarece que, “causa, para ela, é o antecedente não só necessário mas, também, adequado à produção do resultado. Logo, se várias condições concorrerem para determinado resultado, nem todas serão causas, mas somente aquela que for a mais adequada à produção do evento”.

Por essa teoria, considera-se como causa, assim, o antecedente necessário que ocasionou o dano, motivo pelo qual nem todos os antecedentes poderão ser levados à conta do nexos causal, cabendo ao juiz fazer um juízo de probabilidades, o que nem sempre levará a um resultado satisfatório (VENOSA, 2013, p. 55).

Nessa esteira, Cavalieri Filho (2012, p. 51) ressalta que a principal dificuldade encontrada, ao adotar essa teoria, é que não há como estabelecer, dentre várias condições, qual é aquela mais adequada, mais determinante para a ocorrência do resultado, de sorte que cada caso deverá ser analisado se atentando para a realidade fática, com bom senso e ponderação. Assim, “causa adequada será aquela que, de acordo com o curso normal das coisas e a experiência comum da vida, se revelar a mais idônea para gerar o evento”.

Para a teoria da causalidade direta ou imediata, por fim, causa “seria apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessidade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014b, p. 151).

Verifica-se, desse modo, que essa teoria considera como causa apenas o evento que se vincula diretamente ao dano, sem a interferência de outra condição sucessiva (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 54).

Para Gagliano e Pamplona Filho (2014b, p. 154), o Código Civil adotou esta última teoria, com base na análise do artigo 403²⁷ do referido diploma legal, embora os renomados doutrinadores reconheçam que respeitável parcela da doutrina e a própria jurisprudência acolhem a teoria da causalidade adequada.

Ademais, consoante as lições de Rui Stoco (2004 *apud* VENOSA, 2013, p. 55), tendo em vista que a questão apresentar-se-á perante o juiz, que analisará o caso concreto, estabelecendo se houve violação do direito alheio, com resultado danoso, e se existe um nexo causal entre o comportamento do agente e o dano verificado, não há maiores repercussões, na prática, sobre qual a teoria deve ser adotada.

2.4 Responsabilidade Civil no Direito de Família

Conforme as lições de Dias (2013, p. 123-124), verifica-se atualmente uma forte tendência de ampliar o instituto da responsabilidade civil, deslocando seu eixo do elemento do fato ilícito e preocupando-se, cada vez mais, com a reparação do dano injusto.

Nesse viés, para a nobre doutrinadora, “essa tendência acabou se alastrando até as relações familiares, na tentativa de migrar a responsabilidade decorrente da manifestação de vontade para os vínculos afetivos” (DIAS, 2013, p. 124).

Assim, no que diz respeito à incidência do instituto da responsabilidade civil no âmbito da família, Venosa (2013, p. 298) destaca que apenas recentemente a doutrina despertou interesse por aquelas situações que podem gerar a obrigação de indenizar entre membros da entidade familiar.

Destarte, de acordo com o douto civilista,

Em sede da família, em síntese, busca-se a tutela da personalidade e, conseqüentemente, da dignidade humana. (...) É fato que a responsabilidade aquiliana, e especificamente o dever de indenizar no direito contemporâneo, deixou de representar apenas uma reposição patrimonial de prejuízo ou uma jurisprudência dirigida a esse sentido, deslocando-se para um campo cada vez mais axiológico ou de valores existenciais que se traduzem, no seu cerne, na possibilidade de indenização do dano exclusivamente moral (VENOSA, 2013, p. 298).

Além do mais, conforme observa Silvio Neves Baptista (2010, p. 371), consiste em tarefa árdua o estudo do dano no Direito de Família, pois “suas normas e princípios jurídicos, salvo em casos excepcionais (como no descumprimento do dever alimentar, p. ex.), não conseguem penetrar no interior da família para determinar a sua execução específica”.

²⁷ “Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

Desse modo, o nobre doutrinador aduz que

O disciplinamento interno da família é ordenado pelos seus próprios membros, impedindo que terceiros, inclusive o Estado, intervenham nos assuntos domésticos. Nos países civilizados, não há lei alguma que disponha sobre a maneira como os direitos devem ser exercitados, ou como os deveres devem ser cumpridos no interior de uma família. A lei enumera expressamente os direitos e deveres dos cônjuges e conviventes, os dos pais em relação aos filhos. Diz, por exemplo, que aos pais compete dirigir a criação e educação dos filhos, mas não diz, nem poderia dizer, como devem criar ou educá-los; fala no dever de companhia e guarda, mas não descreve a modalidade de exercício (BAPTISTA, 2010, p. 372).

Para Farias e Rosenvald (2010, p. 87), não há controvérsias acerca da possibilidade de caracterização do ato ilícito nas relações familiares, sendo certa, portanto, a incidência da responsabilidade civil no Direito de Família, com o consequente dever de reparar os danos.

Contudo, segundo os renomados autores, dúvidas existem em relação ao alcance da ilicitude nas relações familiares, isto é, muito se discute na doutrina se a violação de algum dever específico de Direito de Família, por si só, seria suficiente para justificar a incidência da responsabilidade civil. Observa-se, assim, que

Em uma margem, encontram-se os adeptos de uma ampla caracterização da ilicitude nas relações familiares, admitindo uma ampliação da responsabilização civil no âmbito interior da família. Sustentam este que a indenização seria devida tanto nos casos gerais de ilicitude (tomando como modelo os arts. 186 e 187 do Código Civil), como em casos específicos, decorrentes da violação de deveres familiares em concreto. (...)

Noutra banda, há parcela, não menos significativa, de juristas que aceitam a aplicação da responsabilidade civil no Direito de Família tão somente nos casos em que se caracterizar um ato ilícito, conforme a previsão legal genérica. Ou seja, entendem que a responsabilidade civil no seio familiar estaria associada, necessariamente, ao conceito geral de ilicitude (arts. 186 e 187, CC) (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 88)²⁸.

Por fim, questão relevante dentro dessa temática se refere às situações de responsabilização do genitor por abandono afetivo do filho menor, assunto que corresponde ao objeto de estudo do presente trabalho e que passar-se-á a desenvolver no item a seguir.

²⁸ Verifica-se assim, que Farias e Rosenvald (2010, p. 89) filiam-se ao segundo o entendimento, pois, para eles, “a aplicação das regras de responsabilidade civil na seara familiar, portanto, dependerá da ocorrência de um ato ilícito, devidamente comprovado. A simples violação de um dever decorrente de norma de família não é idônea, por si só, para a reparação de um eventual dano”.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO NA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL

Conforme se analisou linhas acima, a família passou por um intenso processo de transformação, sobretudo no último século e após o advento da Constituição Republicana de 1988, que atribuiu à entidade familiar especial atenção, como se vê dos artigos 226 e seguintes do texto constitucional, que disciplinam a matéria.

Assim, sobre essas mudanças em relação à família, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (2010, p. 68) observa que

Família não é somente uma instituição decorrente do matrimônio nem tampouco se limita a uma função meramente econômica, política ou religiosa. Com a repersonalização da família, é adequado concluir-se que a célula *mater* da sociedade, modernamente, passou a significar o ambiente de desenvolvimento da personalidade e da promoção da dignidade de seus membros, sejam adultos ou infantes, o qual pode apresentar uma pluralidade de formas decorrentes das variadas origens e que possui como elemento nuclear o afeto.

Diante desse novo contexto familiar, o Estatuto da Criança e do Adolescente, ajustando-se a esses novos valores contemplados pela Carta Maior, sobretudo no que se refere aos princípios constitucionais, alterou sua redação, no ano de 2009, passando a enumerar diversos princípios relacionados aos direitos de crianças e adolescentes, dentre os quais destacam-se o princípio da responsabilidade parental e o princípio da prevalência da família,²⁹ por estarem relacionados diretamente à importância do papel da família na formação dos filhos menores (MACIEL, 2010, p. 70).

Sobre os referidos princípios, Eduardo Rezende de Melo (2010, p. 429-430) afirma que “toda intervenção deve ser efetuada para a promoção da família no cumprimento de seus deveres para com a criança e o adolescente”, de modo que os pais assumam suas obrigações com os filhos, bem como se promova a manutenção da criança e do adolescente no seio da família natural, em cumprimento a um direito dos próprios menores.

Nesse diapasão, verifica-se que toda pessoa tem o direito fundamental de viver junto à sua família de origem, inserida em um ambiente de afeto e cuidado mútuos, sendo um

²⁹ “ECA. Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

(...)

IX - *responsabilidade parental*: a intervenção deve ser efetuada de modo que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o adolescente;

X - *prevalência da família*: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isto não for possível, que promovam a sua integração em família substituta”.

direito vital quando se tratar de pessoa em formação, como é o caso da população infanto-juvenil (MACIEL, 2010, p. 75).

Assim, o direito à convivência familiar encontra-se expressamente assegurado pela Constituição pátria³⁰ e reproduzido na legislação infraconstitucional³¹, configurando-se como princípio orientador a ser aplicado nas relações familiares, conforme já apontado linhas acima (*vide item 1.3.5*).

Para Válter Kenji Ishida (2010, p. 28), a convivência familiar pode ser concebida atualmente “como o direito fundamental da criança e adolescente a viver junto à sua família natural ou subsidiariamente à sua família extensa”, sendo família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus ascendentes e família extensa o grupo maior, formado também por parentes com quem a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade (art. 25, *caput* e parágrafo único, do ECA).

Consoante ressalta Maciel (2010, p. 76), a convivência em família deve representar, na prática, “um porto seguro para a integridade física e emocional de toda criança e de todo adolescente”, que contará com um núcleo de amor, respeito e proteção.

Oportuno observar, portanto, que a família e, em especial, os pais possuem extrema relevância na formação dos filhos, sendo muitas vezes determinantes para o seu desenvolvimento sadio e equilibrado.

Nessa linha de pensamento, Maria do Rosário Leite Cintra (2010, p. 110) esclarece que “a família é o lugar normal e natural de se efetuar a educação, de se aprender o uso adequado da liberdade, e onde há a iniciação gradativa no mundo do trabalho. É onde o ser humano em desenvolvimento se sente protegido e de onde ele é lançado para a sociedade e para o universo”.

Sobre o assunto, cabe mencionar ainda o que diz o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e

³⁰ “CF. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (grifou-se).

³¹ “ECA. Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;

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

Comunitária³² (CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE; CONSELHO NACIONAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL, 2006, p. 27) sobre a importância da família no desenvolvimento dos jovens:

Desde o seu nascimento, a família é o principal núcleo de socialização da criança. Dada a sua situação de vulnerabilidade e imaturidade, seus primeiros anos de vida são marcados pela dependência do ambiente e daqueles que dela cuidam. A relação com seus pais, ou substitutos, é fundamental para sua constituição como sujeito, desenvolvimento afetivo e aquisições próprias a esta faixa etária. A relação afetiva estabelecida com a criança e os cuidados que ela recebe na família e na rede de serviços, sobretudo nos primeiros anos de vida, têm consequências importantes sobre sua condição de saúde e desenvolvimento físico e psicológico.

Independentemente de sua orientação teórica, especialistas em desenvolvimento humano são unânimes em destacar a importância fundamental dos primeiros anos de vida, concordando que o desenvolvimento satisfatório nesta etapa aumenta as possibilidades dos indivíduos de enfrentarem e superarem condições adversas no futuro, o que se denominou resiliência. A segurança e o afeto sentidos nos cuidados dispensados, inclusive pelo acesso social aos serviços, bem como pelas primeiras relações afetivas, contribuirão para a capacidade da criança de construir novos vínculos; para o sentimento de segurança e confiança em si mesma, em relação ao outro e ao meio; desenvolvimento da autonomia e da auto-estima; aquisição de controle de impulsos; e capacidade para tolerar frustrações e angústias, dentre outros aspectos.

Nos primeiros anos de vida, a criança faz aquisições importantes, desenvolvendo comportamentos dos mais simples aos mais complexos – diferenciação e construção de seu “eu”, desenvolvimento da autonomia, da socialização, da coordenação motora, linguagem, afeto, pensamento e cognição, dentre outros. Sua capacidade de explorar e relacionar-se com o ambiente será gradativamente ampliada. A interação com adultos e outras crianças e o brincar contribuirão para o processo de socialização, ajudando-a a perceber os papéis familiares e sociais e as diferenças de gênero, a compreender e aceitar regras, a controlar sua agressividade, a discernir entre fantasia e realidade, a cooperar, a competir e a compartilhar, dentre outras habilidades importantes para o convívio social.

Desse modo, a família tem papel essencial junto ao desenvolvimento da socialização da criança pequena: é ela quem mediará sua relação com o mundo e poderá auxiliá-la a respeitar e introjetar regras, limites e proibições necessárias à vida em sociedade. O modo como os pais e/ou os cuidadores reagirão aos novos comportamentos apresentados pela criança nesse “treino socializador”, em direção à autonomia e à independência, influenciará o desenvolvimento de seu autoconceito, da sua autoconfiança, da sua auto-estima, e, de maneira global, a sua personalidade.

Por essa razão, Cintra (2010, p. 110) defende que “o ideal é que os filhos sejam planejados e desejados por seus pais e que estes possam garantir-lhes a sobrevivência nas condições adequadas. É fundamental, pois, que os adultos que geraram a criança a assumam e adotem”.

Assim, para a adequada proteção dos filhos menores, a fim de garantir-lhes um desenvolvimento saudável e equilibrado, a legislação pátria atribui aos genitores um conjunto de direitos e obrigações pessoais e patrimoniais em relação à prole, o qual se denomina poder

³² O referido plano visa a formulação de políticas públicas que assegurem a garantia de direitos de crianças e adolescentes, por meio da recuperação do ambiente familiar, bem como evitando o afastamento do convívio familiar (MACIEL, 2010, p. 76).

familiar, que deverá ser exercido de acordo com o melhor interesse dos filhos (MACIEL, 2010, p. 82).

3. 1 O exercício do poder familiar

Conforme elucidam Gagliano e Pamplona Filho (2014a, p. 668), o poder familiar pode ser compreendido como um complexo “de direitos e obrigações reconhecidos aos pais, em razão e nos limites da autoridade parental que exercem em face dos seus filhos, enquanto menores e incapazes”.

Indo além, Tartuce (2014, p. 584) define o poder familiar como sendo a autoridade exercida pelos genitores em relação aos filhos, concebido “dentro da ideia de família democrática, do regime de colaboração familiar e de relações baseadas, sobretudo, no afeto”.

Ademais, conforme esclarece Gonçalves (2011, p. 413), o poder familiar se configura como um instituto de caráter eminentemente protetivo, que transcende o âmbito do direito privado, alcançando a esfera do direito público, como se verifica a partir do seguinte trecho:

(...) o poder familiar nada mais é do que um *mínus*³³ público, imposto pelo Estado aos pais, a fim de que zelem pelo futuro de seus filhos. Em outras palavras, o poder familiar é instituído nos interesses do filho e da família, não em proveito dos genitores, em atenção ao princípio da paternidade responsável insculpido no art. 226, § 7º, da Constituição Federal.

Essa potestade parental, para Maria Helena Diniz (2010, p. 564), deve ser exercida, “em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho”.

Nesse ponto, Lôbo (2011, p. 301) ressalta que “ainda que a guarda esteja sob a detenção de um, o poder familiar continua sob a titularidade de ambos os pais. O que não detém a guarda tem direito não apenas a visita ao filho, mas a compartilhar das decisões fundamentais que lhe dizem respeito”.

Cabe frisar ainda, de acordo com Dias (2013, p. 469), que a convivência dos filhos com os pais se trata, na realidade, de um dever, e não de um direito. Desse modo, fala-se na obrigação de convivência dos genitores com a prole, e não apenas no direito de visitá-los.

Assim, o filho deve ter assegurado o direito à convivência com o pai ou mãe que não seja seu guardião, sendo uma garantia do infante ter a companhia de ambos os genitores,

³³ “Múnus: encargo legalmente atribuído a alguém, em virtude de certas circunstâncias, a que não se pode fugir” (DIAS, 2013, p. 435).

de modo que o direito de quem detém a guarda não exclui o direito do outro em relação às visitas³⁴ (LÔBO, 2011, p. 301-302).

Nesse viés, Maciel (2010, p. 105) destaca que a ruptura da sociedade conjugal ou da união estável cria uma nova estrutura, de modo que a responsabilidade parental se concentra, na maior parte das vezes, em um só dos genitores, restando ao outro um papel secundário. Assim, o direito de visita corresponde a uma oportunidade de convivência entre o filho e o não-guardião.

Segundo Dias (2013, p. 460), o direito de convivência corresponde a um direito da personalidade, “na categoria de direito à liberdade, pelo qual o indivíduo, no seu exercício, recebe as pessoas com quem quer conviver”, evidenciando a necessidade de cultivar o afeto.

Importante notar, como bem ressalta a ilustre doutrinadora, que o poder familiar não implica em deveres ao pais somente no campo material, mas, sobretudo, no campo existencial, devendo os genitores satisfazer outras necessidades dos filhos, principalmente de índole afetiva (DIAS, 2013, p. 436).

Nessa esteira, Maciel (2010, p. 119) afirma que a assistência imaterial, concernente ao afeto, ao amor, “traduz-se no apoio, no cuidado, na participação na vida do filho e no respeito por seus direitos de personalidade como o direito de conviver no âmbito da família”.

Verifica-se, portanto, que a assistência emocional se constitui também em obrigação legal dos pais, conforme se depreende de uma interpretação extensiva do artigo 229 da CF, que impõe aos genitores o dever de assistir os filhos menores, não apenas no que diz respeito ao sustento, mas também à assistência imaterial (MACIEL, 2010, p. 119).

Desse modo, Cintra (2010, p. 110) aponta que “não basta pôr um ser biológico no mundo, é fundamental complementar a sua criação com a ambiência, o aconchego, o carinho e o afeto indispensáveis ao ser humano, sem o que qualquer alimentação, medicamento ou cuidado se torna ineficaz”.

Ademais, o artigo 1.634 do Código Civil traz aos genitores algumas atribuições em relação aos filhos menores, que deverão ser observadas no exercício do poder familiar:

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

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

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

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

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

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

³⁴ Segundo Maciel (2010, p. 95), “há que se fazer a distinção entre guarda e companhia. Enquanto a guarda é um direito/dever, a companhia diz respeito ao direito de estar junto, convivendo com o filho, mesmo sem estar exercendo a guarda”.

- VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Em relação a essas atribuições, Gonçalves (2011, p. 431) oportunamente elucida que

Os deveres inerentes aos pais não são apenas os expressamente elencados no Código Civil, mas também os que se acham esparsos na legislação, especialmente no Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 7º a 24) e na Constituição Federal (art. 227), tais como os que dizem respeito ao sustento, guarda e educação dos filhos, os que visam assegurar aos filhos o direito à vida, saúde, lazer, profissionalização, dignidade, respeito, liberdade, convivência familiar e comunitária, bem como os que visam impedir que sejam submetidos a discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Ademais, ainda sobre o rol de “competências” contemplado pelo diploma civilista, Dias (2013, p. 440) observa que, apesar da extensão, não consta talvez o mais importante dever dos genitores com relação aos filhos, que é o dever de lhes dar amor, afeto e carinho.

Prossegue a renomada civilista esclarecendo que

A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a encargos de natureza patrimonial. A essência existencial do poder familiar é a mais importante, que coloca em relevo a **afetividade responsável** que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar (DIAS, 2013, p. 440).

Além dos deveres estabelecidos em relação à pessoa dos filhos, o poder familiar confere aos genitores atribuições também de ordem patrimonial, sobretudo no que diz respeito à administração e ao usufruto dos bens dos filhos menores, conforme preceitua o artigo 1.689 da Lei Civil (GONÇALVES, 2011, p. 423).

Noutro giro, Dias (2013, p. 444) assevera que, quando um ou ambos os pais deixam de cumprir com os deveres decorrentes da autoridade parental, apresentando um comportamento prejudicial em relação ao filho, o Estado deverá intervir, podendo suspender ou até mesmo destituir o poder familiar.

Conforme preleciona Lôbo (2011, p. 305), a extinção é a interrupção definitiva do poder familiar, de modo que “as hipóteses legais (art. 1.635 do Código Civil) são exclusivas, não se admitindo outras, porque implicam restrição de direitos fundamentais: morte dos pais ou do filho, emancipação do filho, maioridade, adoção e perda do poder familiar”.

A extinção por perda do poder familiar, decretada judicialmente, poderá ocorrer caso reste configurada uma das hipóteses enumeradas no art. 1.638 como causas de perda ou

destituição, quais sejam: “a) castigo imoderado do filho; b) abandono do filho; c) prática de atos contrários à moral e aos bons costumes; d) reiteração de faltas aos deveres inerentes ao poder familiar” (GONÇALVES, 2011, p. 428).

No tocante à suspensão do poder familiar, Diniz (2010, p. 576) esclarece que, com essa medida, o exercício da potestade parental é temporariamente obstado, em virtude de uma conduta prejudicial do pai ou da mãe em relação ao filho.

Dessa maneira, o poder familiar poderá ser suspenso: “a) pelo descumprimento dos deveres inerentes aos pais; b) pelo fato de arruinarem os bens dos filhos; e c) por colocarem em risco a segurança destes”, ou ainda caso o genitor seja condenado por sentença irrecorrível, por crime cuja pena exceda a dois anos de prisão (GONÇALVES, 2011, p. 431).

Diante do exposto, conforme ressalta Tartuce (2014, p. 584), verifica-se que as atribuições previstas na legislação para o exercício do poder familiar devem ser consideradas como verdadeiros deveres legais dos genitores em relação aos filhos, motivo pelo qual a violação desse dever poderá ensejar a responsabilidade civil da autoridade parental por ato ilícito, nos termos do artigo 186 do Código Civil.

Assim, conforme ressalta Diniz (2010, p. 578), na hipótese de abandono³⁵ material e/ou moral do filho, ficando privado da convivência familiar, além de destituídos do poder familiar, os pais poderão ser responsabilizados civilmente pelos danos morais sofridos pela prole com o abandono afetivo.

Nesse sentido são os ensinamentos de Monteiro e Silva (2012, p. 602), segundo os quais “se os deveres inerentes ao poder familiar são descumpridos com danos aos filhos, além da suspensão e destituição do poder familiar, antes analisadas, é perfeitamente adequada a aplicação dos princípios da responsabilidade civil, com a condenação do genitor na reparação cabível”, sendo possível, inclusive, a cumulação dos pedidos de suspensão ou destituição com o pedido indenizatório³⁶.

³⁵ Nesse ponto, contudo, Lôbo (2011, p. 309) ressalta que “o abandono do filho pode ocorrer em várias circunstâncias, com intencionalidade ou não. Não se pode julgar todas sob o mesmo estalão. O abandono do filho, movido por dificuldades financeiras ou por razão de saúde, deve ter como solução preferencial a suspensão ou guarda, quando fortes forem as possibilidades de retorno do filho aos pais ou a um deles que o abandonou. A privação do exercício do poder familiar deve ser encarada de modo excepcional, quando não houver qualquer possibilidade de recomposição da unidade familiar, o que recomenda estudo psicossocial”.

³⁶ Compartilhando do mesmo entendimento, Maciel (2010, p. 120) afirma que “a desassistência imaterial ou material deve ser sempre desmotivada através de sanções. A ausência de afeto dos pais para com os filhos, caracterizada por um abandono prolongado, ou mesmo pela omissão periódica no dever de visitá-los, pode ser motivo de indenização por dano moral, cumulada ou não com a ação de suspensão ou destituição do poder familiar (art. 292, § 1º, incisos I, II e III, do CPC)”.

Desse modo, o direito de convivência dos filhos com os pais, que, por conseguinte, implica no dever dos genitores de ter a prole sob sua companhia, corresponde ao fundamento da responsabilidade civil por abandono afetivo, uma vez que a companhia inclui o afeto (TARTUCE, 2014, p. 583).

3.2 O afeto como valor jurídico tutelável nas relações familiares

De acordo com Sérgio Resende de Barros (2002b), “o direito ao afeto é a liberdade de afeiçoar-se um indivíduo a outro. O afeto ou afeição constitui, pois, um direito individual: uma liberdade, que o Estado deve assegurar a cada indivíduo”.

Indo além, o renomado autor afirma que o direito ao amor é a máxima expressão do direito ao afeto, de modo que

O amor é a substância e a culminância do afeto. Não se desenvolve um sem o outro. O mais puro afeto é o amor. O amor faz do indivíduo um ser humano. Identifica os entes humanos, uns com os outros, tão fortemente, que gera em todos nós a solidariedade humana, que é a única força capaz de construir – dignamente – a humanidade em toda a humanidade, a partir de seu grupo inicial: a família (BARROS, 2003).

Contudo, Tartuce (2012, p. 28) adverte que “*afeto não se confunde necessariamente com o amor*. Afeto quer dizer interação ou ligação entre pessoas, podendo ter carga positiva ou negativa. O afeto positivo, por excelência, é o amor; o negativo é o ódio. Obviamente, ambas as *cargas* estão presentes nas relações familiares”.

Assim, verifica-se que o direito ao afeto tem como objeto um sentimento que permite o agrupamento humano por laços mais fortes que uma simples conjunção de interesses, conferindo, desse modo, consistência aos demais direitos humanos de família (BARROS, 2003).

Conforme as lições de Barros (2003),

desde sua origem, a família é recoberta com um manto de ternura e carinho, de dedicação e empenho, mas também de responsabilidade para com quem se cativa. Esse manto protetor é o afeto, ao qual o direito deve dedicar especial atenção, sob pena de pôr em risco a própria garantia jurídica da família. Isso porque o direito ao afeto é o mais imprescindível à saúde física e psíquica, à estabilidade econômica e social, ao desenvolvimento material e cultural de qualquer entidade familiar.

Segundo Farias e Rosenvald (2010, p. 84), o afeto pode ser compreendido, no âmbito do Direito de Família, como a confiança existente nas relações familiares, de modo que a família deverá promover o desenvolvimento da personalidade de cada um de seus membros, assegurando, dessa forma a dignidade de todos.

Nesse diapasão, o afeto familiar pode ser considerado como aquele “afeto que enlaça e comunica as pessoas, mesmo quando estejam distantes no tempo e no espaço, por uma solidariedade íntima e fundamental de suas vidas – de vivência, convivência e sobrevivência (...)” (BARROS, 2002a).

Assim, de acordo com Rolf Madaleno (201?), “os filhos têm o direito à convivência com os pais e têm a necessidade inata do afeto do seu pai e da sua mãe, porque cada genitor tem uma função específica no desenvolvimento da estrutura psíquica da prole”.

Consoante as lições de Tartuce (2012, p. 28), “tornou-se comum, na doutrina contemporânea, afirmar que o afeto tem valor jurídico ou, mais do que isso, foi alçado à condição de verdadeiro princípio geral”, conforme já analisado linhas acima (*vide item 1.3.3*).

Nesse viés, embora não haja previsão expressa no que diz respeito ao princípio da afetividade, mister observar que a proteção jurídica do afeto representa um grande avanço nas relações familiares, pois essa proteção em muito contribuiu, por exemplo, para o reconhecimento jurídico da união homoafetiva, assim como se reconheceu a parentalidade socioafetiva, considerada como nova forma de parentesco, além de admitir a reparação por danos em decorrência do abandono afetivo (TARTUCE, 2012, p. 29).

Dessa forma, ainda que ausente na legislação civil dispositivo expresso impondo aos pais a obrigação de assistir emocionalmente os filhos, fornecendo-lhes cuidado, amor, afeto, verifica-se que, em consonância com os valores contemplados pela Constituição Republicana, conforme o disposto no seu artigo 229³⁷ e reproduzido no artigo 22³⁸ do Estatuto da Criança e do Adolescente, a assistência a que estão obrigados os genitores não se limita ao um viés econômico, de prover apenas o sustento do menor, mas também se refere ao apoio, carinho, atenção que a prole deverá contar durante o seu desenvolvimento.

Ademais, conforme esclarecem Farias e Rosenvald (2010, p. 84), uma vez que o afeto caracteriza o núcleo familiar como uma genuína rede de solidariedade, voltada para o desenvolvimento de cada um de seus membros, não se admite que um deles venha a violar a natural confiança depositada por outro.

Desse modo, a iminente violação do direito ao afeto implica em importante obrigação, qual seja, “o poder-dever de repelir o desafeto por formas jurídicas que o afastem da família, preventiva ou repressivamente” (BARROS, 2003).

³⁷ “Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

³⁸ “Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”.

3.3 Configuração do abandono afetivo

Conforme elucida Ana Carolina Brochardo Teixeira (2005, p. 156), “se uma criança veio ao mundo – desejada ou não, planejada ou não – os pais devem arcar com a responsabilidade que esta escolha (consciente ou não) lhes demanda”.

Dessa forma, Dias (2013, p. 469) preleciona que

O conceito atual de família, centrada no afeto como elemento agregador, exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade. A grande evolução das ciências que estudam o psiquismo humano veio para escancarar a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio de pessoas em formação.

Nessa linha de intelecção, Venosa (2013, p. 301) destaca a importância da presença dos pais na educação e formação dos filhos. Consoante o ilustre doutrinador, “essa formação fica capenga e pernicioso perante a omissão do pai ou da mãe, ou de ambos”, razão pela qual faltará com seu dever legal o genitor que, podendo, descumpra a obrigação de convivência familiar.

Igualmente, Dias (2013, p. 470) aponta que

(...) a ausência da figura do pai desestrutura os filhos, tira-lhes o rumo da vida e debilita-lhes a vontade de assumir um projeto de vida. Tornam-se pessoas inseguras, infelizes. Tal comprovação, facilitada pela interdisciplinaridade, tem levado ao reconhecimento da obrigação indenizatória por dano afetivo.

Nesse sentido, consoante os ensinamentos de Lôbo (2011, p. 312), “o ‘abandono afetivo’ nada mais é que inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade. Seu campo não é exclusivamente o da moral, pois o direito o atraiu para si, conferindo-lhe consequências jurídicas que não podem ser desconsideradas”.

Diante desse contexto, ganha destaque a questão da paternidade responsável, elevada à categoria de princípio constitucional (art. 226, § 7º, da CF; *vide item 1.3.4*), que, de acordo com Lôbo (2011, p. 311), “não se resume ao cumprimento do dever de assistência material. Abrange também a assistência moral, que é dever jurídico cujo descumprimento pode levar à pretensão indenizatória”.

Desta feita, segundo Venosa (2013, p. 300), sustenta-se modernamente que

ofende a dignidade do filho não só a ausência de socorro material, como a omissão no apoio moral e psicológico. O abandono intelectual do progenitor com relação a filho menor gera, sem dúvida, traumas que deságuam no dano moral³⁹. Nesse diapasão, a afetividade liga-se inexoravelmente à dignidade do ser humano.

³⁹ “A proteção integral da criança e do adolescente abrange a garantia de todos os seus direitos fundamentais, incluindo a indenização por dano moral. Nesse sentido, a Ministra Nancy Andrighi do STJ, citando o art. 3º do ECA, reconheceu que as crianças e adolescentes possuem o mesmo direito que a pessoa humana adulta” (ISHIDA, 2010, p. 06).

Nessa linha de pensamento, Dias (2013, p. 470) assevera que, em relação ao filho, “o sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida”, evidenciando as graves consequências que a negligência afetiva praticada pelos pais pode ocasionar aos descendentes.

Nesse diapasão, a mencionada autora destaca que a ausência de convívio entre pais e filhos, em razão do rompimento do elo de afetividade, é capaz de gerar sérias sequelas psicológicas, acabando por comprometer o desenvolvimento saudável do infante (DIAS, 2013, p. 470).

Desse modo, consoante Madaleno (201?), a experiência do abandono, com mutilações psíquicas e emocionais causadas pela rejeição de um dos pais, acaba por refletir na auto-estima e no amor próprio do filho rejeitado pela incompreensão dos genitores.

Assim, de acordo com Maciel (2010, p. 138),

Faz-se necessário relacionar o abandono aos maus-tratos psicológicos. Esta espécie de maus-tratos decorre da rejeição, da depreciação, da falta de atenção e cuidado dos pais para com a prole. É muito sutil este ato praticado pelos genitores, o qual poderá acarretar danos psicológicos ao filho e, portanto, difícil de se caracterizar e punir.

Nesse contexto, Venosa (2013, p. 50) elucida que, para efeitos indenizatórios, o dano psíquico pode ser considerado como uma modalidade inserida na categoria de danos morais, que pressupõe a modificação da personalidade, com sintomas visíveis, inibições, depressões, síndromes, bloqueios etc.

O dano moral, em sentido amplo, por sua vez, abrange não apenas os danos psicológicos, isto é, não se traduz exclusivamente por uma mudança psíquica, mas também pela dor ou padecimento moral, que não surge perceptivelmente em outro sintoma (VENOSA, 2013, p. 50).

No tocante aos casais separados, Madaleno (201?) ressalta que é muito comum casos em que um dos pais utiliza o filho para atingir o outro, atuando, dessa forma, na contramão da sua função parental, além de portar-se com indiferença quanto aos trágicos efeitos que a ausência, a omissão do outro genitor poderá causar na vida do filho.

Desta feita, há ainda situações em que o guardião dificulta o exercício do direito de visita do outro genitor, por vingança ou mesmo em virtude do não pagamento da dívida alimentar. Por outro lado, em tantos outros casos verifica-se que o adimplemento do dever de visita fica, muitas vezes, a depender da vontade do genitor não-guardião, cabendo aos filhos apenas aguardar a ocasião em que o pai apareça. Nesse contexto, é possível verificar ainda alguns episódios em que a responsabilidade pelo abandono afetivo pode ser atribuída a ambos os pais (DIAS, 2013, p. 470).

Assim, Madaleno (201?) menciona ainda que,

Em razão disso, tem gravíssima repercussão negativa qualquer injustificada frustração ao exercício do direito de visitas e do poder parental, quando os pais se omitem deste fundamental ditame da consciência e da natureza, cuja ausência consciente implica assumir a responsabilidade por irreparáveis efeitos negativos no resto da vida dos filhos, com sintomas de depressão, ansiedade, tristeza, insegurança e complexo de inferioridade na comparação com seus conhecidos e amigos.

Ademais, conforme enfatiza Venosa (2013, p. 301),

toda problemática da família gravita em torno da proteção à dignidade humana. Assim, por exemplo, na teoria tradicional há um direito de visitas do progenitor separado, mas não há obrigação de visitas. A recusa ou omissão nas visitas, mais modernamente, é aspecto que pode gerar indenização.

De qualquer modo, o douto civilista observa que a entidade familiar, com ou sem casamento, deve priorizar o elo de afeto, respeito e assistência recíproca, moral e material, entre os seus membros, considerados como aspectos fundamentais na formação do ser humano (VENOSA, 2013, p. 301).

Diante do exposto, conforme as considerações de Madaleno (201?), tem-se que a omissão injustificada dos genitores no provimento das necessidades materiais e emocionais dos filhos sob o poder parental tem provocado, na doutrina e na jurisprudência, o sentimento “de proteção e de reparo ao dano psíquico causado pela privação do afeto na formação da personalidade da pessoa”.

3.4 Responsabilidade Civil por abandono afetivo na relação paterno-filial

Consoante as lições de Dias (2013, p. 470), “comprovado que a falta de convívio pode gerar danos, a ponto de comprometer o desenvolvimento pleno e saudável do filho, a omissão do pai gera dano afetivo susceptível de ser indenizado”⁴⁰.

Assim, Madaleno (201?) aduz que

Têm os pais o dever expresso e a responsabilidade de obedecerem às determinações judiciais ordenadas no interesse do menor, como disso é exemplo o dever de convivência e de visitação, que há muito deixaram de representar mera faculdade do genitor não guardião, causando a irracional omissão dos pais irreparáveis prejuízos de ordem moral e psicológica à prole.

Nesse contexto, tem-se que a omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, furtando-se do dever de ter a prole em sua companhia, poderá

⁴⁰ Para Dias (2013, p. 470), “a negligência justifica, inclusive, a **perda do poder familiar**, por configurar abandono (CC 1.638 II). Porém, esta penalização não basta. Aliás, a decretação da perda do poder familiar, isoladamente, pode constituir-se não em uma pena, mas bonificação pelo abandono”.

representar um prejuízo irreparável na vida do filho rejeitado, provocando danos emocionais merecedores, portanto, de reparação (DIAS, 2013, p. 470).

Nessa esteira, para Rodrigo da Cunha Pereira (2012 *apud* DIAS, 2013, p. 472),

O abandono parental deve ser entendido como uma *lesão extrapatrimonial a um interesse jurídico tutelado*, causada por omissão do pai ou da mãe no cumprimento do exercício do poder familiar (CC 1.634), o que configura um *ilícito*, sendo, portanto, fato gerador de obrigação indenizatória.

Na mesma linha de pensamento são os ensinamentos de Teixeira (2005, p. 153), ao tratar sobre a questão da responsabilidade civil por abandono afetivo:

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

Assim, conforme balizado linhas acima, uma vez que a violação dos deveres intrínsecos ao exercício da autoridade parental, sobretudo no que diz respeito à obrigação de convivência familiar, configura ato ilícito, nos termos do artigo 186 do Código Civil, presentes os elementos da responsabilidade civil, deverão os pais ser obrigados a compensar os filhos pelos danos causados em razão de sua conduta lesiva⁴¹.

Nesse viés, para Gonçalves (2014, p. 565), eventual pretensão indenizatória deve fundar-se na prática de ilícito civil, “consistente na infração ao dever constitucional de cuidar dos filhos. Necessária se mostra, então, a comprovação dos requisitos da responsabilidade civil subjetiva decorrente da prática do ilícito, quais sejam, ação ou omissão, culpa, relação de causalidade e dano”.

Dessa forma, ante o exposto, admite-se a possibilidade de responsabilização civil do genitor que descumpra o múnus inerente ao poder familiar ao incorrer na prática de abandono afetivo (LÔBO, 2011, p. 312).

Nessa esteira, Dias (2013, p. 471) elucida que

A lei obriga e responsabiliza os pais no que toca aos cuidados com os filhos. A ausência desses cuidados, o abandono moral, viola a integridade psicofísica dos filhos, bem como o princípio da solidariedade familiar, valores protegidos constitucionalmente. Este tipo de violação configura dano moral. E quem causa dano é obrigado a indenizar⁴².

⁴¹ De acordo com Tartuce (2012, p. 29), “o dever de convivência dos pais em relação aos filhos menores é expresso pelo art. 229 da CF/1988 e pelo art. 1.634, incs. I e II do CC/2002. Se a violação desse dever – que se contrapõe a um direito subjetivo equivalente –, causar dano, estarão presentes os requisitos do ato ilícito civil (art. 186 do CC/2002)”.

⁴² Para Tartuce (2013, p. 307), o dever de indenizar surge quando se verifica um dano psíquico, que poderá ser demonstrado por prova psicanalítica. Contudo, para Venosa (2013, p. 301), “o caso concreto orientará a decisão em torno dos aspectos que caracterizam o abandono psicológico do filho, questão mais árdua e subjetiva posta em exame, pois o abandono econômico se comprova mais facilmente”.

Ainda de acordo com a ilustre familiarista, “a indenização deve ser em valor suficiente para cobrir as despesas necessárias para que o filho possa amenizar as sequelas psicológicas”⁴³ (DIAS, 2013, p. 471).

Mister mencionar ainda que alguns doutrinadores, por outro lado, entendem não ser cabível a responsabilização civil do genitor que abandona afetivamente o filho, conforme observa Madaleno (201?):

Há vozes que se posicionam em contrário à reparação do afeto que foi negado aos filhos, temendo que o pai condenado à pena pecuniária por sua ausência jamais tornará a se aproximar daquele rebento, em nada contribuindo pedagogicamente o pagamento da indenização para restabelecer o amor.

Nessa linha, Farias e Rosenvald (2010, p. 87) entendem como certa e incontroversa a incidência da responsabilidade civil nas relações familiares.

Contudo, para os renomados civilistas, “a aplicação das regras de responsabilidade civil na seara familiar dependerá da ocorrência de um ato ilícito, devidamente comprovado. A simples violação de um dever decorrente de norma de família não é idônea, por si só, para a reparação de um eventual dano”⁴⁴ (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 89).

No tocante à responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo dos filhos, Farias e Rosenvald (2010, p. 90-91) não consideram razoável tal responsabilização. Para eles,

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 ou a imposição de obrigação alimentícia, mas não a obrigação de reparar um pretense dano moral. Enfim, em hipóteses de negativa de afeto, os remédios postos à disposição pelo próprio Direito de Família deverão ser ministrados para a solução do problema. Até porque a indenização pecuniária nesse caso não resolveria o problema central da controvérsia que seria obrigar o pai a dedicar amor ao seu filho – e, muito pelo contrário, por certo, agravaria a situação.

Conforme ressalta Lôbo (2011, p. 311-312), em relação às divergências de posicionamento, pode-se considerar como casos difíceis, com ponderáveis razões em cada lado.

Contudo,

O art. 227 da Constituição confere à criança e ao adolescente os direitos “com absoluta prioridade”, oponíveis à família – inclusive ao pai separado –, à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar, que são direitos de conteúdo moral, integrantes da personalidade, cuja rejeição provoca dano moral.

⁴³ Para Madaleno (201?), a indenização pecuniária objetiva reparar o agravo psíquico sofrido pelo filho rejeitado pelo genitor, de modo que essa reparação possa compensar todo o mal que lhe foi causado, preenchendo a lacuna deixada pela privação da convivência com o pai através da aquisição de algum bem material que o montante da indenização seja capaz de comprar.

⁴⁴ Para os autores, “(...) não se pode admitir que a pura e simples violação de *afeto* enseje uma indenização por dano moral. Somente quando uma determinada conduta caracterizar-se como ilícita é que será possível indenizar os danos morais e materiais dela decorrentes. Afeto, carinho, amor, atenção... são valores espirituais, dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal, não por imposição jurídica. Reconhecer a indenizabilidade decorrente da negativa de afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica. Seria subverter a evolução natural da ciência jurídica, retrocedendo a um período em que o *ter* valia mais que o *ser*” (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 89).

O poder familiar do pai separado não se esgota com a separação, salvo no que concerne à guarda, permanecendo os deveres de criação, educação e companhia (art. 1.634 do Código Civil), que não se subsumem na pensão alimentícia.

Nesse viés, Madaleno (201?) afirma categoricamente que “subsistem razões para discordar da vertente que nega a reparação material pela omissão do afeto parental”.

Assim, para o douto familiarista, “ao contrário do que é afirmado, a indenização não tem nenhum propósito de compelir o restabelecimento do amor, já desfeito pelo longo tempo transcorrido diante da total ausência de contato e de afeto paterno ou materno”⁴⁵ (MADALENO, 201?).

Nesse diapasão, Dias (2013, p. 472) aduz que

(...) o dano à dignidade humana do filho em estágio de formação deve ser passível de reparação material, não apenas para que os deveres parentais deliberadamente omitidos não fiquem impunes, mas, principalmente, para que, no futuro, qualquer inclinação ao irresponsável abandono possa ser dissuadida pela firme posição do Judiciário, ao mostrar que o afeto tem um preço muito mais alto na nova configuração familiar.

Ademais, verifica-se que a referida discussão sobre a admissibilidade ou não da responsabilidade civil por abandono afetivo na relação paterno-filial também alcançou os tribunais pátrios, provocando uma verdadeira reviravolta, não apenas no Judiciário, mas nas próprias relações entre pais e filhos, com a crescente tendência da justiça de impor ao genitor o dever de indenizar, a título de danos morais, o filho pela privação do convívio, ainda que venha cumprindo com a obrigação alimentar⁴⁶ (DIAS, 2013, p. 471).

Assim, dentre os casos mais emblemáticos e de maior repercussão sobre a temática apresentada, destaca-se o de Minas Gerais, por ser a decisão pioneira sobre responsabilidade civil por abandono afetivo.

Conhecido como ‘caso Alexandre Fortes’, nesse processo o tribunal mineiro, reformando a decisão de primeira instância, decidiu condenar o pai a pagar indenização ao filho, no valor de duzentos salários mínimos, por tê-lo abandonado afetivamente, pois o réu teria iniciado um novo relacionamento, e dessa relação teria nascido uma outra filha, passando, a

⁴⁵ Como oportunamente observa Venosa (2013, p. 300), uma indenização nesses casos nunca será capaz de restabelecer ou fazer surgir amor e afeto entre o genitor e o filho. Trata-se, na realidade, “de mero lenitivo, com as conotações que implicam uma indenização por dano moral”.

⁴⁶ Sobre o tema, Lôbo (2011, p. 310-311) salienta que ganhou destaque, tanto na doutrina como na jurisprudência, os casos em que o pai, que não convive mais com a mãe, limita-se a prestar alimentos ao filho, privando-o, contudo, de sua companhia. Conforme observa o autor, “a questão é relevante, tendo em conta a natureza dos deveres jurídicos do pai para com o filho, o alcance do princípio jurídico da afetividade e a natureza laica do Estado de Direito, que não pode obrigar o amor ou afeto às pessoas”.

partir de então, a privar o autor da ação de sua convivência, incorrendo em clara lesão à dignidade humana⁴⁷ (TARTUCE, 2014, p. 33).

A decisão, no entanto, foi reformada pelo Superior Tribunal de Justiça, que afastou a indenização a ser paga pelo pai, sob a alegação de que, por maior que seja o sofrimento do filho e a dor do afastamento, “não haveria qualquer ato ilícito na conduta do pai que abandona afetivamente o filho, pois o afeto não pode ser imposto na referida relação parental, não sendo o caso da existência de um dever jurídico de convivência.” (TARTUCE, 2012, p. 29).

Conforme ressalta Tartuce (2014, p. 34-35), tal decisão gerou manifestações contrárias da doutrina, como da ilustre civilista Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, que considerou como “desastrada” a decisão do STJ, pois, a partir da referida decisão, poder-se-ia concluir que é normal a situação em que um pai deixa seu filho para seguir seu projeto pessoal de felicidade.

De acordo com Dias (2013, p. 440), a atual orientação jurisprudencial tem reconhecido a “responsabilidade civil do genitor por abandono afetivo, em face do descumprimento do dever inerente à autoridade parental de conviver com o filho, gerando a obrigação indenizatória por dano afetivo”.

Nesse viés, tem-se a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça que, em revisão à ementa anterior, passou a admitir a reparação civil pelo abandono afetivo:

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

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

⁴⁷ Ementa da decisão: “Indenização danos morais. Relação paterno-filial. Princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio da afetividade. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. (Tribunal de Alçada de Minas Gerais, 7.ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 408.555-5, decisão 01.04.2004, Rel. Unias Silva, v.u.)” (TARTUCE, 2014, p. 32).

6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso especial parcialmente provido.

(STJ – Resp: 1159242/SP 2009/0193701-9, Relator(a): Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 24/04/2012, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/05/2012)

Enquanto relatora no referido processo, a Ministra Nancy Andrigli ressaltou que “(...) o dano moral estaria presente diante de uma *obrigação inescapável* dos pais em dar auxílio psicológico aos filhos”, de modo que “aplicando a ideia do *cuidado como valor jurídico*, a magistrada deduziu pela presença do ilícito e da culpa do pai pelo abandono afetivo, expondo frase que passou a ser repetida nos meios sociais e jurídicos: ‘*amar é faculdade, cuidar é dever*’” (TARTUCE, 2012, p. 29).

Ademais, o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão também já se pronunciou sobre a matéria, acompanhando o entendimento do STJ, como se vê do seguinte julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. DESCONHECIMENTO DA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL PELO GENITOR. DEVER DE CUIDADO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. APELO PROVIDO.

1. É possível a condenação por danos morais em razão de abandono afetivo, uma vez que este implica na ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, revelado pelo dever jurídico de cuidado dos pais em relação à sua prole. Precedentes do STJ.

2. Não há, contudo, que se cogitar de abandono afetivo quando genitor sequer tem conhecimento da possibilidade de ser pai do requerente da ação de investigação de paternidade. 3. Apelação provida.

(TJ-MA, APELAÇÃO CÍVEL Nº 4106/2015 0001515-92.2012.8.10.0035, Relator: Desembargador KLEBER COSTA CARVALHO, Data de Julgamento: 19/03/2015, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Data d Publicação: 24/03/2015)

Conforme as lições de Dias (2013, p. 472), deve-se reconhecer o caráter didático dessa orientação adotada pelos tribunais pátrios, com objetivo de despertar atenção para o significado do convívio entre pais e filhos.

Assim, segundo a renomada doutrinadora, “a indenização por abandono afetivo pode converter-se em instrumento de extrema relevância e importância para a configuração de um direito das famílias mais consentâneo com a contemporaneidade, podendo desempenhar *papel pedagógico*⁴⁸ no seio das relações familiares” (DIAS, 2013, p. 472).

Nesse contexto, Maciel (2010, p. 121) acredita que a imposição da reparação civil nesses casos “tem por meta principal castigar o culpado pelo agravo moral, mas também conscientizar o genitor faltoso e negligente de que a conduta deve cessar e ser evitada, buscando-se o caminho da reconciliação e restabelecimento dos laços de afeto”.

⁴⁸ De acordo com Tartuce (2014, p. 37), “tal *função educativa* afasta qualquer argumentação a respeito de uma suposta *materialização do afeto*”.

Desse modo, Dias (2013, p. 472) preleciona que,

mesmo que o pai só visite o filho por medo de ser condenado a pagar uma indenização, isso é melhor do que gerar no filho o sentimento de abandono. Ora, se os pais não conseguem dimensionar a necessidade de amar e conviver com os filhos que não pediram para nascer, imperioso que a justiça imponha coactamente essa obrigação.

Nessa linha de intelecção, Madaleno (201?) esclarece que a reparação imposta aos pais pelo dano causado aos filhos não tem como objetivo recuperar o afeto até então não dispensado pelo genitor, mas sobretudo demonstrar que o sentimento de impunidade quanto a esse tipo de situação está com seus dias contados, para que assim, no futuro, o genitor se abstenha de qualquer ato irresponsável de abandono, percebendo, através da jurisprudência que vem se consolidando, que o afeto é extremamente valioso na nova configuração familiar.

No tocante a legitimidade para propositura da ação de responsabilidade civil, Maciel (2010, p. 122) aduz que é legítimo para ingressar com a ação a criança ou o adolescente que sofreu o dano afetivo⁴⁹. Todavia, caso não possua responsável, o magistrado deverá designar um curador especial para representar seus interesses em Juízo.

Por fim, conforme já mencionado linhas acima (*vide item 1.2*), tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 470, de 2013, que busca instituir o Estatuto das Famílias. Caso aprovado, o referido estatuto regulamentará, dentre outros pontos, a questão do abandono afetivo, que poderá ocasionar a perda da autoridade parental, sem prejuízo da reparação civil pelo dano gerado.

⁴⁹ Sobre o prazo para propositura da ação indenizatória, já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão: Apelação Cível. Dano Moral. Abandono Afetivo. Prescrição. Maioridade. 1. Se a ação de indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo foi proposta após o decurso do prazo prescricional de três anos previsto no art. 206, § 3º, inc. V do Código Civil de 2002, é imperioso reconhecer a prescrição da ação. 2. O prazo prescricional para ajuizar ação indenizatória por abandono afetivo começa com a maioridade, ainda que o reconhecimento da paternidade seja em data posterior. 3. Apelação conhecida e improvida. 4. Por maioria. (TJ – MA, APELAÇÃO CÍVEL Nº 5050-77.2013.10.0138 60326/2013, Relator: Desembargador RICARDO DUAILIBE, Data do julgamento: 31/03/2014, QUINTA CÂMARA CÍVEL, Data da publicação: 07/07/2014)”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisada as profundas transformações pelas quais a entidade familiar passou no último século, renunciando ao modelo patriarcal, matrimonializado, voltado aos interesses patrimoniais, vislumbra-se atualmente uma família com diferentes configurações, e tendo como elemento nuclear o afeto.

Desse modo, o afeto passa a ser o elo entre os integrantes do núcleo familiar e a família se caracteriza como espaço de realização pessoal e da dignidade humana de seus membros.

Considerado um marco na transição entre a antiga concepção de família e a que hoje se considera, pautada na afetividade e na solidariedade, a Constituição Republicana de 1988 ampliou de forma significativa sua proteção à família, como forma de acompanhar a intensa evolução social que se deu no Brasil, sobretudo na segunda metade do século XX.

Diante das inovações do Texto Constitucional, sobretudo no que se refere à proteção conferida à entidade familiar, a legislação civil até então vigente pouco se compatibilizava com os direitos recém conquistados. Com isso, passou-se à edição de textos legais voltados à consecução dessas garantias asseguradas constitucionalmente, a exemplo do Código Civil de 2002, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso.

Nesse contexto, o Direito de Família também se viu reformulado, pautado agora nas concepções trazidas pela Carta Maior, sobretudo na valorização da pessoa e sua dignidade. Desse modo, este ramo do Direito Civil passou a contar com princípios aliados à principiologia constitucional.

Dessa forma, dentre os princípios que regem as relações familiares, destacam-se os princípios da dignidade da pessoa humana e o da solidariedade familiar. Contudo, outros ainda podem ser mencionados, como o próprio princípio da afetividade, além dos princípios da paternidade responsável e planejamento familiar, da convivência familiar, e do melhor interesse da criança e do adolescente.

Noutro giro, para compreensão do tema objeto do presente trabalho, mostrou-se necessária a compreensão de algumas noções do instituto da responsabilidade civil.

Assim, compreendida como obrigação decorrente da agressão a um interesse particular, impondo ao agressor o dever de indenizar a vítima, a responsabilidade civil poderá ser subjetiva, caso o agente tenha atuado com dolo ou culpa, ou objetiva, quando se fundamentar no risco da atividade desenvolvida ou então decorrer de imposição legal.

Ademais, verificou-se que a principal função da responsabilidade civil é a compensatória, em que se busca a reposição completa da vítima à situação anterior à lesão. Todavia, funções secundárias podem ser observadas, como a função punitiva, direcionada ao agente causador do dano, como forma de repreendê-lo pela conduta praticada, e a função preventiva, como forma de coibir a prática de outros atos danosos, tanto pelo ofensor, como pela sociedade de modo geral.

No tocante aos elementos da responsabilidade civil, observou-se que alguns pressupostos são considerados como imprescindíveis para sua configuração, quais sejam, a conduta humana, o dano e o nexos de causalidade. Em relação à culpa, esta não pode ser considerada como um elemento essencial da responsabilidade civil, pois é irrelevante para configuração da responsabilidade objetiva.

Oportuno atentar ainda que há atualmente uma forte tendência de ampliar o instituto da responsabilidade civil, inclusive no âmbito do Direito de Família, como forma de proteger as relações familiares, sobretudo quando se está diante de direitos de crianças e adolescente, considerados como sujeitos de direitos e pessoas em formação.

Diante disso, tem-se que a família e, em especial, os pais possuem extrema relevância na formação dos filhos, sendo muitas vezes determinantes para o seu desenvolvimento sadio e equilibrado.

Para assegurar o desenvolvimento saudável, tanto sob o aspecto físico como psicológico, das crianças e dos adolescentes, o Estado atribui aos pais um conjunto de deveres, o qual se denomina poder familiar.

Imperioso observar, contudo, que o poder familiar não implica em deveres somente no campo material, mas, sobretudo, no campo afetivo, com cuidados, orientações, carinho, aspectos que somente poderão ser assegurados através da convivência familiar entre o genitor e sua prole.

Por essa razão, o ordenamento jurídico confere significativa importância ao afeto, considerado como imprescindível à saúde física e psíquica, à estabilidade econômica e social, ao desenvolvimento material e cultural de qualquer entidade familiar.

Desse modo, a omissão do pai ou da mãe, ou de ambos, representa grave prejuízo à integridade emocional do filho, ocasião em que o genitor estará em claro descumprimento ao seu dever legal de convivência familiar, hipótese em que se configurará o abandono afetivo.

Nessa senda, a conduta de um genitor ausente, portanto inadimplente com seus deveres parentais, enquadra-se perfeitamente aos atos ilícitos, razão pela qual poderá ser civilmente responsabilizado pelo abandono afetivo do filho.

Diante do exposto, verifica-se que, atualmente, a questão do abandono afetivo configura-se como uma das mais controvertidas e polêmicas no âmbito do Direito de Família.

Assim, existem argumentos favoráveis a indenização, fundamentados sobretudo no princípio da dignidade humana, assim como nas obrigações decorrentes da Constituição Republicana, que impõe aos pais o dever de cuidado, assistência e proteção, bem como de convivência familiar. Desse modo, a violação a esses deveres representa um ato ilícito, nos termos do artigo 186 do Código Civil, e, portanto, indenizável.

Por outro lado, existem argumentos contrários, que argumentam que amor e afeto não podem ser impostos, além de que, indenizar por abandono afetivo corresponderia verdadeira monetarização do afeto.

Por fim, verifica-se que vem se consolidando nos tribunais pátrios uma orientação jurisprudencial no sentido de que é cabível a responsabilidade civil por abandono afetivo na relação paterno-filial.

REFERÊNCIAS

- AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BAPTISTA, Silvio Neves. O dano e a responsabilidade civil no direito de família. In: BAPTISTA, Silvio Neves (Coord.). **Manual de direito de família**. 2 ed. Recife: Bagaço, 2010.
- BARROS, Sérgio Resende de. **A ideologia do afeto**. 2002a. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/a-ideologia-do-afeto.cont>>. Acesso em: 23 abril 2015.
- _____. **O direito ao afeto**. 2002b. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/o-direito-ao-afeto.cont>>. Acesso em: 23 abril 2015.
- _____. **Direitos humanos e direito de família**. 2003. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-e-direito-de-familia.cont>>. Acesso em: 23 abril 2015.
- BRASIL. **Código Civil, Constituição Federal, Legislação**. Organização de Anne Joyce Angher. 20 ed. São Paulo: Rideel, 2015.
- _____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 470**. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências. 2013. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/getPDF.asp?t=140057&tp=1>>. Acesso em: 25 maio 2015.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- CINTRA, Maria do Rosário Leite Cintra. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. Comentários jurídicos e sociais. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. Obrigações. Responsabilidade civil. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. 2.
- CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE; CONSELHO NACIONAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. **Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária**. 2006. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/pp/a_pdfdht/plano_nac_convivencia_familiar.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2015.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Direito de família. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. 5.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**. Responsabilidade civil. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. vol. 7.

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

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Direito de família**. As famílias em perspectiva constitucional. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014a. vol. 6.

_____. **Novo curso de direito civil: Responsabilidade civil**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2014b. vol. 3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Direito de família. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 6.

_____. **Responsabilidade civil**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**. Doutrina e jurisprudência. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**. Famílias. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Direito fundamental à convivência familiar. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MADALENO, Rolf. **O custo do abandono afetivo**. 201?. Disponível em: <<http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=943>>. Acesso em: 10 maio 2015.

MELO, Eduardo Rezende de Melo. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. Comentários jurídicos e sociais. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil**. Direito de família. 42 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 2.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TARTUCE, Flávio. **O princípio da afetividade no direito de família**. Breves considerações. Revista Consulex, Brasília, ano XVI, n. 378, p. 28-29, 2012.

_____. **Direito civil**. Direito das obrigações e responsabilidade civil. 8 ed. São Paulo: Método, 2013. vol. 2.

_____. **Direito civil**. Direito de família. 9 ed. São Paulo: Método, 2014. vol. 5.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Responsabilidade civil: responsabilidade civil e ofensa à dignidade**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, v. 7, n. 32, p. 138-158, out/nov. 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. Direito de família. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010. vol. 6.

_____. **Direito civil**. Responsabilidade civil. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013. vol. 4.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.