

---

**FACULDADES INTEGRADAS**  
**“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO DOS PAIS  
PERANTE OS FILHOS**

Bruna Giroto Dornelas

PRESIDENTE PRUDENTE/SP

2012

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO DOS PAIS  
PERANTE OS FILHOS**

Bruna Giroto Dornelas

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para a obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Professora Daniela Martins Madrid.

PRESIDENTE PRUDENTE/ SP

2012

# **RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO DOS PAIS PERANTE OS FILHOS**

Monografia aprovada como requisito parcial  
para a obtenção do Grau de Bacharel em  
Direito.

**DANIELA MARTINS MADRID**

Orientadora

**ANA LAURA TEIXEIRA MARTELLI**

Examinadora

**GILBERTO NOTÁRIO LIGERO**

Examinador

Presidente Prudente/SP, 30 de novembro de 2012

“O amor parental não aflora dos puros laços biológicos, mas é um fenômeno espiritual, social e cultural, que se constrói no afeto cultivado dia a dia pelos cuidados inerentes a maternidade e paternidade”.

Patrícia Pimentel de O. Chambers Ramos

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me proporcionado à vida, por guiar meus caminhos, me amparar e dar forças nos momentos de dificuldades.

Agradeço aos meus pais, Mara e José pela compreensão, amor e carinho, por estarem sempre ao meu lado, me apoiando e ajudando. Ainda, demonstro aqui uma gratidão especial à minha mãe em ter sido meu ponto de apoio e equilíbrio, pela dedicação de mãe e principalmente de amiga e companheira.

Ao meu irmão, Lucas, um grande parceiro e amigo desde sempre.

À minha amiga, Karla, quem considero uma verdadeira irmã, sempre por perto, me animando e auxiliando nos momentos difíceis.

Ao meu namorado Bruno, por todo o seu carinho e paciência, em que nos momentos difíceis esteve sempre ao meu lado, me ajudando a superá-los.

Ao professor Jurandir pela sua compreensão na realização deste estudo.

À minha orientadora, Daniela Martins Madrid, por ter aceitado o convite de orientar este trabalho e ter sido atenciosa e prestativa.

Aos professores Gilberto Ligerio e Ana Laura por aceitarem compor a banca examinadora.

A todos os meus amigos e aqueles que contribuíram indiretamente para este trabalho.

## RESUMO

Este estudo aborda a possibilidade de se configurar a responsabilidade civil por abandono afetivo dos pais perante os filhos. Com o estudo dos preceitos constitucionais e infraconstitucionais, é possível elencar os direitos, garantias fundamentais e os princípios norteadores, entre eles o da dignidade humana, que reconhecem a importância e a essencialidade da responsabilidade parental, na efetivação dos direitos dos filhos. O descumprimento dos direitos/deveres essenciais dos pais para com seus filhos pode acarretar um abandono e sofrimento íntimo nestes, configurando danos morais, passíveis de indenização, como forma de compensar os prejuízos, punir os autores e de forma preventiva reprimir tais condutas. Denota-se que o abandono afetivo é presente na sociedade, bem como os danos dele decorrentes, sendo necessária uma solução jurídica para tal situação, na busca de uma resposta efetiva do Estado e uma tutela deste a fim de reparar os danos ou mesmo inibir tais condutas, que afetam de modo geral não só a criança e o adolescente, mas toda a sociedade. Utiliza-se no decorrer do estudo o método dedutivo, além de pesquisas bibliográficas, documentais e jurisprudenciais.

**Palavras-chave:** Poder familiar. Afeto. Dever de Cuidado. Responsabilidade Civil. Abandono Afetivo. Danos Morais.

## ABSTRACT

This study discusses the possibility of setting up civil liability for abandonment affective parents to their children. With the study of constitutional and infra, it is possible to list the rights, guarantees and fundamental guiding principles, including human dignity, recognizing the importance and essentiality of parental responsibility, in the realization of the rights of children. The breach of duty / essential duties of parents towards their children can lead to abandonment and suffering in these intimate, setting punitive damages, subject to compensation as a way to offset losses, punish the perpetrators and preventively restrain such conduct. Denotes that the emotional distance is present in society, as well as damages arising from it, requiring a remedy for such a situation, the search for an effective response to a remedy of this state and to repair the damage or even inhibit such pipelines, which generally affect not only children and adolescents, but the whole society. It is used during the study the deductive method, in addition to library research, documentary and jurisprudence.

**Keywords:** Power Family. Affection. Duty of Care. Liability. Emotional Abandonment. Damages.

# SUMÁRIO

|   |           |
|---|-----------|
| <b>1. INTRODUÇÃO .....</b>  | <b>9</b>  |
| <b>2. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL...<br/>.....</b> | <b>11</b> |
| 2.1 Direito Romano.....   | 12        |
| 2.2 Código de Hamurabi.....   | 13        |
| 2.3 Direito Francês.....  | 15        |
| 2.4 Direito Português.....  | 17        |
| 2.5 Direito Brasileiro.....   | 18        |
| <b>3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL .....</b>                                 | <b>21</b> |
| 3.1 Conceito.....   | 21        |
| 3.2 Finalidade .....  | 23        |
| 3.3 Da Classificação .....  | 23        |
| 3.3.1 Responsabilidade contratual e extracontratual.....                  | 23        |
| 3.3.2 Responsabilidade objetiva e subjetiva.....                          | 24        |
| 3.4 Elementos.....  | 25        |
| 3.4.1 Conduta.....  | 25        |
| 3.4.2 Dano.....   | 27        |
| 3.4.3 Nexo causal.....  | 28        |
| 3.4.4 Culpa genérica.....   | 29        |
| <b>4. FILIAÇÃO .....</b>  | <b>30</b> |
| 4.1 Sob o Ponto de Vista da Constituição Federal .....                    | 31        |
| 4.2 Sob o Ponto de Vista do Estatuto da Criança e do Adolescente .....    | 33        |

|   |           |
|---|-----------|
| 4.3 Sob o Prisma do Código Civil .....  | 34        |
| 4.4 Filiação e suas Implicações.....  | 35        |
| <b>5. DO PODER FAMILIAR .....</b>   | <b>36</b> |
| 5.1 As Funções Parentais.....   | 39        |
| 5.2 Os Deveres dos Pais e dos Direitos da Criança e dos Adolescentes.....             | 41        |
| <b>6. DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS.....</b>  | <b>44</b> |
| 6.1 Da Dignidade da Pessoa Humana.....  | 45        |
| 6.2 Princípio da Proteção Integral.....   | 417       |
| 6.3 Princípio da Afetividade e da Convivência Familiar .....                          | 48        |
| <b>7. DO ABANDONO AFETIVO E SUAS CONSEQUÊNCIAS .....</b>                              | <b>54</b> |
| <b>8. DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO DOS PAIS<br/>PERANTE OS FILHOS .....</b> | <b>57</b> |
| 8.1 A quantificação do Dano Moral e a sua Finalidade.....                             | 62        |
| 8.2 Entendimento Jurisprudencial.....   | 64        |
| <b>9. CONCLUSÃO .....</b>   | <b>66</b> |
| <b>BIBLIOGRAFIA .....</b>   | <b>68</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetivou analisar a problemática do abandono afetivo nas relações familiares, em especial na de filiação.

Ao longo da história, observou-se que o Direito vem adequando-se à evolução e demandas da sociedade, contemplando as mais variadas situações e necessidades sociais, com vistas a garantir a paz e a justiça social, para que as pessoas não necessitem recorrer das próprias forças para fazer valer o seu direito.

O que vem ocorrendo na sociedade é a reiteração de casos do abandono afetivo por parte de seus genitores, que parecem não se importar com as consequências nefastas de seus atos ou suas omissões e os danos decorrentes.

Observou-se que a partir do descumprimento destes deveres, poderá acarretar uma série de prejuízos ao ser humano, no seu íntimo, podendo causar dores e sofrimentos, devido a essa não observância e desamparo.

Reconheceu-se que tais consequências afetam não só o lado emocional e particular do indivíduo, mas repercutem em toda sociedade, através do comportamento resultante deste abandono.

O trabalho pretendeu discutir justamente essa questão, de que a lei não pode ser uma letra morta no ordenamento, mas deverá prever justamente isso, minimizar tais danos e inibir tais condutas, para evitar novos abusos e negligência.

Considerou-se que o desenvolvimento da criança e do adolescente saudável é de grande importância, já que ela se encontra em processo de desenvolvimento e será a responsável pela reprodução dos ensinamentos obtidos.

A partir do momento em que a infância e os valores não são respeitados, assim como os direitos não são garantidos, por aqueles que têm o dever de cuidado, ocorrem consequências, sendo que estas não afetarão somente o âmbito particular do ser, mas repercutirão em toda a sociedade, através das condutas dos próprios vitimizados.

Daí a importância do Estado intervir nesta situação, efetivando as garantias preceituadas no sistema jurídico brasileiro.

Para a elaboração deste trabalho, dividiu-se o estudo em 09 capítulos, iniciando com a breve evolução histórica, em seguida analisou-se a responsabilidade civil, na sua concepção, natureza jurídica, finalidade, classificação e seus elementos. No capítulo 4 aprofundou-se o tema da Filiação, sob o ponto de vista jurídico, adiante abordou-se o Poder Familiar, seguido dos princípios. No capítulo 8 tratou-se da responsabilidade civil por abandono afetivo dos pais perante os filhos, da quantificação do dano moral e sua finalidade. Encerrou-se com entendimento jurisprudencial e conclusão.

No decorrer do trabalho foi utilizada uma vasta bibliografia, entre elas destacaram-se os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet, Munir Cury, Maria Helena Diniz, Carlos Roberto Gonçalves, Bernardo Castelo Branco, entre outros não menos importantes.

O método que embasou a realização do estudo foi o método dedutivo, que permitiu a partir da interpretação das leis gerais, teoria e princípios, realizar o raciocínio lógico da possibilidade da indenização por danos morais por abandono afetivo. Utilizou-se ainda as técnicas de consultas bibliográficas, análises de artigos científicos, doutrinários, jurisprudenciais e legislações, relativos à matéria abordada.

## 2 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil teve sua origem em tempos primordiais, momento em que essa idéia foi formulada de maneira bem sincrética e básica. O conceito que se tinha de responsabilidade civil acompanhou a ideologia da época da sociedade primitiva, que pressupunha a busca pela justiça com as próprias mãos. Assim, as pessoas que eram lesadas de alguma forma por terceiros, se valiam de sua força para buscar a justiça, nessa época não havia a interferência do Estado.

Conforme Alvino Lima (1938, p. 10):

Nos primórdios da humanidade, entretanto, não se cogitava do fator culpa. O dano provocava a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido. Não havia regras nem limitações. Não impetrava ainda, o direito. Dominava-se, então, a vingança privada, forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal.

O que se percebe com o pensamento do doutrinador acima revelado e com os conhecimentos do decorrer da história, que o indivíduo, ao se valer da autotutela, gerava uma grande insegurança para o Estado e para convivência social, pois não existiam princípios a serem seguidos, ou mesmo a idéia de proporção, sendo evidente a prevalência do mais forte sobre o mais fraco nessa forma de resolução do litígio. Nesta época, a vingança se fazia de forma privada, onde o Estado não interferia.

Não obstante a isso, percebe-se que com a ocorrência do dano sobre o indivíduo, gerava-se a idéia de fazer com que o agente causador deste “pagasse” pelo evento. Mas essa forma de composição do prejuízo era de certa forma irracional, pois o sujeito ao se valer da força e buscar reparar o mal pelo mal, acabava por não conseguir obter a menor vantagem sobre o evento, a não ser sua consciência, mal formulada, de justiça! Pois o dano não era reparado, e o que ocorria era somente uma espécie de vingança, sem falar que muitas vezes essa era realizada com total desproporção, por conta da raiva do ofendido, que em sua maioria extrapolava seu direito de recompor a ordem social.

É importante ressaltar que o Estado não estava presente no dia a dia das pessoas, e com o acontecimento danoso, a vítima buscava realizar a justiça de imediato, sem qualquer auxiliador ou arbitrário, e quando isso não era possível de prontidão, a vítima se valia mais tarde de seus meios, até a satisfação de seu direito.

Na verdade o que existia era um ato de vingança realizado, buscando talvez que o ofensor sofresse o mesmo que a vítima. Ocorre que esses sentimentos são subjetivos e com o ferimento desse não será a simples vingança e o fato de gerar mal ao agressor que irá reparar o dano suportado.

Visto isso, deslumbramos a grande importância do Direito Romano para a integração da visão de responsabilidade civil.

## 2.1 Direito Romano

Com o tempo, o Estado começa a assumir sua função de punir seus agentes, buscando pra si essa competência, como forma de garantir a justiça social, surgindo a partir daí a obrigação de indenizar.

Assim, como ensina Carlos Roberto Gonçalves, constata-se que a partir do momento que o Estado tomou para si essa importante medida, ocorreram as primeiras divisões entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal, lembrando que na causa em questão, o Estado atuava de forma imparcial, a fim de buscar uma solução para os casos mais graves.

Com a Lei Áquila, a responsabilidade civil ganhou notoriedade, trazendo as primeiras noções de culpa.

Segundo Arnoldo Wald (2011, p.39-40):

[...] a *Lex Aquilia* é a responsável pela cristalização da idéia da reparação pecuniária do dano, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade [...] no último estágio do Direito Romano, contemplavam, não só os direitos materiais mas os próprios danos morais. Do direito

romano se extrai o fundamento da responsabilidade aquiliana do direito moderno [...].

Logo, é visível que com o surgimento da *Lex Aquilia* surgiram as primeiras noções da culpa, levando em conta agora, o elemento subjetivo, o estado de consciência do indivíduo. A principal contribuição da Lei Áquila foi a de enfatizar que do dano causado, haveria a obrigação de reparar, utilizando-se da indenização.

Seguindo, ainda a idéia de Arnaldo Wald (2011, p.39): “É a partir da chamada Lex Aquilia, provavelmente no século III a.C., que a responsabilidade extracontratual se estrutura. Com ela surge também a figura do delito civil de dano (*damnum iniuria datum*)”. (Grifo do autor)

Essa lei foi responsável por dar origem aos pensamentos mais aprofundados ao instituto da culpa.

Com o surgimento do Código de Hamurabi, ocorreram algumas mudanças significativas na responsabilidade civil.

## 2.2 Código de Hamurabi

Está contida no Código de Hamurabi a mais famosa lei de talião, que consiste na idéia principal e geral “olho por olho, dente por dente”. Esta Lei regulava o castigo posterior ao fato gerador do dano, que ficou conhecida pela famosa norma contida em seu texto, nos parágrafos 196 e 200 do Código de Hamurabi. (Emanuel Bouzon, 2000, p. 181-182):

§ 196. Se um awilum destruir o olho de um (outro) awilum, destruirão o seu olho.

§ 200. Se um awilum arrancou um dente de um awilum igual a ele, arrancarão o seu dente.

Com essa norma, obteve-se uma grande evolução histórica, onde houve o surgimento da idéia de proporcionalidade, baseando-se em parâmetros de devolver o mal suportado em seu mesmo grau para a pessoa que o gerou, nem mais e nem menos. A graduação dessa reparação primitiva foi de total importância, onde se reprimiu então aquela vingança injusta e totalmente desproporcional ao dano gerado.

O que se pode perceber, é que não havia distinção entre a responsabilidade penal e civil, essas eram confundidas e tratadas de maneira errônea muitas vezes.

Nota-se que a responsabilidade penal teve seu surgimento antes mesmo da responsabilidade civil.

Pouco importava também a existência de culpa ou não do agente, essa não tinha a menor importância no momento, o que era certo e incontestável, já nessa época, era o reconhecimento do dano. Percebendo assim que não era algo muito racional para as partes, visto que elas não obtinham nenhum benefício próprio com isto.

Conforme ensina Bruno Canísio Kich (1999, p.14): “Do que se atribui ao Código de Hamurabi, temos referências explícitas à responsabilidade civil, dano reconhecido e imposição de pena e/ou obrigação de indenizar”.

Assim, fica evidente que com o Código de Hamurabi obteve-se um grande salto, onde agora o dano era vislumbrado, a imposição de uma pena a este era certa e assim havia-se a idéia de responsabilidade civil naquela época.

Mas, ainda havia a problemática, onde o dano era devidamente punido, mas a vítima ainda ficava sem o ressarcimento de seu prejuízo

Com observância ainda nas normas contidas nos parágrafos 209 e 210 do Código de Hamurabi, como revela Emanuel Bouzon (2000, p. 186):

§ 209. Se um awilum bateu na filha de um awilum e a fez expelir o fruto de seu seio, pesará 10 siclos de prata pelo fruto de seu seio.

§ 210. Se essa mulher morreu, matarão sua filha.

Com base nesse texto normativo, Bruno Canísio Kich (1999, p. 15) conclui:

[...] a pena imposta ao infrator é uma pena moral, a perda de sua filha, todavia, matar a filha é uma pena imposta à pessoa inocente. A filha do “awilum” nenhum delito havia cometido até então. A pena pela “Lei de Talião” significa proporcionar dor igual. A vítima foi a filha do “awilum”, assim considerando, a pena pela nossa lógica deveria ser contra o causador, porém, Hamurabi não está protegendo a filha do “awilum”, mas, o “awilum” que perdeu a filha.

Visto isso, podemos perceber que mesmo naquela época mais primitiva a preocupação com o dano moral já era constatada.

### **2.3 Direito Francês**

O Código Francês foi uma evolução do pensamento Romano, onde aperfeiçoou suas idéias, com pensamentos modernos e mais adaptados à época e sua criação foi baseada na ideologia da Revolução Francesa.

Em relação ao estudo da evolução do direito de responsabilidade, há de se observar o pensamento de Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 26):

O direito francês, aperfeiçoando pouco a pouco as idéias românicas, estabeleceu nitidamente um princípio geral da responsabilidade civil, abandonando o critério de enumerar casos de composição obrigatória. Aos poucos, foram sendo estabelecidos certos princípios, que exerceram sensível influência nos outros povos: direito à reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); a existência de uma culpa contratual (a das pessoas que descumprem as obrigações) e que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência ou imperícia.

Assim, nota-se que o momento evidencia uma nítida separação do direito penal e do direito civil, que antes era totalmente confundido e misturado.

Nada mais esperado, pois com o passar do tempo, as pessoas vão evoluindo e a própria sociedade vislumbra pensamentos que antes não eram cogitados, mas que por diversos fatores passam a ser abordados. Então, começam os confrontos, a inegável vontade de contestação e à busca pela racionalidade.

Constata-se então, que o Código Francês teve seu surgimento baseado na ideologia da revolução francesa, respaldado em seus princípios: liberdade, igualdade e fraternidade. Ocorreu uma grande evolução na sociedade que não mais aceitava as injustiças impostas, buscando a sua melhoria.

Segundo Maria Helena Diniz (2011, p.27-29) o Código Civil Francês influenciou quase todas as legislações que estabeleceram como seu fundamento a culpa.

Portanto, vislumbra-se que as normas criadas por esse código revelaram um caráter surpreendente de modernidade, sendo responsável por servir de base e modelo para os demais códigos posteriores. O próprio Código Brasileiro foi bastante influenciado pelas ideologias contidas no Código Francês, onde a idéia geral das normas baseava-se na preocupação com o indivíduo, buscando sempre garantir seus direitos.

Logo, a mais notória evolução que se presenciou com o moderno direito francês foi o estudo dedicado ao novo elemento abordado da responsabilidade civil, a culpa, seja ela em sua forma mais tímida ou mais evidente.

Com o estudo voltado no elemento da culpa, observou-se agora que a regra inverteu-se. Segundo Flávio Tartuce (2010), se antigamente esse instituto não era levado em conta, hoje atua como regra geral, sendo a responsabilidade subjetiva a regra no nosso ordenamento, enquanto a responsabilidade objetiva atuará de forma excepcional.

O elemento subjetivo da culpa surgiu a fim de gerar um nexos causal entre o dano e a conduta da pessoa à vítima. Mas nem sempre o dano gera o dever de indenizar, pois podem existir causas que excluam essa responsabilidade.

Agora a culpa guiava o parâmetro de responsabilidade civil, onde esta deveria existir para que houvesse a reparação dos prejuízos causados.

No Direito Francês havia uma evidente distinção entre a responsabilidade penal e a responsabilidade civil, evidenciando assim a superação do problema existente pelos franceses.

## 2.4 Direito Português

A respeito da origem da responsabilidade civil no direito português, o que se percebe é pouco aprofundamento dos estudiosos em relação ao tema.

Pode-se invocar o estudo de Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 26):

Pouca notícia se tem do primitivo direito português. A mais antiga responsabiliza a invasão dos visigodos pela primitiva legislação soberana de Portugal, com acentuado cunho germânico, temperado pela influência do cristianismo.

Visto isso, podemos perceber os primeiros momentos onde a responsabilidade civil imerge no direito português.

É certo que nesse tempo, de início existia a problemática onde a responsabilidade penal e a responsabilidade civil ainda não eram separadas, havia uma grande confusão na aplicação dessas, e muitas vezes essas acabavam sendo confundidas no momento da aplicação da pena.

Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 27), ainda nos revela que: “Após a invasão árabe, a reparação pecuniária passou a ser aplicada paralelamente às penas corporais”.

Agora surgem tratamentos diferentes, com a utilização do dinheiro, tendo caráter reparatório e punitivo, existindo ainda as penas que recaiam diretamente ao indivíduo causador do dano.

Presencia-se ainda que embora houvesse o surgimento dessa particularidade da pena pecuniária, podendo a moeda ser objeto das penas, havia uma confusão muito grande ao se distinguir pena, multa e a reparação.

## **2.5 Direito Brasileiro**

A responsabilidade civil teve sua origem no Brasil de forma primordial como nos outros países apresentados, onde o agente respondia à pena com seu próprio corpo.

Podemos verificar que no início, a responsabilidade penal era muito confundida ainda com a responsabilidade civil. O Código Criminal de 1830 foi realizado segundo a vontade do Império. Neste Código havia previsões de situações que geravam reparações pecuniárias, mas esta dependia ainda de uma prévia condenação criminal. (GONÇALVES, 2010, p.27).

Logo, percebe-se que a responsabilidade cível e a criminal encontravam-se intimamente ligadas, visto que uma era pressuposto da outra.

Somente com o passar do tempo que essa idéia evoluiu, e então passou a pensar na possibilidade dessas atuarem de forma independente.

A discussão acerca da possibilidade de indenização por dano moral no Direito Brasileiro surgiu com a Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916.

O surgimento deste tão consagrado código representou uma grande evolução para a sociedade em geral. Pois consagrou princípios que até então eram somente vagos e incertos.

O pioneiro Código Civil adotou a responsabilidade civil subjetiva, ou seja, somente ocorreria o dever de indenizar se fosse constatada a culpa, pressuposto essencial para a caracterização da obrigação de reparar o dano, como consta o artigo 159 do referido Código Civil de 1916: “Aquele que, por ação ou

omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Não obstante a redação desse dispositivo, o entendimento da doutrina e jurisprudência pátria, era da impossibilidade da reparação do dano exclusivamente moral.

Verifica-se então que neste período a espécie de culpa abrangia a conduta, seja ela dolosa ou culposa, em suas diversas espécies, como a negligência, imprudência ou mesmo a imperícia de forma implícita. A constatação de qualquer das modalidades culposas já vinculava o indivíduo ao dever de indenizar a vítima. Buscava-se com isto a justiça social. Eram poucos casos onde o legislador presumia a culpa do agente causador do dano.

Com o advento da Constituição de 1988, outros institutos passaram a assegurar a indenização por dano moral, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), no seu artigo 17 e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), nos seus artigos 6º, incisos VI e VII.

Ocorreu ainda a reforma do Código Civil de 1916 para o atual Código Civil (Lei nº 10.406/02). Este visou garantir uma maior proteção as vítimas do evento danoso, preocupando-se o legislador com a questão da prova de culpa, fazendo algumas reformas importantes no que paira a responsabilidade civil.

Atualmente a responsabilidade civil subjetiva ainda atua como regra, necessitando a comprovação da culpa para que o lesante responda com seu patrimônio.

Mas uma grande consideração que temos que fazer, é em relação à teoria da culpa presumida, expressamente adotada no novo código civil, onde ocorre uma inversão do ônus da prova.

Se anteriormente era a vítima quem necessitava provar a culpa do autor, agora, com a inversão do ônus da prova, esta passa a ser uma obrigação do suposto causador do dano, que terá que provar que não agiu por qualquer modalidade de culpa, apresentando provas que tomou os devidos cuidados, e que o dano gerado foi uma fatalidade, excluindo assim a sua culpa e responsabilidade.

Agora, o novo ordenamento prevê situações onde o dano deverá ser reparado, mesmo que a atividade for reconhecidamente lícita e aceita na sociedade, é o caso da teoria do risco, adotada pelo Código Civil.

As modificações consideradas revelam uma forte tendência de abordar a responsabilidade civil objetiva e estendê-la aos mais variados casos possíveis de amparo legal. Assim, verifica-se uma retórica volta aos tempos antigos, onde a responsabilidade objetiva atuava como regra, mas a pena recaía sobre o próprio indivíduo.

### **3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

O tema a ser abordado revela as iminentes situações que cada indivíduo está sujeito no dia a dia. O assunto desperta interesse pela demanda cada vez maior de ações nos Tribunais, visando a aplicação e o reconhecimento desse direito que resguarda o indivíduo que foi prejudicado na esfera cível. A questão sofre constantes debates devido às transformações e inovações que vão surgindo com o decorrer do tempo na própria sociedade.

É certo que a Carta Magna garante a todos o direito de liberdade, que é inerente a cada indivíduo, mas todos estão sujeitos a agir de acordo com o ordenamento jurídico, devendo observar as regras de convívio social, caracterizando-se um ilícito quando no seu descumprimento, cogitando-se uma responsabilização.

Para que a sociedade viva em harmonia, o legislador se viu na necessidade de regulamentar a situação do dano e do prejuízo, implementando leis que abordassem o assunto, para que o dano fosse devidamente reparado, e não ficasse o lesado à mercê da boa vontade do agente causador do dano.

Para tal situação é primordial a compreensão da responsabilidade civil.

#### **3.1 Conceito e Natureza Jurídica**

A responsabilidade civil está regulamentada no artigo 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” e ainda no artigo 927: “Aquele que por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Através da interpretação dos dispositivos acima mencionados, pode-se concluir que a responsabilidade civil nada mais é que uma obrigação de reparação que a lei impõe ao sujeito que por culpa ou omissão tenha causado dano a terceiro.

A responsabilidade civil pressupõe a reparação do dano pelo agente que praticou a ação ou omissão, através da culpa ou dolo, devendo existir o nexo de causalidade que poderá envolver a conduta comissiva ou omissiva.

A responsabilidade civil é conceituada segundo Maria Helena Diniz (2011, p.51) como:

[...] aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa à ela pertencente ou por simples imposição legal.

Vislumbra-se então, que a responsabilidade civil consiste em uma obrigação de ressarcir o dano, quando possível. Também serve de exemplo para demais indivíduos, de forma preventiva, garantindo a aplicabilidade da lei, além de restaurar os danos que o lesado sofreu, atuando também como uma sanção civil.

Quanto à natureza jurídica, segundo os ensinamentos de Maria Helena Diniz (2011, p.24-25): “Responsabilidade civil constitui uma sanção civil, por decorrer de infração de norma de direito privado, cujo o objetivo é o interesse particular, e, em sua natureza, é compensatória, por abranger indenização ou reparação de dano causado por ato ilícito, contratual ou extracontratual e por ato ilícito”.

Como se observa a responsabilidade civil é considerada uma sanção, que pode assumir um caráter compensatório, indenizatório ou de reparação.

Visto isto, passasse a análise da finalidade da responsabilidade civil, que visa restabelecer a situação anterior, ou na sua impossibilidade, indenizar os prejuízos.

## **3.2 Finalidade**

Em relação à finalidade da responsabilidade civil, pode-se constatar que esta foi criada com o objetivo de restabelecer o *status quo ante* daquele que foi prejudicado, claro que sempre na medida em que for possível, pois existirá situação que devido a própria natureza do dano não poderá ser restituído.

O instituto da responsabilidade civil visa restabelecer um equilíbrio social, a fim de que a pessoa lesada não tenha que suportar os prejuízos pelo fato de terceiro ter dado causa.

Ao analisar os tipos de responsabilidade, pode-se dividi-la em contratual e extracontratual.

## **3.3 Da Classificação**

A noção de responsabilidade civil pressupõe entender sua classificação, que abrange sua divisão, elementos, espécies, conforme será abordado a seguir.

### **3.3.1 Responsabilidade contratual e extracontratual**

A responsabilidade civil divide-se em contratual e extracontratual ou aquiliana. A primeira pressupõe um contrato previamente estabelecido entre as partes, em que o dano será decorrente da não observância do que ficou acordado, e via de regra, não dependerá de comprovação da culpa do agente, pois esta será

presumida. Já a responsabilidade extracontratual, decorre da lei, necessitando a comprovação da culpa e o dano sofrido.

Neste estudo, interessa mais especificamente a responsabilidade extracontratual, que é a decorrente da lei, de um dever que o regramento jurídico impõe ao agente, envolvendo atos comissivos ou omissivos, estabelecendo um liame entre as partes. Não é decorrente de um contrato, mas de um fato/acontecimento, pressupondo a culpa do autor e o dano sofrido.

Ao se tratar da responsabilidade civil, faz-se necessário avaliar as suas espécies, que se diferenciam em objetiva e subjetiva, compreendendo a questão da culpa.

### **3.3.2 Responsabilidade objetiva e subjetiva**

A diferenciação entre essas duas espécies de responsabilidade consiste particularmente no elemento subjetivo da culpa.

Enquanto na responsabilidade civil subjetiva, a culpa ou o dolo é requisito necessário para configurar o dever da responsabilidade, na objetiva dispensa-se esse elemento, ou seja, ele não será requisito para se responsabilizar o agente, é indiferente a presença da culpa ou não.

Segundo Arnold Wald (2011, p.172):

A responsabilidade subjetiva, deflui da aptidão do ser humano de pautar a sua conduta, na vida social, de acordo com os padrões legalmente fixados. O desvio de conduta, ou seja, a violação da norma legal, especialmente se havia possibilidade de evitá-la, constitui a culpa.

Para efeito deste estudo, interessa a responsabilidade subjetiva ou aquiliana, que pressupõe a violação de um dever negativo, obrigação de não causar dano a alguém.

Visto isso, para melhor compreensão do tema, é cogente uma análise mais aprofundada quanto aos elementos que caracterizam a responsabilidade civil.

### **3.4 Elementos**

Nesse momento, será analisado os elementos para que o dano seja reparado. Para a responsabilidade civil subjetiva é fundamental a presença dos quatro elementos: uma ação ou omissão, a culpa no sentido *lato sensu* (culpa e dolo), o dano, e um nexo causal.

Já na responsabilidade civil objetiva o elemento culpa não é um requisito, restando somente a necessidade de se comprovar a conduta, dano e o nexo causal.

É de extrema importância o conhecimento dos elementos na responsabilidade, pois na falta de um deles, não há de se falar em dever de reparar, assim todos os elementos deverão estar presentes. Passará a ser analisado cada um dos pressupostos da responsabilidade civil.

#### **3.4.1 Conduta**

Para a configuração da responsabilidade civil subjetiva é necessário a existência do ato ilícito, que pressupõe uma ação ou omissão, contrária ao ordenamento jurídico, que cause dano ao outrem.

Aqui, vale ressaltar que existe a conduta desempenhada pela própria causadora do dano (responsabilidade direta), e aquele que foi fruto de ato praticado por terceiro (responsabilidade indireta).

O legislador tomou o cuidado em tratar não só da responsabilidade civil por ato próprio, mas também aquela por ato de terceiro, também chamada de responsabilidade indireta, que é aquela em que o indivíduo será responsável por algo que não praticou, mas devido a uma imposição legal, deverá ele ser o responsável, recaindo sobre ele a obrigação de assumir o dano, seja de forma exclusiva ou juntamente com o causador.

Resta compreender que a ação remete um ato positivo, um agir, algo que se materializa, enquanto a omissão é um ato negativo, algo que deixou de fazer.

A ação é mais fácil de ser compreendida, pois ela se exterioriza no fazer, no ato humano.

Conforme Maria Helena Diniz (2011, p.56):

A ação, fato gerador da responsabilidade, poderá ser ilícita ou lícita. A responsabilidade decorrente de ato ilícito baseia-se na idéia de culpa, e a responsabilidade sem culpa funda-se no risco, que se vem impondo na atualidade, principalmente ante a insuficiência da culpa para solucionar todos os danos. O comportamento do agente poderá ser uma comissão ou uma omissão. A comissão vem a ser a prática de um ato que não deveria se efetivar, e a omissão, a não observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se.

Observa-se que ao se falar em omissão deverá se pensar na pessoa que se omitiu quando tinha a obrigação de agir e não o fez, gerando um dano. Esse dever de agir pode advir de uma obrigação legal, contratual ou mesmo profissional. Ressalta-se que não é uma faculdade, mas um dever de agir.

Transcreve-se aqui o pensamento de Flávio Tartuce (2009, p.355):

[...] para a configuração da omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado ato, bem como a prova de que a conduta não foi praticada. Em reforço, para a omissão é necessária ainda a demonstração de que, caso a conduta fosse praticada, o dano poderia ter sido evitado.

Como se observa, a omissão é relevante quando a lei exige uma conduta do sujeito, que no seu descumprimento poderá acarretar danos a outrem, sendo tal fato passível de reparação, como se analisa a seguir.

### 3.4.2 Dano

O dano é elemento essencial da responsabilidade civil, ele se divide em dano patrimonial e extrapatrimonial. Assim, a primeira coisa que deverá ser avaliada ao falar do tema é a presença ou não desse elemento. Se for constatado o dano, poderá ser feita a análise dos demais elementos, mas se este for ausente, os outros elementos da responsabilidade sequer serão cogitados.

Conforme complementa Flávio Tartuce (2002, p.382) “Em regra, não há responsabilidade civil sem dano, cabendo o ônus de sua prova ao autor da demanda”.

Aqui, nota-se como a constatação do dano é importante e as consequências que a partir dele poderão advir.

Faz-se necessário a comprovação do dano, seja ele na esfera patrimonial ou moral. Ressalta-se que ao se falar no dano patrimonial, poderá se pensar de imediato no ressarcimento do prejuízo, enquanto o dano moral, por envolver a esfera psíquica, irá visar a recomposição da pessoa lesada.

O dano moral está previsto no artigo 5º, V e X da Constituição Federal e no artigo 186 do Código Civil, sendo decorrente da lesão psíquica, pois afere o íntimo do indivíduo, causando um transtorno mental para aquele ser, atingindo seus direitos de personalidade.

Porém, é devido saber que o dano deve estar diretamente relacionado com a conduta praticada, sendo o nexos causal exigível para configurar o dever de reparar.

### 3.4.3 Nexo causal

Esse pressuposto, como o próprio nome revela, é o liame que ligar a conduta do agente ao dano. É um requisito lógico, relacionando os outros dois elementos acima abordados, pois pode haver a conduta contrária ao direito por parte de uma pessoa e um dano, mas não haver nenhuma ligação entre eles.

Júlio César Rossi e Maria Paula Cassone Rossi (2011, p.43) complementam o entendimento com a conceituação do nexa causal:

Também denominado *relação de causalidade* ou *nexo etiológico*, é por definição, o liame que une a conduta do agente ao dano produzido, através do qual é determinada a responsabilização do agente, seja nos casos de relação obrigacional originada em contrato, seja em razão de ofensa à lei. (Grifo do autor).

Pondera-se que somente deverão ser levadas em consideração as causas que evidentemente atuaram no resultado, sua interferência tem que ser clara, sempre questionando se aquela causa era apta para produzir o dano ou não.

Silvio de Salvo Venosa (2007, p.46), aduz que:

O que importa é estabelecer em face do direito positivo, que houve uma violação de direito alheio e um dano, e que existe um nexa causal, ainda que presumido, entre um e outro. Ao juiz cumpre decidir com base nas provas que ao demandante cumpre produzir.

Desta forma, o liame estabelecido entre a conduta do agente e o dano suportado, pressupõe ainda, o elemento culpa, primordial na responsabilidade civil subjetiva.

### 3.4.4 Culpa genérica

A modalidade de culpa abordada na responsabilidade civil subjetiva é a *lato sensu*, ou seja, aqui se engloba tanto o dolo quanto a culpa estrita.

Maria Helena Diniz, (2002, p.40) apresenta uma distinção para o dolo e a culpa, com os seguintes dizeres:

A culpa em sentido amplo, como violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela, compreende: o dolo, que a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever.

Denota-se que dolo é a intenção, a vontade livre e consciente, enquanto a culpa deriva de um ato involuntário, o sujeito não tem a intenção, mas mesmo assim ocorre o resultado final não desejado.

Com enfoque na culpa, percebe-se que ela exige 2 elementos para sua caracterização, a previsibilidade e a evitabilidade.

Na previsibilidade estabelece-se por base o homem médio, ou seja, se era possível uma pessoa normal prever aquele resultado danoso.

Já a evitabilidade é diferente, pois irá ser analisado se aquele resultado podia ser evitado, ou seja, se a pessoa podia evitar e não evitou.

A culpa pode ser dividida em diversos graus: grave, leve e levíssima, que irão influenciar diretamente na questão punitiva, no momento do juiz arbitrar o valor da indenização.

Partindo do estudo da responsabilidade civil, será a seguir analisada sua relação no instituto da Filiação, que pressupõe direitos e deveres.

## 4 DA FILIAÇÃO

A filiação tem sido debatida através dos diversos ordenamentos jurídicos brasileiros. No passado discutia-se a respeito da existência ou não de se reconhecer a filiação em decorrência de uma relação extraconjugal, sendo que tais situações desencadeavam reflexos diretos na vida destes filhos.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, ocorreram mudanças significativas na interpretação dos direitos de filiação, através do princípio fundamental da igualdade, dignidade humana, além do princípio constitucional da absoluta isonomia entre os filhos, não podendo existir qualquer discriminação entre eles. Agora não se distingue mais os filhos havidos na relação conjugal ou extraconjugal.

Através do Código Civil de 2002, já não se discute mais se os descendentes têm o mesmo sangue, ou se são provenientes de uma relação extraconjugal, o que se visa é a proteção da pessoa humana.

Maria Helena Diniz (2007, p.42) conceitua a filiação da seguinte forma: “Filiação é o vínculo existente entre pais e filhos, tratando-se de parentesco em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida”.

São diversos os institutos que buscam a manutenção da relação familiar, devido à importância que exerce o tema no cotidiano.

Paulo Nader (2005, p.20) expõe o escopo da instituição familiar, conceituando o direito de família:

Direito de Família é o sub-ramo do direito civil, que dispõe sobre as entidades formadas por vínculos de parentesco ou por pessoas naturais, que se propõe a cultivar entre si uma comunhão de interesses afetivos e assistenciais.

Através do Ordenamento Jurídico Brasileiro, a filiação foi abordada sob diferentes enfoques legais e conseqüentes responsabilidades.

#### 4.1 Sob o Ponto de Vista da Constituição Federal

Através do artigo 226 da Carta Magna, a família exerce um papel fundamental na sociedade, e dessa forma recebe uma proteção do Estado. Enquanto o artigo 227 desse mesmo ordenamento prevê o direito de filiação, entendendo a família como a base da sociedade, estabelecendo:

**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, a profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, a liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão

Denota-se através do artigo a responsabilidade da família perante a criança e o adolescente, que devem ser assegurados com prioridade.

Através do parágrafo 4º do artigo 226, compreende-se a entidade familiar como aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Vale destacar o parágrafo 7º do artigo 226, que prevê a fundamentação da responsabilidade da família decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, proporcionando o melhor interesse da criança, que deve ser criada a luz do que estabelece a legislação, respeitando os limites de cada indivíduo, e sempre na busca da melhor maneira de criar e fazer com que a criança progrida no meio em que se vive.

Renato Maia (2008, p.37), ensina que:

O legislador constituinte reservou tratamento especial à filiação, primeiro em relação aos direitos destinados a assegurar aos filhos um mínimo de condições para o desenvolvimento natural e sadio de suas potencialidades, devendo ser respeitados, não só pelos seus pais, mas também, por toda a família, a sociedade e o Estado, a fim de que o menor cresça, e se forme com dignidade e respeito, assegurando-lhe assim, higidez moral, psíquica e física, para que este possa vir e integrar-se à sociedade, como elemento útil e adaptado.

Verifica então, que a preocupação com a formação do indivíduo é clara, para que essa nova pessoa receba a devida educação e cuidados necessários, preocupou-se o constituinte em regulamentar os direitos indispensáveis, que deverão ser oferecidos a esse novo ser.

Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira (2002, p.93), ensinam um pouco mais da importância da família, ao lecionarem que:

As relações familiares, portanto, são funcionalizadas em razão da dignidade de cada partícipe. A efetividade das normas constitucionais implica a defesa das instituições sociais que cumpram o seu papel maior. A dignidade da pessoa humana, colocada no ápice do ordenamento jurídico, encontra na família o solo apropriado para o seu enraizamento e desenvolvimento; daí a ordem constitucional dirigida ao Estado no sentido de dar especial e efetiva proteção à família, independente de sua espécie. Propõe-se, por intermédio da repersonalização das entidades familiares, preservar e desenvolver as qualidades mais relevantes entre os familiares: o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe, com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.

Verifica-se nesse sentido a afirmação do doutrinador Renato Maia (2008, p.38) que apresentou as inovações e princípios trazidos pela Constituição de 1988: “Saltam do texto constitucional dois importantes princípios: o da igualdade dos filhos e o da paternidade responsável”.

Reforçando mais uma vez que os filhos deverão receber os mesmos tratamentos, é uma garantia que a lei impõe e junto à ela traz as obrigações dos pais, em que estes deverão estar cientes da responsabilidade que lhes cabem por trazer um novo indivíduo ao mundo.

O Estatuto da Criança e do Adolescente vem reforçar tais fundamentos.

## 4.2 Sob o Ponto de Vista do Estatuto da Criança e do Adolescente

A lei nº 8.069 de 1990 foi criada com o objetivo de proteger e garantir os direitos da criança e do adolescente. Ela cuidou do aspecto familiar, visto ser este um direito que merece atenção, devido às diretrizes que a vida do menor poderá rumar.

Roberto João Elias (2005, p.1) manifesta: “O ECA é aplicado a todas as crianças e adolescentes, independente da situação.

Averigua-se que é notória a preocupação que se tem com o menor, o que é devido, pois esses encontram-se em processo de desenvolvimento e devem ter seus direitos respeitados e serão responsáveis pelo futuro da nação.

O artigo 4º do ECA vem complementar o que estabelece o artigo 227 da CF, com a seguinte norma:

**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.

Aqui, nota-se que o legislador tratou dos direitos personalíssimos, estabelecendo a obrigatoriedade de todos em respeitá-los e garantir sua efetivação, ampliando a competência, não só as pessoas da própria relação de fato, mas também instruiu o dever do Poder Público em assegurar o efetivo cumprimento dessas garantias. Com isso, os direitos deixaram de ser mera faculdade, passando a ser obrigatória sua observância, não somente pelos membros da família, pelo Estado, mas também por toda a coletividade.

O artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente regulamenta o assunto afirmando que: “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”.

Esse direito é tão importante que a própria lei ressalta que será ele imprescritível, ou seja, o direito de filiação não prescreve, pode o filho entrar com ação de investigação de paternidade a qualquer momento, não tem prazo a ser respeitado, devido a sua importância, é ele essencial a qualquer indivíduo, podendo ele a qualquer tempo ter reconhecida sua origem e junto receber todas as garantias dele decorrentes.

O Estatuto, portanto, cuidou de forma mais detalhada quanto aos aspectos voltados à criança e ao adolescente, preocupou-se com essa classe hipossuficiente, dando-lhe maior proteção.

### **4.3 Sob o Prisma do Código Civil**

O Código Civil atual veio reforçar a previsão legal instituída no Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como os da Carta Magna, garantindo os direitos personalíssimos.

O novo Código Civil, transcreveu o parágrafo 6º do artigo 227 para o seu texto, previsto no artigo 1.596, com isto, reforçou-se a idéia do que a Lei Máxima já previa, ou seja, que não haverá distinção entre filhos.

Tanto é assim, que o artigo 1.609 do CC estabelece que “O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável [...]”.

Logo, todos têm direito de ter sua filiação reconhecida, pois no mundo moderno em que se vive, no qual as idéias antigas discriminatórias se mostram ultrapassadas, é inadmissível que haja qualquer tipo de restrição aos direitos dos filhos gerados fora do casamento ou não.

Têm-se o direito de filiação como algo indisponível, ou seja, não depende da vontade do sujeito, não poderá seu detentor dispor desse direito, trata-se de um direito que lhe é garantido e está acima de sua própria liberdade de escolha de querê-lo ou não.

Há de se atentar que a filiação engloba uma relação entre as partes e pressupõe algumas implicações jurídicas e sociais. A sua inobservância poderá acarretar danos que poderão ser objetos de responsabilidade civil, cabendo a devida reparação.

#### **4.4 Filiação e suas Implicações**

Sabe-se que a filiação nada mais é que a relação estabelecida entre os pais e filhos, com real enfoque nos interesses do filho.

Nota-se a observação de Renato Maia (2008, p.53):

Toda pessoa que nasce biologicamente, sempre tem pai e mãe, mas, nem sempre o vínculo jurídico da filiação está estabelecido, ou ao menos, não está estabelecido da melhor maneira para o próprio filho. Há também, a filiação estabelecida por força de lei, ou filiação civil, que se origina do instituto da adoção, onde o vínculo de parentesco se firma produzindo todos os efeitos da filiação natural ou biológica, sem nenhuma relação de consangüinidade.

Procura-se garantir aos filhos o direito à filiação, visando sempre o melhor interesse da criança. Acrescenta-se também, que não é o fato de ter o mesmo sangue que irá definir a relação de filiação, pois conforme visto, existem outras possibilidades de se estabelecer a relação de filiação, como por exemplo a adoção, onde os sujeitos da relação não têm a descendência biológica, mas terão reconhecido o estado de filiação.

Assim, feita uma abordagem geral, conclui-se que é inegável o direito da criança em buscar suas origens, e ter ela reconhecida no âmbito legal.

Os pais não podem negar à criança o reconhecimento da filiação, pois como já visto, a questão é tratada no âmbito constitucional.

Percebe-se que está intimamente ligado o direito de filiação com o poder familiar, que será abordado em seguida.

## 5 DO PODER FAMILIAR

Superado o tema quanto à filiação, conseqüentemente sobrevém a necessidade de abranger a questão do Poder Familiar, pois este, está intimamente ligado com a relação familiar, abrange os direitos e deveres tanto dos pais quanto dos filhos, lembrando que o filho tem uma proteção maior perante o ordenamento, visto encontrar-se em fase de desenvolvimento psíquico e emocional, requerendo uma tutela do estado para sua proteção integral.

O Código Civil de 1916 estabelecia o instituto do Pátrio Poder, cabendo aos pais a direção do lar, com o auxílio da mãe; situação esta que foi modificada pela Constituição Federal, ao prescrever a isonomia e igualdade entre os pais. O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente também enfatizou e reforçou tal posicionamento, com direitos e deveres equivalentes entre os pais.

O instituto do Poder Familiar previsto no Código Civil atual assumiu um caráter de dever, destacando as obrigações dos pais em relação aos filhos menores e incapazes, quanto à sua criação e desenvolvimento, envolvendo ainda a responsabilidade na administração de seus eventuais bens.

Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva (2012, p. 499), interpretando Charmont (s.d, p.8), conclui:

Sintetizando, poderemos asseverar que, na hora presente, o Poder Familiar é encarado como complexo de deveres, ou melhor, como direito concedido aos pais para cumprirem um dever. Deixou de ser, assim, direito estabelecido em favor dos genitores e no interesse de quem o exerce, para transformar-se em dever de proteção e direção, um meio que tem o pai e mãe para cumprir seus deveres.

É um dever de todos os genitores garantir a esse novo ser os direitos essenciais à sua formação e desenvolvimento, é uma obrigação dos pais atender as necessidades dos filhos, educá-los, garantir sua subsistência, ampará-lo, dar carinho, afeto, ou seja, garantir-lhe o cuidado.

Ressalta-se aqui, que é uma obrigação dos pais, ou seja, independe da vontade dele, é um dever. Visou-se o legislador a proteção da criança, para que a mesma não ficasse desamparada e a mercê da própria sorte. Deverá os pais dar a ela toda a base e estrutura necessária para que a mesma possa crescer e se desenvolver de forma saudável.

As regras gerais quanto ao tema está devidamente regulamentada nos artigos 1.630 a 1.633 do Código Civil, enquanto os demais incisos abordam particularidades do assunto.

Quanto às peculiaridades que regem o tema, faz jus a lição de Dimas Messias de Carvalho (2009, p.373):

O poder familiar é exercido no proveito, interesse e proteção dos filhos menores, resulta da necessidade natural do ser humano que precisa, durante sua infância, de alguém que o crie, eduque, ampare, defenda, guarde e cuide de seus interesses, regendo sua pessoa e seus bens, razão da intervenção do Estado para submeter o exercício do poder familiar à sua fiscalização e controle, limitando o poder, restringindo o uso e o direito dos pais.

Com isso, nota-se que os pais terão o principal papel de criar os filhos, eles são encarregados de passarem valores éticos, morais, prestar a devida educação aos filhos.

Ainda, quanto à titularidade de exercício do poder familiar, percebe-se que ele será exercido, via de regra, em igualdade de condições pelo pai e mãe. Não há aqui uma hierarquia de um sob outro, tendo os dois o poder e porque não dizer o dever parental, observando sempre o que disciplina o artigo 21 do ECA e artigo 1.631 do Código Civil.

Geralmente os casais separados, ou aqueles que nem ao menos chegaram a ser um casal e acabaram tendo um filho, têm mais dificuldades em assumir as responsabilidades que incumbem aos pais, e para evitar tal situação se faz necessária a intervenção do Estado, para que esse possa exigir o cumprimento dos pais com seus deveres.

Segundo Eliana Riberti Nazareth (2005, p.89):

[...] O privado e familiar tornam-se o espaço privilegiado em que se dão as experiências emocionais mais importantes [...]. As ligações entre os membros da família se fortalecem em laços emocionais e em interesses semelhantes. Os espaços se definem mais e mais, as crianças começam a ter identidade própria, a divisão de atribuições masculinas e femininas é clara [...].

Denota-se, portanto, que a criança irá formular sua base moral e psicológica através dos ensinamentos e exemplos de suas figuras paternas. É uma grande responsabilidade que recai sobre os genitores da criança, pois eles terão a obrigação de prepará-la para a vida, acrescentar valores positivos, ensinar o certo e o errado.

Essa situação fica mais complicada e prejudicada ao analisar os casos em que os próprios pais se desincumbem da responsabilidade que lhe é atribuída, deixando a criança à sua própria sorte.

Conclui-se que é no âmbito familiar que a identidade da criança será construída, recaindo aos pais o encargo de proteger o filho nessa fase da vida.

Não se exige é claro que os pais sejam perfeitos, pois isso seria algo impossível, devido à própria essência humana que está sujeita ao erro. Mas o que é necessário analisar é a obrigação dos pais em ter o mínimo de conscientização do seu dever de educar e criar o filho, ou seja, o dever de cuidado, que envolve ampará-lo, dar-lhe afeto, amor, carinho, elementos esses essenciais para a formação sadia da criança.

A seguir passará a análise das funções que o pai exerce na vida do filho, destacando-se a importância das figuras paterna e materna.

## 5.1 As Funções Parentais

Os pais são encarregados de criar adequadamente seus filhos e nesse ínterim eles têm diversas funções como progenitores

Percebe-se que não basta gerar o indivíduo e reconhecer a sua paternidade e pagar a pensão alimentícia, é necessário merecer a qualidade de pai, que somente será possível se este desempenhar seu papel adequadamente.

Segundo Juliane Fernandes Queiroz (2001, p.50): “A qualidade de pai não decorre da natureza, pois apenas ante ao fato biológico do nascimento, o genitor pode não assumir todos os encargos; ou mesmo nenhum daqueles atribuídos pela função paterna”.

Então, segundo o que se observa, é que ser pai vai muito mais além que um vínculo sanguíneo ou civil, é necessário que o sujeito atue como tal.

Sob o ponto de vista psicológico, a função do pai não se restringe somente as questões materiais, ou seja, prestar alimentos e manter a subsistência do filho. Vai muito mais além, engloba-se aqui também a questão do afeto. É o carinho, amor e a convivência entre os dois lados - pais e filhos, que irão caracterizar a verdadeira relação de parentesco. É essencial que haja esse vínculo afetivo entre os sujeitos que compõe a família, que serão construídos com a convivência.

Segundo Patrícia Pimentel de O. Chambers Ramos (2005,p.103):

A moderna visão de autoridade parental exige que ambos os pais se façam presentes na vida de seus filhos ainda que sejam separados e haja conflito familiar entre eles [...] é preciso convívio, interação, troca de experiências, atenção e responsabilidade por ter trazido ao mundo um ser humano que não pediu para nascer. [...] Assim a educação do filho, como uma das facetas dos deveres decorrentes do poder familiar, não consiste apenas na obrigação de zelar para que o filho receba instrução escolar ou profissional. Consiste também na transmissão de valores morais e éticos.

Como se percebe, os pais devem buscar a promoção e desenvolvimento da personalidade do filho, visando a sua educação e criação,

respeitando-se a sua individualidade e integridade, pautando-se numa relação de afeto.

Segundo o entendimento contido no acórdão:

[...] atitudes de não-cuidado ou ser des-cuidado em situação de dependência e carência que desenvolvem sentimentos, tais como, de se sentir impotente, ter perdas e ser traído por aqueles que acreditava que iriam cuidá-lo. Situações graves de desatenção e de não-cuidado são relatadas como sentimentos de alienação e perda de identidade [...] Essa experiência torna-se uma cicatriz que, embora possa ser esquecida, permanece latente na memória. (STJSP 3ª Turma Recurso Especial nº 1.159.242/SP (2009/0193701-9) Rel. Min. Nancy Andrighi)

Tal a importância das funções parentais, que no seu descumprimento existe a previsão legal das sanções, como por exemplo, a destituição do poder familiar e colocação em família substituta, além da repercussão na esfera criminal do genitor que abandonar material ou intelectualmente o filho.

Segundo Silvio de Salvo Venosa (2008, p. 302-303): “[...] sob certas condições o abandono afetivo e intelectual pode acarretar responsabilidade civil que deságua em uma indenização”.

Com isso percebe-se que é função dos pais, oferecer um ambiente familiar saudável aos seus filhos, a fim de fornecer a eles tudo aquilo que se mostra indispensável na formação da pessoa.

Observe que Roberto João Elias (2005, p.21) afirma: “Nenhuma outra instituição, por melhor que seja, pode substituir a família na criação do ser humano”.

Expostas algumas das funções gerais que se espera dos pais, passará a análise de algumas das garantias da criança e do adolescente, previstas legalmente.

## 5.2 Os Deveres dos Pais e os Direitos das Crianças e dos Adolescentes

Os direitos fundamentais da criança e dos adolescentes são tratados no artigo 6º da Constituição Federal, que cuida dos direitos sociais, revelando de forma expressa sua preocupação com a infância, como a seguir se observa:

**Art. 6º:** São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção a maternidade e a infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Esses direitos previstos recaem sobre todos os indivíduos, inclusive às crianças, alguns deles elencados no artigo 227 da Carta Magna.

São inúmeras as garantias que recaem na fase da infância, sendo essas essenciais para o crescimento e amadurecimento de qualquer jovem. Destaca-se o direito ao lazer, à convivência familiar, e o respeito garantido a essa categoria. Essas são previsões que vão muito mais além da subsistência do indivíduo no mundo, buscou-se aqui o crescimento e evolução do íntimo da criança, direcionou-se uma atenção maior quanto ao seu emocional.

Ainda, o artigo 229 da Lei Máxima, cuidou mais especificamente dos deveres dos pais, como se pode visualizar: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores [...]”.

Evidencia-se a preocupação que teve o legislador em prever expressamente as obrigações legais dos pais perante os filhos, garantindo a sua manutenção e desenvolvimento. Tanto é evidente essa responsabilidade que estabeleceu como meio de coerção a prisão civil para o seu descumprimento.

O Código Civil também cuidou de elencar alguns direitos e deveres que se exige do pai perante seus filhos, esses se encontram no artigo 1.634.

Artigo 1634, “caput”: “Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores”.

“I – dirigir-lhes a criação e educação;”

Aqui, reforçou-se a idéia já prevista no artigo 229 da Constituição Federal, esse inciso também é normatizado pelo artigo 22 da Lei nº 8.069/90.

É permitido que os pais eduquem os filhos da forma que considerem correta, desde que o façam em conformidade com os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente, utilizando-se dos meios moderados e sem extrapolar na maneira de discipliná-los.

“II – tê-los em sua companhia e guarda;”

Trata-se de direito diretamente ligado com o inciso anterior, pois para que os pais possam exercer os direitos garantidos aos menores, é indispensável que tenham eles em sua companhia, para que então estabeleçam as regras, os ensinem adequadamente e os corrijam quando necessário. Sendo condição ter a criança perto de si, para que possam a observar, estar junto à ela, passando-lhe os valores indispensáveis.

Os pais deverão exercer o dever de guarda ou fiscalização perante os filhos, no sentido de vigiá-los, acompanhá-los, estar presente.

O artigo 1.634 ainda dispõe no restante de seus incisos:

**Art. 1634:** [...]

[...]

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

**IV** – 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;

**V** – representá-los, até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

**VI** – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

**VII** – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição:

[...]

Como se observa nos incisos citados, o Poder Familiar engloba direitos e deveres, tais como representação, assistência e principalmente condução desse filho através dos cuidados fundamentais para o seu desenvolvimento.

Insta aqui transcrever também o artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “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”.

Com isso, denota-se que os deveres dos pais estão intimamente ligados com os direitos da criança; Se por um lado os genitores têm o dever de agir em acordo com o que determinada à lei, os menores também tem o direito de receber aquele tratamento.

Observa-se que os direitos da criança e dos adolescentes decorreram em grande parte dos princípios fundamentais do Direito Brasileiro, que serão a seguir abordados.

## 6 DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

O sistema constitucional estabelece direitos fundamentais destinados as crianças e adolescentes, entre eles o direito à vida, educação, saúde, habitação, convivência familiar e comunitária, cultura, esporte e lazer, entre outros.

O direito fundamental pressupõe o desenvolvimento da pessoa humana em seus aspectos físicos, mental, espiritual e social. Segundo Munir Cury (2002, p.18-19) é toda sociedade quem se beneficiará do bom tratamento dispensado às crianças e adolescentes, podendo ser prejudicada ainda quando esta criança ou adolescente adotarem comportamento prejudicial à convivência.

O Estatuto da Criança e do Adolescente no seu artigo abaixo elencado repete o disposto constitucional no que tange aos direitos e garantias fundamentais da pessoa.

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

Feita a interpretação do que dispõe o regramento acima, compreende-se que estes direitos deverão ser interpretados juntamente com alguns artigos constitucionais, como o artigo 5º da Carta Magna, onde todos os direitos fundamentais recairão sobre a criança e ao adolescente, buscando-se assegurar que ela tenha sua identidade formada de maneira que a complete, para que na infância possa progredir em todos os aspectos, não só físicos como psíquicos, garantindo a sua dignidade como pessoa humana.

## 6.1 Da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é direito consagrado pelo artigo 1º da Constituição Federal de 1988, e previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e também na Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecido como Pacto San José da Costa Rica. Com isso nota-se a relevância do tema, tendo previsão nos mais importantes ordenamentos.

O princípio da dignidade vem consagrado no artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988 que trata dos direitos fundamentais tendo como fundamento:

**Art. 1º:** [...]  
I – [...]  
II – [...]  
III – a dignidade da pessoa humana;  
[..]

Tal é a importância do princípio que o Estatuto da criança e do adolescente, (Lei 8.069 de 13 de julho de 1990), preferiu transcrevê-lo também em seu texto legal, previsto no artigo 15:

**Art. 15:** A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Com a finalidade de explicar melhor o campo que é abrangido pelo princípio da dignidade da pessoa humana, têm-se o ensinamento de Nhemias Domingos de Melo (2004, p.9):

[...] os valores que compõe a dignidade humana são exatamente aqueles que dizem respeito aos valores íntimos da pessoa tais como direito à intimidade, à privacidade, à honra, ao bom nome e outros inerentes à

dignidade humana e, em sendo violados não de ser reparados pela via da **indenização por danos morais**. (Grifou-se).

Nota-se que o princípio da dignidade da pessoa humana, preconiza o bem estar do indivíduo, seu reconhecimento e sua valorização.

O artigo 226, §7º da Constituição Federal enuncia:

**Art. 226:** [...]

[...]

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

[...]

Assim sendo, denota-se que este princípio garante uma série de direitos e deveres fundamentais, buscando-se condições existenciais mínimas para o desenvolvimento da pessoa humana.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p.71):

pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência mínima não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. [...]

É com base no princípio maior, da dignidade da pessoa humana que se fundamenta a possibilidade de reparação civil dos pais em face dos filhos, que deve ser analisado em consonância com os demais princípios.

## 6.2 Princípio da Proteção Integral

O princípio constitucional da proteção integral está consagrado nos já citados artigos 227 da Carta Magna, assim como o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Este princípio vem assegurar, com absoluta prioridade o direito da criança e do adolescente, à sua proteção de toda forma de negligência, discriminação ou violência, que deverão ser efetivados e garantidos em especial pela sua família.

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p.98):

[...] em respeito a própria função social desempenhada pela família, todos os integrantes do núcleo familiar, especialmente os pais e mães, devem propiciar o acesso aos adequados meios de promoção moral, material e espiritual das crianças e dos adolescentes viventes em seu meio.

Como se evidencia no princípio da proteção integral, a família exerce um papel fundamental para a efetivação dos direitos e garantias.

Segundo Coord. Munir Cury (2002, p.18):

[...] Deve-se entender a proteção integral como o conjunto de direitos que são próprios apenas aos cidadãos imaturos; estes direitos, diferentemente daqueles fundamentais reconhecidos a todos os cidadãos, concretizam-se em pretensões nem tanto em relação a um comportamento negativo (abster-se da violação daqueles direitos) quanto a um comportamento positivo por parte da autoridade pública e dos outros cidadãos, de regra dos adultos encarregados de assegurar essa proteção especial. [...]

Considera-se que o fato da criança e do adolescente estar física e psiquicamente imaturo, não exclui a perfeita condição jurídica de exercer os direitos a eles atribuídos. No entanto, o próprio termo proteção pressupõe segundo o autor citado, um ser humano protegido e um ou mais seres que o protegem.

Essa proteção integral abriu espaço para as mais variadas situações que podem prejudicar ou inibir o desenvolvimento das crianças e adolescentes.

O doutrinador Roberto João Elias (2005, p.2) explana sobre essa proteção integral: “Em suma, pode-se definir a proteção integral como sendo o fornecimento, à criança e ao adolescente, de toda a assistência necessária ao pleno desenvolvimento de sua personalidade”.

Percebe-se que não há de se falar dos direitos fundamentais, entre eles, o da dignidade da pessoa humana e proteção integral, sem extrair os princípios da afetividade e da convivência familiar.

### **6.3 Princípio da Afetividade e da Convivência Familiar**

A afetividade não é um exercício expressamente previsto na Lei máxima, mas ela pode ser extraída do princípio da dignidade humana, o qual engloba a afetividade, o amor, o sentimento, o emocional como direito fundamental a qualquer pessoa, pois irá inegavelmente contribuir para a formação do indivíduo.

As emoções ocupam um cargo muito importante no desenvolvimento mental de qualquer ser humano, afinal são os sentimentos responsáveis por desencadear o temperamento emocional de cada um, e é sem sombra de dúvida na fase da infância que este lado emocional está sendo construído, esse é o momento para se estabelecer fortes bases emocionais, evitando que mais a frente essa pessoa possa a sofrer emocionalmente.

Para isso, é importante destacar que a família, em especial os pais, exercem um papel primordial neste processo. Segundo o Coord. Munir Cury (2002, p. 23):

A responsabilidade da família, universalmente reconhecida como, um dever moral, decorre da consanguinidade e do fato de ser o primeiro ambiente em que a criança toma contato com a vida social. Além disso, pela proximidade física, que geralmente se mantêm, é a família quem, em primeiro lugar,

pode conhecer as necessidades, deficiências e possibilidades da criança, estando assim, apta a dar a primeira proteção. Também em relação ao adolescente, é na família, como regra geral, que ele tem maior intimidade e a possibilidade de revelar mais rapidamente suas deficiências e as agressões e ameaças que estiver sofrendo.

É no seio familiar que a criança desenvolve seu primeiro contato social, e será essa convivência que mostrará os caminhos e o modo de se relacionar com o mundo externo.

O sentimento interno é difícil de ser traduzido ou explicado, mas é ponto de extrema relevância, pois eles são capazes de guiar as pessoas, dar segurança e trazer a paz interior de cada um. São sentimentos que tranquilizam, que fazem os sujeitos enxergarem a vida de uma forma mais acolhedora, dá energia e motivação para seguir em frente.

Cabe declinar o que o pensamento de Luiz Roberto de Assumpção (2004, p.53): “Na família atual, o afeto é a razão de sua própria existência, o elemento responsável e indispensável para a sua formação, visibilidade e continuidade”.

Fortalece aqui a idéia inicial da indispensabilidade do lado afetivo para o desenvolvimento e evolução dos membros da família. Ainda, percebe-se que a principal característica que define a família é o vínculo afetivo entre os que a compõe, sem isso sobra apenas a reunião de pessoas, sem nenhum liame afetivo que os unem, não teriam nada em comum, além das mesmas características biológicas ou o reconhecimento familiar pelo direito civil.

Segundo as pesquisas do Coord. John Gottman (1997, p.26):

Ficou comprovado que o pai que adota o estilo de preparador emocional contribui enormemente para o desenvolvimento emocional da criança. Quando o pai leva em conta os sentimentos dos filhos e tenta ajudá-los a resolver os problemas, os filhos saem-se melhor na escola e nas relações pessoais. Em compensação, o pai emocionalmente distante – aquele que é rude, crítico ou que faz pouco das emoções dos filhos – pode prejudicá-los. É mais provável que seus filhos tenham baixo rendimento escolar, briguem mais com os colegas e sejam menos saudáveis.

A questão do afeto é tão importante, que a própria lei prevê a possibilidade de se estabelecer uma família por meio da adoção, onde o requisito

básico é a existência de pessoas dispostas a acolher a criança, dando-lhe afeto, proteção, carinho, exercer o verdadeiro papel de pai na vida daquele menor. Inclusive a lei prevê ainda, que a falta do afeto e dos cuidados básicos e essenciais poderão acarretar a destituição do Poder Familiar.

É o que Luiz Roberto de Assumpção (2004, p.52) observou: “Cumprer ressaltar que a adoção, muito mais do que estabelecer o parentesco civil, é, sem dúvida nenhuma, a prova mais cabal de que o amor se faz pela convivência, construindo-se pouco a pouco”.

Assim, para que se caracterize realmente a relação familiar é categórica a presença dos laços afetivos entre os sujeitos da relação, sendo este papel desempenhado diariamente por aqueles envolvidos na relação.

Muitas vezes o que é constatado é que o abandono afetivo está presente nos casos em que casais se separam, e deixam os filhos de lado, afastando-se cada vez mais. Também existem situações que o pai e/ou mãe não aceitam o seu papel, renegam o próprio filho; não se aproximam da criança e muito menos a deseja.

São inúmeras as hipóteses onde o abandono afetivo pode estar presente. No entanto, vale ressaltar que devem os pais assumir suas responsabilidades, pois os filhos são os que mais sofrerão a consequência dessa omissão, além de serem os únicos que não tem culpa alguma, não foram eles que pediram para nascer.

Destaca-se que o rompimento dos vínculos afetivos entre o casal não é motivo para que o filho seja abandonado e esquecido, pelo contrário, a relação parental deve ser preservada apesar dos rompimentos e dos conflitos entre os genitores, não se podendo confundir a conjugalidade com a parentalidade.

É fundamental que se entenda que as crianças são as vítimas de tudo isso, serão elas que mais irão sofrer pela rejeição de seus próprios genitores, trazendo reflexos no seu desenvolvimento e possíveis cicatrizes emocionais ou comportamentais, que poderá afetar a existência e porque não dizer a convivência familiar e comunitária.

Através da separação deve-se buscar a continuidade da paternidade responsável, a fim de se evitar consequências que poderão ser nefastas aos filhos.

É difícil de entender as razões pelas quais leva um pai a negar afeto aos filhos, é uma situação repugnante, desumana e inimaginável, mas infelizmente é a triste realidade, a qual pede reações e soluções no mundo jurídico.

A Constituição Federal assegura a convivência familiar, como já visto no artigo 227, já que esta é vital para o desenvolvimento saudável da criança. Necessita a criança na infância sentir-se seguro e acolhido no meio familiar, tendo os modelos de pai e mãe em sua vida.

A questão da paternidade envolve a disponibilidade dos genitores para a convivência familiar. O amor pressupõe presença ativa, amor e cuidados.

Feita essa análise, pode-se chegar à idéia lógica de que é a convivência familiar, a presença dos pais na vida da criança, o convívio diário que irá modular a esfera psicológica desse filho, sua auto-estima, seus valores éticos e morais serão aqui desenvolvidos.

A respeito do assunto, importante analisar o pensamento de Dimas Messias de Carvalho (2009, p. 371):

O ser humano necessita, durante os primeiros anos de sua vida, se cuidados essenciais a sua sobrevivência e, durante o crescimento, de orientação e educação. Não basta, portanto, apenas alimentar e dar abrigo ao menor, sendo necessário ampará-lo e protegê-lo integralmente, proporcionando-lhe um ambiente saudável e afetivo para seu desenvolvimento físico e psicológico, conferindo a incumbência prioritariamente aos pais, exercendo o poder familiar.

Deste modo, fica demonstrado que o cargo dos pais envolve generalidades de obrigações, e uma delas é o dever em oferecer aos filhos um ambiente saudável e construtivo, envolvendo-os com afeto, carinho, estabelecendo laços de amizade e dando-lhes muito amor, disponibilizando dessa forma a oportunidade das crianças evoluírem e se encontrarem no âmbito espiritual, qualidades que irão integrar a identidade desse novo ser.

O artigo 22 do Estatuto da Criança reforça os deveres dos pais com seus filhos, voltando-se atenção aqui, principalmente no dever deles em educar os filhos, que requer uma convivência familiar.

**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.

O sentir-se amado desenvolve o lado positivo do ser humano, acendendo sentimentos prazerosos e fortalecedores. A educação tem como objetivo prestar ao indivíduo aprendizados para este absorva valores éticos e morais à sua personalidade.

O educar envolve sentimentos mútuos, generosidade, carinho, assistência, a fim de direcionar a criança sempre para o melhor caminho, afastando dela os sentimentos negativos, e a privando de sentimentos ruins, fazendo com que ela aproveite literalmente a infância, brincando e se divertindo.

Aos pais cabe essa árdua tarefa de educar seus filhos, e para isso faz-se necessário a sua presença e assistência àquele que está vulnerável ao mundo. É indispensável o cuidado voltado com a infância. É imperioso que a criança tenha em sua infância o sentimento de segurança, de que está sendo protegida, amada. Saber que pode confiar em seus pais, que eles irão lhe apoiar é de grande valia para a união entre os entes familiares, estabelecerão eles uma relação cada vez mais próxima, onde um acaba aprendendo com o outro.

É na relação familiar que a criança desenvolve seu primeiro contato com as pessoas, cria relações afetivas, estabelece os primeiros vínculos.

É na infância que a estrutura psicológica e o desenvolvimento da criança está sendo construído, fase esta que a deixa vulnerável, sendo alvos fáceis de influenciar, por isso essa fase requer maior atenção e disposição dos pais com seus filhos.

A infância é uma fase marcante, que terá reflexos no decorrer da vida de qualquer indivíduo, uma rejeição ou discriminação poderá influenciar na forma com que esse ser irá se revelar ao mundo, podendo apresentar grandes dificuldades ao se relacionar com as pessoas, ou sentir-se em postura de inferioridade em relação aos demais, logo esses são fatores que devem ser corrigidos desde cedo, para que mais tarde não se torne um peso que o indivíduo irá carregar pelo resto de sua vida.

O artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente diz também que:

**Art. 19:** Toda criança ou adolescente tem **direito a ser criado e educado no seio da 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)

É, portanto direito da criança conviver e crescer no meio familiar, receber educação e proteção daqueles tidos como pais, deve ser amparada por eles.

A respeito do que foi dito, reforça-se a idéia com o conhecimento de Juliane Fernandes Queiroz (2001, p.49) ao dizer que: “Torna-se visível a valoração do elemento socioafetivo, pois a paternidade biológica se torna insuficiente se, ao mesmo tempo, não se encontrar a paternidade de afeto”.

Visto isso, será a seguir analisado o abandono afetivo e suas conseqüências no âmbito jurídico.

## 7 DO ABANDONO AFETIVO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

O abandono afetivo diz respeito ao sentimento interior do indivíduo, fere a parte subjetiva do ser, que se sente menosprezado como ser humano.

Quanto à afetividade, Márcia Elena de Oliveira Cunha (2011) dispõe: “[...] pode ser compreendido como um aspecto subjetivo e intrínseco do ser humano que atribui significado e sentido à sua existência, que constrói o seu psiquismo a partir das relações com outros indivíduos”.

Como se observa, o abandono afetivo pressupõe ausência de vínculos afetivos entre pais e filhos.

Essa negação dos pais em prestar assistência afetiva aos filhos causa diversas consequências na vida de uma criança, pois é na infância que ela mais sente necessidade em manter relações com seus pais, se sentir amada, protegida.

Outro aspecto relevante no que diz respeito ao descumprimento do Poder Familiar, como aponta o artigo 1.638, II, do Código Civil de 2002, seria a perda do poder familiar como forma de punição aos pais que descumprem o múnus na direção e criação dos filhos. No entanto, considera-se que essa consequência poderia ser considerado um bônus a esse pai desidioso. Considera-se ainda que essa sanção não afasta a possibilidade de indenização ou compensação, já que esta punição busca resguardar a integridade do menor, enquanto a responsabilização civil visa compensar os prejuízos da inobservância do dever de cuidado e repelir tal conduta.

A violação dos direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente pressupõe uma reparação. Deve-se procurar assegurar a dignidade dessa criança, suprir suas necessidades, não só físicas como psíquicas, sendo essa última tão importante quanto qualquer outra, pois o afeto é fundamental para o crescimento sadio da pessoa, e cabe aos pais tomar para si o encargo de ensinarem valores do que é certo ou errado, confortar o indivíduo, passar segurança, se fazer presente e o ajudar no decorrer de seu desenvolvimento pela vida.

É sábio que são inúmeros os casos de crianças que se excluem do mundo, por sentirem-se rejeitadas, abandonadas, afundando-se na solidão, por não terem o afeto e assistência psíquica mínima esperada de um pai/mãe, apresentando resultados como problemas emocionais ou de comportamento.

As crianças cuidadas têm o estímulo para prosperar, aprender coisas novas, pois os pais estão ali presentes. É muito importante ter alguém para lhe acompanhar, presenciar seus avanços, elogiar seus progressos, lhe dar incentivo e força para continuar aprendendo e evoluindo. Mas quando a criança não tem essa mão amiga e companheira para lhe levantar quando cair, os problemas acabam se tornando grandes frustrações.

Necessário enfocar que a mãe ou pai pode criar os filhos sozinhos, dando-lhe muito amor de forma a suprir a ausência da outra. Mas abandono afetivo que se configura aqui, é quando a criança tem consciência que seu pai/mãe está vivo e mesmo assim o rejeita, o renega, é daí que os problemas se iniciam, saber que seus pais poderiam estar ali junto, compartilhando momentos entre pais e filhos, mas não o exerce. É isso que leva o sentimento de desprezo e o possível trauma afetivo no menor.

O abandono afetivo pode acarretar sofrimentos emocionais no filho que foi deixado de lado. Muitas vezes, mesmo que o outro genitor se esforce por exercer a maternagem e paternagem, sempre haverá o questionamento por parte da criança do porquê do abandono.

O motivo de não ser amada pelo próprio genitor ou genitora pode afetá-la principalmente nas datas comemorativas, por exemplo, no dia dos pais ou das mães, onde não pode contar com um deles, seja no seu aniversário, onde espera por um telefonema; situações que podem levá-lo a um sentimento negativo e de ansiedade, na espera por alguma demonstração de afeto e depois lhe decepcionando. Cada omissão e ausência pode acarretar aumento da ferida interior do filho, que na esperança de afeto, acaba por se machucar cada vez mais.

Essa indiferença e desleixo dos genitores abre espaço para as mais variadas consequências psicológicas, como a auto-estima baixa, sentir-se desprezada, buscar algo nela que justifique a inércia dos pais.

O pior ainda é que nos dias atuais os pais têm conhecimento das conseqüências danosas do abandono, e mesmo assim, pelas atitudes omissivas parecem não dar a mínima ao futuro deste filho e simplesmente se inibem da responsabilidade, não se importam, demonstrando a despreocupação e o desinteresse com o próprio filho.

É lógico que a Constituição não obriga ninguém a amar, ou prestar afeto aos filhos, mas ela garante a questão dos cuidados.

Como se sabe, a pessoa saudável é aquela que se encontra em perfeitas condições físicas e também emocionais, sendo essas tão relevantes quanto às primeiras. Por isto, se algum dos pais abandonou a criança, e por este motivo esta acabou ficando frágil psicologicamente, apresentando diversas dificuldades para se desenvolver de forma normal, terão os ofensores que assumir a obrigação, não de dar afeto à criança, pois não é isso exigido dele mais neste momento, mas de ser responsabilizados pela sua omissão, arcando com os prejuízos morais, como forma de minimizar os danos desta pessoa vitimizada, conforme será explicado mais detalhadamente a seguir.

## 8 DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO DOS PAIS PERANTE OS FILHOS

A família tem grande proteção jurídica, por se tratar de um instituto fundamental, onde de dispõe diversos artigos a fim de regulamentá-la, como já visto. Tal é a importância da família, que sua regular funcionalização deve ser sempre visada. É nessa relação entre pais e filhos, que deve ser focado a responsabilidade dos pais em educar, criar seus filhos e principalmente o dever de cuidar, que implica garantir-lhe a dignidade como pessoa.

O Coord. Munir Cury (2002, p.23) ressalta:

[...] Se a família for omissa no cumprimento de seus deveres ou se agir de modo inadequado, poderá causar graves prejuízos à criança ou ao adolescente, bem como a todos os que se beneficiariam com seu bom comportamento e que poderão sofrer os males de um eventual desajuste psicológico ou social.

Ao se falar em sentimentos e emoção entra-se em um campo delicado, pois não se pode obrigar ninguém a amar, e o legislador sabe disso, tanto que não há regras que obriguem um pai a amar o filho, lhe dar afeto, embora este papel devesse ser exercido voluntariamente por eles.

No entanto, segundo entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça o deve-se garantir o dever de cuidado:

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente: ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar. (STJSP 3ª Turma Recurso Especial nº 1.159.242/SP (2009/0193701-9) Rel. Min. Nancy Andrighi)

Há de se reconhecer que os pais ao conceberem o filho o agiram por sua escolha, através de ato volitivo.

Com o nascimento da criança, estabelece-se uma relação de filiação, e com este a responsabilidade civil, que pressupõe deveres e direitos inerentes a este Poder Familiar.

Desta forma, a inobservância do regramento jurídico acarreta um ilícito civil, com suas conseqüências jurídicas e portanto, quando reconhecida a culpa e os danos sofridos, será cabível a responsabilização, através da reparação.

O artigo 186 do Código Civil dispõe: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. E vem ainda complementar o artigo 927, que trata da responsabilidade civil: “Aquele que, por ato ilícito (art.186 e 187), causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo”.

Desta forma, a omissão ou negligência de pais estão no âmbito de sua liberdade, no entanto, face a relevância das conseqüências, que poderão ser nefastas e muito graves ao indivíduo, eles deverão estar cientes para arcar com a responsabilidade de sua conduta.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho (2002, p.85): “Dano moral, à luz da Constituição Federal vigente, nada mais é do que a violação do direito à dignidade”.

Ora, como se observa o dano moral é perfeitamente cabível no direito de família, não estando elencada qualquer proibição dentro do ordenamento jurídico, conforme entendimento de Bernardo Castelo Branco (2006, p. 116):

[...] Havendo violação dos direitos de personalidade, mesmo no âmbito da família, não se pode negar ao ofendido a possibilidade de reparação do dano moral, não atuando esta como fator desagregador daquela instituição, mas de proteção da dignidade de seus membros. A reparação, embora expressa em pecúnia, não busca, neste caso, qualquer vantagem patrimonial em benefício da vítima, revelando-se na verdade como forma de compensação diante da ofensa recebida, que em sua essencial é de fato irreparável, atuando ao mesmo tempo em seu sentido educativo, na medida em que representa uma sanção aplicada ao ofensor, irradiando daí seu efeito preventivo.

Como exposto anteriormente, os direitos fundamentais, baseados no princípio da proteção integral e dignidade da pessoa humana, vão regulamentar os deveres parentais, decorrentes do Poder Familiar, que nada mais são do que os deveres de cuidado.

O legislador previu a relevância do dever do cuidado, tornando possível a responsabilidade civil dos pais em face aos filhos, quando estes se eximiram de suas funções, ou ferirem principalmente a dignidade da criança, seu direito de personalidade, causando danos.

A espécie de reparação cabível aqui é a por danos morais, decorrentes do abandono afetivo, já que se trata de prejuízos extrapatrimoniais, que envolvem o sentimento, a dor. Essa omissão delituosa tem uma extensão de dano que não é de fácil aferição, tamanha sua complexidade, mas não paira dúvidas de que ela existe.

A possibilidade de dano moral está assegurada pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos V e X:

**Art. 5º:** [...]

**V** – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, **moral** ou à imagem; (Grifou-se)

**VI** – [...]

**VII** – [...]

**VIII** – [...]

**IX** – [...]

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

[...].

Frente a isso, incontestável é a possibilidade do filho invocar a reparação civil por danos morais em face de pais negligentes, quanto aos seus deveres em prestar assistência moral e afetuosa, quando deveriam agir e não o fizeram por culpa, ferindo a dignidade do próprio filho, direito esse fundamental, que deveria ser protegido a qualquer custo pelos protetores legais da criança, os pais, e não serem eles os responsáveis por tal lesão.

Quanto aos dispositivos constitucionais acima transcritos, Sérgio Augustin vem reforçar que a Constituição reconheceu definitivamente a possibilidade de reparação pelos prejuízos morais, de forma extrapatrimonial autônoma.

Remata-se com isso a possibilidade de conceder a responsabilidade civil simplesmente por dano moral, não sendo requisito a existência de dano patrimonial, ou seja, um não depende do outro, são independentes, conforme já decidido na súmula 37 do STJ.

Acerca do dano moral, Rogério Marrone de Castro Sampaio (2000, p.92) aduz:

Em suma, configura-se dano moral indenizável quando alguém, em razão da prática de um ato ilícito, suporta uma dor ou um constrangimento, ainda que sem repercussão em seu patrimônio. Isto é, objetivamente, do ato ilícito não se vislumbra diminuição do patrimônio da vítima. Nem poderia ser diferente, já que, ferido direito personalíssimo (honra, imagem etc.), fica impossibilitada a restauração da situação anterior. Diante disso, assume a indenização, de ordem pecuniária, a finalidade de compensar ou atenuar a dor ou o constrangimento suportado.

O dano moral, portanto, decorre de uma ofensa ao ânimo psíquico do indivíduo, que se refere ao sentimento interior de cada um, sendo ainda caracterizado pela tristeza, dor e sofrimento.

Vale lembrar, que não é qualquer tipo de sofrimento que irá ensejar a reparação por danos morais, pois se assim fosse, daria espaço para todo e qualquer sofrimento que o ser humano está sujeito no dia a dia. É certo que todos irão se decepcionar, sofrer por alguém, são sentimentos inevitáveis, não tendo explicação ampliar à reparação por danos morais a eles.

O legislador quis evitar demandas ao judiciário por conflitos do cotidiano. As dores decorrentes de picuinhas, mimos. Os sofrimentos suportáveis inerentes as relações entre os indivíduos são afastadas do âmbito jurídico, deverão as pessoas buscar a solução por elas próprias, ou se for o caso procurar ajuda com profissional.

Logo, para saber se há efetivamente ou não o dano moral no caso concreto, deve-se atentar a alguns pontos, a fim de saber se resta ou não configurado a lesão extrapatrimonial, o dano interior da pessoa. Por tratar-se de questões subjetivas, emocionais, deverá levar-se em conta o caráter objetivo, buscando sempre comparar o caso concreto ao patamar mediano, analisar se aquela dor é considerada suportável, dentro dos parâmetros.

Observa-se que existem pessoas diferentes, ou seja, o que é dor para uma é suportável para outra; pessoas frágeis emocionalmente, enquanto outras são mais frias, por isso é preciso estabelecer que somente os danos relevantes merecem atenção jurídica.

Ainda, deverá se atentar quanto à intensidade do sentimento interno, não pode ser levado em conta os meros dissabores que fazem parte da vida, é preciso ter um pensamento coerente, tem que ser uma ofensa grave, que afete intimamente qualquer homem médio, somente assim há de se falar em reparação por danos morais.

Nesse sentido André Gustavo de Andrade (2009, p.35) leciona:

Procurando adentrar o próprio conteúdo dessa espécie de dano, parte da doutrina apresenta definições que têm, em comum, a referência ao estado anímico, psicológico ou espiritual da pessoa. Identifica-se, assim, o dano moral com a dor, em seu sentido mais amplo, englobando não apenas a dor física, mas também os sentimentos negativos, como tristeza, a angústia, a amargura, a vergonha, a humilhação. É a dor moral ou o sofrimento do indivíduo.

O dano moral destarte refere-se não somente a dor física, mas aquela dor intrínseca, íntima, psíquica. Esse sentimento negativo que aqui se trata, refere-se aos de maiores proporções, é aquela dor que envolve o sujeito, e acaba por modificar a esfera interior dele, é aquele sentimento ruim, intenso, que merece atenção do legislador e deverá ser repellido.

Deste modo, essa categoria de dano protege aqueles direitos que não tem cunho econômico, mas são tutelados pela ordem jurídica, refere-se principalmente aos direitos de personalidade, como a integridade física, psicológica, direito á vida etc.

Quanto à configuração ou não da obrigação de reparação por danos morais, é necessário analisar os requisitos da responsabilidade civil, para saber se há realmente a responsabilidade moral ou não.

Primeiramente, deve se averiguar a constatação da existência do dano e sua intensidade. Analisando-se os efeitos causados ao filho que foi abandonado afetivamente por seus pais, demonstrando também a angústia suportada, o

sofrimento e a dor desse menor acarretada por ter sido privado da convivência afetuosa, deixando de receber apoio moral e espiritual do próprio genitor ou genitora.

Feita a exposição quanto à existência do dano, há de se falar na configuração da culpa do pai ou mãe que por uma conduta (ação ou omissão) que agiu erroneamente ou deixou de agir como se era esperado, atentando contra os direitos personalíssimos do filho, resultando no sofrimento íntimo deste. Assim, deve o pai/mãe ter praticado a ação ou omissão de forma consciente e com culpa, ou seja, inicialmente é preciso que eles sabiam da existência daquele filho, e depois disso, que os mesmos tenham deixado de agir com suas funções, quando poderiam ter feito, sendo estas inerentes ao poder familiar.

Configurada então a conduta, o dano e a culpa, é indispensável a presença do nexo causal, ou seja, o liame que relaciona a conduta dos pais com o dano psicológico suportado pelo filho. Tem que haver relação entre elas, um ser consequência do outro, para com isso estar definitivamente demonstrada a responsabilidade civil e o cabimento do dano moral.

### **8.1 A Quantificação do Dano Moral e sua Finalidade**

O dano moral como já visto, é aquele que atinge o âmbito extrapatrimonial, decorrente da lesão aos sentimentos íntimos da pessoa, caracterizados pela tristeza, dor, amargura, rancor, entre os mais variados sentimentos negativos. Essa espécie de dano está na esfera subjetiva e por se ser tão complexa, fica difícil medir sua extensão e estabelecer uma valoração. A respeito, Nehemias Domingos de Melo (2004, p.8) expõe:

Nesse sentido André Gustavo de Andrade (2009, p.35) leciona:

É preciso haver, na avaliação do dano moral, prudência e bom senso, de tal sorte que se possa, considerando o homem médio na sociedade, ver

configurado ou não a lesão a um daqueles bens inerentes a dignidade humana que a Constituição nos fala.

Quanto à fixação da quantificação do dano moral, a Constituição não impôs nenhum parâmetro ou limite, sendo omissa, reconhecendo apenas esse inegável direito. Com isso, resta ao juiz arbitrar um valor, avaliando o grau da culpa e a extensão do dano.

Deve ainda o magistrado valer-se da regra do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro que diz: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”. Essa regra pode ser aplicada como forma de solucionar os casos que envolvam o dano moral.

Nehemias Domingos de Melo (2004, p.169) revela: “A grande maioria dos doutrinadores brasileiros entende, mesmo que com eventuais ressalvas, que o melhor critério para a fixação do quantum indenizatório por danos morais ainda é o prudente arbítrio do juiz”.

Visto isto, é preciso que os juízes observem alguns pontos ao quantificar o valor da indenização, dentre eles, o da proporcionalidade, relacionando quanto a gravidade da ofensa. Deverá ter cuidado para não fixar um valor muito baixo que poderia dar a idéia de que a ofensa não foi grave, abrindo espaço para sua reiteração, o que seria um estímulo ao autor que relacionaria sua prática como algo banal, teria a sensação de impunidade. E por fim, o valor não pode ser exorbitante, já que se assim for, levaria a idéia do enriquecimento, dando as pessoas uma visão errônea, que pleiteariam a ação na idéia de ganhar dinheiro.

Por fim, de forma secundária, deverá o juiz se atentar na condição econômica e características do ofensor, fixando um valor razoável acima de tudo.

O caráter punitivo e compensatório deve ser analisado conjuntamente no momento de arbitrar-se o valor ao dano moral, tendo sempre em mente um valor proporcional e adequado a cada caso concreto.

Ao se quantificar o valor do dano moral, têm-se levado em conta também à finalidade de punir o causador do dano, para dissuadir que condutas reprováveis pela sociedade voltem a se repetir. É aqui, que por vezes podem os

juízes decidir por um valor maior, para que o autor não volte a reiterar na conduta anti-social, prevenindo-a.

Em seguida, irá se averiguar os entendimentos jurisprudenciais referentes ao tema.

## 8.2 Entendimento Jurisprudencial

Denota-se que a responsabilidade civil por abandono afetivo é matéria ainda recente nos Tribunais. No entanto, já existem julgados tanto favoráveis como contrários à possibilidade da reparação por danos morais em decorrência do abandono afetivo.

Embora a impossibilidade de indenização por danos morais em face do abandono afetivo ainda seja majoritária nos tribunais, o Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu o dano moral em decorrência do abandono afetivo, conforme se observa abaixo:

Indenização – Desrespeitou o réu dispositivos da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002 – Com efeito, todos os filhos têm que ser tratados igualmente perante à lei – Os alimentos são concedidos de acordo com a condição social dos alimentandos – De fato, o réu adotou após o reconhecimento livre e espontâneo, sem qualquer ação de investigação de paternidade, atitude agressiva com relação à filha, com tremenda diferença em relação às duas filhas que teve com a atual mulher – A dignidade da pessoa humana, fundamento da Constituição Federal, engloba todos os direitos do homem – É inegável a dor que sente em decorrência da rejeição do pai – Condenação a título de danos morais.  
(TJSP. 8ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 457.944.4/0-00 (994.06.030080-7) Rel. Dês. Ribeiro da Silva)

Recentemente o Superior Tribunal de Justiça de São Paulo, em recurso especial também proferiu uma decisão inédita ao julgar favorável a possibilidade de indenização compensatória por danos morais por abandono psicológico.

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, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.
5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.
6. A alteração do valor fixado a título de compesnação 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.

Tais decisões reforçam a idéia do presente estudo, observando-se a relevância do tema, no qual o dano moral decorrente do abandono afetivo vem ganhando destaque.

## 9 CONCLUSÃO

A abordagem sobre a responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo e a consequente possibilidade jurídica de indenização por danos morais é tema relevante e atual.

Ora, é tão evidente esta relevância jurídica, que a própria constituição reconhece a responsabilidade do Estado, da sociedade e em especial da família, na garantia da preservação dos direitos das crianças e adolescentes, colocando-os a salvo de qualquer forma de violência e negligência.

Isto porque a violação dos direitos da infância não interfere somente o indivíduo particularizado, que se encontra numa condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e em formação de sua personalidade, mas tem reflexos em toda a sociedade.

Apesar dos operadores do direito ainda considerarem a impossibilidade jurídica dos danos morais em matéria de direito de família, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e recentemente o Superior Tribunal de Justiça julgaram favoráveis à causa, reconhecendo o dano moral por abandono afetivo. Acredita-se que esta será uma tendência moderna nos tribunais.

Como se verificou, a lei pátria regulamenta a relação jurídica de filiação, em especial, a questão do Poder Familiar, que pressupõe uma série de deveres e direitos inerentes a este instituto.

Falar de família, e em especial da filiação, implica considerar o pólo jurídico que é estabelecido entre pais e filhos, no qual se reconhece aos pais o papel de promoção da dignidade humana, conduzindo o filho na sua formação e desenvolvimento, preparando-o para a vida em sociedade.

Essa responsabilidade atribuída aos genitores pressupõe que estes assumam os deveres a eles inerentes, de forma a garantir o bem estar do filho, o que poderá ser obtido através da convivência familiar, onde são fortalecidos os vínculos afetivos e deverão ser efetivados os direitos de cuidado, de educação e de proteção.

Considera-se que a inobservância dos preceitos fundamentais, por parte dos pais, entre eles, os direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana, tem o potencial de ferir e causar sérios prejuízos à formação do ser, porque ferem os sentimentos íntimos da pessoa e por isso mesmo, muitas vezes se configura enquanto danos irreversíveis e de difícil reparação.

E talvez por ser tão difícil quantificar uma dor, um sofrimento e a reparação deste dano que os operadores de direito ainda têm se mostrado, porque não dizer, temerosos nesta seara.

Ora, não se tem a ilusão de que a lei tenha o condão de obrigar um pai amar um filho, mas pode essa mesma lei garantir o mínimo de obrigações essenciais ao desenvolvimento do ser humano, que envolve uma paternidade/maternidade responsável, num ambiente seguro, acolhedor e protetivo.

Resta compreender que não se pretende ainda que o direito abarque e solucione todos os problemas na esfera familiar, mas sim que estabeleça a devida responsabilidade na hipótese de abandono afetivo por parte dos genitores, que poderiam ter praticado determinado ato, quando era esta sua responsabilidade, mas não o fizeram, mostrando-se omissos com os filhos, a quem deviam proteção, podendo causar com essa negligência sérios danos na formação e desenvolvimento deles.

A lei não é omissa ao preceituar que os atos ilícitos, contrários ao ordenamento jurídico, quando gerarem um dano, mesmo que morais são passíveis de indenização.

Acredita-se que esta indenização não tem o escopo de restabelecer o status quo ante, mas poderá minimizar e compensar os prejuízos sofridos, além de responsabilizar as atitudes desidiosas, através da indenização por dano moral e abandono afetivo, de forma a repeli-las, servindo como alerta e contribuindo na prevenção de novos abandonos.

Desta forma, considera-se que, se não forem respeitados o direito à vida e integridade física e moral dos filhos e se as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas e os direitos fundamentais não forem efetivados, não há de se falar em justiça.

## BIBLIOGRAFIA

ALVES, Roberto Barbosa. **Direito da infância e da juventude**. São Paulo: Saraiva, 2005.

ANDRADE, André Gustavo de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *punitive Damages* na Experiência do *Common Law* e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Dano Moral à pessoa e sua valoração**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto de. **Aspectos da Paternidade no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

AUGUSTIN, Sérgio. **Dano moral e sua quantificação**. Caxias do Sul: Plenum, 2004.

BARROS, Fernanda Otoni de. **Do direito ao pai: a paternidade no tribunal e na vida**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BOSCARO, Márcio Antonio. **Direito de Filiação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BOUZON, Emanuel. **O código de Hammurabi: introdução, tradução do texto conforme e comentários**. 8.ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano Moral no direito de Família**. São Paulo: Método, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Vade Mecum. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Congresso Nacional. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Vade Mecum. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Congresso Nacional. **Código Civil**. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. Publicada no Diário Oficial da União em 11 de janeiro de 2002. Vade mecum. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Congresso Nacional. **Código Civil**. Lei nº 3071 de 01 de janeiro de 1916. Código Civil. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Indenização** – apelo provido (voto17924). Relator Desembargador Ribeiro da Silva. São Paulo, 24 de março de 2010. Disponível em <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4400443> Acesso em: 18 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.159.242 – SP** (2009/0193701-9). Relatora Nancy Andrighi. Brasília(DF) 24 de abril de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/AbreDocumento.asp?sLink=ATC&sSeq=15890657&sReg=200901937019&sData=20120510&sTipo=5&formato=PDF> Acesso em 29 out. de 2012.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito de Família**. v.2, 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CARRIDE, Noberto de Almeida. **Estatuto da criança e do adolescente** – anotado. Campinas: Servanda, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa da responsabilidade civil**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

**Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Pacto de São José da Costa), de 22 de novembro de 1969. Disponível em <http://www.pge.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em 29 de out. de 2012.

COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da indivisibilidade à indiferença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

CUNHA, Márcia Elena de Oliveira. **O Afeto face a Dignidade da Pessoa Humana e seus efeitos jurídicos no Direito de Família**. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/?artigos&artigo=482>. Acesso em: 2 de fevereiro de 2011.

CURY, Munir (Coord.) **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

**DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS.** Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em:  
[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família e o novo Código Civil.** 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família.** v.5, 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil.** v.7, 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** v.7, 16 ed. São Paulo; Saraiva, 2002.

ELIAS, Roberto João. **Direitos Fundamentais da criança e do adolescente.** São Paulo: Saraiva, 2005.

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

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de direito civil: Direito de família – as famílias em perspectivas constitucional.** v. 6, São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro.** v.4, 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade Civil de acordo com o novo código civil** (Lei 10.406, de 10-1-2002), 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil.** v.4. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOTTMAN, John Mordechai; DECLAIRES, Joan. **Inteligência emocional e a arte de educar nossos filhos.** 9.ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 1997.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito e responsabilidade.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

KICH, Bruno Canísio. **Responsabilidade civil**: teoria, legislação e jurisprudência. 1.ed. Campinas: Agá Júris, 1999.

LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. São Paulo, 1938.

MACIEL, Kátia (Coord.) Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

MAEDA, Marcio Kazuo. **Breve Perspectiva Histórica da Responsabilidade Civil**. <http://www.webartigos.com/artigos/breve-perspectiva-historica-da-responsabilidade-civil/62136/>

MAIA, Renato. **Filiação Parental e seus efeitos**. 1.ed. São Paulo: SRS Editora, 2008.

MALDONADO, Maria Tereza. **Comunicação entre pais e filhos**: a linguagem de sentir. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MELO, Nhemias Domingos de. **Dano Moral**: problemática do cabimento à fixação do *quantum*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MIGUEL, Frederico de Ávila, **Responsabilidade Civil**: Evolução e Apanhado Histórico. A problemática da efetiva reparação do dano suportado pela vítima em razão da culpa como pressuposto, <http://www.advogado.adv.br/artigos/2006/fredericodeavilamiguel/responsabilidade.htm>

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NADER, Paulo. **Curso direito civil**: direito de família. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NAZARETH, Eliana Ribert. **Guarda compartilhada e mediação familiar**: a importância da convivência. In: APASE, Associação de pais separados. Guarda compartilhada aspectos psicológicos e jurídicos. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005.

NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério. **Responsabilidade Civil**: Estudo em homenagem ao professor Rui Camargo Viana. Editora dos Tribunais, 2009.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVA, José Roberto Dantas. **O princípio da proteção integral e o trabalho da criança e do adolescente no Brasil:** com as alterações promovidas pela Lei nº 11.180, de 23 de setembro de 2005, que ampliou o limite de idade nos contratos de aprendizagem para 24 anos. São Paulo: LTr, 2006.

OLIVEIRA, Milton de. **Dano Moral.** 2 ed. São Paulo: LTr, 2011.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil.** 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade:** aspectos jurídicos e técnicos de inseminação artificial. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RAMOS, Patrícia Pimentel de O. Chambers. **A moderna visão da autoridade parental.** In: APASE, Associação de pais e mães separados. Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005.

REIS, Clayton. **Avaliação do Dano Moral.** 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil.** 20ª ed. v.4 São Paulo: Saraiva, 2008.

ROSSI, Júlio César; ROSSI, Maria Paula Cassone. **Direito Civil: Responsabilidade Civil,** v.6, 3.ed. Editora Atlas, 2011.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Direito Civil: Responsabilidade Civil.** São Paulo: Atlas, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988.** 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SILVA, Luiz Cláudio E Karla Dagma Cerqueira Barroco. **Responsabilidade civil: teoria e prática das ações.** 4.ed. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009.

SILVEIRA, Paulo. **Exercício da Paternidade.** Porto Alegre: Artes médicas, 1998.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da (Org). **Estudos e Debates em Direitos Humanos**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

**SÍNDROME da alienação parental e a tirania do guardião**: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos. Organizado pela associação de Pais e mães separados. Porto Alegre: Equilíbrio, 2008.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**: Direito de Família. v.5, 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Direito das obrigações e Responsabilidade Civil. 5.ed. São Paulo: Método, 2010.

TAVARES, José de Farias. **Direito da infância e da juventude**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz e Washington de Barros Monteiro. **Curso de direito civil**: direito de família. 42.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. **Dignidade da pessoa humana e mediação familiar**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

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

\_\_\_\_\_. **Direito Civil**: Direito de Família. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

VIEIRA JÚNIOR, Antônio Laért. **Responsabilidade Civil do Advogado**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

WALD, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. **Direito Civil**: responsabilidade civil. v.7 São Paulo: Saraiva, 2011.