

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE – SP

**RESPONSABILIDADE CIVIL NO ABANDONO PATERNO AFETIVO**

Adriano Dionisio Saldanha

Presidente Prudente/SP

2008

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE – SP

**RESPONSABILIDADE CIVIL NO ABANDONO PATERNO AFETIVO**

Adriano Dionisio Saldanha

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Francisco José Dias Gomes.

Presidente Prudente/SP

2008

# **RESPONSABILIDADE CIVIL NO ABANDONO PATERNO AFETIVO**

Trabalho de Monografia aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Francisco José Dias Gomes  
Orientador

Examinador

Examinador

Presidente Prudente/SP, 15 de março de 2008.

À minha mãe, que soube ser pai e  
mãe ao mesmo tempo.

## **AGRADECIMENTOS**

A exemplo de um filho, que precisa da presença e afeto paternos em seu desenvolvimento, também precisei de verdadeiros “pais” e “mães” que me auxiliassem na produção deste trabalho.

Antes de tudo, ao PAI sempre presente em minha vida, nosso Senhor Jesus Cristo. “Porque dEle, por Ele e para Ele são todas as coisas...” (Romanos 11:36).

Ao meu orientador e professores, pelos ensinamentos e ajuda que sempre dedicaram ao longo de minha formação.

A todos meus amigos, com os quais aprendi os valores da amizade sincera e duradoura.

À minha família, pelo incentivo e apoio, em especial à minha mãe.

A todos vocês, o meu “Muito Obrigado”.

## RESUMO

O presente trabalho tem como cenário a família.

É na família que se desencadeiam os principais e basilares acontecimentos na vida do ser humano: os primeiros passos, o balbuciar das primeiras palavras, o desenvolvimento do caráter e personalidade de seus membros, precipuamente dos filhos menores.

Assim, o amor dos pais configura-se de fundamental importância do amadurecimento e crescimento dos filhos, em todos os seus aspectos, do afetivo ao social.

Neste contexto é que ganha cada vez mais destaque na seara jurídica nacional, a responsabilização civil dos pais, pelo abandono afetivo de sua prole. Este é o tema central do estudo realizado.

Procurou-se abordar a evolução da família e do poder familiar ao longo do tempo, fazendo uma análise da importância do convívio e afeto paternos no desenvolvimento dos filhos. Traçou-se a problemática da falta da presença efetiva do pai e suas consequências para o filho, principalmente no aspecto psicológico, o que, segundo o entendimento de alguns, geraria o dever de indenizar.

Fez-se uma análise de recente doutrina e jurisprudência acerca do delicado assunto, trazendo posições divergentes, de forma a enriquecer o debate e levar à reflexão: o abandono afetivo deve propiciar a reparação civil ?

A questão é tormentosa e não pode ser respondida de súbito. Carece, antes, ser feita uma análise cuidadosa de todo o contexto, conjugada a elementos do ordenamento jurídico, jurisprudencial e doutrinário, para se vislumbrar uma resposta, nem sempre de consenso.

Este humilde trabalho espera poder ajudar, de alguma forma, nesse perene mister.

**Palavras – Chave:** Relação entre pai e filho, Responsabilidade Civil Paterna, Abandono Moral, Reparação de Danos causados aos filhos.

## ABSTRACT

The present work has the family as scenery.

In the family, the main and basic happening of human life is real: first steps, stammer of first words, development of character and personality of the members, principally minor children.

Then, parents' love configures fundamental importance for maturing and growth of their children, in every side, from affection to social relationship.

In this context, the paternal civil liability due father's absence gets prominence in the national legal world. That's the central subject of this study.

In the work had been seeked the family evolution and familiar power along the time, making an analysis of paternal banquet and affection importance for children development, and the consequences of its absences, principally in the psychological aspect, what, according someone, would create the obligation to repay.

It had been made an analysis of recent doctrine and jurisprudence about this delicate subject, bringing divergent opinions, as way to enrich the discussion and take us to reflection: Must the affection abandonment to propitiate civil repay?

The question is hard and must be not answered suddenly. It is necessary, above all, a carefully analysis of all context, conjugated to legal elements, jurisprudence and doctrine, to obtain an answer, not always by consent.

This humble work proposes oneself to help, in some way, in this hard mission.

**Keywords:** Relation between father and son, Paternal Civil liability, Moral Abandonment, Repairing of Actual damages to the children.

# SUMÁRIO

|   |    |
|---|----|
| <b>INTRODUÇÃO</b> .....   | 08 |
| <b>1. A RELAÇÃO PATERNO-FILIAL NO DIREITO BRASILEIRO: DO PÁTRIO PODER AO PODER FAMILIAR</b> .....         | 11 |
| 1.1 O Pátrio Poder.....   | 11 |
| 1.2 O Poder Familiar.....   | 20 |
| <b>2. O PODER-DEVER DOS PAIS EM RELAÇÃO AOS FILHOS</b> .....  | 27 |
| 2.1 O Desafio da Titularidade do Poder Familiar.....  | 27 |
| 2.2 O Afeto e as Implicações Causadas pela sua Ausência.....  | 33 |
| <b>3. O ABANDONO AFETIVO E SUA REPARAÇÃO</b> .....  | 39 |
| 3.1 Análise dos Principais Julgados Existentes acerca da Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo..... | 39 |
| 3.2 A Responsabilidade Civil dos Pais: Meio de Reparação do Dano Causado pela falta de afeto.....         | 49 |
| 3.2.1 A função da responsabilidade civil no abandono afetivo.....   | 59 |
| 3.2.2 A mensuração do dano moral.....   | 62 |
| <b>4. CONCLUSÃO</b> .....   | 65 |
| <b>5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....  | 71 |

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade analisar a pretensão de se responsabilizar civilmente o genitor por abandonar afetivamente sua prole, não cumprindo, por vontade própria, com os deveres inerentes à função de pai.

O estudo dessa nova tendência no Direito de Família, o qual envolve discussões acerca da possibilidade ou não de indenização em razão do abandono afetivo por um dos genitores, advém da transformação jurídica e social do instituto, mais precisamente ao que se refere ao poder familiar.

A transformação de poder dos pais sobre os filhos (pátrio poder) para conjunto de deveres (poder familiar) elucidou a preocupação com os direitos inerentes a cada ser humano, com a dignidade da pessoa humana e com a proteção integral da criança e do adolescente.

Nessa senda, a família passou de patriarcal e hierárquica, para eudemonista, consagrando a comunhão da família, a família unida pelo afeto e pela solidariedade e a auto-realização de seus membros. Assim a transformação da relação entre pais e filhos alcançou um patamar no qual é impossível pensá-la senão em conjunto com o afeto, a convivência, a proteção integral da criança e do adolescente e a dignidade da pessoa humana.

O exposto é refletido no preceituado pela Constituição Federal de 1988, principalmente no artigo 1º, o qual eleva a dignidade da pessoa humana como fundamento basilar da República e da Democracia de tal forma que a violação a esse princípio implica em ação do Estado frente aos seus agressores.

A Constituição Federal perpetrou novas formas de família, a monoparental e a união estável, acabou com a distinção entre os filhos havidos dentro e fora do casamento, bem como consagrou a igualdade entre homem e mulher.

A igualdade entre homens e mulheres foi consagrada não apenas no âmbito familiar, mas também no âmbito social e moral. Assim, passou a não mais existir a figura do 'cabeça do casal', pois homens e mulheres passaram a ter os mesmos direitos e obrigações perante os filhos.

A Constituição Federal ao consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamental, sendo inclusive um direito da personalidade, previu que a sua violação pode gerar danos morais passíveis de indenização, conforme preceituado pelo artigo 5º, X da CF/88.

O fato de se perpetrar o princípio da dignidade da pessoa humana como direito da personalidade passível de indenização por danos morais fez com que situações que antes não eram relevantes para o direito passassem a ser questionadas. Isso ocorre, por exemplo, com a indenização por dano moral na relação paterno-filial.

No presente trabalho de pesquisa será analisado o fundamento dessa nova tendência de se considerar como dano indenizável aqueles provocados na relação paterno-filial decorrentes do abandono afetivo, da falta de assistência moral ao filho. O principal fundamento é a violação a dignidade da pessoa humana e o descumprimento de deveres constitucionalmente previstos nos artigos 227, *caput* e 229.

O descumprimento dos deveres inerentes a função de pai, como a contínua falta da presença paterna, falta de convivência, assistência material, moral e psíquica, entre outros, geram na prole conseqüências que afetam o seu desenvolvimento psicológico e moral sadio, de tal forma que a conduta omissiva do genitor ocasiona danos no filho.

Os danos sofridos pelos filhos, decorrente da conduta omissiva do genitor, são passíveis de responsabilização, pois os princípios da responsabilidade civil podem ser perfeitamente aplicados no Direito de Família.

A problemática norteadora do presente trabalho concentra-se na nova tendência quanto à possibilidade de se indenizar os filhos em função do abandono afetivo por um dos genitores.

Pretende-se, igualmente, analisar a relação paterno-filial, abordando a sua transformação e as questões ligadas ao afeto, dignidade humana, igualdade na família e a proteção integral da criança.

Cumprido esclarecer que o objeto do presente trabalho de pesquisa destina-se ao estudo da relação paterno-filial, restringindo-se ao estudo de suas relações pessoais, nessa senda, não englobando as relações patrimoniais, propriamente ditas, entre pais e filhos.

Assim, este trabalho foi dividido em três capítulos principais para sua melhor compreensão.

No primeiro capítulo analisar-se-á a transformação da relação pessoal entre pais e filhos, ou seja, como o pátrio poder se transformou em poder familiar.

No segundo capítulo dedicar-se-á aos deveres inerentes aos pais perante os filhos, analisando artigos da Constituição Federal, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Civil de 2002. Ainda, é contemplado pelo trabalho o papel do afeto nas relações de família, qual a sua importância e os possíveis danos decorrentes nos filhos ante a sua ausência, ante a falta de assistência imaterial do genitor.

Para completar o trabalho, no terceiro capítulo, analisar-se-ão os principais julgados referentes a responsabilidade civil por abandono afetivo, comentando-os e rebatendo-os quando necessário. Por derradeiro será feito o exame dos pressupostos da responsabilidade civil, suas funções e como ocorre sua quantificação, colacionando-os ao descumprimento dos deveres decorrentes da relação paterno-filial.

# 1. A RELAÇÃO PATERNO-FILIAL NO DIREITO BRASILEIRO: DO PÁTRIO PODER AO PODER FAMILIAR

Atendendo aos limites desse trabalho, não se pretende abordar toda a transformação do poder/dever dos pais em relação aos filhos desde sua gênese até a atualidade. Assim, parte-se do antigo direito luso-brasileiro, abordando os aspectos mais relevantes da tutela jurídica, no tocante ao tema.

## 1.1 O Pátrio Poder

O pátrio poder, conjunto de poderes (direitos) dos pais sobre os filhos, sofreu grande influência do *patria potestas*, sendo originariamente previsto no Brasil por meio das Ordenações Filipinas.

As Ordenações Filipinas constituíam o direito pátrio pré-codificado que vigorava antes de 1916<sup>1</sup>.

Referente ao Direito de Família, o pátrio poder era exercido somente pelo pai e mesmo com a maioridade do filho o pátrio poder poderia permanecer. Nesse sentido, segundo José Antonio de Paula Santos Neto (1994, p. 40), destacam-se duas características romanas marcantes: “Em primeiro lugar, o pátrio poder é tido como prerrogativa exclusiva do varão. Outrossim, tal poder é perpétuo, vitalício para o pai. Durará enquanto este viver, a não ser que sobrevenha uma das causas específicas da extinção”

Diante disso, a mãe não exercia o pátrio poder nem com a morte do marido<sup>2</sup>, pois ela ocupava posição semelhante ao filho-família<sup>3</sup>. Nesse período pode-

---

<sup>1</sup> Nesse sentido, Marcos Alves da Silva esclarece que “o direito civil vigorante no Brasil, antes do Código de 1916, era o direito português, sistematizado, fundamentalmente, nas Ordenações Filipinas, que, com alterações e adaptações, mantinha a herança romana”. SILVA, M. A. da. *Do Pátrio Poder à Autoridade Parental: repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 40.

<sup>2</sup> Somente com o decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890 a mulher viúva passou a exercer o pátrio poder sobre os filhos enquanto não contraísse novas núpcias.

<sup>3</sup> Entendia-se como filho-família aquele que ainda não havia constituído economia separada dos pais, estando sob o poder do pai mesmo após a maioridade.

se destacar que a maioridade começava aos 25 anos<sup>4</sup>, porém, se o filho continuasse dependente do pai o pátrio poder permanecia.

Insta destacar, ainda, que o pátrio poder somente atingia os filhos legítimos e os legitimados<sup>5</sup>, não alcançando os filhos naturais ou espúrios, assim “não estavam, portanto, sob o ‘pátrio poder’ os filhos então denominados ilegítimos, fossem naturais ou espúrios, mesmo reconhecidos, muito menos os adotivos” (SILVA, 2002, p. 41).

Àquela época eram tidas como atribuições do pai, segundo José V. Castelo Branco Rocha (1960, p. 39):

- a) educá-los e dar-lhes profissão, de acordo com sua condição e posses;
- b) castigá-los moderadamente, e, se incorrigíveis, entregá-los aos magistrados de polícia para os fazer recolher à cadeia por tempo razoável, obrigando-se a sustentá-los;
- c) repeti-los de quem lh’os subtraísse e proceder contra os que os pervertessem ou concorressem para isso;
- d) exigir e aproveitar seus serviços, sem obrigação de soldada ou salário, salvo se lh’os prometeu;
- e) nomear-lhes tutor testamentário e designar as pessoas, que hão de compor o Conselho de Família;
- f) substituí-los pupilarmente;
- g) defendê-los em juízo ou fora dele;
- h) contratar em nome do filho impúbere, quando do contrato puder vir proveito, e intervir com sua autoridade nos contratos do filho impúbere.

A mudança trazida pelo decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, de a viúva exercer o pátrio poder, desde que não casasse novamente, pelo entendimento de Denise Damo Comel (2003, p.25), é "de significativa importância e que constituiu num marco da evolução do pátrio poder, por deixar de considerá-lo como prerrogativa exclusivamente masculina, ainda que o jugo do homem somente viesse a ser definitivamente superado quase cem anos depois"

<sup>4</sup> A maioridade foi reduzida, posteriormente, para 21 anos por meio da resolução de 31 de outubro de 1831, emancipando os filhos para todos os efeitos.

<sup>5</sup> Pelo direito civil pátrio a filiação pode ser legítima, ilegítima ou civil. A filiação legítima se constitui quando a prole é decorrente do casamento entre homem e mulher, sendo considerado legitimado quando o casamento entre homem e mulher ocorreu após o nascimento do filho. A filiação ilegítima é aquela decorrente de homem e mulher que não são casados. A filiação ilegítima é dividida em dois grupos: os naturais e os espúrios. Os naturais são os decorrentes da concepção entre homem e mulher que não possuem impedimentos para o casamento e os espúrios quando há impedimento. Os espúrios se dividem em adúlteros e incestuosos. Os adúlteros são decorrentes de concepção em que o homem e a mulher não podem casar por um ou ambos já serem casados e os incestuosos são decorrentes, por exemplo, de concepções entre parentes. Por fim, a filiação civil decorre da adoção.

O conceito de pátrio poder sofreu diversas modificações ao longo do tempo, sendo previsto no Código Civil de 1916, no artigo 384<sup>6</sup>. É possível vislumbrar, mesmo nesta fase, o ensaio da mudança que em 1988 aconteceria, pois os doutrinadores logo passaram a entender que havia a necessidade de se transformar o conceito de pátrio poder, de conjunto de direitos para conjunto de deveres, em prol da proteção dos filhos, acompanhando a transformação social na relação paterno-filial que estava ocorrendo já àquela época.

Nesse contexto José Virgílio Castelo Branco Rocha (1960, p. 47) define o pátrio poder "como sendo a soma de direitos e deveres concedidos ao pai, para que possa desempenhar os encargos que a lei lhe confere, no tocante à criação e educação dos filhos e conseqüente administração de seus bens".

Há várias teorias acerca do fundamento do pátrio poder, que ele é decorrente da geração, ou do vínculo religioso, ou do vínculo econômico, ou da força física do pai, ou do caráter histórico e cultural, entre outros. Diante disso, o que se pode afirmar é que, pelo fato do vínculo sangüíneo não ser necessário para existir o pátrio poder, ele deriva da ordem social<sup>7</sup>.

A ordem social investe o pai de autoridade pelo fato de ele dar proteção e assistência ao filho. O pátrio poder, como conjunto de direitos e deveres do pai, e em situações peculiares, da mãe, em relação aos filhos, desencadeia-se em duas áreas: a pessoal e a patrimonial.

A esfera pessoal diz respeito, sinteticamente, a relação paterno-filial de conteúdo moral, por exemplo, a assistência, a criação e a educação dos filhos. Enquanto esfera patrimonial, destina-se a regular a relação de conteúdo econômico, por exemplo, a administração dos bens dos filhos. Nessa senda, este trabalho de

---

<sup>6</sup> Art. 384 - Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I) dirigir-lhes a criação e educação; II) tê-los em sua companhia e guarda; III) conceder-lhes, ou negar-lhes consentimento para casarem; IV) nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais lhe não sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o pátrio poder; V) representá-los, até aos dezesseis 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; e VII) exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

<sup>7</sup> Nesse sentido, José Virgílio Castelo Branco Rocha afirma que "o pátrio poder (...) pode existir independentemente de laços de sangue, tal como ocorre no caso da adoção. (...) Quer se trate de filho adotivo, quer se cogite de filho resultante do vínculo de sangue, temos que o pátrio poder deriva de um imperativo inevitável, que é a ordem social, em razão da qual o pai é investido de autoridade, a fim de dar a proteção e a assistência devidas ao filho menor não emancipado. É a lei que investe o pai de semelhante autoridade e é a lei que traça os seus limites e extensão". ROCHA, J. V. C. B. *O Pátrio Poder: estudo teórico-prático*. Rio de Janeiro: Tupã, 1960, p. 47.

pesquisa, em razão do tema ora delimitado, estudará apenas o conteúdo pessoal da relação paterno-filial.

O Código Civil de 1916, em seu artigo 384, referente ao poder familiar de conteúdo pessoal, estabelecia que:

- I. Art. 384 - Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
- II. dirigir-lhes a criação e educação;
- III. tê-los em sua companhia e guarda;
- IV. conceder-lhes, ou negar-lhes consentimento para casarem;
- V. nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais lhe não sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercitar o pátrio poder;
- VI. representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assistí-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VII. reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; e
- VIII. exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Importante, para este trabalho, faz-se tecer alguns comentários acerca dos dois primeiros incisos do artigo 384.

Referente ao inciso primeiro vale destacar que a criação dos filhos é dever de ambos os pais, pressupondo este dever: a manutenção, o vestuário, medicamentos, alimentos que visem a subsistência, cuidados corporais, entre outros. Quanto a educação, enfatiza-se que não se trata apenas de educação intelectual, mas também de educação moral e física. Significa criar e educar os filhos de modo a torná-los indivíduos úteis à sociedade, dispensando-lhes conhecimento, ensinando-os a agir, a se exercitar, ou seja, preparando-os para a sociedade, a bastarem-se em si mesmos.

O dever de educar refere-se ainda, segundo os ensinamentos de José Virgílio Castelo Branco Rocha (1960, p. 137), ao dever do pai ou do tutor de fiscalizar a conduta dos filhos, de proibir ou admitir as amizades dos filhos, dar orientação religiosa, instrução, persuasão decorrente do bom exemplo, auxiliar na escolha de uma profissão, entre outros.

O inciso segundo do artigo 384, por outro lado, trata da companhia e guarda dos filhos. Segundo José V. C. Branco Rocha (1960, p. 140) "a guarda tem por finalidade: a) proteger a inexperiência do filho; b) acautelar a sua pessoa e vida contra eventuais perigos; c) premuni-lo de más influências; d) impedir que o filho cause danos a outrem"

Tanto a guarda quanto a companhia pressupõe os cuidados devidos pelos pais, cuidados estes com a vigilância, a assistência, a fiscalização dos filhos, para que eles se tornem cidadãos úteis à sociedade, sendo possível, se necessário, a utilização de meios moderados de correção quando os filhos não cumpram às determinações dos pais.

Vale ressaltar que a guarda não é condição necessária para o exercício do pátrio poder, pois, excepcionalmente, ela pode, por exemplo, ser delegada a outra pessoa.

O artigo 380 do Código Civil de 1916<sup>8</sup> trouxe a inovação (frente à época pré-codificada) de que o pátrio poder era exercido pelo homem, como chefe da família, o ‘cabeça do casal’, podendo a mulher, na falta ou no impedimento do marido, exercê-lo.

Tal instituto abrange os filhos legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos, conforme faz previsão o artigo 379<sup>9</sup>. Referente aos filhos não reconhecidos pelos pais, o pátrio poder é exercido somente pelas mães.

Veja-se que a mulher se encontra submissa ao marido, assim como os filhos aos pais. Isso ocorre porque a lei diz que deve ser assim e não porque é da natureza o filho obedecer ao pai. Porém, se fosse levada em consideração à natureza humana, o filho sujeitar-se-ia à mãe, pois a maternidade sempre foi tida como um fato, enquanto a paternidade como hipótese.

Contudo, o que ocorre é a sujeição do filho ao pai por conta das leis civis que em sua maioria são ditadas pelos homens, pois a participação das mulheres na política, até a Era Vargas, era proibida.

Foi a partir da Era Vargas que a mulher começou a ganhar espaço na política, pois o decreto nº 21.076 de 1932 - que instituiu o Código Eleitoral Brasileiro – prevê o sufrágio feminino, sendo este direito incorporado, posteriormente, à Constituição Federal de 1934. Cumpre ressaltar ainda que “em 3 de maio de 1933, na eleição para a Assembléia Nacional Constituinte, a mulher brasileira pela primeira vez, em âmbito nacional, votaria e seria votada”<sup>i</sup>

---

<sup>8</sup> Art. 380 – Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com colaboração da mulher. Na falta ou impedimentos de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

<sup>9</sup> Art. 379 – Os filhos legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores.

Desde antes da Idade Média o homem dominava a mulher e até hoje há mulheres que se submetem aos homens. Hoje, muito menos do que antigamente, porque a mulher conquistou sua independência, cabendo às leis acompanharem esta mudança. Assim, como muitas mulheres hoje não são mais dominadas pelos seus maridos, os filhos respeitam à autoridade do pai e da mãe. As leis atuais que consagram o poder familiar, que a seguir será analisado, regulam uma situação que, de fato, vem mudando ao longo do tempo, gradativamente.

Não obstante, fica clara a posição de submissão da mulher ao marido nos dizeres de Clóvis Beviláqua, interpretando o artigo 233 do Código Civil de 1916, citado por Marcos Alves da Silva:

Ambos os cônjuges têm sobre o filho autoridade, a ambos deve o filho respeito. Mas, sendo o pai o chefe da família, compete-lhes, durante o casamento, o exercício dos direitos, que constituem o pátrio poder, sem, contudo, deixar de ouvir a mulher, em tudo o que disser respeito ao interesse do filho (BEVILAQUA apud SILVA, 2002, p. 50).

Parece, pois, óbvio que toda a mãe quer o melhor para o filho, ainda que a lei não declare isso expressamente, assim, a participação da mãe nas atividades de criação, educação e assistência é inerente, não sendo possível negar à mãe os seus direitos naturais. Porém é de se reconhecer também que, sob o ponto de vista do direito, do Código Civil de 1916, o exercício do pátrio poder era competência do homem, cabendo o seu efetivo exercício à mulher em situações peculiares.

Desde essa época o pátrio poder é era tido como *munus*, um encargo supervisionado pelo Estado, de forma a fiscalizar e evitar os possíveis abusos. Isso ocorre pelo fato dele ser um instituto de ordem pública.

José Virgílio Castelo Branco Rocha (1960, p.48) resume a necessidade da interferência do Estado nas relações do pátrio poder da seguinte forma:

O pátrio poder tem vinculações com a ordem social, porque o Estado não pode ser indiferente a sorte daqueles que ainda não atingiram o desenvolvimento e a maturidade de espírito, que lhes permitam cuidar, por si mesmos, de suas pessoas e bens. É um instituto de proteção aos que, por sua pouca idade e inexperiência, reclamam a assistência de um órgão tutelar. [...] A família necessita de ambiente favorável em que possa expandir-se. Daí, a legitimidade da interferência do poder público na tutela das relações familiares, ressalvadas, porém, a liberdade e a iniciativa individuais. A autoridade do Estado não pode substituir a autoridade do chefe de família, mas esta é supervisionada pelo poder público.

Denise Damo Comel (2003, p. 32-33), referente à previsão do pátrio poder no Código Civil de 1916, afirma que:

o poder do pai, na família, preponderante quanto ao pátrio poder, não restando dúvida de que ao homem pertencia, predominantemente, o direito de dirigir os filhos, no casamento ou fora dele, seja no aspecto pessoal, seja no patrimonial, ainda que se lhe atenuasse o poder com o estabelecimento da participação da mulher, como coadjuvante ou, ainda, substituta, na eventual falta ou impedimento do marido. Era o modelo patriarcal da família, mas que, de certa forma, quebrava-se quando da dissolução da sociedade conjugal, porque aí, então, sobressaía o interesse dos filhos, fazendo emergir a importância da mulher na proteção e educação dos menores. Interesse dos filhos que, mais tarde, vai se tornar o princípio norteador de toda política familiar.

Contudo, é reconhecido que, desde o Código Civil de 1916, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1934, o direito conferido aos pais (pátrio poder) constitui, em verdade, a realização de deveres. São deveres porque os direitos estão condicionados aos interesses e aos proveitos dos filhos. Sempre que esses direitos são exercidos sem a observância aos interesses do filho há um abuso de direito. Assim, o limite do pátrio poder é a proteção dos filhos, observando sempre os respectivos interesses e proveitos.

A Constituição de 1934 foi a primeira a consagrar um capítulo inteiro à família, dispondo que ela era protegida pelo Estado e que seu fundamento era o casamento indissolúvel. Disposição semelhante trouxe a Constituição de 1937 e a Constituição de 1946.

Pela Constituição de 1937, os artigos 124 *usque* 127, disciplinavam sobre o instituto da família, dispensando atenção à prole, elencando que a educação é o dever primordial dos pais para com os filhos, além de que a "infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais da vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades" (art. 127, CF/37).

No que diz respeito ao abandono moral, intelectual ou físico, atos que afetam as condições físicas e morais, José Sebastião de Oliveira (2002, p. 52) afirma que "o abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e creia ao

Estado o dever de provê-las de conforto e dos cuidados indispensáveis à sua preservação física ou moral" .

A Constituição de 1937, em contra partida, dedicou-se com maior entusiasmo, em relação à Constituição de 1934, à educação e ao fato de que a infância e a juventude deve ser mais protegida, assegurando uma vida digna, sendo, ainda, que os filhos naturais e legítimos passaram a ter os mesmos direitos em relação aos deveres dos pais.

A preocupação do Estado com a família é exposta no artigo 163 e seguintes da Constituição Federal de 1946, sendo destacados os artigos 163 e 164, *in verbis*:

Art. 163 - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.

Art. 164 - É obrigatória, em todo território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. A lei instituirá o amparo às famílias de prole numerosa.

Assim, é salutar o pensamento de José Virgílio Castelo Branco Rocha (1960, p. 216) referente aos limites do poder paterno:

Se o Estado impõe deveres ao pai, se disciplina o pátrio poder, se fiscaliza o seu exercício é porque faz da família uma instituição de ordem pública e do pátrio poder um 'oficium'. Portanto, se o pai abusa de seu poder, ou se foge ao cumprimento de seus deveres incorre nas cominações legais. O Código Civil Brasileiro [de 1916], coerente com as idéias em voga, atribuiu ao pátrio poder o caráter de proteção ao menor. E, precisamente porque assim entende e dispõe, entendeu à conveniência de traçar limites ao poder paterno, ora restringindo-o e modificando-o, ora suspendendo-o, ora regulando mesmo a sua perda, em casos que, por sua gravidade, estão a reclamar uma providência mais enérgica.

O Decreto-Lei nº 2.848, de 07.12.1940 (Código Penal) trouxe a previsão, nos artigos 244 a 247, do abandono material, moral e intelectual como crimes. Suas redações foram posteriormente editadas pelas leis nºs 5.478/68 e 7.251/84, porém suas essências permaneceram as mesmas e serão objetos de análise em outro momento do presente trabalho.

Independentemente, vale frisar que é desse pensamento, desse interesse do Estado na família, na criança e no adolescente que começa, aos poucos, principalmente após o último quarto do século XX, a se perceber a necessidade de proteger integralmente o 'menor'.

A partir de 1950, principalmente após 1970, as mudanças nas relações familiares ficaram mais visíveis, pois começou a se questionar o conceito de 'pátrio poder' e segundo Marcos Alves da Silva (2002, p. 55), essa mudança é reverenciada sob três pilares fundamentais: "a 'affectio', a publicização das relações de família, e a emergência de um novo sujeito: a criança e o adolescente"

Passa-se, então, a se recusar um modelo de família, de relação familiar, tão rígido quanto aquele que se apresenta, procurando a superação desse sistema no seio da família, em seu conforto.

É nesse contexto que a família brasileira se transforma, de matrimonializada, hierarquizada e patriarcal, para diárquica, horizontal, eudemonista, consagrando o afeto e a solidariedade, passando a se preocupar com a valorização e a solidariedade dos e entre seus membros. Ocorre que a legislação somente se modificou após as transformações ocorridas nas relações sociais da família, tentando acompanhá-las.

Para José Sebastião de Oliveira (2002, p.20-21):

Sem sombras de dúvidas que a família na sociedade destaca-se para o homem como o seu mais importante elo de ligação no relacionamento social, pois é no seio dela que ele surge, recebe a proteção indispensável para a continuidade da vida e se prepara para os embates que o futuro lhe reserva em termos de subsistência, evolução pessoal e material que a humanidade busca sem cessar, como fator de seu desenvolvimento e progresso contínuo. (...) Não obstante já terem passado alguns milhares de anos da existência dos primeiros homens mais primitivos na face do nosso planeta, fato que demonstra que a família passou por um longo processo ininterrupto de transformações no caminho de sua evolução, ela ainda existe até hoje e continua sem cessar o seu processo evolutivo como o meio mais seguro e natural da reprodução e conservação da espécie humana.

Por mais que os anseios da família fossem os nominados acima, com a Constituição de 1967 e 1969, há uma supressão aos direitos dos cidadãos, e conseqüentemente da família, por conta da ditadura militar instaurada no país.

Com o auxílio do movimento "Diretas Já", Tancredo Neves foi eleito, falecendo logo em seguida, sendo que José Sarney acabou por assumir o poder, com o compromisso de redemocratizar o país, reformando suas instituições, possibilitando uma nova ordem constitucional, conhecida como Nova República do Brasil.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> 180 ANOS de Senado: Redemocratização em dois atos. Disponível em: <[www.senado.gov.br/comunica/agencia/180anos/es060410.pdf](http://www.senado.gov.br/comunica/agencia/180anos/es060410.pdf)>. Acesso em: 23.jul.2007

Após a superação do período de ditadura, fez-se necessária a promulgação de uma nova Constituição que abrangesse aos anseios dos cidadãos e da família brasileira, a Constituição Federal de 1988.

José Sebastião Oliveira (2002, p. 77-78) constata que tendo em vista as grandes mudanças sociais, com a inserção da mulher no mercado de trabalho, o aumento do número de casamentos, a diminuição no número de filhos, entre outros, exige-se uma adaptação normativa do Estado, integrando e adaptando o ordenamento à realidade social, ao capitalismo avançado.

É nesse contexto que é promulgada a Constituição Federal, relegando o Código Civil de 1916 à legislação meramente residual no que diz respeito ao Direito de Família, fundando o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre homem e mulher e da proteção integral da criança e do adolescente, este último sistematizado no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90).

No que diz respeito ao pátrio poder, com a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, este sofreu grande alteração, porém sua nomenclatura permaneceu, somente sendo substituída pelo Código Civil de 2002.

As alterações sofridas no pátrio poder, que já não mais corresponde à realidade social, serão estudadas a seguir, em função de que o seu conteúdo já consistia no poder familiar, não tendo no entanto, até a promulgação do Código Civil de 2002, havido mudança em sua nomenclatura.

## **1.2 O Poder Familiar**

Denise Damo Comel (2003, p. 39-40), referente às mudanças trazidas pela Constituição Federal de 1988, explica que:

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em cinco de outubro de 1988, atendendo ao que já vinha sendo preconizado pela doutrina, causou uma revolução no Direito de Família de tal envergadura que bastaram três de seus artigos, quais sejam, o art. 5º, inc. I, o art. 226 nos §§ 3º, 4º, 5º e 6º, e o art. 227, nos dois últimos parágrafos, para fazer com que mais de cem dispositivos do Código Civil de 1916 e de outras leis esparsas deixassem de ser recepcionadas.

Assim, após muita discussão, a maior parte da doutrina considerou revogadas as normas que dispunham diferente do que prescrevia a Constituição de 1988, principalmente aquelas que não deixavam o homem e mulher em relação de igualdade, sendo que as disposições do Código Civil de 1916 que são compatíveis com a CF/88 continuam vigentes, claro, com uma interpretação a luz da CF/88.

Referente ao poder familiar<sup>11</sup>, doutrinadores entediam ter ficado uma lacuna na lei, "uma vez que não havia legislação civil dispendo a respeito de como deveria ser exercido o pátrio poder em igualdade de condições pelo homem e pela mulher" (COMEL, 2003, p. 45). Essa lacuna deveria ser resolvida pela utilização dos costumes e princípios gerais de direito. Assim, ficou esclarecido que deveria haver, entre marido e mulher,

total igualdade em direitos e obrigações (...), igualdade absoluta (...) [ou seja] o pátrio poder, então, fosse dentro ou fora do casamento, devia ser concebido como prerrogativa dos dois pais, em comum, e com relação a todo e qualquer filho, sem distinção alguma, uma vez que toda disposição que estabelecesse privilégio ou limitação injustificada para uns ou para outros estava revogada. (COMEL, 2003, p. 46-47)

Após dois anos de vigência da Constituição Federal, foi promulgada a lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) o qual disciplinou o pátrio poder, ou melhor, o poder familiar, sob a nomenclatura, ainda, de pátrio poder, além de deixar transparecer a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente.

Importante ressaltar que o fundamento da doutrina da proteção integral, elucidada pelo ECA no artigo 4º, é expresso na CF/88 em seu artigo 227 o qual elenca que

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

Esse artigo fundamenta a doutrina da proteção integral, pela qual, segundo a interpretação de Áurea Pimentel Pereira (1991, p. 93-94), indica que:

---

<sup>11</sup> Utilizaremos aqui, o nome de poder familiar, ao invés de pátrio poder, como ainda era chamado, por ser esse o conteúdo do instituto a ser estudado.

O Estado assumiu, juntamente com a família, 'seriíssimas' responsabilidades com relação à criança e ao adolescente, quais sejam as de lhes assegurar, com prioridade, o uso e gozo dos direitos fundamentais, tendo sido muito mais pródigo na enunciação de tais direitos com referência à criança e ao adolescente do que com relação aos adultos, já que quanto a estes últimos o que a Constituição se propôs a garantir foi a proteção à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança e à previdência social, à inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, e de modo geral assistência aos desamparados, enquanto que à criança e ao adolescente acrescentou os direitos à profissionalização, à cultura, à dignidade e ao respeito, prometendo, ainda, pô-las a salvo de toda negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A CF/88 não trata intensamente do poder familiar e como o antigo Código Civil, no que diz respeito a esse assunto, estava revogado tacitamente, o poder familiar, ainda sob a nomenclatura de pátrio poder é disciplinado pelo ECA no Capítulo III - Do Direito à Convivência Familiar e Comunitária, Seção I - Das Disposições Gerais.

O artigo 21 do ECA é cristalino ao definir que "o pátrio poder [poder familiar] será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência".

Tal dispositivo só veio a regular uma situação que de fato há muito já ocorria, haja vista a indiferença paterna existente em algumas famílias, deixando a cargo da mulher as diretrizes da família.

Assim, embora o ECA tenha elucidado algumas lacunas deixadas pela CF/88 referente ao pátrio poder (poder familiar), somente 12 anos depois, com a promulgação do Código Civil de 2002, as mesmas foram efetivamente supridas.

Na elaboração do Código Civil percebeu-se que a nomenclatura 'pátrio poder' não correspondia mais com a realidade social vivida, optando-se por mudá-la para 'poder familiar'.

Consideração importante quanto à denominação do poder familiar, introduzida apenas pelo Código Civil de 2002, fez Paulo Luiz Netto Lôbo, pois para ele

A denominação [poder familiar] ainda não é a mais adequada, porque mantém a ênfase no poder. Todavia, é melhor que a resistente expressão 'pátrio poder', mantida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), somente derogada com o novo Código Civil. Com a implosão,

social e jurídica, da família patriarcal, cujos últimos estertores deram-se antes do advento da Constituição de 1988, não faz sentido que seja reconstruído o instituto apenas deslocando o poder do pai (pátrio) para o poder compartilhado dos pais (familiar), pois a mudança foi muito mais intensa, na medida em que o interesse dos pais está condicionado - expressamente - ao interesse do filho, ou melhor, no interesse de sua realização como pessoa em formação.<sup>12</sup>

A questão da nomenclatura do instituto é de grande discussão entre doutrinadores, entendendo alguns que seria melhor nominado de 'autoridade parental', outros de 'poder parental', além do já citado 'poder familiar'. Não nos cabe aqui tal discussão, sendo que será utilizada a nomenclatura de 'poder familiar' por ser a adotada pelo Código Civil de 2002.

Apesar de o Código Civil de 2002 ter, praticamente, repetido o artigo do antigo Código Civil de 1916 referente ao pátrio poder, mudando apenas a nomenclatura, não quer dizer que o instituto continue o mesmo, mudando apenas o nome, conforme afirma Denise Damo Comel (2003, p. 54-55):

Não se substitui o pátrio poder pelo poder familiar, mas sim, se evoluiu de um para outro, tendo em conta os novos conceitos jurídicos e os valores da sociedade brasileira, dentre os quais a igualdade entre os filhos, a prevalência dos interesses do menor, a função instrumental do poder familiar e a isonomia entre homem e mulher. No entanto, há de se ter especial cautela na compreensão do real significado da figura do poder familiar que, toda evidência, não se confunde com a do pátrio poder. Os princípios e valores que o inspiraram são seguramente diversos dos que davam o conhecimento do extinto pátrio poder.

Nesse contexto, o poder familiar deve ser analisado sob uma nova óptica jurídico-social, compatibilizando com a realidade social vivida pelos cidadãos.

Deve-se destacar que o principal foco da mudança do instituto do pátrio poder para o poder familiar reside no fato de que as crianças e adolescentes são reconhecidos como sujeitos de direitos, sendo que o poder familiar refere-se a deveres dos pais em relação aos filhos, e não mais como trazia o pátrio poder, de que se tratava de um poder dos pais sobre os filhos.

O poder familiar refere-se, não somente ao exercício de autoridade, mas poder como dever, dever de cumprir os direitos inerentes aos filhos, ou seja, é

---

<sup>12</sup> LOBÔ, P. L. N. *Do poder familiar*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>> Acesso em: 09.jul.2007.

um poder-dever dos pais em relação aos filhos incapazes (inclusive os relativamente capazes).

No tocante ao seu conceito, mister se faz o comentário que o Código Civil de 2002 não o definiu, sendo que os doutrinadores tradicionalistas trazem conceitos lineares dele, por exemplo, Sílvio Rodrigues<sup>13</sup>, Caio Mário da Silva Pereira<sup>14</sup>, Maria Helena Diniz<sup>15</sup>, entre outros.

Esses conceitos não expressam a real modificação sofrida no instituto, pois foi delineado nos moldes do Código Civil de 2002. Segundo Denise Damo Comel (2003, p. 64):

o texto do Código Civil de 2002, nos moldes do Código Civil de 1916, apenas regulamenta aspectos específicos a respeito, como, por exemplo, quem são os titulares (art. 1.630), a quem compete (art. 1.631), como se extingue (art. 1.635), dentre outros. O Estatuto da Criança e do Adolescente, da mesma forma, não conceitua a figura, apresentando apenas dispositivo genérico a respeito (art. 21).

Nesse sentido, o poder familiar é tido como um encargo dos pais, encargo esse de atender ao filho, assegurando todos os direitos fundamentais elencados no art. 227 da CF/88, consistente no proclamado pelo art. 229, da CF/88, ou seja, promover os direitos fundamentais do filho por meio da assistência, criação e educação. A assistência, criação e educação devem ser desempenhadas por ambos os pais, conjuntamente, em igualdade de condições, de forma a cumprir com sua função: o melhor interesse do filho. Por fim, cabe ao filho respeito e obediência aos pais, à suas orientações; isso ocorre para que os pais desempenhem suas funções de forma satisfatória.

Para a autora Denise Damo Comel (2003, p.68), "o interesse superior do filho deve referir-se ao desenvolvimento livre e integral da sua personalidade, a

---

<sup>13</sup> "É o conjunto de direitos e deveres atribuído aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes". RODRIGUES, S. R. *Direito Civil: direito de família*. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v.6, p. 349.

<sup>14</sup> "Complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens do filho, exercidos pelos pais na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições segundo o artigo 226, § 5º, da Constituição". PEREIRA, C. M. da. *Instituições de direito civil: direito de família*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v.5, p. 65.

<sup>15</sup> "O poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho". DINIZ, M. H. *Curso de Direito Civil brasileiro: direito de família*. 5 vol. 17. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, v.5, p. 439.

supremacia de tudo o que o beneficie além dos desejos dos seus pais ou responsáveis, na ordem do desenvolvimento físico, ético e cultural do filho."

O respeito e a obediência dos filhos para com os pais é inerente ao poder familiar, pois para que os pais possam desenvolver a educação, criação e assistência aos filhos é necessário que os filhos obedeçam a seus comandos sendo, por fim, ambos (pais e filhos) sujeitos de direitos e obrigações um para com o outro.

Referente às características do poder familiar, convém dizer que ele é irrenunciável, intransmissível e imprescritível.

É irrenunciável porque se trata de poder instrumental de evidente interesse público e social, de exercício obrigatório e de interesse alheio ao titular. Não se reconhece aos pais o direito de abrir mão do poder familiar segundo conveniências ou em proveito próprio. (...) É intransmissível pois somente pode ser atribuído aos que ostentam a qualidade de pai e de mãe - daí o caráter personalíssimo - não se admitindo sua outorga ou transferência a terceiros, seja a título que for. (...) É imprescritível, então, o poder familiar, não se extinguindo com o não-exercício. (COMEL, 2003, p. 75-76)

Cumpra esclarecer que o não-exercício do poder familiar, ou o não-exercício a contento, pode desencadear responsabilização administrativa, penal e até mesmo civil.

Responsabilização administrativa, conforme preceituado pelo ECA, no art. 249, por "descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao pátrio poder [poder familiar] Pena: multa de três a vinte salários de referência" e pelo art. 24, pelo qual "a perda e a suspensão do pátrio poder [poder familiar] serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o artigo 22".

Responsabilização penal nos casos preceituados nos arts. 244 *usque* 247, por abandono material, entrega do filho a pessoa inidônea, abandono intelectual, e/ou abandono moral, que são crimes de perigo, não necessitando ocorrer danos para haver a responsabilização. Segundo conceituado por Jaques de Camargo Penteado (1998, p. 60-61), entende-se que o abandono material "diz respeito ao apoio material, sem o que, evidentemente, ela [a família] não pode permanecer ou subsistir".

Quanto à entrega de filho a pessoa inidônea, o mesmo autor afirma que "o objeto jurídico é a tutela da criação e educação do menor, a sua formação integral, vista do dever indeclinável dos pais". (PENTEADO, 1998, p.70).

Referente ao abandono intelectual diz respeito à educação dos filhos, educação no sentido de prover instrução, no mínimo, primária ao filho. Por fim, quanto ao abandono moral, tutela-se a formação moral do menor, ou seja, o seu caráter, sentimento, afetos.

Além da responsabilização administrativa e penal, há ainda, a discutida possibilidade de responsabilização civil por abandono afetivo, a pretensão punitiva do Estado contra os pais para reparar os danos sofridos pelos filhos em decorrência do abandono afetivo, além da possibilidade de perda ou suspensão do poder familiar.

Quanto ao conteúdo do poder familiar, o poder-dever dos pais em relação aos filhos, ele será analisado a seguir.

## 2. O PODER-DEVER DOS PAIS EM RELAÇÃO AOS FILHOS

### 2.1 O Desafio da Titularidade do Poder Familiar

Enquanto antigamente, quando vigiam as Ordenações Filipinas, o pai tinha um poder quase ilimitado sobre o filho, atualmente tem-se um dever, dever do pai em cumprir com as suas funções em prol dos filhos. Não se trata de uma faculdade (*facultas agendi*), mas sim um dever de criar, educar os filhos e assisti-los. Portanto, o poder familiar, mais do que um poder, é um dever.

Os dispositivos a serem analisados enfatizam o dever do poder familiar, ou seja, as obrigações dos pais em relação dos filhos menores.

Esclarecedor o entendimento de Rosana Fachin, apud Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira (2003, p. 149-150), referente aos deveres dos pais, pois para ela:

de acordo com a Constituição, o modelo institucional de família é atenuado para residir na relação entre pais e filhos o poder paternal que está centrado na idéia de proteção. A paridade de direitos e deveres tanto do pai quanto da mãe está em assegurar aos filhos todos os cuidados necessários para o desenvolver de suas potencialidades para a educação, formação moral e profissional, revelando a transformação e a revalorização de cada um de seus componentes.

Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, apud Bittar (coord, 1989, p.55), a família como agência de amor, deve ser preservada e garantida para que ocorra a realização da pessoa humana de forma íntima e “por essa razão, os laços de solidariedade entre pais e filhos são fortalecidos pelo legislador, que consolidam os deveres dos pais em relação aos filhos e destes em relação aos pais, mesmo quando deixam o domicílio familiar”.

O poder-dever dos pais em relação aos filhos encontra-se disciplinado pela Constituição Federal, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo Código Civil de 2002.

O artigo 227 da Constituição Federal de 1988 preceitua que:

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

Nessa senda, é de suma importância os preceitos do ECA, mais especificamente os artigos 4º e 5º, *in verbis*:

Art. 4º - É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Art. 5º - Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Os artigos supra descritos expressam a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente, transformando-os em sujeitos de direito.

Referente ao artigo 5º do ECA, segundo Selma Regina Aragão e Angelo Luis de Souza Vargas (2005, p. 20):

ao expressar que não poderá existir criança e adolescente expostos a diversas formas de vitimização como negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, resgata o valor supremo, não só dos direitos humanos consagrados às crianças e adolescentes, mas também os direitos humanos pertinentes a todos os seres deste planeta.

Os direitos dos filhos estão descritos basicamente no art. 227 CF/88, arts. 4º e 5º, ECA, sendo que eles devem ser desempenhados pelos pais na forma do art. 229, da CF/88, assim "os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade".

Ressalta-se que a Constituição Federal de 1988 impôs aos pais a obrigação de assistir, criar e educar os filhos menores, assim como impôs aos filhos maiores a obrigação de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade, constituindo um dever dual entre pais e filhos.

Além disso o Código civil de 2002 preceitua, em seu art. 1.634, que:

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

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

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 aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem parte, suprindo-lhes o consentimento;

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e aos serviços próprios da sua idade e condições.

Por fim, o art. 22, do Estatuto da Criança e do Adolescente, sobre o dever dos pais, elenca que "aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse deste, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais".

Pela análise desses seis artigos, no que diz respeito ao direito pessoal, à relação paterno-filial, ao poder familiar, o artigo 229 da CF/88 afirma, expressamente, que é dever dos pais '*assistir, criar e educar os filhos*', assim, o termo assistir deve ser interpretado de forma abrangente. Assistir significa estar presente em todos os momentos possíveis na vida do filho, prestando-lhes todo o tipo de assistência. O dever de assistir aos filhos concilia-se com todos os outros deveres elencados (criar, educar, tê-los em sua companhia e guarda, representar e assistir).

É de contribuição necessária o entendimento de Denise Damo Comel (2003, p. 95) sobre o dever de assistir, "pois, o dever de assistir será cumprido à medida que os pais assumirem todos os encargos com relação aos filhos, dando-lhes o suporte necessário ao pleno desenvolvimento da personalidade deles."

Quanto ao dever de criar, educar, ter em companhia e guarda, negar ou conceder o consentimento para casar, nomear tutor, representar e assistir os filhos, prescrito pelo CC/02 e, em parte, pela CF/88 e disposto pelo ECA no capítulo "Do Direito à Convivência Familiar e Comunitária", é importante destacar que eles são, como já foi dito, inerentes à função de assistir os filhos.

Denise Damo Comel (2003, p. 96) resume o conteúdo do poder familiar como sendo composto pelo

dever de criar, no qual se inclui o de sustento; dever de educar; dever de ter em companhia e guarda, no qual se inclui o dever de reclamar de detenção ilegal; dever de representação e assistência, no qual se incluem o dever de conceder ou negar consentimento para casar e a faculdade de nomear

tutor; dever de exigir obediência, respeito, colaboração e, enfim, dever de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Necessário tecer alguns comentários mais profundos acerca dos deveres dos pais em relação aos filhos pertinentes ao tema do presente trabalho.

Referente ao dever de criar pode-se dizer que ele deve objetivar assegurar ao filho uma boa formação e desenvolvimento equilibrado. Criar implica em assegurar que a dignidade do filho seja preservada, garantindo seu bem-estar físico e psíquico, garantindo sua sobrevivência com dignidade.

Quanto ao dever de sustento deve-se destacar que ele não se limita ao dever alimentar, pois o primeiro engloba tudo aquilo que é necessário à vida do filho e a sua manutenção, incluindo ainda o dever de sustentar e criar os filhos enquanto o segundo refere-se à obrigação genérica de prestar alimentos.

Assim, o dever de sustento, que está intimamente ligado ao dever de criar, é mais amplo que o dever de alimentar, pois “a obrigação de sustento define-se como uma obrigação de fazer; enquanto a obrigação alimentar consubstancia-se uma obrigação de dar”. (CAHALI, 1999, p. 548).

Referente ao dever de educar, ele pode ser entendido, segundo Denise Damo Comel (2003, p. 102-103), como aquele que

implica obrigação de promover no filho o desenvolvimento pleno de todos os aspectos da personalidade, preparando-o para o exercício da cidadania e qualificando-o para o trabalho, seja através da educação informal, seja através da educação formal. [...] Informalmente, a educação acontecerá mediante atuação direta e permanente dos pais na vida do filho, no contato diário que mantém como ele. Essa forma de educação é extremamente importante a boa formação do filho, além de muito mais determinante ao desenvolvimento da personalidade do que a educação formal. É por meio dela que o pai vai passar ao filho os valores que tem como importantes na vida, transmitindo-lhe um ideário filosófico e religioso, bem como vai promovendo o desenvolvimento de virtudes e habilidades que, depois serão moldadas e ampliadas na educação formal. Reveste-se de significativo conteúdo afetivo e emocional, à medida que acontece espontaneamente, na convivência estabelecida com o filho, também de relevante valor no aspecto intelectual e social, refletindo, enfim, na formação do cidadão como um todo e no amadurecimento e aprimoramento da personalidade, com a transmissão de noções e conceitos que se integrarão de modo relativamente estável e duradouro na personalidade do filho. Aliás, é dessa estreita comunhão que resulta o ditado popular: tal pai, tal filho, ressaltando a importância, a gravidade e a extrema responsabilidade dos pais no tocante à educação do filho. A educação formal consiste na escolarização que se realiza em estabelecimento oficial de ensino.

O dever de educar ainda pressupõe o dever de corrigir, pois o ensino necessita de contínua correção, impondo limites aos filhos de forma a repreendê-los ou censurá-los ou aplicar-lhes castigo moderado<sup>16</sup> quando necessário.

O dever de corrigir não deve se exceder e nem usar de meios que ofendam a dignidade da pessoa humana, nem sua integridade mental e física, sob pena de destituição do poder familiar.

O dever de ter em companhia e guarda pressupõe ter o filho em seu poder, reclamar de quem o detenha ilegalmente, além de prestar assistência material, moral e intelectual. Não significa apenas morar sob o mesmo teto, significa uma convivência contínua e permanente, na medida do possível, para que haja troca de sentimentos, experiências, informações, cumprindo com os deveres de criação, educação e convivência familiar.

Há casos em que a guarda não é exercida por ambos os pais, cabendo, nesse caso, ao não detentor da guarda o poder-dever de visitas.

O direito de visitas não é um direito dos pais em relação aos filhos, mas sim um direito da criança, sendo, portanto, um dever dos pais. Nesse sentido, o direito de visitas é concretizado no

direito de ter a companhia de seus dois genitores, direito de ter amor de um pai ausente, direito de gozar da presença decisiva do pai, direito de minorar os efeitos sempre nefastos de uma ruptura incontornável. Logo, é um dever que a lei impõe àquele genitor que se vê privado da presença contínua do filho. (LEITE, 1997, p. 222-223)

Nesse sentido, quando há separação entre cônjuges, pode-se dizer que há o rompimento da coexistência ou da coabitação, porém o dever de convivência permanece.

O direito de visitas é um dever de fazer infungível do pai não guardião, pois somente cabe ao titular cumpri-lo e em caso de não cumprimento pode ser compelido a cumprir seu dever paternal, através de uma execução por coerção, podendo, ainda, em determinados casos, haver resolução em perdas e danos.

---

<sup>16</sup> Nesse sentido, nas palavras de Denise Damo Comel, “o castigo moderado implica a reprimenda comedida, prudente, razoável, sem exageros ou excessos, e sempre de caráter educativo. É o castigo que não põe em perigo a saúde física ou mental do filho e que não o priva do necessário à subsistência, podendo consistir em advertências, privações de regalias e, até, de correção física, conforme alguns, embora ela seja bastante questionável, tanto no aspecto de violação da integridade física e psíquica do filho (porque o castigo físico também pode consistir em violação psíquica), assim também quanto à sua eficácia pedagógica”. COMEL, D. D. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 106.

O dever de fiscalização é inerente ao dever de visitas, ou seja, aquele que não detém a guarda deve, além de cumprir com a obrigação de visitas ao filho, fiscalizar a manutenção e a educação dispensada à criança pelo guardião.

Cumpra aos pais o dever de representação e assistência, ou seja, representar judicialmente os filhos menores de 16 anos e assisti-los entre os 16 e 18 anos, conforme disciplina a legislação vigente (CC/02, art. 1690).

Inerente a esse dever, cabe aos pais dar ou negar o consentimento para casar, nos termos do artigo 1517 do Código Civil. É prerrogativa dos pais, também, nomear tutor conforme preceitua a legislação vigente no artigo 1729 e seguintes do Código Civil de 2002.

Quanto ao dever de exigir obediência, respeito e colaboração deve se destacar que são necessários para que se possam efetivar outros deveres dos pais, como o de criar, educar os filhos e assisti-los. Contudo, pode-se concluir então que não se trata somente de um dever dos pais, mas também dos filhos de obedecer às determinações dos pais.

Não nos cabe aqui a discussão da extensão do dever de exigir do filho colaboração, se se trata de apenas tarefas domésticas ou vai além.

O dever de cumprir e fazer cumprir determinações judiciais refere-se ao dever dos pais de agir no sentido de efetivar as ordens judiciais que visem a proteção integral dos seus filhos.

Assim, em razão do objeto do presente trabalho, é essencial tecer comentários acerca da convivência familiar, além de que esse direito dos filhos está interligado com o dever de criar, o de educar e o de ter em companhia e guarda.

Com relação ao direito à convivência familiar, prevista no artigo 227 da Constituição Federal, mister tecer os seguintes comentários.

A convivência tem por objetivo a busca do pleno desenvolvimento da personalidade da pessoa, ou seja, para que uma criança tenha um desenvolvimento emocional equilibrado.

Para o desenvolvimento equilibrado da criança é necessário que o pai conviva com a criança, dispensando carinho, afeto, assumindo-a e adotando-a, pois é na família que a prole se sente protegida e se desenvolve para enfrentar a sociedade e o mundo.

A previsão do ECA (art. 19) é no sentido de que a criança deve se desenvolver no seio da família, sendo colocada em família substituta apenas em casos peculiares.

Portanto, há que se concluir que a convivência familiar é necessária à vida da pessoa humana e de suma importância na formação da personalidade das crianças e adolescentes.

Deve-se lembrar, porém, que a convivência não se esgota no cumprimento dos deveres acima estudados, não se esgota também na questão material, vai além, pois deve-se respeitar o direito do filho à personalidade e principalmente à sua dignidade como criança em desenvolvimento e sujeito de direito.

Com relação a proposta inicial do presente trabalho, o abandono afetivo na relação paterno-filial decorre do dever de assistência, que pressupõe o dever de convivência, convivência esta que traz em seu bojo o afeto, o amor, carinho, companheirismo, respeito, entre outros decorrentes do afeto. A convivência entre pais e filhos é primordial para desenvolver todos os poderes-deveres dos pais em prol do melhor interesse dos filhos.

Nessa senda, faz-se necessário o estudo do afeto e afins e quais as implicações nos filhos decorrentes da falta de afeto, conforme trata-se a seguir.

## **2.2 O Afeto e as Implicações Causadas pela sua Ausência**

Paralelamente à assunção do eudemonismo, também se verificou, nas famílias, a diminuição do número de componentes haja vista o ônus da criação de um filho e os gastos despendidos.

Isso fez com que os laços se estreitassem, deixando o afeto em lugar de destaque. Assim, segundo Eduardo de Oliveira Leite (1994, p. 18), “restringindo-se o nível de relacionamentos ao pai, mãe e filhos, aumentava-se, proporcionalmente, o estreitamento dos laços afetivos”.

Assim, com tal modificação, a afetividade pode ser apontada como uma característica marcante da família atual, que traz em seu bojo o respeito entre seus membros, no tocante à respectiva dignidade e honra.

A conceituação de afeto é difícil de se promover, por se tratar de um sentimento, porém é necessário tecer alguns comentários acerca deste sentimento para entender as implicações causadas nos filhos pela ausência de afeto na relação paterno-filial.

Pelo entendimento de Sérgio Resende de Barros, a atração de um indivíduo pelo outro era chamada, na antiguidade (pelos romanos) de *affectus* ou *affectio* que “traduzem a idéia de ser feito um para o outro”<sup>17</sup>

Pelo sentido atual de *affectio*, pode-se dizer que onde ele estiver presente, em razão do princípio da liberdade, em conjunto com a colaboração, solidariedade, compreensão, respeito mútuo, haverá família.

O afeto é a base da família moderna a qual é fundada no respeito à dignidade de cada um dos seus membros e no amor entre eles, pois a família já não se baseia mais em uma relação de poder ou provimento econômico, mas num convívio cercado de afeto e carinho entre pais e filhos.

Nesse sentido José Sebastião de Oliveira (2002, p. 233) destaca que “a afetividade, traduzida no respeito de cada um por si e por todos os membros – a fim de que a família seja respeitada em sua dignidade e honrabilidade perante o corpo social – é, sem dúvida alguma, uma das maiores características da família atual”.

Por certo, a família e o afeto possuem características semelhantes e estão intimamente ligados.

Com o passar do tempo, assim como houve transformações no Direito de Família, por exemplo, de patriarcal para eudemonista, o afeto também sofreu modificações, passando a ter importância, não apenas pessoal para aqueles que o sentiam, mas também jurídica.

Normativamente, pode-se citar pelo menos três preceitos constitucionais que evidenciam o princípio da afetividade, os quais, segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, fizeram com que se projetasse

no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família, máxime durante as últimas décadas do Século XX: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua

---

<sup>17</sup> *O direito ao afeto*. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=36>>, Acesso em: 18.dez.2007

origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º).<sup>18</sup>

Outro preceito normativo constitucional enaltecendo a afetividade pode ser vislumbrado pela leitura do artigo 229, pelo qual os pais têm a obrigação de assistir, criar e educar seus filhos, e os filhos têm a obrigação de amparar seus pais na velhice.

Deve-se ressaltar que esses preceitos só serão plenamente respeitados se forem analisados conjuntamente com o princípio consagrado no artigo 1º, III, da Constituição Federal: a dignidade da pessoa humana.

Para Cleber Affonso Angeluci não se pode olvidar

que para a implementação do princípio da dignidade humana, tal como expresso na Carta Magna, o sentimento do amor desempenha papel preponderante. A vida humana somente se aperfeiçoa e se desenvolve em ambiente propício, com a presença do amor, constituindo a família, o centro motor deste processo de integração social e de aprendizado, de onde se extrai sua relevância.<sup>19</sup>

A família, comunidade constituída em função da vontade, deve cumprir com suas obrigações, sendo que cabe aos pais, basicamente, educar, criar e assistir seus filhos. O cumprimento dos deveres dos pais em relação dos filhos é importante para que os filhos tenham desenvolvimento psicológico, emocional e social sadio.

Corroborando com essa assertiva, José Sebastião de Oliveira (2002, p. 270) elenca que:

a criança espelha, em ações, a realidade do seu ambiente, e se ele não é seu lar e a educação que recebe não é a que os seus genitores deveriam destinar-lhe durante o seu desenvolvimento, ela refletirá uma realidade diversa da que lhe deveria servir de modelo. As conseqüências disso são nefastas: filhos consumistas, intransigentes ao diálogo e adversos ao respeito aos pais. (...) Como visto, a família educa a criança – preparando-a para a vida. Este lento e precioso processo de educação, se não totalmente, ao menos em grande parte, será responsável pela moldura da personalidade dos filhos.

<sup>18</sup> LÔBO, P. L. N. *Princípio jurídico da afetividade na filiação*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>> Acesso em: 18.dez.2007

<sup>19</sup> ANGELUCI, C. A. *Amor tem preço?*. Disponível em: <[www.boletimjuridico.com.br/doutrina/impressao.asp?id=1283](http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/impressao.asp?id=1283)>. Acesso em: 19.dez.2007.

Toda e qualquer mudança mais significativa na vida da criança é sentida, e não é diferente na separação dos pais, conforme explica Eduardo de Oliveira Leite (1997, p 185):

Toda desunião pode provocar graves conseqüências para a criança. Ela altera seu quadro referencial em relação aos pais, muda seu esquema de vida, o separa de um de seus pais, ou de uma parte de sua família, altera as relações com outros membros da família e, quase sempre, concentra a autoridade nas mãos de um só.

Referente às implicações causadas nos filhos pela ausência da convivência familiar com um dos genitores, deve-se ressaltar que elas dependem de cada caso concreto, porém cabe-nos apresentar alguns estudos que demonstram probabilidades de riscos e danos sofridos pelos filhos.

Para Rodrigo C. Pereira “a ausência das funções paternas já se apresenta hoje, inclusive, como um fenômeno social alarmante, e provavelmente é o que tem gerado as péssimas conseqüências conhecidas por todos nós, como o aumento da delinqüência juvenil, menores de rua e na rua etc”<sup>20</sup>

Corroborando essa assertiva, o cantor de rap MV Bill e Celso Athayde (2006), em seu marcante documentário “*Falcão: meninos do tráfico*”, verificaram que nove em cada dez, para não dizer dez em cada dez, meninos do tráfico cresceram sem conviver com seus pais pelo fato de não o conhecerem ou de já terem falecido em decorrência do tráfico de drogas. Revelam ainda que a maioria dos meninos do tráfico possui uma carência muito grande, por terem crescido sem a convivência com seus pais, carência esta que se mostra por meio da grande admiração que têm pelas suas mães, avós e esposas.

Além disso é de grande contribuição o estudo realizado por John Bowlby (1990) e apresentado em sua trilogia sobre a Teoria do Apego. Resumidamente, ele realizou experiências em hospitais onde crianças, separadas de suas mães, foram divididas em dois grupos, um em que somente eram alimentadas por enfermeiras e outro em que as enfermeiras não as alimentavam apenas dedicavam atenção, com brincadeiras, com carinho, afeto. Ao final da experiência ele verificou que as crianças que recebiam carinho, afeto e atenção dados pelas enfermeiras se desenvolveram mais rápido do que as eram apenas alimentadas.

---

<sup>20</sup> PEREIRA, R. C. *Pai, por que me abandonaste?* Disponível em <[www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=-1049629041](http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=-1049629041)>. Acesso em 27.dez.2007

Conclui o autor que o apego, o afeto dispensado ao filho é de suma importância para o seu desenvolvimento saudável físico e psicológico<sup>21</sup>. Por mais que o trabalho de John Bowlby tenha sido apenas no sentido de estudar os casos em que filhos são separados de suas mães, o mesmo sinaliza que a falta de afeto, de apego na relação paterno-filial pode gerar danos físicos e psicológicos aos filhos.

Por outro lado, estudos de psicanalistas demonstram que as crianças que foram criadas à 'míngua de um pai', seja ele biológico, afetivo ou registral, podem apresentar diversos transtornos em maior probabilidade que crianças criadas por ambos os pais. Entre estes transtornos pode-se citar: o baixo rendimento escolar, baixa auto-estima, o uso de drogas, depressão, inveja, angústia, agressividade, ódio, rebeldia.

Sobre o exposto, o site [www.pailegal.net](http://www.pailegal.net) divulgou uma pesquisa referente às conseqüências da falta do convívio entre pai e filho, destacando que:

Meninas sem um pai nas suas vidas têm 2,5 vezes mais propensão a engravidarem na adolescência e 53% mais chances de cometerem suicídio. Meninos sem um pai nas suas vidas têm 63% mais chances de fugirem de casa e 37% mais chances de utilizarem drogas. Meninos e meninas sem pai têm duas vezes mais chances de acabarem na cadeia e aproximadamente quatro vezes mais chances de necessitarem de cuidados profissionais para problemas emocionais ou de comportamento.<sup>22</sup>

Ao encontro disso, Sérgio Nick afirma que

o maior risco para os filhos de produção independente, comprovado estatisticamente, é o perigo da excessiva fusão com a mãe. O que impera nesta relação é a convicção de que mãe e filho bastam-se um para o outro. A mãe acha que poderá suprir todas as necessidades do filho e dela mesma, mas vai gerar distúrbios emocionais na criança.<sup>23</sup>

Dessa forma a mãe pode até exercer função de pai e mãe, porém não deve, em momento algum, negar a identidade do pai, nem a sua participação e

<sup>21</sup> Nesse sentido ver GANDRA, M. I. de S. *A importância do apego no processo do desenvolvimento*. Disponível em: <[www.brazilpednews.org.br/dec2000/bnp0026.htm](http://www.brazilpednews.org.br/dec2000/bnp0026.htm)>. Acesso em: 27.dez.2007.

<sup>22</sup> AS CONSEQÜÊNCIAS da falta paterna. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/textoimprime.asp?rvTextold=-225151239>>. Acesso em 27.dez.2007

<sup>23</sup> NICK, S. *Danos provocados pela ausência do pai*. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=944186939>>. Acesso em 27.dez.2007

presença na vida do filho, pois a figura masculina é necessária para um sadio desenvolvimento psíquico-emocional-afetivo da criança.

Pode-se dizer que não é possível suprir totalmente a ausência do pai, porém podem-se amenizar seus efeitos, substituindo a figura paterna, quando possível, transmitindo segurança à criança.

O autor supra citado ainda elenca que “saber quem é o pai, conhecê-lo e conviver com ele é parte integrante e fundamental da construção de sua identidade pessoal”.<sup>24</sup>

Não obstante, não basta saber quem é o pai, nem tão pouco conhecê-lo, deve-se também conviver com ele, pois a não convivência interfere na construção da identidade pessoal da criança, gerando danos. Danos estes causados pelo não cumprimento das funções paternas estabelecidas pela lei.

Há quem entenda que o não cumprimento das funções paternas não gera danos passíveis de reparação ou punição, assim como há os que entendam o oposto, sendo necessária, ao presente trabalho, a análise de decisões judiciais acerca da reparação civil por abandono afetivo para tentar compreender melhor os seus fundamentos.

---

<sup>24</sup> NICK, S. *Danos provocados pela ausência do pai*. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=944186939>>. Acesso em 27.dez.2007

### 3. O ABANDONO AFETIVO E SUA REPARAÇÃO

#### 3.1 Análise dos Principais Julgados Existentes acerca da Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo

Verifica-se, no ordenamento jurídico, que não há nenhuma regulamentação específica que disponha sobre o tema do presente trabalho, ou seja, nenhuma lei é tão específica a ponto de dispor que *'o genitor que abandonar afetiva, moral e psicologicamente seu filho deverá indenizá-lo'*.

Não obstante, a ausência de regulamentação não pode escusar a impossibilidade de tutela, que pode e deve ser prestada pelos meios existentes no Direito.

Nesse mesmo sentido, ao sentenciar quanto à indenização devida ao filho em função do abandono afetivo causado, a Desembargadora Íris Helena Medeiros Nogueira, prolatou que nesses casos

há que se seguir a prudência, a lógica do razoável, propugnando pela manutenção do justo equilíbrio das relações sociais. O julgador é artífice, criador e responsável por condutas sociais. O que se cristaliza na decisão, transforma-se em parâmetro ou paradigma para as condutas futuras. Desse modo, pode tornar-se o Judiciário responsável pela monetarização dos valores, das crenças, dos ideais, das aspirações do ser humano sempre infinitas e inimagináveis. O julgador cria, no sentido de que confirma determinados fatos sociais, legitimando-os, criando modelos. Assim, é formulador de regras sociais de comportamento e, inevitavelmente, transformador do próprio ambiente social, alterando-lhes valores<sup>25</sup>.

Nesse aspecto, possui relevância o entendimento de José Sebastião de Oliveira (2002, p. 233), na medida em que para ele “o Direito não tem o poder de criar afetividade. Sentimentos naturais não decorrem de legislações, mas da vivência cotidiana informada pelo respeito, diálogo e compreensão”.

A indenização por danos morais aos filhos em decorrência do abandono afetivo de um dos genitores é questão de grande relevância, pois o

---

<sup>25</sup> RIO GRANDE DO SUL. Poder Judiciário. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70011497393*. 9ª Câmara Cível. Rel. Desa. Íris Helena Medeiros Nogueira. Pelotas, 8 de junho de 2005.

número de demandas no Brasil referente ao tema está aumentando. Há um grande problema em se traduzir monetariamente os sentimentos e a própria noção de afeto como algo obrigatório, tornando o tema mais discutível ainda.

A cada decisão dessas demandas se forma um novo modelo, como bem relatou a Desembargadora Íris Helena Medeiros Nogueira supra citada.

A seguir, pretende-se analisar alguns julgados, resumindo-os e comentando-os.

- **Caso 01** – RIO GRANDE DO SUL. Poder Judiciário. 2ª Vara Cível da Comarca de Capão da Canoa. *Processo nº 141/1030012032-0*. Juiz Mário Romano Maggioni. Capão da Canoa, 15 de setembro de 2003.

A presente demanda foi proposta no Estado do Rio Grande do Sul, em Capão da Canoa<sup>26</sup>. Neste caso, a filha ajuizou a demanda em face de seu pai por tê-la abandonado material e psicologicamente (amor, carinho, afeto).

Antes de ingressar com tal demanda, tentou-se fazer com que o pai cumprisse com seus deveres, materiais e psicológicos, mediante uma demanda revisional de alimentos, porém o pai não honrou com o acordado, o que incentivou à filha a ingressar com a indenização por danos morais.

O pai da menina não contestou a demanda, presumindo-se verdadeiros todos os fatos afirmados pela autora.

No caso da demanda de Capão da Canoa o Juiz, em sua decisão, comparou o pleito à inclusão do nome de alguém no SPC, porquanto “se a inclusão no SPC dá margem à indenização por danos morais, pois viola a honra e a imagem, quanto mais a rejeição do pai. É menos aviltante, com certeza, ao ser humano dizer ‘fui indevidamente incluído no SPC’ a dizer ‘fui indevidamente rejeitado pelo meu pai’<sup>27</sup>”.

Ao final, com base no artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente e no artigo 5º, X, da Constituição Federal de 1988, o pai revel foi condenado a pagar uma indenização à filha no valor de R\$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais) em função do abandono afetivo.

<sup>26</sup> RIO GRANDE DO SUL. Poder Judiciário. 2ª Vara Cível da Comarca de Capão da Canoa. *Processo nº 141/1030012032-0*. Juiz Mário Romano Maggioni. Capão da Canoa, 15 de setembro de 2003.

<sup>27</sup> RIO GRANDE DO SUL. Poder Judiciário. 2ª Vara Cível..., idem.

Em sentença, o Magistrado ressaltou que “Pai que não ama filho está não apenas desrespeitando função de ordem moral, mas principalmente de ordem legal, pois não está bem educando seu filho”.<sup>28</sup>

- **Caso 02** - MINAS GERAIS. Poder Judiciário. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível nº 408.550-5*. 7ª Câmara Cível. Rel. Juiz Unias Silva. Minas Gerais, 1 de abril de 2004.

O segundo caso noticiado ocorreu no Estado de Minas Gerais, em Belo Horizonte, cuja ementa do acórdão resume bem a decisão que alterou o julgado de primeira instância, pois “a dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral, e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana”.<sup>29</sup>

O pai, não conformado com a condenação de pagar o valor referente a 200 (duzentos) salários mínimos - na época o valor seria de R\$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais) - a título de indenização ao filho, recorreu da decisão por meio de Recurso Especial encaminhado ao STJ (Anexo 03). O recurso foi conhecido e provido pela 4ª Turma do Tribunal por três votos à um.

Os votos pelo provimento do recurso entenderam que a legislação atual – Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente – prescrevem, como punição ao abandono ou ao descumprimento dos deveres de pai, a perda do poder familiar, o que para esses Magistrados, “já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização pelo abandono moral”<sup>30</sup>.

Referente a esse entendimento, questiona-se: como pode a perda do poder familiar constituir-se em sanção, ou melhor, em punição a um pai que, de fato, já não detém tal poder? Será que ao invés de uma punição, a perda do poder familiar não se constitui em uma benesse ao indivíduo que não detém, de fato, o

<sup>28</sup> RIO GRANDE DO SUL. Poder Judiciário. 2ª Vara Cível..., *ibidem*.

<sup>29</sup> MINAS GERAIS. Poder Judiciário. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível nº 408.550-5*. 7ª Câmara Cível. Rel. Juiz Unias Silva. Minas Gerais, 1 de abril de 2004

<sup>30</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 757411/MG*. Quarta Turma. Relator Ministro Fernando Gonçalves. 29 de novembro de 2005.

poder familiar e nem se esforça para detê-lo e nem para cumprir com seus deveres de pai?

Destaca-se o questionamento do magistrado – relator do caso em análise – para depois contrapô-lo ao entendimento de Maria Celina Bodin de Moraes, pelo qual “o pai, após condenado a indenizar o filho por não ter atendido às necessidades de afeto, encontrará ambiente para reconstruir o relacionamento ou, ao contrário, se verá definitivamente afastado daquele pela barreira erguida durante o processo litigioso?”<sup>31</sup>

Para a autora supra citada, a barreira, o afastamento, a distância entre genitor e filho não se criou com o processo litigioso de responsabilidade civil. Ele foi criado muito antes, decorrente da separação conjugal e do não cumprimento dos deveres do genitor, que ficou sem o exercício da titularidade do poder familiar, sendo que a pretensão de tal demanda, como se analisará adiante, não é reparatória, mas sim ressarcitória, punitiva e dissuasória.

Como dito, a decisão do STJ deu pelo provimento do recurso por três votos a um. Referente ao voto vencido, pode-se extrair que o Ministro Barros Monteiro entendeu restarem claros a conduta ilícita praticada pelo genitor, os danos sofridos pelo filho e o nexos causal entre um e outro e que, em momento algum, foi argüida a ocorrência de força maior para descaracterizar a responsabilidade. Ele alerta que

o Tribunal de Alçada de Minas Gerais condenou o réu a pagar 44 mil reais por entender configurado nos autos o dano sofrido pelo autor em sua dignidade, bem como reconhecer a conduta ilícita do genitor ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio e afeto com o filho, deixando assim de preservar os laços da paternidade. Esses fatos são incontroversos. Penso que daí decorre uma conduta ilícita da parte do genitor que, ao lado do dever de assistência material, tem o dever de dar assistência moral ao filho, de conviver com ele, de acompanhá-lo e de dar-lhe o necessário afeto.<sup>32</sup>

Para o Ministro Barros Monteiro, a sanção prevista no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente, tal seja, a destituição do poder familiar, deve ser aplicada independentemente da indenização por danos morais.

É necessário destacar também, no mesmo sentido, o entendimento de Cláudia Maria da Silva, a qual esclarece que “não se trata, pois de ‘dar preço ao

<sup>31</sup> MORAES, M. C. B. de. Deveres Parentais e Responsabilidade Civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, v.7, n.31, p.39-66, ago./set., 2005.

<sup>32</sup> BRASIL, op. cit.

amor' (...), tampouco de 'compensar a dor' propriamente dita". Para a Autora, o aspecto mais importante do presente problema é a sua "função punitiva e dissuasória da reparação dos danos, conscientizando o pai do gravame causado ao filho e sinalizando para ele, e outros, que sua conduta deve ser cessada e evitada, por ser reprovável e grave"<sup>33</sup>.

Porém, verifica-se que não é dever do Direito decidir como a relação paterno-filial deve acontecer, ou como é formada uma família.

Por esta senda, se for formada uma família que respeite seus membros, a liberdade de cada um deles, respeitando inclusive a igualdade nas relações e principalmente ao afeto nas relações, cabe apenas ao Direito, como expectador, reconhecer.

- **Caso 03 - SÃO PAULO.** Poder Judiciário. 31ª Vara Cível Central da Comarca de São Paulo. *Processo nº 000.01.036747-0*. Juiz Luis Fernando Cirillo. São Paulo, 5 de junho de 2004.

O terceiro caso noticiado ocorreu em São Paulo, sendo o processo encaminhado à 31ª Vara Cível Central daquela Comarca<sup>34</sup>. Aqui a filha ajuizou demanda em face de seu pai em função de ter se sentido, durante anos, rejeitada e humilhada, haja vista que seu pai a abandonou após meses de seu nascimento e constituiu nova família.

O pai teve outros filhos e por diversas vezes ocorriam encontros entre a filha, o pai e seus outros filhos, pois freqüentavam a mesma colônia israelita. Nesses encontros o pai ignorava a filha, fingindo que não a conhecia, dando total atenção aos demais filhos provenientes de um posterior relacionamento.

O juiz, em sua decisão explicitou que o exercício do poder familiar (antigo pátrio poder) pode ser exercido por um dos pais, podendo haver a perda relativa, em função de separação judicial, do direito de ter os filhos em sua companhia. A perda desse direito é relativa porque há o direito de visitas, de

---

<sup>33</sup> SILVA, C. M. da. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. Indenização ao filho. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, v.6, n.25, p. 122-147, ago./set., 2004, p. 122.

<sup>34</sup> SÃO PAULO. Poder Judiciário. 31ª Vara Cível Central da Comarca de São Paulo. *Processo nº 000.01.036747-0*. Juiz Luis Fernando Cirillo. São Paulo, 5 de junho de 2004.

companhia, fiscalização, educação, entre outros, ou seja, não se perde o direito em si, apenas o seu exercício é restringido.

Mediante este entendimento, é possível concluir que é dever do genitor dar um mínimo de afeto ao seu filho e também que a separação entre os pais não significa uma separação entre pai e filho. Não podendo se dispensar o relacionamento entre pai e filho em função da separação entre os genitores.

Nessa demanda, o juiz condenou o pai a pagar indenização por danos causados à filha no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Acerca da questão do abandono, o juiz concluiu que “a par da ofensa à integridade física (e psíquica) decorrente de um crescimento desprovido do afeto paterno, o abandono afetivo se apresenta também como ofensa à dignidade da pessoa humana, bem jurídico que a indenização do dano moral se destina a tutelar.”<sup>35</sup>

O magistrado ainda aponta que esse tipo de demanda depende do exame das circunstâncias do caso concreto, analisando as condições do genitor em conviver com o filho, dispensando maior ou menor grau de afeto e se efetivamente houve dano relevante ao filho decorrente do abandono afetivo.

- **Caso 04** - RIO GRANDE DO SUL. Poder Judiciário. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70011497393*. 9ª Câmara Cível. Rel. Desa. Íris Helena Medeiros Nogueira. Pelotas, 8 de junho de 2005.

O quarto caso de pedido de indenização por abandono afetivo, ocorreu no Rio Grande do Sul<sup>36</sup>. Neste caso há uma situação diversa dos demais casos, a ser analisada a seguir.

A autora (Sra. M. R. da S. L.) da demanda nasceu no ano de 1955 e em 1996 ajuizou uma **ação de investigação de paternidade** em face de seu suposto pai (Sr. J. R. G. R.), em função de ter ouvido boatos de que o seu pai biológico não seria o mesmo pai que lhe criara (pai registral e afetivo).

Em sentença de investigação de paternidade ficou confirmado que, realmente, o seu pai biológico era o Sr. J. R. G. R. Com base nisso a filha ingressou

<sup>35</sup> Ibidem.

<sup>36</sup> RIO GRANDE DO SUL. Poder Judiciário. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70011497393*. 9ª Câmara Cível. Rel. Desa. Íris Helena Medeiros Nogueira. Pelotas, 8 de junho de 2005.

com uma indenização com finalidade punitivo-pedagógica em face de seu pai biológico, ou seja, do Sr. J. R. G. R.

Nesse momento, fica evidente a situação diversa entre os três primeiros casos e o caso em análise, pois nos três primeiros casos cada filho sabia quem era o seu verdadeiro pai biológico, que era o mesmo que os registraram.

Outra divergência a ser destacada é que nos três primeiros casos os filhos não tiveram ninguém que, posteriormente, tivesse substituído a figura paterna dispensando afeto, amor, carinho.

No caso ora analisado a filha foi criada pelo pai afetivo sem que, nem o pai afetivo, nem o pai biológico e nem a filha, soubessem da verdade biológica entre eles, ou seja, que o pai biológico não era a mesma pessoa do pai afetivo e registral. Assim sendo, o pai afetivo desempenhou papel de pai biológico, criando a Sra. M. R. da S. L. como se sua filha fosse. O pai biológico só foi saber que era pai da menina e vice-versa quando ela já era uma mulher.

Assim, a filha foi criada pelo pai afetivo e registral sem saber que ele não era seu pai biológico, só vindo a saber desse fato por volta dos 40 anos de idade. Analisando tal situação verifica-se que ela não teve distúrbios psicológicos no seu desenvolvimento, conforme ocorreu nos outros três casos analisados, porém não se pode negar que, após saber a verdade, teve certo conflito de identidade.

Os distúrbios sofridos pela autora do último caso foram provenientes de um conflito de identidade, ocorrido na maturidade. Nos demais casos analisados os distúrbios se deram em função do abandono afetivo do pai, influenciando o crescimento e desenvolvimento das crianças.

Na sentença de primeira instância desse caso em análise, o pai não foi condenado a indenizar a filha e a Apelação confirmou a sentença. Ambas usaram como fundamento o seguinte posicionamento:

...a ausência paterna em hipótese alguma se transmutará em reparação monetariamente mensurável.

Entendo que agrado não se compra, se conquista. O caso vertente não é daqueles dissabores amiúde analisados, facilmente convertidos em moeda. É preciso, pois, frenar as chicanas indenizatórias, mormente as tais quais a ora analisada.

Acolhido o pedido, não tardaria a virar modismo ações deste calão, sobretudo quando se antevê a possibilidade de ganhos fáceis. E sabido que isso gera cobiça, das mais repugnantes.

Imagine só, então, a pleora de demandas vãs que acorreriam ao crivo do Judiciário. Louvariam-se elas, tão-só, em solicitar judicialmente do pai biológico aquilo que representaria caudalosos anos de ausência.

**Viver à mingua de pai. Enfim, eis a questão: Dano indenizável (in)existente?**

Nada, absolutamente nada, faz supor a existência do dano moral então pleiteado. Com efeito, o pedido de ressarcimento denota, por via oblíqua e temerária, a pretensão da autora de satisfazer-se às expensas do pai faltoso. Quiçá, adiantamento de herança.

Dinheiro é efêmero, se esvai ao tempo, o carinho é indelével. Isto é evidente. Há incompatibilidade lógica e jurídica entre ambos. Um não substitui o outro.

É recomendável não levar a cabo indenizações rendidas por inércia paterna ou materna. É preciso ir além. É preciso conscientizar os pais da necessidade da presença, não só física, mas notadamente afetiva, ao lado de seus filhos.

A tônica do relacionamento familiar deve ser pautada na convivência voluntária e consciente. A coação judicial, o meio, não justifica o fim, que é a de suprir a figura paterna. Coação judicial pois os pais, molestados em seus bolsos, passariam a ministrar verdadeiro carinho travestido, quando o que se busca é o afeto desinteressado.<sup>37</sup> (grifo nosso)

Parte do problema em questão pode ser verificado no seguinte destaque da supramencionada citação: “*Viver à mingua de pai. Enfim, eis a questão: Dano indenizável (in)existente?*”.

A conclusão que se pode tirar, a princípio, quanto à possibilidade de responsabilizar civilmente um pai por ter abandonado afetivamente seu filho, é que primeiramente deve-se analisar cada caso concreto como único, com todas as suas peculiaridades, analisando se efetivamente houve danos na formação da criança, se esses danos foram decorrentes do abandono afetivo advindo da falta de convivência familiar, moral e psíquica na relação paterno-filial e se a convivência entre genitor e filho era possível.

Outra conclusão, aludida por Maria Celina Bodin de Moraes é que “não é possível atribuir danos morais por abandono afetivo se a paternidade não estava assegurada”<sup>38</sup>, como ocorrido no caso em análise.

Assim, têm entendido os doutrinadores que não cabe a responsabilidade civil pelas privações do filho, quando a sua condição (de filho) é resultante de demanda de investigação de paternidade acolhida há pouco tempo.

<sup>37</sup> RIO GRANDE DO SUL. Poder Judiciário. Tribunal de Justiça..., ibidem.

<sup>38</sup> MORAES, M. C. B. de. Deveres Parentais e Responsabilidade Civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, v.7, n.31, p.44, ago./set., 2005.

- **Caso 05** - RIO DE JANEIRO. Poder Judiciário. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 2004.001.13664*. 4ª Câmara Cível. Rel. Dês. Mário dos Santos Paulo. Rio de Janeiro, 8 de setembro de 2004.

Foi publicado no final de setembro de 2005, na Revista Brasileira de Direito de Família, nº 31, uma jurisprudência sobre o tema abordado, ocorrido no Rio de Janeiro, *Apelação Cível nº 2004.001.13664*<sup>39</sup>.

No caso ora analisado, o pai nunca expressou prazer e satisfação em ser pai da autora da demanda, ao contrário, considerava o relacionamento com a mãe da autora como uma 'aventura amorosa passageira'. Contudo o pai nunca se aproximou ou se deixou aproximar da filha por mais de quarenta anos.

Nesse caso foi negado o direito de indenização a autora, ante a seguinte justificativa:

Por óbvio, ninguém está obrigado a conceder amor ou afeto a outrem, mesmo que seja filho. Da mesma forma, ninguém está obrigado a odiar seu semelhante.

Não há norma jurídica cogente que ampare entendimento diverso, situando-se a questão no campo exclusivo da moral, sendo certo, outrossim, que, sobre o tema, o direito positivo impõe ao pai o dever de assistência material, na forma de pensionamento e outras necessidades palpáveis, observada a lei.

Não há amparo legal, por mais criativo que possa ser o julgador, que assegure ao filho indenização por falta de afeto e carinho. Muito menos já passados mais de quarenta anos de ausência e descaso.<sup>40</sup>

Para o magistrado que prolatou a dita sentença ninguém é obrigado a amar ninguém, nesse prisma é importante o contrapor o entendimento do Juiz Mario Romano Maggioni, prolator da sentença do caso ocorrido em Capão da Canoa, analisado no Caso 01, pois para ele

a função paterna abrange amar os filhos. Portanto, não basta ser pai biológico ou prestar alimento ao filho, O sustento é apenas uma das parcelas da paternidade. É preciso ser pai na amplitude legal (sustento, guarda e educação). Quando o legislador atribui aos pais a função de educar os filhos, resta evidente que aos pais incumbe amar os filhos. Pai

<sup>39</sup> RIO DE JANEIRO. Poder Judiciário. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 2004.001.13664*. 4ª Câmara Cível. Rel. Dês. Mário dos Santos Paulo. Rio de Janeiro, 8 de setembro de 2004.

<sup>40</sup> RIO DE JANEIRO, idem.

que não ama filho está não apenas desrespeitando função de ordem moral, mas principalmente de ordem legal, pois não está bem educando seu filho.<sup>41</sup>

Resta destacar que a sentença do caso em análise, de lastra do Juiz Mario dos Santos Paulo, destacou não haver conduta ilícita no abandono moral capaz de gerar reparação, pois não há norma legal que imponha a qualquer pessoa a obrigação de amar seus descendentes, idéia essa já contraposta no presente trabalho.

Das relações parentais decorrem questões de cunho patrimonial, sucessório, direitos alimentares, à convivência familiar, à identidade, entre outros. Dessa forma,

os filhos, e também os pais, de forma recíproca, passam a ser sujeitos de direitos de cunho afetivo, devendo o elo da afetividade ser prestigiado, tendo-se que esta é a regra. Todavia, nas situações excepcionais, quando as relações de amor e de afeto não se conjugam com uma relação familiar saudável, paira a dúvida de como tornar obrigatório o cumprimento de um dever estritamente moral. O reconhecimento do estado de filiação gera uma questão de fato, porém, nem sempre gera uma relação de afeto.<sup>42</sup>

Assim, tanto nas relações de família, como em qualquer ramo do Direito, a prática de atos ilícitos de uma pessoa pode gerar danos (materiais e/ou morais) em outra pessoa. Os danos morais decorrem de uma violação aos direitos da personalidade da pessoa que foi ofendida.

Enquanto o abandono material possui legislação específica referente ao seu cumprimento, o abandono moral deixa transparecer, no mínimo, uma violação aos direitos da personalidade, o que, por força do princípio da dignidade da pessoa humana, possibilita àquele que sofrer o dano buscar a sua reparação perante o Judiciário.

Em função dos fundamentos apresentados pelos magistrados, alguns sustentando, inclusive, não haver ato ilícito no abandono afetivo, outros sustentando haver violação da honra e imagem, violando o princípio da dignidade da pessoa humana, faz-se necessária uma breve análise da responsabilidade civil, seus

---

<sup>41</sup> RIO GRANDE DO SUL. Poder Judiciário. 2ª Vara Cível da Comarca de Capão da Canoa. *Processo nº 141/1030012032-0*. Juiz Mário Romano Maggioni. Capão da Canoa, 15 de setembro de 2003.

<sup>42</sup> SCHUH, L. P. X. Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo: a Valoração do Elo Perdido ou Não Consentido. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, v.8, n.35, abr./mai., 2006, p. 62.

pressupostos e outras considerações importantes acerca do dano moral para depois rebatê-los ou defendê-los.

### **3.2 A Responsabilidade Civil dos Pais: Meio de Reparação do Dano Causado pela Falta de Afeto**

Importante neste liame a conceituação de responsabilidade civil, assim “pode-se dizer que a responsabilidade civil traduz a obrigação da pessoa física ou jurídica ofensora de reparar o dano causado por conduta que viola um dever jurídico preexistente de *não lesionar implícito ou expresso na lei*” (grifo nosso) (STOCO, 2002, p. 120).

Para Maria Helena Diniz (2002,v.7,p.34) “a responsabilidade civil é a 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 a ela pertencente ou de simples imposição legal”.

Por derradeiro Sérgio Cavalieri Filho (2005, p.23-24) firma seu posicionamento no sentido de que

a violação de um dever jurídico configura o ‘ilícito’, que quase sempre, acarreta dano para outra pessoa, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. (...) [responsabilidade civil] designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico [ou seja] toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil.

O artigo 5º, V e X da Constituição Federal e os artigos 186, 187 e 927 do Código Civil são os pilares da responsabilidade civil, *in verbis*:

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

[...]

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

[...]

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

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

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

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Pelos artigos supracitados podem-se destacar os pressupostos objetivos, na ótica de Rodrigo Mendes Delgado, Sérgio Cavalieri Filho, Nelson Nery Júnior, Maria Helena Diniz, entre outros, da reparação civil: conduta (ação ou omissão) culposa *latu sensu*, dano material ou moral, nexo de causalidade. Esclarece-se que nem sempre todos estes pressupostos necessitam estar presentes para haver o dever de reparar o dano, como, por exemplo, a culpa.

A ação, na responsabilidade civil, é uma conduta humana (comissiva ou omissiva), ou de agente por ela responsável, que cause dano a terceiro gerando o dever de reparar o dano causado.

Pela interpretação dos artigos supramencionados, observa-se que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, imperícia ou imprudência, causar prejuízo ou violar direito a outrem deve reparar o dano.

Contudo, em regra, é necessário estar configurada a culpa *latu sensu* para poder ser imputada a responsabilidade ao agente da conduta. A culpa *latu sensu* se divide em duas espécies: culpa em sentido estrito e dolo. O dolo ocorre quando o agente pretende o resultado danoso. A culpa em sentido estrito ocorre quando o agente causador do dano não pretendia o resultado danoso, porém por conta da negligência, imprudência ou imperícia, alcançou o resultado danoso.

O dano é imprescindível para o dever de indenizar. Sérgio Cavalieri Filho (2005, p.96) conceitua o dano na atualidade

como sendo uma subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como sua honra, a

imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.

O dano pode ser dividido em dois grupos: o dano patrimonial, que salvaguarda o patrimônio da pessoa; e o dano moral, que visa salvaguardar os direitos da personalidade.

Assim, dano é toda ofensa causada ao patrimônio e/ou à dignidade do lesado. A ofensa à dignidade do lesado pode ser anímica, atingindo a psique da pessoa, ou corporal, a qual atinge a integridade física da pessoa.

O dano moral passível de ser compensado é aquele que possui um elemento psicológico que consubstancie um sofrimento sofrido pela vítima, que viole a sua dignidade.

O nexó de causalidade corresponde a verificação se a conduta do agente pode ser tida como pressuposto necessário para o resultado danoso, ou seja, deve-se verificar se o ato do agente foi determinante, necessário, para que ocorresse o resultado. Assim, “a relação de causalidade se põe entre a ação ou omissão do agente e o resultado (dano)” (CARVALHO NETO, 2004,v.9, p.62).

A responsabilidade civil pode decorrer de uma relação contratual, ou seja, quando há a violação de um contrato celebrado entre o agente do ato lesivo e o lesado, ou de uma relação extracontratual na qual há uma violação de norma.

A respeito do tema do presente trabalho de pesquisa faz-se necessário destacar os fundamentos de doutrinadores e Magistrados que defendem a impossibilidade da responsabilidade civil por abandono afetivo, contrapondo-os aos fundamentos que possibilitam a aplicação de tal tutela.

Conforme vislumbrado, a responsabilidade civil só é possível se houver conduta ilícita, decorrente de culpa *latu sensu*, dano material e/ou moral e nexó de causalidade.

Referente a conduta ilícita, para o Ministro Aldir Passarinho Junior<sup>43</sup>, ela não está presente na hipótese da responsabilidade civil por abandono afetivo pelo fato de não contrariar qualquer norma jurídica. Para ele, bem como para o Juiz

---

<sup>43</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 757411/MG*. Quarta Turma. Relator Ministro Fernando Gonçalves. 29 de novembro de 2005.

Mário dos Santos Paulo<sup>44</sup>, o abandono se reflete apenas no aspecto patrimonial, se esgotando no dever de prestar alimentos, assim, se não houver o abandono financeiro não há fundamentos para se pleitear pela responsabilidade civil no caso em comento.

Porém, rebatendo esse entendimento, o Ministro Barros Monteiro<sup>45</sup> e o Juiz Unias Silva<sup>46</sup>, entendem que a conduta ilícita é vislumbrada pelo fato de ser dever dos pais assistir material e moralmente seus filhos, convivendo com eles, acompanhando-os e dispensando-lhes o necessário afeto, assim, se o pai não cumpre com estes deveres e causa danos aos filhos de ordem moral, ele incorre em uma conduta contrária a norma prescrita no artigo 186 do Código Civil.

Corroborando este entendimento, o Relator Unias Silva considera que “a responsabilidade não se pauta tão-somente no dever alimentar, mas se insere no dever de possibilitar o desenvolvimento humano dos filhos, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana”<sup>47</sup>.

O doutrinador Luiz Felipe Brasil Santos entende que a conduta omissiva do pai ocasiona, além do dano, “infração aos deveres jurídicos de assistência imaterial e proteção que lhe são impostos como decorrência do poder familiar”<sup>48</sup>. Assim, a conduta ilícita ocorre quando se nega, se é omissivo, se negligencia, à convivência familiar, ao amparo afetivo, moral e psíquico, violando os direitos da personalidade humana, ferindo valores constitucionalmente garantidos.

Para o Juiz Luis Fernando Cirillo<sup>49</sup> existe um dever dos pais de estabelecerem com seus filhos um mínimo de relacionamento afetivo e o fato de os pais estarem separados não os exime de manter esse relacionamento. Assim, se o pai não mantém relacionamento com seu filho, não convive com ele, pratica conduta ilícita, pois não obedece ao preceito constitucional do artigo 227.

Para Cláudia Maria da Silva:

<sup>44</sup> RIO DE JANEIRO. Poder Judiciário. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 2004.001.13664*. 4ª Câmara Cível. Rel. Dês. Mário dos Santos Paulo. Rio de Janeiro, 8 de setembro de 2004.

<sup>45</sup> BRASIL, *ibidem*.

<sup>46</sup> MINAS GERAIS. Poder Judiciário. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível nº 408.550-5*. 7ª Câmara Cível. Rel. Juiz Unias Silva. Minas Gerais, 1 de abril de 2004

<sup>47</sup> *Idem*.

<sup>48</sup> SANTOS, L. F. B. *Indenização por abandono afetivo*. Disponível em: <[www.gontijo-familia.adv.br/tex252.htm](http://www.gontijo-familia.adv.br/tex252.htm)>. Acesso em: 07.jan.2008.

<sup>49</sup> SÃO PAULO. Poder Judiciário. 31ª Vara Cível Central da Comarca de São Paulo. *Processo nº 000.01.036747-0*. Juiz Luis Fernando Cirillo. São Paulo, 5 de junho de 2004.

é indubitoso que a negativa de convivência familiar importa nos ilícitos ora descritos [na Constituição Federal] que se tornam mais graves quando o agressor é o genitor que, embora reconhecidamente recebeu a prole, a ela não desfere o amparo afetivo, a assistência moral e psíquica, atingindo, por consequência, sua honra, a dignidade, a moral e a reputação social, enfim, atributos ligados à personalidade deste ofendido.<sup>50</sup>

Há ainda os que rebatem a pretensão da responsabilidade civil por abandono afetivo ante ao fato de não haver lei específica ao referido tema, o que impossibilitaria a responsabilidade. Nesse sentido o relator Ministro Fernando Gonçalves acredita que “inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 159 do Código Civil de 1916 [atual artigo 186 do Código Civil de 2002], não há como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de indenização”<sup>51</sup>.

O fato de não haver lei específica ao presente tema não deve ser visto como óbice à reparação, vez que há de se alertar que existe violação a princípios constitucionais de cunho moral, além de haver violação a preceitos estabelecidos no Código Civil, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Constituição Federal, ou seja, em interpretação conjunta verifica-se violação de normas que permitem a responsabilização por abandono afetivo.

Nesse sentido, a Desembargadora Íris Helena Medeiros Nogueira afirma que “o tecido jurídico (a ordem jurídica positiva) não é impermeável. Ele não vem delimitado e com resposta escrita para a solução da infinitude de relações conflituosas que a imaginação humana é capaz de inventar. Sempre, a essência contém-se no princípio de tudo”<sup>52</sup>.

Dessa forma, cabe ao juiz, na utilização dos princípios normativos, solucionar os conflitos, ou seja, “o juiz cria, no sentido de que confirma determinados fatos sociais, legitimando-os, criando modelos. Assim, é formulador de regras sociais de comportamento e, inevitavelmente, transformador do próprio ambiente social, alterando-lhe valores”<sup>53</sup>.

Além de que

---

<sup>50</sup> SILVA, C. M. da. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. Indenização ao filho. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, v.6, n.25, p.140, ago./set., 2004, p.140

<sup>51</sup> BRASIL, op. cit.

<sup>52</sup> RIO GRANDE DO SUL. Poder Judiciário. Tribunal de Justiça..., op cit.

<sup>53</sup> Idem.

o silêncio da lei, por si só, não é motivo bastante para arrefecer a necessidade do ser humano em buscar a felicidade. Tímida e, por vezes, preconceituosa, a justiça deve encontrar as possíveis soluções àqueles que batem a sua porta, visto que é da essência humana o permanente conflito na busca da satisfação pessoal. Tal situação exige que a tutela jurisdicional invocada esteja alerta para atender toda espécie de demanda, dando a resposta justa, mesmo àqueles de caráter eminentemente subjetivo, como é o caso das indenizações por abandono afetivo, as quais adentram no campo da responsabilidade civil.<sup>54</sup>

Para Maria Celina Bodin de Moraes, no abandono afetivo ou moral, há uma lesão aos “direitos fundamentais implícitos na condição jurídica de filho e de menor, cujo respeito, por parte dos genitores, é pressuposto para o sadio e equilibrado crescimento da criança, além de condição para sua ajustada inserção na sociedade”.

Assim, nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes,

para a configuração de dano moral à integridade psíquica do filho, será preciso que tenha havido o abandono por parte do pai (ou da mãe) e a ausência de uma figura substituta. Se alguém ‘faz as vezes’ de pai (ou de mãe), desempenhando suas funções, não há dano a ser reparado, não obstante o comportamento moralmente condenável do genitor biológico [passível de responsabilização administrativa e penal]. (...) Não se trata, pois, de condenar um pai que abandonou seu filho (eventual ‘dano causado’), mas de reparar o dano sofrido pelo filho quando, abandonado pelo genitor biológico, não pôde contar nem com seu pai biológico nem com uma figura substituta, configurando-se, então, só aí, o que se chamou de ‘ausência de pai’ (isto é, ausência de uma figura paterna).<sup>55</sup>

Os danos sofridos pela criança, de cunho moral, psíquico, deve ser objeto de análise por um profissional na área, de forma a tentar dimensionar os danos, se eles realmente existem, sendo que os possíveis danos sofridos pelos filhos em decorrência do abandono afetivo foi objeto de análise no Capítulo 2.2 do presente trabalho de pesquisa.

O dano provocado não pode ser tratado como dano moral, pois não há como alargar o seu conceito de forma a atingir o amor entre duas pessoas, porque se assim o fosse, o direito interferiria em um campo completamente alheio à razão humana.

<sup>54</sup> SCHUH, L. P. X. Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo: a Valoração do Elo Perdido ou Não Consentido. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, v.8, n.35, abr./mai., 2006, p. 61-62.

<sup>55</sup> MORAES, M. C. B. de. Deveres Parentais e Responsabilidade Civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, v.7, n.31, p.44, ago./set., 2005.

O Direito está em constante modificação porque o mundo também está. Assim, cabe ao Direito acompanhar a transformação que ocorre na sociedade de forma a tentar suprir seus anseios jurídicos, interferindo nas relações de família, com fundamento nos preceitos constitucionais, quando o poder familiar não estiver sendo exercido observando a proteção integral dos filhos em formação.

Nesse sentido, antigamente, antes do advento da Constituição Federal de 1988, a qual consagra o princípio da dignidade da pessoa humana, referente aos direitos da criança e do adolescente e os direitos da personalidade, entendia-se que

atribuir-se um preço à dor era conceituado, muitas vezes, como uma atitude imoral. As dimensões atuais certificam que, contanto que preenchidas as condições e os pressupostos mínimos, o dano moral é indenizável. Suas projeções alcançam o direito à intimidade, à imagem, à honra, à vida e, o mais recente objeto de questionamento, o direito à afetividade.<sup>56</sup>

Efetivamente, o pai não tem culpa de não amar seu filho, porém há culpa por ter negligenciado ao filho, aos deveres inerentes ao papel de pai. Assim, o que se pretende não é que o pai ame seu filho, mas que cumpra com seus deveres, criando, educando, sustentando material e moralmente, se comportando como se o amasse.

A conduta culposa *lato sensu* capaz de gerar responsabilidade pode ser decorrente de negligência do sujeito. Os poderes-deveres do genitor em relação aos filhos devem ser exercidos em prol dos interesses destes, e negligenciar a estes deveres implica em responsabilizar administrativamente, penalmente e/ou civilmente o genitor negligente.

Convém destacar que alguns doutrinadores e magistrados vêm defendendo a idéia do dano *in re ipsa*, pelo qual o puro e simples abandono afetivo ensejaria a compensação, sem ser necessário provar a culpa do genitor na conduta ilícita. Pelo dano *in re ipsa*, há a necessidade de se comprovar apenas o evento danoso, a conduta ilícita do genitor capaz de causar danos no filho, ou seja, é “suficiente a violação de um interesse constitucionalmente protegido, relativo ao princípio da dignidade da pessoa humana” (MORAES, 2005, p. 62-63), não precisando se provar a culpa do sujeito.

---

<sup>56</sup> SCHUH, L. P. X. *ibidem*.

Nesse sentido, se o genitor demonstra a ocorrência de caso fortuito ou força maior, ele se exonera da responsabilidade, porque pelo dano *in re ipsa* a culpa decorre das circunstâncias em que ocorreu o evento danoso, bastando provar a existência do evento danoso para que fique presumida a culpa do genitor.

Sérgio Cavaliere Filho (2005, p.63), ao invés de tratar o dano como sendo *in re ipsa*, elenca que a culpa está *in re ipsa*. Assim, afirma que

a prova da culpa, em muito casos, é verdadeiramente diabólica, erigindo-se em barreira intransponível para o lesado. Em casos tais, os tribunais têm examinado a prova da culpa com tolerância, extraindo-a, muitas vezes, das próprias circunstâncias em que se dá o evento. Assim, por exemplo, se o motorista sobe com o veículo na calçada e atropela o transeunte, a culpa decorre do próprio fato; está '*in re ipsa*', cabendo ao agente afastá-la provando caso fortuito ou força maior.

Assim, deve ser feita uma avaliação da culpabilidade, não para provar sua culpa, mas para verificar se o agente é imputável e se não agiu ao abrigo de alguma excludente de culpabilidade e ainda, por exemplo, se a omissão decorreu em razão de doença física ou mental do genitor, ou por total desconhecimento da existência da relação de paternidade-filiação por parte do genitor e, ainda, pelos entraves colocados pelo genitor que tem a guarda ou, se houve caso fortuito, força maior ou fato exclusivo de terceiro.

Vale esclarecer que a culpa *in re ipsa* não modifica os pressupostos da responsabilidade civil: conduta ilícita, culpa, dano e nexo causal. O que ocorre é apenas uma inversão do ônus da prova, ou seja, o filho não precisa provar que o genitor agiu com culpa em abandoná-lo afetivamente, cabe ao genitor provar tal fato, podendo se valer das excludentes para se eximir da responsabilidade civil.

Há, também, o argumento contrário a pretensão da responsabilidade civil no abandono afetivo, de que é quase impossível precisar se houve um nexo de causalidade entre a conduta do pai e os danos sofridos pelo filho. O dano psicológico, afetivo, e/ou moral poderia ter advindo de outras condutas que não a falta de afeto, falta de convívio, ou violação aos deveres inerentes a função de pai.

O nexo causal pode ser estabelecido através de uma perícia efetivada por profissionais que constatem o grau dos danos sofridos, a relação causal entre os danos sofridos pelo filho e a conduta ilícita do pai, pois "a atuação de um profissional perito na área da saúde acrescentará conhecimentos que o juiz ou os tribunais não possuem". (SCHUH, 2006, p. 65)

É imprescindível a demonstração do nexu causal para comprovar o liame entre o dano e a conduta do genitor. Nesse sentido, pode haver nexu causal entre várias causas e vários sujeitos determinantes para a ocorrência do dano. Assim, nesse caso, todos os sujeitos terão sua parcela de responsabilidade pelos danos sofridos.

A doutrina contrária a responsabilidade civil por abandono afetivo acredita que o ingresso de uma demanda como a em análise impede qualquer tentativa de reaproximação entre pai e filho.

Efetivamente, é praticamente impossível que, após o ingresso de demanda, os laços entre pais e filhos sejam (re)estabelecidos. Lizete Peixoto Xavier Schuh (2006, p. 67) entende que é presumido que “o autor da ação antes de ‘bater à porta do Judiciário’, já bateu, sem obter êxito, ‘à porta do seu genitor’”, ou seja, a relação paterno-filial, quando do ingresso da demanda, já estava rompida havia tempos ou nunca se estabeleceu.

Há doutrinadores e magistrados que se perguntam se é possível dar valor ao afeto, ao amor, sendo que a impossibilidade de se coagir um pai a amar seu filho e a dificuldade de se valorar o possível dano são, normalmente, os fundamentos para que a pretensão punitiva em face do abandono afetivo seja rejeitada.

Primeiramente o que se pretende com demanda não é dar valor ao afeto, ou coagir um pai a amar seu filho; o que se pretende é que o pai seja responsabilizado por não cumprir com seus deveres de criação, educação, sustento, assistência material e moral.

Nesse liame, por certo, segundo Maria Celina Bodin de Moraes (2005, p.57)

pode mesmo não haver qualquer ‘prazer’ ou ‘satisfação’ em ter um filho gerado acidentalmente. No entanto, sendo o aborto proibido, este é um encargo que deve ser assumido tanto pela mãe quanto pelo pai, de quem a lei espera e exige que (...) assumam, perante a sociedade e o Estado, (...) a responsabilidade pela criação e o sustento da criança. (...) É evidente que a lei não exige que um pai ame seus filhos, mas ela demanda que o pai se comporte como se os amasse, criando-os, educando-os e sustentando-os. Tal responsabilidade não é facultativa. É a lei a impor o dever, além do sustento, de criação e educação dos filhos.

Por força da proteção integral da criança, a vontade do pai não deve se sobrepor à necessidade dos filhos, assim, por mais que não se possa dimensionar o amor e valorá-lo, não se pode “calar diante da omissão dos pais que insistem em gerar filhos sem reconhecer que se trata de uma criança-cidadã, devendo ser oriunda de uma família-cidadã, salvaguardada por uma constituição-cidadã”.(SCHUH, 2006, p.76).

A relação paterno-filial não é marcada pela transitoriedade. Isso lhe confere um traço ímpar, distinto de tudo o mais que se queira apreciar, em paralelo ou em comparação, na esfera do Direito de Família, ou no núcleo familiar.

Além desses argumentos, levanta-se a questão referente ao momento em que ocorre o dano. Fato importante este para determinar o marco inicial da prescrição da demanda, que seria de 3 anos, observando o prescrito no artigo 206 do Código Civil.

Ainda é de muita discussão e questionamento quando ocorre o dano e por conseguinte, quanto tempo de abandono deve se ‘aguardar’ para ingressar com a demanda e quando inicia o prazo prescricional.

Referente a capacidade postulatória, Maria Isabel Pereira da Costa acredita que, por força da relação de interdependência no Direito de Família, a demanda de responsabilidade civil por abandono afetivo deve se limitar a relação de parentesco em linha reta descendente e em primeiro grau, podendo haver exceções dependendo do caso concreto. Dessa forma,

só os filhos menores de idade, ou incapazes, têm legitimidade para pedir indenização aos pais pela omissão do afeto. Em relação aos filhos maiores de idade e capazes, não tem cabimento indenização pela ausência de afeto por parte dos pais, porque não estão em fase de formação da personalidade.<sup>57</sup>

Nesse sentido, para ela, os pais idosos poderiam buscar a tutela estudada, de conformidade com o teor do artigo 229 da Constituição Federal, o qual prevê o dever dual entre pais e filhos. Nessa perspectiva, é possível o pai idoso intentar demanda de responsabilidade civil por abandono afetivo contra seus filhos.

---

<sup>57</sup> COSTA, M. I. P. da. Família: do Autoritarismo ao Afeto. Como e a quem Indenizar a Omissão de Afeto? *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, v.7, n.32, p. 20-39, out./nov. 2005.

Contempla o mesmo entendimento a autora Maria Isabel Pereira da Costa (2005, p. 32), em suas palavras

talvez esse direito também possa ser exigido pelos pais idosos em relação aos filhos, pois nessa fase também o afeto é indispensável para a sobrevivência, mas acredito que somente aos pais idosos, face à fragilidade emocional em que possam se encontrar.

Nessa senda, conforme abordado por Lizete Peixoto Xavier Schuh (2006, p. 71),

o dever de assistência dos filhos para com seus pais, já idosos, também merece ser visto com certa parcimônia, uma vez que a nossa sociedade, por si só, discrimina os 'velhos', o que poderá abrir margem para um grande número de ações ajuizadas nesse sentido.

Não fugindo ao objeto do presente trabalho de estudo, a responsabilidade civil por abandono afetivo deve ser utilizada com prudência pelos profissionais do direito para que não haja a banalização e mercantilização do dano moral, além de não fugir as funções do dano moral, transformando-o em fonte de obtenção de lucro fácil e/ou enriquecimento sem causa.

Outro aspecto importante atacado por doutrinadores e magistrados refere-se à função da responsabilidade civil por abandono afetivo, a qual será objeto de estudo mais aprofundado.

### **3.2.1 A função da responsabilidade civil no abandono afetivo**

Ressalta-se que a responsabilidade civil possui diversas funções, sendo a reparatoria a mais utópica delas em se falando de danos morais, pois é praticamente impossível recompor o *statu quo ante* a prática do ilícito.

Para Ana Carolina Brochado Teixeira “todo dano moral, por sua natureza, induz a uma compensação, tendo em vista ser impossível recompor a situação nos moldes anteriores à prática do ato danoso”<sup>58</sup>.

---

<sup>58</sup> TEIXEIRA, A. C. B. Responsabilidade Civil e Ofensa a Dignidade Humana. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, v.7, n.32, out./nov. 2005, p. 143.

A maior parte da doutrina defende a dupla função do dano moral, tal seja, a compensatória e a punitiva ou pedagógica. A primeira visa compensar o sofrimento da vítima e a segunda visa desestimular o agressor à prática de condutas semelhantes.

Da função punitiva decorre a dissuasória ou exemplar a qual se encarrega de disseminar na sociedade que determinada conduta é reprovável na esfera ética e jurídica.

Nesse sentido Caio Mário da Silva Pereira (1999, v.5, p.55), o defensor do caráter dúplice do dano moral, afirma que

quando se cuida do dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: caráter punitivo para que o causador do dano, pelo fato da condenação se veja castigado pela ofensa que praticou; e o caráter compensatório para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido.

Referente a função dissuasória, a qual Nehemias Domingos de Melo<sup>59</sup> denomina de função exemplar, para ele, deve ocorrer de tal forma que o valor da indenização correspondente a essa função deva ser destinado a um Fundo de Assistência ao Poder Judiciário que, por exemplo, poderia ser utilizado para efetivar campanhas educativas.

O autor supra citado defende a idéia do caráter tríplice do dano moral: punitivo, compensatório e exemplar. Compartilham dessa idéia, porém sem a destinação do valor indenizatório para o Fundo de Assistência do Poder Judiciário, Cláudia Maria da Silva<sup>60</sup>, Luiz Felipe Brasil Santos<sup>61</sup>, Maria Alice Soares Dassi, Maria Fernandes Novaes Hironaka, entre outros.

<sup>59</sup> Nesse sentido: MELO, N. D. de. *Por uma nova teoria para reparação por danos morais*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/18/60/1860/>>. Acesso em: 08.jan.2008.

<sup>60</sup> Nesse sentido “a imposição de sanção civil pela prática de ato danoso – rejeição, desconsideração, negativa, recusa, abandono – pelo genitor em desfavor de sua prole importa em importante freio a tal conduta, além da reconsideração e o refazimento dos laços afetivo. Não se trata, pois, de ‘dar preço ao amor’ (...) tampouco de ‘compensar a dor’ propriamente dita. Talvez o aspecto mais relevante seja alcançar a função punitiva e dissuasória da reparação dos danos, conscientizando o pai do gravame causado ao filho e sinalizando para ele, e outros, que sua conduta deve ser cessada e evitada, por ser reprovável e grave”. SILVA, C. M. da. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. Indenização ao filho. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, v.6, n.25, p. 122-147, ago./set., 2004, p. 141-142.

<sup>61</sup> Para o autor “a indenização deferida nesse contexto não tem a finalidade de compelir o pai ao cumprimento de seus deveres, mas atende duas relevantes funções, além da compensatória: a punitiva e a dissuasória”. SANTOS, L. F. B. *Indenização por abandono afetivo*. Disponível em: <[www.gontijo-familia.adv.br/tex252.htm](http://www.gontijo-familia.adv.br/tex252.htm)>. Acesso em: 08.jan.2008.

Contudo, há quem entenda como Anderson Schreiber<sup>62</sup>, que a função do dano moral deve se restringir à compensatória, cabendo ao Direito Penal e ao Direito Administrativo a função punitiva nos casos mais graves.

Assim, se aplicado o entendimento do supra citado autor ao caso em análise, pode-se dizer que a indenização por danos morais no abandono afetivo deve ser quantificada para compensar os danos sofridos, por exemplo, para pagar tratamentos psicológicos ou psiquiátricos, cabendo ao Direito Administrativo aplicar a sanção de perda ou suspensão do poder familiar (art 24) e multa (art. 249) insculpidas no Estatuto da Criança e do Adolescente e ao Direito Penal às penas de detenção ou multa previstas no Código Penal (arts. 244 a 249).

Referente ao caráter compensatório Maria Isabel Pereira da Costa (2005, p. 37) entende que

se o dano é emocional, e não resta dúvida de que o seja, o que se precisa reparar é o sofrimento do filho por não ter recebido o carinho do pai ou da mãe; se atingiu a 'psique' da vítima, causando danos na formação de sua personalidade, a recompensa eficaz seria o tratamento psicológico ou psiquiátrico, com o objetivo de lhes restituir a saúde emocional ou recompor o dano emocional sofrido. Assim, os responsáveis pelo dano deveriam ser constrangidos a pagar por quanto tempo fosse necessário o tratamento terapêutico recomendado por profissional especializado à vítima até a sua total recuperação. A indenização feita diretamente em dinheiro para a vítima, pela omissão de afeto, só deveria ser permitida quando o tratamento terapêutico adequado para reparar o dano, voltando ao 'status quo ante', não fosse mais possível, ou não fosse recomendável, pois ineficaz.

Referente a responsabilidade civil por abandono afetivo, Lizete Peixoto Xavier Schuh (2006, p. 67) esclarece que

a condenação do réu ao pagamento de pecúnia terá menos o cunho de reparação do prejuízo e mais um caráter punitivo, sancionatório, de modo a desmotivar toda e qualquer atitude semelhante. Seria uma resposta à sociedade e serviria de alerta àqueles pais que não cumprirem a sua paternidade responsável.

No abandono afetivo, a função dissuasória é fundamentada pelo fato de desestimular outros pais a cometer atos ilícitos que possam vir a causar dano a seus filhos.

Segundo Nehemias Domingos de Melo (2004, p. 164):

---

<sup>62</sup> SCHREIBER, A. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v.12, p. 3-24, 2002.

depreende-se o porquê de se destacar a importância que cumpre, na sociedade atual, a reparação do dano moral por um equivalente pecuniário, seja como função de compensar a vítima, seja como função de punir o agressor, seja com seu eventual caráter dúplice. Tal se justifica porque, no mais das vezes, torna-se impossível retroagir ao passado para um completo 'restitutio in integrum'.

A função do dano moral seja ela punitiva ou pedagógica, compensatória, dissuasória ou exemplar influencia na fixação do *quantum* porque o valor não pode ser exorbitante nem irrisório e deve cumprir a sua função. O valor deve ser tal, pela função tríplice, por exemplo, que compense o dano sofrido pela vítima, puna o agressor e mostre à sociedade que condutas semelhantes à do agressor não são aceitas.

### 3.2.2 A mensuração do dano moral

A princípio, a mensuração do dano moral, o valor da indenização, deve corresponder e se limitar à dimensão do dano. Ocorre que a sua dimensão é de difícil precisão, ficando ao arbítrio do juiz tentar quantificá-lo.

A Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 não estabeleceram qualquer critério legal para a mensuração do dano moral. Segundo Anderson Schreiber (2002, p. 8), o CC/02

suprimiu o antigo artigo 1553 e introduziu um confuso artigo 946, estabelecendo que, sendo as obrigações indeterminadas (a significar provavelmente ilíquidas), 'apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar'. Decorre que a lei processual nada determina no tocante à apuração do dano moral.

Assim, a quantificação do dano moral é feita, por analogia aos arts. 953, 954, entre outros, pelo arbitramento do magistrado de um valor que ele acredite suficiente para compensar o prejuízo sofrido. Para o arbitramento do dano moral o magistrado deve seguir determinados critérios, ser devidamente fundamentado e motivado, tudo constante na sentença.

Ante a falta de normatização referente à mensuração do dano, a doutrina majoritária e a jurisprudência se firmaram no sentido de que se deve basear em quatro critérios: a gravidade do dano sofrido pelo autor e a sua capacidade econômica, a capacidade econômica do réu e o grau de culpabilidade.

A questão da análise da capacidade econômica da vítima e do réu deve ser feita com muita cautela para não violar o princípio da isonomia, consagrado no art. 5º da CF/88, pois a indenização da vítima, dos danos por ela sofridos, não pode ser menor ante ao fato da capacidade econômica do réu ser baixa e vice-versa.

Maria Celina Bodin Moraes (2005, p.60) entende que, sem violar o princípio da isonomia,

o valor da reparação deve levar em consideração as condições socioeconômicas paternas porque, neste caso, configura princípio geral da matéria o entendimento de que a prole deve compartilhar a posição social e econômica de seus genitores. Sugere-se a aplicação, também aqui, como critério de quantificação do dano moral, além da gravidade do dano, a noção pessoal da vítima que, neste caso, se revelaria, por exemplo, como tendo a condição de filha de X, dotado de um patrimônio vultuoso, ou como filha de Y, proprietário de patrimônio insignificante.

O mesmo ocorre com o grau de culpabilidade do réu, pois o dano sofrido pela vítima independe do grau de culpabilidade.

Contudo, esses critérios para mensuração do dano moral são necessários na medida em que se quer destacar a função punitiva do instituto.

É certo que a mensuração do dano moral deveria corresponder tão somente ao valor do dano sofrido, compensando-o, porém a função do dano moral, às vezes, não possui apenas caráter compensatório, podendo possuir caráter punitivo e dissuasório.

Na responsabilidade civil por abandono afetivo, para mensuração do dano moral sofrido deve-se tentar dimensionar o dano, arbitrando o seu valor de forma prudente, tentando compensá-lo e levando em consideração, também o caráter punitivo e dissuasório, pois os danos sofridos jamais serão efetivamente reparados.

Para Lizete Peixoto Xavier Schuh (2006, p.72), referente à indenização pecuniária por abandono afetivo a indicação

de valores a serem aplicados de modo exato e absoluto em relação às diversas hipóteses ensejadoras do dano moral/psíquico exige análise sensível e cautelosa dentro dos mais variados fatores objetivos e subjetivos, o que nos impede de estabelecer qualquer metodologia precisa ou vinculativa. Ademais, parece demasiadamente tormentoso estabelecer uma reparação em pecúnia quanto ao suposto mal causado ao filho, visto que as obrigações podem ser impostas, os laços afetivos somente conquistados.

Por certo, no entendimento da autora supra citada, o valor da indenização deve ser, no mínimo, suficiente para custear um tratamento psicológico ou psiquiátrico por um profissional pelo tempo necessário para amenizar o sofrimento causado.

Assim, não pode ser considerado como fundamento para a não indenização do abandono afetivo o fato de o amor não ter preço. Conforme já se afirmou nesse trabalho, não se trata de dar preço ao amor, mas sim responsabilizar o genitor pelo abandono afetivo, moral e psicológico e pela falta de convivência. Quando se afirma que o amor não tem preço, deve-se atentar que a grande maioria dos danos extrapatrimoniais também não o tem.

O valor do dano moral deve ser quantificado corretamente, atendendo às suas funções, sendo utilizado de forma prudente e razoável pelos profissionais do direito, para que não ocorra a banalização do instituto, ou a monetarização do dano moral.

## 4. CONCLUSÃO

Desde o direito pré-codificado, no Brasil, as relações entre pais e filhos se alteraram substancialmente. O direito pré-codificado sofreu influência romana donde os pais detinham uma gama de direitos sobre os filhos, devendo os filhos obedecer aos pais. Dessa forma o conjunto de direitos sobre os filhos era exercido somente pelo pai e somente os filhos legítimos ou legitimados se submetiam a estes direitos.

Com o advento do Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890 a viúva passou a exercer o então chamado pátrio poder, desde que não contraísse novas núpcias.

Nesse contexto, de fato, a mulher e os filhos foram tendo maior autonomia dentro de casa porque os pais não dispensavam a atenção necessária à família, delegando-a a mulher. Essa mudança se expressa pelo fato de que o pátrio poder começou a perder a imagem de autoridade patriarcal, onde o pai era o único capaz de chefiar a família, passando a ser exercido em benefício dos filhos e em prol de seus direitos como pessoa humana.

O Código Civil de 1916 manteve a idéia de pátrio poder como conjunto de direitos dos pais sobre os filhos, porém a situação fática já se encontrava em alteração, ou seja, por mais que a sociedade, referente a relação entre pais e filhos, já estivesse começando a se modificar o Código Civil de 1916 permaneceu rígido e obsoleto.

Normativamente a mudança na relação entre pais e filhos ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Ela estabeleceu paradigmas em defesa dos direitos humanos, consagrando a dignidade da pessoa humana como pilar da democracia. A Constituição Federal outorgou igualdade entre homem e mulher, aniquilou as diferenças entre os filhos, elucidando a doutrina da proteção integral (a qual mais tarde foi consagrada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente), entre outros, como o reconhecimento de outras formas de entidade familiar além daquela constituída pelo casamento entre homem e mulher.

Nesse diapasão o conteúdo do pátrio poder se alterou substancialmente, sendo deslocado, juridicamente, o seu ponto nodal, do direito dos

pais sobre os filhos para o melhor interesse do filho. Assim, esse 'novo' conteúdo inaugurou o instituto do poder familiar que se refere ao exercício da autoridade de ambos os pais de forma a cumprir as determinações legais referente aos direitos dos filhos incapazes.

Tal alteração passou a não mais corresponder com a nomenclatura utilizada pela Constituição Federal, pois não se tratava mais de um conjunto de poder dos pais, mas um conjunto de deveres dos pais a serem exercidos em prol dos filhos, com fiscalização do Estado e da sociedade, sendo exercido por estes na impossibilidade dos pais o exercerem.

A nomenclatura utilizada pela Constituição Federal foi repetida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo alterada somente pelo Código Civil de 2002. O Código Civil de 2002 adotou a nomenclatura de poder familiar, tentando adequar a nomenclatura à realidade sócio-jurídica vivida pela sociedade.

Referente ao conteúdo, o poder familiar é tido como um encargo dos pais de atender ao filho, assegurando todos os direitos fundamentais elencados pela Constituição Federal, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo Código Civil por meio da promoção da assistência, criação e educação dos filhos.

Tais deveres devem ser desempenhados por ambos os pais de forma conjunta e em condições de igualdade visando o melhor interesse do filho, cabendo ao filho respeitar e obedecer aos pais, seguindo suas determinações.

Há ainda de ressaltar que cabe aos filhos amparar os pais na velhice, conforme preconizado pela Constituição, formando assim um dever dual entre pais e filhos.

Há de se ressaltar que os deveres paternos preceituados pela Constituição Federal, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo Código Civil não se restringem ao aspecto material, são muito mais abrangentes pelo fato da família atual ser pautada no princípio da afetividade.

Os deveres paternos devem-se cingir, além do aspecto material, a educar, assistir e criar os filhos no aspecto moral, intelectual, ético, dando-lhes suporte para um desenvolvimento sadio, respeitando a dignidade do filho como sujeito de direito.

Para efetivar os deveres de criar, educar e assistir aos filhos no aspecto moral, pressupõe-se a necessidade de afeto, amor, carinho, obediência,

compreensão, respeito entre pais e filhos, primordiais para desenvolver o melhor interesse dos filhos e a preservação da família.

O princípio da afetividade é um dos atuais elementos constitutivos da família, ele engloba todos os sentimentos acima citados, onde cada membro deve respeitar a dignidade do outro, pois a família não mais se baseia em uma relação mercantilista, de caráter econômico e produtivo, baseia-se, atualmente, no afeto, no amor e no respeito mútuo.

O princípio da afetividade é vislumbrado principalmente nos seguintes preceitos constitucionais: arts. 226, § 4º, 227, §§ 5º e 6º e 229. Para que esses preceitos sejam efetivados, em sua plenitude, deve ser respeitada, também, a dignidade da pessoa humana.

A Constituição ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como basilar confere novo paradigma aos direitos da personalidade, aumentando sua gama, protegendo-os de suas constantes violações geradoras de danos de cunho extrapatrimonial (dano moral).

Deve-se destacar que os princípios da responsabilidade civil se aplicam ao Direito de Família porque nenhum ramo do direito é completamente autônomo, além de que há princípios gerais do direito que se aplicam a todas as esferas, isso ocorre, por exemplo, com os princípios constitucionais.

Destaca-se que a responsabilidade civil deve ser aplicada ao Direito de Família porque ele é protegido pela Constituição Federal, protegido contra atos que violem a dignidade de seus membros.

Assim, a conduta que viole direito da personalidade, entre eles a dignidade da pessoa humana, é ilícita conforme preceituado pelo artigo 186 do Código Civil, seja ela decorrente do Direito de Família ou não.

A dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional, bem como a proteção integral da criança e do adolescente. Assim, se um desses princípios forem violados, seja essa violação decorrente de culpa ou dolo, e dessa violação decorrer um dano, o agente causador deve ser responsável pelo dano causado.

Toda violação normativa que cause dano a outrem deve ser objeto de responsabilidade, seja ela civil, administrativa e/ou penal. Insta destacar que uma esfera da responsabilidade não impede a responsabilização em outra esfera.

Assim, no caso em análise, o não exercício do poder familiar, por um dos genitores ou o seu não exercício de forma satisfatória pode desencadear responsabilização civil, administrativa e penal.

A responsabilidade administrativa ocorre por violação às normas estabelecidas no Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 24 e 249), podendo inclusive haver a perda do poder familiar nos casos mais graves. A responsabilidade penal, *ultima ratio* do direito, decorrente da violação ao Código Penal (arts. 244 a 249) podendo implicar em detenção e/ou multa.

Referente a responsabilidade civil por abandono afetivo é importante destacar que além dos danos sofridos pelo filho e o nexo causal, deve haver uma conduta do genitor, conduta essa ativa ou omissiva, decorrente ou não de culpa em sentido lato.

Tal responsabilidade se fundamenta na falta de convivência familiar da criança com um dos genitores, direito esse consagrado pelo artigo 227 da CF/88, sendo que a sua ausência pode gerar danos de ordem psicológica, moral, ética, entre outros, ao filho.

A violação desse direito da criança (convivência familiar) bem como o fato de o genitor não dispensar assistência, educação e criação, de cunho imaterial, pode gerar danos aos filhos que, em longo prazo, podem ser irreparáveis, podendo ser apenas amenizados por longos tratamentos psicológicos e/ou psiquiátricos.

Os danos sofridos pela criança decorrentes do abandono afetivo devem ser provados através de perícia efetivada por profissionais especializados. Os profissionais deverão averiguar se efetivamente os danos sofridos são decorrentes do abandono afetivo por parte de um dos genitores, por parte do descumprimento dos direitos dos filhos pelo genitor.

Assim, como os pressupostos da responsabilidade civil são a conduta ilícita, seja ela decorrente de culpa ou dolo, dano e nexo de causalidade, caberá aos profissionais especializados em psicologia infantil averiguarem se efetivamente o dano ocorreu e se ele é proveniente do abandono afetivo.

A culpa do agente decorre de uma culpa presumida, também denominada de culpa *in re ipsa*, segundo Sérgio Cavalieri Filho. Deste modo, a culpa se presume de forma que a vítima não precisa provar que o agente agiu com culpa ou dolo, cabe assim, uma inversão do ônus probatório, de tal forma que o

agente deverá provar que agiu dentro de uma das excludentes possíveis para se eximir de responsabilização.

Tal entendimento é verossímil porque, geralmente, pelo artigo 333 do CPC, incumbe o ônus da prova a quem alega, assim, caberia ao filho provar que o pai agiu com culpa, o que é praticamente inviável. Contudo, o filho se encontra em posição de 'hipossuficiência', além de que o filho, pela doutrina da proteção integral, deve ser protegido, assim, a inversão do ônus da prova referente à culpa, tornando-a presumida até que se prove o contrário, se faz necessária.

Pela culpa presumida cabe ao genitor provar que agiu dentro de uma das excludentes (caso fortuito, força maior, culpa exclusiva de terceiro, desconhecimento da paternidade, impedimento do outro genitor, imputabilidade, entre outros) para descaracterizar a responsabilidade civil.

Assim, caracterizada a conduta do genitor, seja ela ativa ou omissiva, decorrente de culpa em sentido estrito ou dolo, de abandonar seu filho (ausência de criação, educação, assistência e convivência no aspecto moral), causando-lhe danos de ordem imaterial, há a responsabilidade civil do tipo indenização por danos morais de responsabilidade do genitor.

Em se tratando de dano moral, a reparação do dano é utópica, uma vez que é impossível re-estabelecer o *status quo ante*, sendo que em assim sendo, a responsabilidade civil terá outras funções. As funções da responsabilidade civil por abandono afetivo devem visar *recompensar* o sofrimento do filho através de tratamentos psicológicos ou psiquiátricos, *punir* o genitor pela sua conduta de forma a conscientizá-lo a não mais agir de tal forma e *alertar* a sociedade de que, condutas que violem os direitos dos filhos pelos pais, não são aceitas e serão fontes de responsabilidade civil (caráter tríplice: compensatório, punitivo e dissuasório).

Por fim, a responsabilidade civil por abandono afetivo é tutelada pelo ordenamento jurídico brasileiro, apesar de não haver norma expressa tão específica, por violar a dignidade da pessoa humana, atentando contra a proteção integral da criança e do adolescente e ao princípio da afetividade.

Nesse diapasão, a omissão à assistência imaterial, ao afeto, à convivência familiar, à criação e à educação à prole constitui conduta ilícita, por violar preceitos da Constituição Federal, do Código Civil e do estatuto da Criança e do Adolescente, devendo incidir a indenização por danos morais.

Nesse viés, deve-se ilustrar que a responsabilidade civil por abandono afetivo não visa que um genitor ame seu filho, mesmo porque o amor não é tutelado pelo direito e ele 'não tem preço' e 'não se compra'. O que se tutela são os direitos dos filhos, que não pediram para nascer, mas que têm o direito de ter um pai presente em suas vidas, auxiliando o outro genitor a exercer o poder familiar de forma a fazer valer os direitos de sua prole.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

*180 ANOS de Senado: Redemocratização em dois atos.* Disponível em: <[www.senado.gov.br/comunica/agencia/180anos/es060410.pdf](http://www.senado.gov.br/comunica/agencia/180anos/es060410.pdf)>. Acesso em: 23.jul.2007

ANGELUCI, C. A. *Amor tem preço?* Disponível em: <[www.boletimjuridico.com.br/doutrina/impressao.asp?id=1283](http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/impressao.asp?id=1283)>. Acesso em: 19.dez.2007

ARAGÃO, S. R.; VARGAS, A. L. de S. *O Estatuto da criança e do adolescente em face do novo código civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2005.

*AS CONSEQÜÊNCIAS da falta paterna.* Disponível em: <<http://www.pailegal.ent/textoimprime.asp?rvTextold=-225151239>>. Acesso em 27.dez.2007

ATHAYDE, C.; MV BILL. *Falcão: meninos do tráfico.* São Paulo: Objetiva, 2006.

BARROS, S. R. de. *O direito ao afeto.* Disponível em: <[www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=41](http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=41)>. Acesso em: 18.dez.2007

BOWLBY, J. *Apego: a Natureza do Vínculo.* São Paulo: Martins Fontes, 1990. v.1.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 757411/MG.* Quarta Turma. Relator Ministro Fernando Gonçalves. 29 de novembro de 2005.

CAHALI, Y. S. *Dos alimentos.* 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 1999.

CARVALHO NETO, I. de. *Responsabilidade civil no direito de família: Pensamento Jurídico.* 2.ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2004. v.9.

CAVALIERI FILHO, S. *Programa de Responsabilidade Civil.* 6.ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

COSTA, M. I. P. da. Família: do Autoritarismo ao Afeto. Como e a quem Indenizar a Omissão de Afeto? *Revista Brasileira de Direito de Família.* Porto Alegre: Síntese, v.7, n.32, p. 20-39, out./nov. 2005.

COMEL, D. D. *Do poder familiar.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DINIZ, M. H.. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil.* 16. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, v.7.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Civil brasileiro: direito de família.* 5 vol. 17. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, v.5.

FACHIN, R. Do parentesco e da Filiação. In: DIAS, M. B.; PEREIRA, R. Da C. *Direito de família e o novo Código Civil*. 3. ed. rev. atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 133-150.

GANDRA, M. I. de S. *A importância do apego no processo do desenvolvimento*. Disponível em: <[www.brazilpednews.org.br/dec2000/bnp0026.htm](http://www.brazilpednews.org.br/dec2000/bnp0026.htm)>. Acesso em: 27.dez.2007

LEITE, E. de O. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. *Temas de direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LOBÔ, P. L. N. *Do poder familiar*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>>. Acesso em: 09.07.2007

\_\_\_\_\_. *Princípio jurídico da afetividade na filiação*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>. Acesso em: 18.dez.2007

\_\_\_\_\_. *A repersonalização das relações de família*. In: BITTAR, C. A. (coord). *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 53-82.

MELO, N. D. de. *Dano Moral: problemática do cabimento à fixação do Quantum*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

\_\_\_\_\_. de. *Por uma nova teoria para reparação por danos morais*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/18/60/1860/>>. Acesso em: 08.01.2008

MINAS GERAIS. Poder Judiciário. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível nº 408.550-5*. 7ª Câmara Cível. Rel. Juiz Unias Silva. Minas Gerais, 1 de abril de 2004.

MORAES, M. C. B. de. Deveres Parentais e Responsabilidade Civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, v.7, n.31, p.39-66, ago./set., 2005.

NICK, S. *Danos provocados pela ausência do pai*. Disponível em: <<http://www.pailegal.ent/textoimprime.asp?rvTextold=944186936>>. Acesso em 27.dez.2007

OLIVEIRA, J. S. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PENTEADO, J. de C. *A família e a justiça penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

PEREIRA, C. M. da S. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil: direito de família*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v.5.

PEREIRA, R. C. *Pai, por que me abandonaste?* Disponível em <[www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=-1049629041](http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=-1049629041)>. Acesso em 27.dez.2007

RIBEIRO, A. S. *O voto e a mulher*. Disponível em: <[www.al.sp.gov.br/web/eleicao/mulher\\_voto.htm](http://www.al.sp.gov.br/web/eleicao/mulher_voto.htm)>. Acesso em: 17.jul.2007

RIO DE JANEIRO. Poder Judiciário. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 2004.001.13664*. 4ª Câmara Cível. Rel. Dês. Mário dos Santos Paulo. Rio de Janeiro, 8 de setembro de 2004.

RIO GRANDE DO SUL. Poder Judiciário. 2ª Vara Cível da Comarca de Capão da Canoa. *Processo nº 141/1030012032-0*. Juiz Mário Romano Maggioni. Capão da Canoa, 15 de setembro de 2003.

RIO GRANDE DO SUL. Poder Judiciário. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70011497393*. 9ª Câmara Cível. Rel. Desa. Íris Helena Medeiros Nogueira. Pelotas, 8 de junho de 2005.

ROCHA, J. V. C. B. *O Pátrio Poder*: estudo teórico-prático. Rio de Janeiro: Tupã, 1960.

RODRIGUES, S. R. *Direito Civil*: direito de família. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v.6.

SANTOS, L. F. B. *Indenização por abandono afetivo*. Disponível em: <[www.gontijo-familia.adv.br/tex252.htm](http://www.gontijo-familia.adv.br/tex252.htm)>. Acesso em: 08.jan.08

SANTOS NETO, J. A. de P. *Do pátrio poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SÃO PAULO. Poder Judiciário. 31ª Vara Cível Central da Comarca de São Paulo. *Processo nº 000.01.036747-0*. Juiz Luis Fernando Cirillo. São Paulo, 5 de junho de 2004.

SCHREIBER, A. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v.12, p. 3-24, 2002.

SCHUH, L. P. X. Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo: a Valoração do Elo Perdido ou Não Consentido. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, v.8, n.35, p. 53-77, abr./mai., 2006.

SILVA, C. M. da. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. Indenização ao filho. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, v.6, n.25, p. 122-147, ago./set., 2004.

SILVA, M. A. da. *Do Pátrio Poder à Autoridade Parental*: repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STOCCO, R. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TEIXEIRA, A. C. B. Responsabilidade Civil e Ofensa a Dignidade Humana. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, v.7, n.32, p. 138-158, out./nov. 2005.

---