



Centro Universitário de Brasília

Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais - FAJS

PATRÍCIA DE OLIVEIRA CAVALCANTE

**O DESAFIO DE RECONHECER O DEVER DE INDENIZAR COMO
EFEITO DE UMA NOVA REALIDADE: O ABANDONO AFETIVO**

Brasília
2011

PATRÍCIA DE OLIVEIRA CAVALCANTE

**O DESAFIO DE RECONHECER O DEVER DE INDENIZAR COMO EFEITO DE UMA
NOVA REALIDADE: O ABANDONO AFETIVO**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Héctor Valverde
Santana.

Brasília
2011

Aos meus pais, Elaine e Francisco.

Aos meus irmãos, Rafael e Andrelise.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha família pela paciência e pelo inestimável apoio para a concretização desta pesquisa. Agradeço, também, ao Professor Héctor Valverde Santana pelo precioso auxílio que me ofereceu para a realização deste trabalho. Agradeço, finalmente, ao colega Guilherme que contribuiu para a escolha do tema desta monografia.

RESUMO

A condição peculiar de pessoas em desenvolvimento e a vulnerabilidade são circunstâncias que firmam a criança e o adolescente em posição privilegiada na sociedade. O ordenamento jurídico brasileiro conferiu um tratamento especial à defesa dos interesses da infância e da juventude, baseado na Doutrina da Proteção Integral. A responsabilidade em assegurar o respeito aos direitos dos jovens foi tripartida entre família, sociedade e Estado. A família é o *locus* de realização pessoal afetiva de cada membro que a compõe. Os pais desempenham papel relevante no seio familiar, uma vez que cabe a eles prestar assistência material, moral e educacional aos filhos menores e preservar o convívio com os infantes. A partir do momento em que o pai ou a mãe deixam de cumprir suas funções decorrentes da responsabilidade parental, deflagra-se o abandono afetivo. A conduta omissiva dos genitores é ilícita e importa lesão ao direito da personalidade dos filhos, precisamente ao direito à honra. Reconhecer o abandono afetivo como passível de indenização é um dos grandes desafios a ser enfrentado pelos operadores de Direito na atualidade.

Palavras-chave: Criança e Adolescente. Doutrina da Proteção Integral. Dignidade da pessoa humana. Abandono afetivo. Responsabilidade Civil. Dano moral. Direito à honra. Indenização.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 ANÁLISE DO AFETO NA RELAÇÃO FAMILIAR	9
1.1 Transformação da família tradicional para a família contemporânea	9
1.2 Doutrina da Proteção Integral	12
1.3 Princípios essenciais à proteção infanto-juvenil	14
<i>1.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana</i>	<i>14</i>
<i>1.3.2 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.....</i>	<i>16</i>
<i>1.3.3 Princípio da afetividade</i>	<i>18</i>
<i>1.3.4 Princípio da convivência familiar</i>	<i>21</i>
<i>1.3.5 Princípio da paternidade responsável.....</i>	<i>24</i>
2 ABANDONO AFETIVO.....	26
2.1 Poder familiar	26
<i>2.1.1 Conceito.....</i>	<i>26</i>
<i>2.1.2 Titularidade e exercício.....</i>	<i>27</i>
<i>2.1.3 Conteúdo.....</i>	<i>28</i>
2.2 Configuração do abandono afetivo	31
2.3 Consequências do dano moral advindo da ausência afetiva.....	34
3 ABORDAGEM DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL PELOS DANOS DECORRENTES DO ABANDONO AFETIVO	37
3.1 Considerações iniciais sobre a Responsabilidade Civil por abandono afetivo.....	37
3.2 Pressupostos da Responsabilidade Civil no contexto do abandono afetivo	38
<i>3.2.1 Conduta</i>	<i>38</i>
<i>3.2.2 Nexo causal</i>	<i>40</i>
<i>3.2.3 Dano</i>	<i>42</i>
3.3 Diversas facetas de um só problema	50
3.4 Finalidades da reparação do dano moral no âmbito do abandono afetivo	53
CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS	58

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico destinar-se-á à análise de uma nova realidade social deflagrada na sociedade nos últimos anos, compreendida como abandono afetivo. O objeto deste estudo versará sobre a possibilidade de reconhecer a responsabilidade civil dos pais abandônicos pelos danos morais provenientes do abandono afetivo.

Alguns magistrados brasileiros de primeira instância e grande parcela da doutrina vêm se posicionando a favor da indenização por danos morais oriundos de abandono afetivo. Todavia, diversos Tribunais de Justiça Estaduais do nosso país têm resistido a reconhecer a indenização por abandono moral, seguindo, portanto, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Nesse sentido, a pesquisa buscará demonstrar os argumentos contrários e favoráveis à indenização por dano moral proveniente da conduta omissiva dos pais, com o fito de alcançar uma potencial fundamentação para o reconhecimento da indenização no âmbito do abandono afetivo.

A presente monografia não pretende esgotar o tema, mas se preocupa em discutir de forma refletida sobre o fenômeno do abandono afetivo e sobre a responsabilização civil dos pais abandônicos. No intuito de facilitar a compreensão dos institutos que serão abordados na monografia, esta foi sistematizada em três capítulos.

O primeiro capítulo abordará as profundas transformações ocorridas, ao longo do século XX, nos arranjos familiares. Observa-se o declínio da família patriarcal e a ascensão do modelo atual de família, baseado no afeto, no respeito, na solidariedade, no companheirismo, na compreensão e no amor. A família contemporânea é entendida como *locus* de desenvolvimento de relações interpessoais igualitárias e de aprimoramento das aptidões humanas. Nesse contexto, destacam-se os partícipes mais vulneráveis da estrutura familiar, as crianças e os adolescentes. É a noção de vulnerabilidade que distingue os infantes e jovens dos adultos.

A vulnerabilidade dos menores e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas ainda em fase de desenvolvimento foram aspectos determinantes para a Constituição Federal de 1988 instituir um sistema especial de proteção dos direitos fundamentais infanto-juvenis, orientado pela Doutrina da Proteção Integral. O sistema protetivo conferido aos infantes e aos jovens justifica-se pela expressão de que são eles os

futuros agentes transformadores da sociedade. Desse modo, o mundo adulto, retratado pela família, sociedade e Estado, tem o dever de resguardar os interesses das crianças e dos adolescentes para formar cidadãos conscientes e equilibrados no futuro.

A Doutrina da Proteção Integral surgiu como instrumento garantista do melhor interesse da criança e do adolescente. A Doutrina apregoa que cada ator tem seu papel a ser desempenhado em prol da infância e da juventude. O Estado deve promover políticas públicas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente. A sociedade deve fiscalizar e exigir do Poder Público a execução dessas políticas públicas e zelar pelo cumprimento adequado dos deveres inerentes do poder familiar pelos pais. Finalmente, os genitores devem exercer de modo pleno suas funções parentais.

No escopo de chamar a atenção para a necessidade de tornar efetivo o complexo de direitos dos menores, a pesquisa procurará examinar os princípios essenciais à defesa das crianças e dos adolescentes, como o princípio da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse da criança e do adolescente, da afetividade, da convivência familiar e da paternidade responsável.

O segundo capítulo retratará o fenômeno social do abandono afetivo, portanto serão pormenorizados o conceito de poder familiar, a identificação do titular e de quem exerce esse poder e o seu conteúdo. Quanto ao conteúdo do poder parental, o segundo capítulo se restringirá à pessoa dos filhos, sem adentrar na esfera patrimonial, ou seja, no conteúdo quanto aos bens dos filhos.

Outro aspecto relevante que será analisado refere-se à configuração do abandono afetivo, materializada na existência de efetiva relação paterno/materno-filial e no inadimplemento dos deveres jurídicos da paternidade. O desenvolvimento da personalidade do menor depende de um exercício adequado e pleno dos deveres decorrentes do poder familiar atribuíveis aos pais, como o dever de sustento, dever de guarda e dever de educação. Na medida em que o pai ou a mãe não desempenham ou desempenham de modo inadequado as funções que lhes são impostas pela lei, o abandono afetivo mostra-se visível.

Igualmente, serão apreciadas, no segundo capítulo, as consequências nefastas do dano moral decorrente da ausência afetiva produzidas no organismo psicofísico do jovem. A título ilustrativo podem ser mencionadas algumas consequências, como a agressividade, a depressão, a insegurança, a ansiedade, a anulação da autoestima, a dependência de drogas e álcool, a delinquência juvenil e o aumento de jovens de rua.

O terceiro capítulo tratará sobre a responsabilização civil dos pais faltosos pelos danos morais provindos de abandono afetivo. Este capítulo introduzirá algumas considerações gerais acerca da Responsabilidade Civil no âmbito da ausência afetiva. Nesse ponto, será feita a diferenciação entre responsabilidade civil e penal e entre responsabilidade contratual e extracontratual, chegando-se à conclusão que a indenização por danos morais advindos do descumprimento dos deveres parentais está delimitada na seara da responsabilidade civil extracontratual.

Em seguida, serão arrolados os pressupostos da responsabilização civil por abandono afetivo, conhecidos como conduta, nexa causal e dano. Verifica-se que a ausência do pai ou da mãe, identificada pelo não cumprimento da assistência intelectual e moral ao filho menor, pode revelar um dano à autoestima da criança ou uma lesão a sua reputação. Portanto, no tocante ao dano provocado pela conduta ilícita do genitor, constata-se a existência de um dano de caráter moral, uma vez que viola direito da personalidade da criança ou do adolescente. O direito da personalidade lesionado pode ser o direito à honra objetiva ou o direito à honra subjetiva do menor. A primeira vertente prende-se à necessidade de defesa da reputação da pessoa. A segunda faceta alcança o sentimento pessoal de estima do jovem.

A possibilidade de reconhecer a indenização por dano moral decorrente da ausência afetiva é a pedra angular do terceiro capítulo. Para tanto, a pesquisa analisará o Recurso Especial 757.411/MG julgado, em 2005, pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

A conduta omissiva dos genitores viola direito da personalidade, especificamente o direito à honra, da criança e do adolescente abandonados, entendido esse comportamento como fato gerador de dano moral. O sistema jurídico prevê como resposta à violação aos direitos da personalidade a imposição de uma indenização ao agente causador do dano – o pai ou a mãe omissos.

A finalidade da reparação do dano moral no âmbito do abandono afetivo corresponde à compensação do filho abandonado, à punição do genitor faltoso e à prevenção de futuras condutas omissivas de pais irresponsáveis.

A técnica desenvolvida neste trabalho acadêmico constituiu-se na pesquisa bibliográfica e na interpretação de livros doutrinários, artigos de revistas jurídicas e artigos da internet.

1 ANÁLISE DO AFETO NA RELAÇÃO FAMILIAR

1.1 Transformação da família tradicional para a família contemporânea

A entidade familiar é uma realidade sociológica e constitui o alicerce do Estado, a célula básica em que repousa toda a organização social.¹ O tratamento especial conferido à família não se faz possível sem uma apresentação das profundas mudanças que marcaram a sua estrutura ao longo do século XX, mormente, após o surgimento do Estado social.²

Durante o período colonial brasileiro até o final do século XX, imperava no País um modelo de família constituído exclusivamente pelo casamento, de caráter patriarcal e hierarquizado.³ O Estado somente reconhecia a família advinda do matrimônio. A Igreja Católica exercia forte influência sobre a vida das pessoas, ao passo que consagrou a união entre um homem e uma mulher como um sacramento indissolúvel. A máxima *crestei-vos e multiplicai-vos* atribuiu à família a função reprodutiva com o fito de povoar o mundo de cristãos. Na órbita em que dominavam o patriarcalismo e o sexismo contra mulheres, o homem desempenhava a chefia da sociedade conjugal e cumpria a função de autoridade perante os filhos. Ao casar, a mulher tornava-se relativamente incapaz, não podia trabalhar e nem administrar seus bens. A finalidade essencial da família era a conservação do patrimônio e a criação de filhos como força de trabalho.⁴

A evolução do conhecimento científico, os movimentos sociais e políticos do século passado e o fenômeno da globalização provocaram o declínio da família patriarcal.⁵ O Estado social, desenvolvido ao longo do século XX, caracterizou-se pela intervenção nas relações privadas e no controle de poderes econômicos, cujo fundamento estava ligado à promoção da justiça social. O intervencionismo alcançou a família, com o intuito de redução

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 17, v. 6.

² LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: famílias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 17.

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 32.

⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2005, p. 42.

⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM, p. 5-6, jan./mar. 2003, v. 16.

dos poderes marital e paterno, de inclusão e equilíbrio de seus membros e de compreensão de seu espaço para o fomento da dignidade humana.⁶

As transformações de cunho político, econômico e social produziram reflexos nas relações familiares, as quais se distanciaram do perfil tradicional da família para permitir o completo desenvolvimento de cada indivíduo no grupo familiar. A nova ordem que vigora, agora, é a da *repersonalização das relações civis*.

Na repersonalização, o Estado deixa de proteger as relações de produção da família comunitária e se preocupa com as circunstâncias morais, materiais e legais, capazes de dar condições de a pessoa humana se realizar afetivamente em seu círculo familiar.⁷ Luiz Diez-Picazo⁸ põe em voga o conceito da *proletarização da família*, porque seria a expressão que melhor designaria a tendência verificada no Direito de Família contemporâneo, onde cada vez mais importam pessoas e menos os seus capitais, suas heranças e suas riquezas pessoais.

As funções e preceitos do modelo rígido de família foram fulminados pela consolidação do fenômeno jurídico-social da repersonalização. A concepção de função produtiva deixou de ecoar no organismo familiar atual, haja vista a emancipação econômica, social e jurídica feminina e a drástica redução do número médio de filhos das entidades familiares.⁹ Robert Battes¹⁰ aponta que a família perdeu seu papel de *comunidade de produção*. Afirma que a sociedade conjugal de trabalhadores é muito mais caracterizada pelo consumo conjunto, e não mais pelo ganha-pão conjunto (como na sociedade agrária).

A função procracional atribuída à família esfaleceu na sociedade moderna que admite a adoção e que demonstra um elevado número de casais sem filhos, por livre escolha, ou por priorizar a vida profissional, ou pelo simples fato de infertilidade, ou pela expressiva redução da taxa de fecundidade das brasileiras, que em 1960 foi de 6,3 nascimentos/mulher e em 2008 foi de 1,89.¹¹

O patriarcalismo autoritário foi outro elemento relegado. Não vingou no plano fático, em virtude do ingresso da mulher no mercado de trabalho, em que o homem

⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: famílias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 20.

⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: *O Direito de Família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 74.

⁸ DIEZ-PICAZO, Luiz. *Familia y Derecho*. Madrid: Civitas, 1984, p. 82.

⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: famílias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19.

¹⁰ BATTES, Robert. *Sentido e limites da compensação de aquestos*. Porto Alegre: SAFE, 2000, p. 25.

¹¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: famílias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19.

deixou de ser o provedor exclusivo da família passando a ser exigida a sua participação nas tarefas domésticas.¹²

No plano jurídico, a família patriarcal também perdeu forças, em razão dos valores incorporados na Constituição de 1988.¹³ A título de exemplo da adoção de um sistema que privilegia o tratamento equânime entre os indivíduos, cita-se o § 5º do art. 226, da Constituição Federal de 1988, o qual prevê que *os deveres e direitos relacionados à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher*.

Os valores absorvidos pela Constituição Federal foram igualmente reproduzidos no Código Civil de 2002. Ao marido, o chefe da entidade familiar, competia à administração dos bens comuns e particulares da mulher, o direito de fixar o domicílio da família e o dever de prover à manutenção desta, conforme dicção do art. 233 do Código Civil de 1916. Todos esses direitos são exercidos, agora, pelo casal, em sistema de cogestão (art. 1.567 do Código Civil de 2002).¹⁴

O casamento também deixou de ser a única forma admissível de se constituir família. Ao lado da família originada do matrimônio, duas novas entidades familiares passaram a ser reconhecidas com a Constituição de 1988: a formada pela união estável e a composta por qualquer dos pais e seus descendentes, também denominada de família monoparental.¹⁵

Paulo Luiz Netto Lôbo¹⁶ sustenta que o grupo familiar contemporâneo é fundado na solidariedade, na cooperação, no respeito à dignidade de cada um de seus membros, que se obrigam mutuamente em uma comunidade de vida. *A família atual é apenas compreensível como espaço de realização pessoal afetiva, no qual os interesses patrimoniais perderam seu papel de principal protagonista*.

Percebe-se que as transformações da família em direção a um modelo pautado no afeto contribuíram de modo primordial para a concretude da proteção dos integrantes mais vulneráveis que a compõem – as crianças e os adolescentes. O ordenamento jurídico brasileiro, com o fito de permitir o pleno desenvolvimento desses jovens no tecido

¹² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2005, p. 40.

¹³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: famílias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 17.

¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23, v. 6.

¹⁵ BARBOSA, Heloísa Helena. O direito de família brasileiro no final do século XX. In: BARRETO, Vicente (Coord.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 104.

¹⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: famílias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 29.

familiar, institui um sistema especial de proteção dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, cujo fundamento está calcado na *Doutrina da Proteção Integral*.

1.2 Doutrina da Proteção Integral

A defesa dos interesses infanto-juvenis nem sempre recebeu o tratamento que hoje lhe é dispensado. O Código de Menores do Brasil de 1927 (Decreto nº 17.943-A/1927) reservou para a família, independente da situação econômica, o dever de suprir adequadamente as necessidades básicas das crianças e jovens, como também instituiu a figura do Juiz de Menores, cuja atuação centralizadora, controladora e protecionista recaia sobre as crianças e adolescentes compreendidos pelo binômio carência/delinquência. É possível dizer que o Código de Menores de 1927, de modo implícito, esboçou a *Doutrina da Situação Irregular*, igualmente denominada de *Doutrina do Direito do Menor*.¹⁷

A Doutrina da Situação Irregular, oficializada pelo Código de Menores de 1979 (Lei nº 6.697/1979), limita-se a tratar de um grupo infanto-juvenil que se enquadrava no modelo pré-definido de situação irregular. Esse modelo correspondia às crianças e aos adolescentes desvalidos e delinquentes. A tônica da Doutrina do Direito do Menor era a segregação de crianças e jovens pobres, os quais eram levados para internatos ou, no caso de infratores, institutos de detenção. Os vínculos familiares eram substituídos por vínculos institucionais, pois o objetivo consistia em recuperar o menor, adequando-o ao comportamento imposto pelo Estado. A preocupação era correcional, e não afetiva. O Direito do Menor agia sobre a criança e o adolescente como objetos de proteção, e não como sujeitos de direitos.¹⁸

Martha de Toledo Machado¹⁹ acredita que foi criado um sistema sociopenal de controle de toda a infância socialmente desassistida, como meio de defesa social em face da criminalidade juvenil, que somente se revelou possível em razão da identificação jurídica e ideológica entre infância carente e infância delinquente.

¹⁷ AMIN, Andréa Rodrigues. *Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente. Doutrina da Proteção Integral*. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 06-12.

¹⁸ AMIN, Andréa Rodrigues. *Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente. Doutrina da Proteção Integral*. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 06-13.

¹⁹ MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. São Paulo: Manole, 2003, p. 42.

Em contraposição à concepção do Direito do Menor, surgiu a *Doutrina da Proteção Integral*, assentada no art. 227 da Constituição Federal de 1988 e sistematizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990). O paradigma da proteção integral norteia-se pela noção de que crianças e adolescentes são seres humanos que se encontram numa situação fática peculiar, qual seja, a de pessoas em fase de desenvolvimento físico, psíquico, emocional, em processo de amadurecimento de sua potencialidade humana adulta. Essa peculiar condição merece respeito e, para tanto, há de se compreender que os direitos fundamentais de crianças e adolescentes são especiais em relação ao direito dos adultos.²⁰ O reconhecimento da condição peculiar de crianças e adolescentes como seres humanos ainda em fase de desenvolvimento implica reconhecer a força potencial transformadora que a infância e a adolescência têm para a sociedade.²¹

A Doutrina da Proteção Integral importa a aplicação das garantias fundamentais constitucionais às crianças e aos adolescentes, que deixam de ser objetos para tornarem-se *sujeitos especiais de direitos* (art. 227, *caput*, da Constituição Federal). Trata-se de um novo modelo que serve como instrumento vinculante de todo o tecido infraconstitucional, impondo ao jurista compreender toda e qualquer situação concreta de acordo com o que o melhor interesse da criança e do adolescente recomendar.²²

A responsabilidade em assegurar o respeito às garantias constitucionais dos jovens foi diluída solidariamente entre família, sociedade e Estado, em uma perfeita cogestão e corresponsabilidade. A nova ordem adotou o princípio da descentralização político-administrativa, materializado na esfera municipal pela participação direta da sociedade mediante Conselho Municipal de Direitos e Conselho Tutelar. A gestão centralizadora do Poder Judiciário na Doutrina da Situação Irregular não foi preservada no sistema garantista do Estatuto da Criança e do Adolescente, em que o Juiz exerce a função judicante. O Ministério Público revela-se vital nesse sistema, pois atua como um grande agente garantidor de toda a rede, uma vez que fiscaliza o seu funcionamento, exige resultados e assegura o respeito prioritário aos direitos fundamentais infanto-juvenis estabelecidos na Constituição Federal.²³

²⁰ MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. São Paulo: Manole, 2003, p. 49-50.

²¹ MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. São Paulo: Manole, 2003, p. 405-406.

²² FARIAS, Cristiano Chaves de. *A possibilidade de prestação de contas dos alimentos na perspectiva da proteção integral infanto-juvenil*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=582>>. Acesso em: 09 ago. 2011.

²³ AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 14-15.

Constata-se que o ordenamento jurídico brasileiro passou a ter um *Direito da Criança e do Adolescente, em substituição ao Direito do Menor, amplo, abrangente, universal e, principalmente, exigível*.²⁴ A preocupação voltada à defesa dos interesses das crianças e dos adolescentes despertou no operador de Direito uma atitude dirigida a densificar os princípios essenciais à proteção da infância e da juventude, em destaque os princípios da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse da criança e do adolescente, da afetividade, da convivência familiar e da paternidade responsável.

1.3 Princípios essenciais à proteção infanto-juvenil

1.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

A expressão *dignidade da pessoa humana* não foi uma criação direta de Immanuel Kant, contudo sofreu influência de sua filosofia.²⁵ O filósofo citado considera que, graças à dignidade, o homem não pode ser tratado ou avaliado como coisa, o que implica designá-lo como pessoa, cuja essência constitui *um ser dotado de consciência racional e moral, e por isso mesmo capaz de responsabilidade e liberdade*.²⁶ Immanuel Kant²⁷ demonstrou que a dignidade humana decorre da natureza humana, o que torna inviável transformar o homem em meio para alcançar fins particulares ou egoístas, pois o ser humano é um fim em si mesmo; ele não tem um preço, mas um valor íntimo representado pela dignidade.

Pode-se assegurar que a noção de valor intrínseco do ser humano transpôs o vórtice dos estudos de Immanuel Kant para se firmar como valor supremo do Estado Democrático de Direito com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (inciso III do art. 1º). Rodrigo da Cunha Pereira²⁸ defende que se a dignidade é hoje um princípio

²⁴ AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 14.

²⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 95.

²⁶ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Abril Cultura, 1980, p. 139, v. 1. (Coleção Os Pensadores).

²⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Abril Cultura, 1980, p. 140, v. 1. (Coleção Os Pensadores).

²⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 98.

constitucional, isso é resultado de uma conquista histórica. É o reconhecimento de que não importam quais sejam as circunstâncias ou qual seja o regime político, todo ser humano deve ter reconhecido pelo Estado o seu valor como pessoa e a garantia, na prática, de uma personalidade que não deve ser menosprezada ou desdenhada por nenhum poder.

O princípio da dignidade da pessoa humana atualmente se espalha em todos os institutos do Direito de Família. Lourival de Jesus Serejo Sousa²⁹ entende que o princípio em análise atua *como forma de garantia e de reconhecimento da função que cada membro desempenha no seio de sua família*. Assinala, a propósito, Maria Helena Diniz³⁰ que o princípio em questão constitui base da comunidade familiar, garantindo, tendo por parâmetro a afetividade, o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus integrantes, principalmente da criança e do adolescente.

A respeito da dignidade dos menores, o princípio estudado propagou-se por normas constitucionais e infraconstitucionais. Atente-se que, na esfera constitucional, o princípio da dignidade da pessoa da criança e do adolescente está albergado no art. 227, *caput*, da Constituição da República de 1988 que disciplina ser dever da família, da sociedade e do Estado *assegurar ao menor, 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, como também colocá-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão*. Esses direitos são verdadeiras garantias e fundamentos mínimos de uma vida tutelada sob o signo da dignidade da pessoa humana, merecendo especial proteção até pelo fato de o menor formar a sua personalidade durante o estágio de seu crescimento e desenvolvimento físico e mental.³¹

Destacam-se, no campo infraconstitucional, a Convenção dos Direitos da Criança de 1989 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). A mencionada Convenção declara que a dignidade da criança deve ser respeitada e os valores pessoais de cada membro da família devem buscar constantemente o equilíbrio, *em clima de felicidade, amor e compreensão*. O ECA segue a mesma orientação de preservar com absoluta prioridade os direitos referentes às dignidades das crianças e dos adolescentes (artigos 4º, 15 e 18), bem

²⁹ SOUSA, Lourival de Jesus Serejo. *Direito Constitucional da família*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 18.

³⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23, v. 5.

³¹ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 19.

como de resguardar todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana desses indivíduos em desenvolvimento (art. 3º).³²

À luz do abandono afetivo, a tese sustentada por alguns filhos abandonados nas ações de indenização por danos morais vincula-se à violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.³³ Entende-se que qualquer manifestação contrária a tal princípio deve ser repelida, situando-se a indenização do dano moral, não como um fim em si mesmo, mas como um meio de proteção à dignidade.³⁴

1.3.2 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Adquire especial relevo no contexto da proteção ao menor, o *princípio do melhor interesse da criança e do adolescente*, consagrado, segundo Luiz Edson Fachin³⁵, como *critério significativo na decisão e na aplicação da lei, tutelando-se os filhos como seres prioritários*. Extrai-se da lição de Rodrigo da Cunha Pereira³⁶ que a criança e o adolescente encontram-se em situação de vulnerabilidade e fragilidade por estarem em processo de amadurecimento e formação da personalidade. Essas circunstâncias firmam os incapazes em posição privilegiada na família e ainda compelem o Direito a criar formas viabilizadoras para protegê-los.

Na ordem jurídica brasileira, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente encontra guarida no art. 227, *caput*, da Constituição Federal, que determina ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente com absoluta prioridade os direitos que enuncia.³⁷

Na seara infraconstitucional, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é admitido na Convenção dos Direitos da Criança de 1989, a qual estabelece, em

³² LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: famílias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 55.

³³ BRASIL. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. *Apelação Cível 408.550-5/MG. INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - RELAÇÃO PATERNO-FILIAL - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE*. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono afetivo, 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. Relator: Des. Unias Silva. Sétima Câmara Cível. Data de Julgamento: Minas Gerais, 01 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 17 ago. 2011.

³⁴ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 77.

³⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 125.

³⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 127.

³⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: famílias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 71.

seu art. 3.1, que todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.³⁸ Verifica-se que a Convenção citada alarga o alcance do princípio em análise, posto que fixa a vinculatividade imediata dos poderes públicos, seja do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, ao princípio do melhor interesse infanto-juvenil.³⁹ O Estatuto da Criança e do Adolescente também abriga o princípio analisado nos seus artigos 4º e 6º.⁴⁰

Não obstante o princípio em debate partir da concepção de ser a criança e o adolescente sujeitos de direitos e reconhecer a condição peculiar dessas pessoas em desenvolvimento, essa visão não havia sido incorporada no Código Civil de 1916. À guisa de exemplo do tratamento inferiorizado oferecido aos filhos, pode-se citar o pátrio poder, que existia em função do pai. Essa noção foi arredada com o Código Civil de 2002, porque o instituto, agora denominado de poder familiar, existe em razão e no interesse do filho. Outro exemplo ocorre nas separações dos pais, em que o interesse do filho era secundário ou irrelevante; hoje, qualquer decisão deve ser tomada considerando seu melhor interesse.⁴¹

Tânia da Silva Pereira⁴² afirma que a oitiva do menor é apresentada como importante orientação ao magistrado rumo à identificação do melhor interesse da criança. Martha de Toledo Machado⁴³, oportunamente, considera que a regra da oitiva das crianças e dos adolescentes sobre seu destino, nos processos que envolvam guarda, é um dos pontos basilares do pleno reconhecimento deles como sujeitos de direito, e não como meros objetos de intervenção do mundo adulto.

Nos processos de guarda, Tânia da Silva Pereira⁴⁴ entende que, embora seja fundamental a oitiva da criança suficientemente madura, essa manifestação volitiva do ser em desenvolvimento, por si só, não é o suficiente. Há que se considerar também a

³⁸ PEREIRA, Tânia da Silva. *Criança e Adolescente*: sujeitos de direitos, titulares de direitos fundamentais, constitucionalmente reconhecidos. Disponível em: <<http://www.abmp.org.br/textos/201.htm>>. Acesso em: 13 set. 2011.

³⁹ O'DONNELL, Daniel. *A Convenção sobre os Direitos da Criança*: estrutura e conteúdo. Montevideo: Infância, Boletín del IIN, tomo 63, n. 230, 1990, p. 11.

⁴⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil*: famílias. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 71.

⁴¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil*: famílias. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 70.

⁴² PEREIRA, Tânia da Silva. *Criança e Adolescente*: sujeitos de direitos, titulares de direitos fundamentais, constitucionalmente reconhecidos. Disponível em: <<http://www.abmp.org.br/textos/201.htm>>. Acesso em: 13 set. 2011.

⁴³ MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. São Paulo: Manole, 2003, p. 167.

⁴⁴ PEREIRA, Tânia da Silva. *Criança e Adolescente*: sujeitos de direitos, titulares de direitos fundamentais, constitucionalmente reconhecidos. Disponível em: <<http://www.abmp.org.br/textos/201.htm>>. Acesso em: 13 set. 2011.

estabilidade, a continuidade e a permanência na relação familiar. A autora mencionada revela que, no que concerne à criança de tenra idade, deve-se levar em conta, para fins de guarda, qual a pessoa com quem a criança mantém laços mais fortes de afetividade, bem como de carinho, e que possa lhe dar um atendimento diário as suas necessidades biofísicas e psicológicas. Aborda que o fator determinante para se garantir a guarda a um dos pais deve estar na habilidade de se colocar o interesse da criança acima dos próprios interesses.

É necessário que os operadores de Direito priorizem soluções amigáveis, desmotivando os pais contra disputas judiciais e ajudando-os a compreender que, quando ganha um dos genitores, quem acaba derrotado é a criança ou o adolescente. Uma vez instaurado o litígio entre os pais, cabe ao magistrado prezar pelo máximo grau de otimização do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, fazendo uso das regras constitucionais e infraconstitucionais que o respaldem.⁴⁵

O futuro de uma nação depende do tratamento que é concedido, no presente, aos seus jovens. É imprescindível que a rede de proteção dos direitos dos menores, composta pelo Executivo, Legislativo e Judiciário, como também pela sociedade e pela família, sintonize-se na frequência do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. O reconhecimento da responsabilidade civil dos pais pelos danos morais decorrentes do abandono afetivo segue o mesmo caminho de diversas soluções derivadas do melhor interesse da infância e da juventude aplicadas aos casos concretos.

1.3.3 Princípio da afetividade

O ingresso da noção de afeto, como um elemento concreto a ser considerado nas relações de família, deu-se de forma gradual no mundo jurídico, devido às transformações ocorridas na estrutura familiar, especialmente quanto ao deslocamento do centro de preocupações da instituição família para aqueles que a compõem.⁴⁶ A partir do momento em que o sujeito passou a ocupar a posição central, a afetividade entrou nas cogitações dos

⁴⁵ PEREIRA, Tânia da Silva. *Criança e Adolescente*: sujeitos de direitos, titulares de direitos fundamentais, constitucionalmente reconhecidos. Disponível em: <<http://www.abmp.org.br/textos/201.htm>>. Acesso em: 13 set. 2011.

⁴⁶ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando Fundamentos de Direito Civil Contemporâneo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 297.

juristas para explicar as relações familiares contemporâneas.⁴⁷ Maria Berenice Dias⁴⁸ aponta que o afeto surge como um novo olhar do legislador, da doutrina e da jurisprudência, consolidando-se como um direito fundamental. A autora acrescenta que *o princípio norteador do direito das famílias é o princípio da afetividade*.

Na busca de destacar o princípio em estudo, alguns doutrinadores brasileiros imputaram valor jurídico ao afeto. Fabíola Santos Albuquerque⁴⁹ foi uma das estudiosas que avançou nesse sentido. A autora sustenta que o afeto, antes compreendido como elemento anímico e estranho ao direito, ganha ares normativos e qualificação de princípio. Não apenas encerra um dever jurídico, como também passa a ser compreendido como o novo suporte fático das relações de família. A razão de ser da formação dos vínculos familiares pauta-se na liberdade e no desejo, expressões da afetividade, e não mais no critério econômico-patrimonial e consanguíneo.

Rodrigo da Cunha Pereira⁵⁰ comenta que a família, no século XIX, estruturava-se em torno do patrimônio familiar e do acúmulo de poderes pelo *pater familias*. A família era considerada, praticamente, um núcleo econômico que detinha grande representatividade religiosa e política. Silvana Maria Carbonera⁵¹ considera que nesse período o afeto existiu de forma presumida, e não concreta.

O modelo tradicional de família foi substituído ao longo do tempo. A nova construção da família desvincula-se de motivações econômicas, que adquirem importância secundária, para fundar-se em relações afetivas. A mulher não mais depende financeiramente do marido para sobreviver, conseqüentemente, o vínculo que ela estabelece com o homem é de cunho afetivo e o casal transporta esse caráter de afetividade que permeia a sociedade conjugal para o convívio com os filhos. Realmente, uma família não deve estar amparada em razões de dependência econômica mútua, mas, sim, baseada em elos afetivos. As atividades da mulher fora das dependências do lar também colaboraram com a presença masculina mais efetiva no ambiente doméstico. A despatrimonialização conduziu à valorização de cada

⁴⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto; AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código Civil Comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 41, v. XVI.

⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 69.

⁴⁹ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. A incidência dos princípios constitucionais no direito de família. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). *Direito das Famílias*. Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 23-24.

⁵⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 179.

⁵¹ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando Fundamentos de Direito Civil Contemporâneo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 274.

membro da família, e não mais da entidade familiar como instituição, em virtude de a dignidade da pessoa humana ter sido elevada como fundamento do Estado Democrático de Direito. A Constituição Federal de 1988 priorizou a necessidade de realização da personalidade dos integrantes da estrutura familiar, traduzida na família-função, cuja essência é a afetividade, que justifica a permanência da família.⁵²

Maria Cristina Frascari⁵³ observa que os pais da atualidade estão empenhados em construir um modelo familiar baseado na paternidade afetiva. Reconhece que a imagem do pai distante e autoritário que impunha temor aos filhos com apenas um olhar, cedeu lugar à do pai amigo e companheiro. O pai contemporâneo descobre em si novos talentos e faz da convivência com os pequenos uma experiência única e gratificante. A figura paterna deixou de ser apenas um espectador de cuidados da mulher para com o filho para se tornar um elemento atuante na educação da criança. O pai moderno acompanha com entusiasmo a gravidez, participa de curso de gestantes e compra livros relacionados à educação infantil. Quando o filho nasce, o pai não se limita a distribuir charutos aos amigos, mas faz questão de trocar as fraldas, dar banho e preparar mamadeiras. Prossegue a mencionada autora ao descrever que, na fase inicial de desenvolvimento do menor, se a mulher trabalha fora, o pai da atualidade busca a criança na creche ou na escola, esquenta o jantar, ajuda nas lições, coloca o filho para dormir. E se torna ainda o grande companheiro de brincadeiras infantis, como jogar bola, andar de bicicleta e rolar pelo chão em lutas de corpo a corpo. A autora finaliza ao considerar que pequenos sacrifícios transformam-se em verdadeiro prazer ao serem retribuídos com gostosas gargalhadas, um brilho de confiança no olhar, gestos de carinho, ou um indefinível *eu te amo, papai*.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama⁵⁴ indica que o princípio da afetividade é um princípio constitucional específico do Direito de Família e pode ser considerado hipótese de princípio constitucional implícito. Sob o ponto de vista da defesa dos direitos fundamentais infanto-juvenis e mediante interpretação sistemática e teleológica, o princípio da afetividade está abrigado no *caput* e § 1º do art. 227, da Constituição Federal. Já, no domínio infraconstitucional, o princípio em apreço pode ser encontrado no inciso I do § 2º, do art. 1.583, do Código Civil de 2002.

⁵² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 179-183.

⁵³ FRASCARI, Maria Cristina. Paternidade Responsável X Paternidade Afetiva. In: PADOAN, Adayl Aparecida de Carvalho, et al. *Temas polêmicos de direito de família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003, p. 73-74.

⁵⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 82.

O modelo atual de família pauta-se no princípio da afetividade, cujo propósito se traduz na realização pessoal de cada membro do núcleo familiar, principalmente, da criança e do adolescente. A responsabilidade dos pais pelo aprimoramento pessoal de seus filhos menores não está associada tão somente ao dever de alimentá-los, mas também de criá-los, educá-los, vigiá-los e cuidá-los. A consequência natural do exercício desses deveres pelos pais é a formação de vínculos afetivos sólidos entre pais e filhos, sendo que esses laços de afeto atuam positivamente no desenvolvimento físico, psíquico e moral dos jovens.

1.3.4 Princípio da convivência familiar

A convivência familiar é a relação afetiva diuturna e duradoura ligada pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum. Supõe o espaço físico, a casa, o lar, a moradia, mas não necessariamente, pois as atuais condições de vida e o mundo do trabalho provocam separações dos membros da família no espaço físico, mas sem perda da referência ao ambiente comum. É considerado o ninho no qual os partícipes do círculo familiar se sentem recíproca e solidariamente acolhidos e protegidos, especialmente as crianças.⁵⁵

Maria Cristina Frascari⁵⁶ afirma que as relações afetivas dependem para sobreviver de um convívio saudável e harmonioso entre pais e filhos. Esse elo gera ganhos aos dois lados, porque proporciona um vasto aprendizado aos genitores e possibilita aos filhos crescerem mais felizes, realizados e sentindo-se completos.

A convivência familiar foi erigida a direito fundamental de toda criança e adolescente. Os pais também têm o direito de conviver com seus filhos. Ocorre que esse direito dos pais não é materializado apenas no exercício da guarda de um menor. A assertiva justifica-se no direito de companhia dos genitores. A guarda como atributo do poder familiar constitui um direito-dever, significa um direito de manter o filho junto de si, disciplinando-lhe as relações, mas também representa o dever de resguardar a vida do filho e exercer vigilância sobre ele. Engloba igualmente o dever de assistência e representação. Já a companhia diz

⁵⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: famílias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 68.

⁵⁶ FRASCARI, Maria Cristina. Paternidade Responsável X Paternidade Afetiva. In: PADOAN, Adayl Aparecida de Carvalho. et al. *Temas polêmicos de direito de família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003, p. 74.

respeito ao direito de estar junto, convivendo com o filho, mesmo sem estar exercendo a guarda.⁵⁷

O princípio da convivência familiar está agasalhado no art. 227, *caput*, da Constituição da República de 1988. No direito infraconstitucional, o princípio encontrou arrimo na Convenção dos Direitos da Criança de 1989 e no Estatuto da Criança e do Adolescente. O art. 9.3 da Convenção estabelece que, no caso de pais separados, a criança tem direito de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, ao menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança. O Estatuto da Criança e do Adolescente, por via do art. 19, assenta que deve ser assegurada à criança e ao adolescente a convivência familiar e comunitária.⁵⁸

Incumbe não só aos pais o dever de zelar pelo direito fundamental de convivência familiar, ao Estado-Administração também foram impostas obrigações decorrentes desse dever. O exemplo mais marcante das obrigações conferidas ao Estado é a regra do parágrafo único do art. 23, do ECA, cuja noção baseia-se na inclusão obrigatória das famílias de origem em programas oficiais de auxílio, desde que as famílias sejam carentes de recursos materiais. A diretiva enunciada tem caráter de política pública e funda-se na proteção do direito subjetivo da criança e do adolescente de conviver com seus pais, por isso, ainda que os pais sejam desprovidos de recursos financeiros, essa condição não constitui motivo suficiente para a extinção ou suspensão do poder familiar.⁵⁹

Enquanto a família permanece unida sob o mesmo teto, o filho desfruta da convivência com os genitores. O rompimento da relação conjugal dos pais cria uma nova estrutura, e a responsabilidade parental, em alguns casos, concentra-se em um só dos pais.⁶⁰ Trata-se da *guarda unilateral* conjugada com o *direito de visita*. A finalidade concreta das visitas importa o favorecimento das relações humanas e no estímulo da corrente de afeto entre o pai e a prole.⁶¹

⁵⁷ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder Familiar. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 95.

⁵⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito-dever à convivência familiar. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). *Direito das Famílias*. Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 394.

⁵⁹ MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. São Paulo: Manole, 2003, p. 164.

⁶⁰ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder Familiar. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 105.

⁶¹ HERNÁNDEZ, Francisco Rivero. *El derecho de visita*. Barcelona: José Maria Bosch, 1997, p. 21 e 390.

O art. 1.589 do Código Civil de 2002 prescreve que o genitor, seja o pai ou a mãe, não-guardião poderá visitar os filhos e tê-los em sua companhia, conforme o combinado com o outro cônjuge, ou o que for fixado pelo magistrado, assim como fiscalizar sua manutenção e educação. O § 3º do art. 1.583, do mesmo diploma, corrobora a obrigação que tem o genitor não-guardião de supervisionar os interesses dos filhos.⁶²

Não obstante o direito de visita favorecer a convivência entre filho e pai/mãe não-guardião, o exercício em conjunto do poder familiar é o ideal desejado. Criou-se o instituto da *guarda compartilhada*, prevista como primeira opção na Lei nº 11.698/2008 e passível de ser afastada somente quando o melhor interesse dos filhos recomendar a guarda unilateral.⁶³ O novo modelo de responsabilidade parental favorece o desenvolvimento das crianças com menos traumas e ônus, propiciando a continuidade da relação dos filhos com seus dois genitores, conseqüentemente, retira da guarda a ideia de posse. Na guarda compartilhada, os cuidados sobre a criação, educação, bem estar, bem como outras decisões importantes são tomadas e decididas conjuntamente por ambos os pais que compartilharão de forma igualitária a total responsabilidade sobre os filhos. Um dos genitores terá a guarda física do menor, mas ambos deterão a guarda jurídica da prole.⁶⁴

A referência ao ambiente comum e a manutenção do convívio paterno-filial são fundamentais para garantir um desenvolvimento saudável dos menores. O grande desafio de conservar a convivência entre pais e filhos revela-se nos processos de separação ou divórcio, pois a guarda poderá ser exercida por somente um dos genitores. Uma vez fecundado vínculos afetivos de mútua convivência, rompê-los bruscamente causa danos à personalidade do ser em desenvolvimento, que, muitas vezes, podem ser irreparáveis.⁶⁵ No intuito de promover a continuidade do convívio familiar e preservar o afeto nos laços entre os genitores e sua prole, a ordem jurídica brasileira institui mecanismos como a guarda compartilhada e o direito de visita do genitor não-guardião. É razoável a responsabilização civil dos pais que, mesmo com esses mecanismos a sua disposição, deixam de cumprir seus deveres legais, notadamente, o direito-dever de convivência com os filhos menores.

⁶² MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 354.

⁶³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito-dever à convivência familiar. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). *Direito das Famílias*. Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 400.

⁶⁴ AKEL, Ana Carolina Silveira. *Guarda Compartilhada: um avanço para a família moderna*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=420>>. Acesso em: 09 ago. 2011.

⁶⁵ CALDERAN, Thanabi Bellenzier; DILL, Michele Amaral. *A importância do papel dos pais no desenvolvimento dos filhos e a responsabilidade civil por abandono*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=703>>. Acesso em: 09 ago. 2011.

1.3.5 Princípio da paternidade responsável

Infere-se que da paternidade responsável decorrem direitos e deveres que preexistem ao nascimento da criança ou mesmo a sua concepção e subsistem à dissolução conjugal. Observar a paternidade responsável implica planejar o nascimento dos filhos, como também atentar que o rompimento do vínculo entre os cônjuges, parceiros ou companheiros não se estende ao elo do casal com a prole.⁶⁶ A consideração é reforçada com o ensinamento de Alberto Stein⁶⁷ que esclarece que *os pais precisam aprender a separar a relação marital, que termina, da parental, que continua.*

O fundamento da paternidade responsável reside no empenho pelo bem dos filhos e este empenho está vinculado a um conjunto de deveres e direitos correlatos.⁶⁸ João Baptista Villela⁶⁹ identifica como deveres básicos dos pais com seus filhos menores a promoção das necessidades de alimentos, vestuário, instrução e lazer; a garantia de assistência, preventiva e curativa, à saúde física e mental; a proteção do patrimônio da prole, bem como a manifestação de carinho, afeto e companheirismo.

A Constituição da República de 1988 contempla o princípio da paternidade responsável em seu § 7º do art. 226. Em que pese a previsão constitucional do planejamento familiar e a vedação a qualquer intervenção coercitiva estatal nesse planejamento, o presente cenário social exhibe o não-exercício da paternidade responsável, posto que as separações e os divórcios são cada vez mais frequentes e o abandono dos filhos aumenta na mesma escala. As consequências da paternidade irresponsável, potencializada pelos casos de divórcio, sobretudo naqueles em que os filhos são colocados no centro do conflito, refletem diretamente neles, que podem apresentar comportamento agressivo, depressão, gravidez na adolescência, uso de drogas, suicídio, entre tantos outros transtornos.⁷⁰

⁶⁶ ROLLIN, Cristiane Flôres Soares. Paternidade responsável em direção ao melhor interesse da criança. In: PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Tendências constitucionais no Direito de Família: estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Teixeira Giorgis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 36-37.

⁶⁷ STEIN, Alberto. et al. *Famílias e Terapeutas: construindo caminhos*. Divórcios e Recasamentos: enfrentando o desconhecido. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996, p. 175.

⁶⁸ ROLLIN, Cristiane Flôres Soares. Paternidade responsável em direção ao melhor interesse da criança. In: PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Tendências constitucionais no Direito de Família: estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Teixeira Giorgis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 37.

⁶⁹ VILLELA, João Baptista. Paternidade. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, p. 242, v. 57.

⁷⁰ ROLLIN, Cristiane Flôres Soares. Paternidade responsável em direção ao melhor interesse da criança. In: PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Tendências constitucionais no Direito de Família: estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Teixeira Giorgis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 48.

Depreende-se dos estudos de Maria Isabel da Costa Pereira⁷¹ que quem não for capaz de assegurar o suporte material e espiritual para o pleno desenvolvimento da personalidade do filho é melhor que se abstenha de tê-lo. Essa conduta seria um modo de prevenção dos efeitos decorrentes da ausência dos pais perante sua prole. Se já estiverem instalados os efeitos da irresponsabilidade dos pais no organismo psicofísico da criança, resta apenas a repressão aos pais omissos, que, por exemplo, poderão ser acionados judicialmente por danos morais emanados do abandono afetivo.

A salvaguarda mais eficaz da sociedade corresponde à proteção e à garantia dos direitos dos membros da família, principalmente das crianças e dos adolescentes, visto que a estrutura familiar é o sustentáculo da organização social. Cada ator tem seu papel a ser desempenhado em prol da infância e da juventude. O Estado deve promover políticas públicas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente. A sociedade deve fiscalizar e exigir do Poder Público a execução dessas políticas públicas e zelar pelo cumprimento adequado dos deveres inerentes do poder familiar pelos pais. Finalmente, os genitores devem exercer de modo pleno suas funções parentais.

Frise-se que, antes mesmo de exercer os deveres parentais, os pais precisam compreender que criar uma criança ou um adolescente vai muito além da aceção do dever de sustento, uma vez que esses seres em desenvolvimento necessitam de afeto, amor e carinho. O princípio da paternidade responsável nada mais é do que o exercício de uma paternidade consciente, entendida como vacinação contra as moléstias juvenis provenientes de uma família desestruturada.

⁷¹ PEREIRA, Maria Isabel da Costa. A responsabilidade civil dos pais pela omissão do afeto na formação da personalidade dos filhos. In: MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (Coord.). *Atualidades do Direito de Família e Sucessões*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2008, p. 275.

2 ABANDONO AFETIVO

2.1 Poder familiar

2.1.1 Conceito

O ser humano necessita, durante sua infância e adolescência, de quem o crie e eduque, ampare e proteja, resguarde e cuide dos seus interesses, em suma, de quem promova as condições mais adequadas para a plena formação física e psíquica dos filhos. As pessoas naturalmente indicadas para o exercício dessa missão são os pais. Em princípio, a lei confere aos genitores essa função, a qual se encontra sistematizada no instituto do *poder familiar*⁷², também designado de *poder de proteção*, *poder parental*, *autoridade parental*⁷³ ou *responsabilidade parental*.⁷⁴

Aos pais foi atribuída uma função semipública, designada por poder familiar, que principia desde o nascimento do primeiro filho e se manifesta por uma série de direitos-deveres, isto significa direitos em face de terceiros e que são, perante os filhos, deveres legais e morais.⁷⁵ Aponte-se que o poder familiar nada mais é do que um *munus* público imposto pelo Estado aos pais com o intuito de que zelem pelo futuro de seus filhos. Em outras palavras, o poder familiar é instituído no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos genitores, por consideração ao princípio da paternidade responsável contemplado no § 7º do art. 226, da Constituição Federal.⁷⁶

Carlos Roberto Gonçalves⁷⁷ sustenta que *poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores*. O conceito também pode ser analisado sob o prisma de um expediente capaz de impor limites aos filhos e exigir-lhes obediência em relação aos pais.

⁷² GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 389.

⁷³ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder Familiar. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 81.

⁷⁴ DOLTO, Françoise. *Quando os pais se separam*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 44.

⁷⁵ GONÇALVES, Luís da Cunha. *Direitos de família e direitos das sucessões*. Lisboa: Ática, 1955, p. 307.

⁷⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 346, v. 2; RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 355, v. 6.

⁷⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 396, v. 6.

José Antonio de Paula Santos Neto⁷⁸ designa o instituto em estudo como um complexo de direitos e deveres concernentes ao pai e à mãe, fundado no direito natural, confirmado pelo direito positivo e direcionado ao interesse da família e do filho menor não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio desse filho e serve como meio para mantê-lo, protegê-lo e educá-lo.

2.1.2 Titularidade e exercício

O pátrio poder ou *patria potestas* era exercido pelo marido, conforme o Código Civil de 1916. Apenas na falta ou impedimento do chefe de família que a mulher tornava-se titular desse direito. O exercício da titularidade da mulher não era simultâneo, mas sucessivo. Em situação de divergência entre os cônjuges, a última decisão sempre era a do marido, exceto em caso de manifesto abuso de direito.⁷⁹ O modelo de família patriarcal era fundado em um sistema de desigualdade entre o marido e a esposa.

A Lei nº 4.121/1962 (Estatuto da Mulher Casada) alterou os rumos da soberania do chefe da sociedade conjugal, visto que conferiu nova redação ao art. 380 do Código Civil de 1916, para estabelecer que, durante a vigência do casamento, o pátrio poder compete aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. E em situação de desacordo entre os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para a solução da divergência.⁸⁰ O pátrio poder foi conferido a ambos genitores, mas ainda estava presente um desprezo latente à vontade materna.

A igualdade plena dos cônjuges no que concerne à titularidade e exercício do poder familiar somente se concretizou com a promulgação da Constituição da República de 1988, cujo § 5º do art. 226 estabelece que os direitos e deveres relacionados à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.⁸¹

A orientação constitucional repercutiu no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil de 2002. O art. 21 do ECA estabelece que o poder familiar

⁷⁸ SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Do pátrio poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 55.

⁷⁹ RODRIGUES, Silvío. *Direito civil: direito de família*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 356, v. 6.

⁸⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 399, v. 6.

⁸¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 399, v. 6.

será exercido pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil. Por conseguinte, o *caput* e parágrafo único do art. 1.631, do Código Civil de 2002, atribuem o poder familiar a ambos os pais, durante o casamento e a união estável, e, em caso de divergência, a garantia a qualquer deles de recorrer ao Judiciário para a solução do desacordo.⁸² O art. 1.632 do Código Civil de 2002 enuncia que a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram o poder familiar, salvo quanto ao direito dos pais de terem em sua companhia seus filhos.

Pode-se afirmar, sinteticamente, que, em uma situação padrão, a titularidade e o exercício do poder familiar pertencem a ambos os pais, em igualdade de condições, sem qualquer autoridade ou prevalência de um sobre o outro, com equilíbrio e equidade na atribuição tanto dos direitos como dos deveres com relação aos filhos menores.⁸³ Em situações excepcionais, pode ocorrer variação de grau do poder familiar, máxime quanto ao que cumpre o dever de guarda, mas isso diz respeito apenas ao seu exercício, e não à titularidade.⁸⁴ Acrescente-se às considerações que o poder familiar é exercido pelo pai e pela mãe, sem se preocupar com o vínculo firmado entre eles, pois o aludido *munus* deflui da filiação, não do casamento ou da união estável.⁸⁵

2.1.3 Conteúdo

O conceito de poder familiar já foi apresentado como o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores. O enfoque deste trabalho, quanto ao conteúdo do poder familiar, concerne à pessoa dos filhos. No que se refere aos bens dos filhos, o Código Civil de 2002 trata o assunto no Subtítulo II, com a denominação *Do usufruto e da administração dos bens de filhos menores*, que está inserido no Título II, destinado ao direito patrimonial.⁸⁶

O Código Civil de 2002 prevê, em sete incisos do art. 1.634, os direitos e deveres que competem aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores. O primeiro inciso do

⁸² LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: famílias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 296.

⁸³ COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 85.

⁸⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: famílias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 297.

⁸⁵ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 359, v. 6; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 424, v. 5.

⁸⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 401, v. 6.

supra-artigo disciplina o dever de criar e educar os filhos. O dever de criar, em sentido jurídico, implica garantir aos filhos todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Esses direitos podem ser considerados como complementos do direito à vida, que não pode ser entendida apenas como a sobrevivência física, mas exige a possibilidade de total desenvolvimento físico, psíquico e intelectual, com satisfação das necessidades materiais, afetivas e espirituais.⁸⁷

O segundo dever que consta no inciso I do art. 1.634 diz respeito ao dever de educar, o qual consiste na obrigação de promover ao filho o desenvolvimento pleno da personalidade, preparando-o para o exercício da cidadania e qualificando-o para o trabalho, seja por meio da educação informal, seja mediante a educação formal. A educação informal desenvolve-se com o contato direto e diário que os pais mantêm com os filhos, transmitindo-lhes valores e conceitos para a consolidação de sua personalidade. Já a educação formal constitui a escolarização realizada em estabelecimento oficial de ensino e, nessa modalidade de educação, os pais são responsáveis pela escolha da escola e pelo acompanhamento do aproveitamento escolar de seus filhos.⁸⁸

O inciso II do art. 1.634 trata do direito dos pais de terem os filhos em sua companhia e guarda. A função de ter os filhos em sua companhia expressa a relação de proximidade entre pais e prole com constante troca de experiência, sentimentos e informações.⁸⁹ A companhia diz respeito ao direito de estar junto, convivendo com o filho, mesmo sem estar exercendo a guarda. Já a guarda como elemento do poder familiar constitui um direito-dever, significa um direito de manter o filho junto de si, disciplinando-lhe as relações, bem como representa o dever de resguardar a vida do filho e exercer vigilância sobre ele. Envolve também o dever de assistência, material, moral e educacional, e representação.⁹⁰

O terceiro inciso relaciona-se à função de consentir ou não com o casamento do filho. O consentimento para os filhos casarem ocorre quando estes são maiores de 16 e menores de 18 anos. Se houver divergência entre os pais, é assegurado a qualquer deles e ao próprio filho recorrer ao juiz para a solução do desacordo (arts. 1.517 e 1.631 do Código Civil

⁸⁷ CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral; MENDEZ, Emílio García (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 26.

⁸⁸ COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 102-104.

⁸⁹ COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 111.

⁹⁰ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder Familiar. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 95.

de 2002).⁹¹ A pouca maturidade pode levar o jovem precipitadamente ao casamento sem que tenha condições de assumir de modo adequado todos os encargos da vida matrimonial, o que justifica a intervenção da vontade dos pais.⁹²

O quarto inciso refere-se à prerrogativa conferida aos pais de nomear tutor aos filhos por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar.⁹³ Silvio Rodrigues⁹⁴ atenta que o inciso IV permeia o campo da tutela testamentária. Ela só se justifica se o outro cônjuge, que também é titular do poder familiar, for morto ou não puder, por alguma incapacidade, exercer a autoridade parental, pois não pode um dos cônjuges privar o outro de um direito que a lei lhe confere.

O quinto inciso implica a representação dos filhos até os dezesseis anos e a assistência após essa idade, nos atos em que os menores forem partes. A incapacidade absoluta (art. 3º do Código Civil de 2002) impede totalmente o exercício, por si só, do direito. O ato somente poderá ser realizado pelo representante legal do absolutamente incapaz, sob pena de nulidade (inciso I do art. 166, do Código Civil de 2002). A incapacidade relativa (art. 4º do Código Civil de 2002) permite que o incapaz pratique os atos da vida civil, desde que assistido, sob pena de anulabilidade (inciso I do art. 171, do Código Civil de 2002).⁹⁵

O sexto inciso do art. 1.634 funda-se na noção de que os pais têm a função de ter o filho em sua companhia e guarda, para bem cuidar-lhe da criação e educação, conseqüentemente, a lei assegura aos genitores o correlato mister de reclamar o filho de quem ilegalmente o detenha, contra sua vontade e sem justa causa, impondo-lhe a volta coercitiva à casa paterna.⁹⁶

O sétimo e derradeiro inciso importa a função dos pais de exigir dos filhos que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. O primeiro dever abrangido pelo inciso VII está relacionado ao dever de obediência do filho, o qual se constitui na submissão do menor às determinações dos pais relativamente à disciplina

⁹¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: famílias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 301.

⁹² COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 122.

⁹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, 405, v. 6.

⁹⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 28. ed. Atualização de Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 361, v. 6.

⁹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, 405, v. 6.

⁹⁶ COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 112.

doméstica interna, assim como no que diz respeito a sua criação e educação, com sujeição e resignação.⁹⁷

O segundo dever contemplado no inciso VII está em sintonia com o dever de respeito, que não cessa com a maioridade, pois é um dever do bom filho para com os pais, qualquer que seja a idade a atingir.⁹⁸ O termo respeito se refere à consideração, reverência e deferência que os filhos devem ter com relação aos pais, cuja medida é dada pelos usos e costumes sociais, bem como pelas circunstâncias.⁹⁹

No tocante à exigência de serviços próprios da idade e condição do menor, Caio Mário da Silva Pereira¹⁰⁰ ensina que a ideia predominante é a participação. O filho coopera com o pai, na medida de suas forças e aptidões, devendo ser observadas as normas constitucionais proibitivas no que se refere ao trabalho infantil, exceto na condição de aprendiz (Emenda Constitucional nº 20/198).

2.2 Configuração do abandono afetivo

Indispensável a demonstração dos contornos do abandono afetivo como antecedente lógico para viabilizar uma potencial responsabilização civil dos genitores pelos danos morais advindos desse fenômeno social. A configuração do abandono afetivo exige uma apreciação acurada por parte dos operadores de Direito, pois, sem critérios previamente estabelecidos, o resultado dessa nova realidade culminaria em abusos de pleitos indenizatórios.

O vínculo de parentesco dos filhos com os pais constitui-se pela filiação. Paulo Luiz Netto Lôbo¹⁰¹ disciplina que filiação é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida de outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial heteróloga. Convém esclarecer que o debate sobre a origem da filiação não interessa ao presente estudo. No Brasil, não há mais diferenciação entre filiação legítima, filiação ilegítima, filiação natural, filiação

⁹⁷ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 249, v. 2.

⁹⁸ SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 61, v. VI.

⁹⁹ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo Bercovitz. Comentários ao art. 155 do CCE. In: AMORÓS, Manuel Guardiola. et al. *Comentarios a las reformas del derecho de familia*. Madrid: Tecnos, 1984, p. 1.058.

¹⁰⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 431, v. 5.

¹⁰¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: famílias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 213.

adotiva, ou filiação adulterina, pois a Constituição Federal de 1988, por intermédio do § 6º do art. 227, proibiu qualquer tratamento discriminatório quanto à origem da prole.

Não basta a constatação do vínculo de parentesco entre pai e filho para esboçar o abandono afetivo, é necessário averiguar a *existência de efetiva relação paterno/materno-filial*, pois, se um determinado casal mantém relações sexuais, sobrevivendo uma gravidez, e, no lapso temporal que permeia a concepção e a confirmação do estado gestacional, este casal se separa (divórcio, dissolução da união estável, término do namoro ou da relação eventual) sem que a futura mãe procure o futuro pai para lhe participar a notícia, a mãe não poderá imputar ao pai, depois, a responsabilidade por abandono afetivo. Cuida-se de hipótese em que o pai não tomou conhecimento da concepção, sequer do nascimento do bebê e, portanto, não provocou a ruptura do vínculo afetivo, uma vez que esse laço nunca se efetivou.¹⁰²

Conhecida a existência da prole pelo pai abandonico, parte-se para a análise de outro aspecto pertinente à configuração do abandono afetivo que é o do descumprimento dos deveres advindos da responsabilidade parental. A conceituação de filiação ganha realce nesta etapa, porque somente os pais podem descumprir os deveres decorrentes do poder familiar, uma vez que eles são os únicos que detêm a titularidade e o exercício desse poder. O item 2.1.3 deste capítulo, que versa sobre o conteúdo do poder familiar, indica uma série de deveres e direitos atribuídos ao pai e à mãe quanto à pessoa dos filhos menores.

Anderson Schreiber¹⁰³ sustenta que compete aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores (art. 22 do ECA), e, mais especificamente, o dever de dirigir-lhes a criação e educação (inciso I do art. 1.634, do Código Civil de 2002). São deveres que, apenas em uma visão reducionista, poderiam ser compreendidos de forma exclusivamente patrimonial, a resultar apenas na obrigação de arcar com os custos da criação dos filhos. É certo que tais deveres vão além, englobando, pela própria dicção legal, os aspectos existenciais de criar e educar.

O autor citado declara que o interesse por trás da demanda de abandono afetivo não é, como muitas vezes se diz equivocadamente, um interesse construído sobre a

¹⁰² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>>. Acesso em: 15 abr. 2011.

¹⁰³ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 174.

violação de um dever de amar ou de dar afeto, mas um interesse fundado no dever normativo expresso dos pais educarem e criarem seus filhos e, portanto, merecedor de tutela.¹⁰⁴

Paulo Luiz Netto Lôbo¹⁰⁵ segue a mesma orientação acima narrada ao explicar que o abandono afetivo nada mais é que o inadimplemento dos deveres jurídicos da paternidade. É possível abreviar os deveres atribuíveis aos pais em deveres de sustento, guarda e educação.

O *dever de sustento* não se limita à obrigação de prestar alimentos. Yussef Said Cahali¹⁰⁶ explica que, enquanto a obrigação alimentícia pressupõe o binômio necessidade/possibilidade e decorre de uma relação de parentesco, o dever de sustento, relativamente aos filhos menores e submetidos ao poder familiar, implica uma obrigação genérica e ampla de assistência, representada pelo dever de criar e sustentar a prole, cujo cumprimento não se encontra restringindo à necessidade dos filhos ou à possibilidade econômica dos pais.

O *dever de guarda* como atributo do poder familiar é um direito-dever dos pais. A guarda comum ou natural é aquela exercida pelos pais sobre os filhos menores enquanto estiverem juntos, sob o mesmo teto.¹⁰⁷ Nas hipóteses de separação ou de pais que nunca viveram sob o mesmo teto, a regra básica é a da preferência ao que os pais acordaram sobre a guarda dos filhos, quando chegarem a consenso mútuo. Caso os genitores não resolvam de comum acordo, a guarda será definida pelo juiz.¹⁰⁸

O *dever de educação* da prole incumbe aos pais como forma de se garantir aos filhos uma perfeita conformação moral e intelectual. Os pais devem desempenhar as funções de educadores e de autoridades familiares para que a criança possa se formar enquanto pessoa humana. É necessário que a criança possa receber uma educação condigna e uma noção de autoridade, por meio da imposição de limites no seio familiar, sob pena de um

¹⁰⁴ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 174.

¹⁰⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: famílias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 309.

¹⁰⁶ CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 526.

¹⁰⁷ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder Familiar. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 95.

¹⁰⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: famílias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 187.

desajustamento e uma inadequação social posterior, quando o grupo familiar, por si só, já não se fizer presente ou não se puder fazer ativo na proteção da pessoa do filho.¹⁰⁹

O fenômeno do abandono afetivo é geralmente detectado nas hipóteses de separação dos pais, em que o genitor não-guardião se abstém em cumprir os deveres discorridos acima. A ausência, o descaso e a rejeição do pai não-guardião em relação ao menor viola direito da personalidade deste, conseqüentemente, produz dano moral passível de indenização à criança ou ao adolescente lesados.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka¹¹⁰ defende que pode ocorrer a hipótese de um pedido indenizatório ser pleiteado em face de um pai ou de uma mãe fisicamente presente, mas que não tenha cumprido, a contento, os seus deveres. O mau desempenho desses deveres pode acarretar danos à formação socio-psíquico-cultural da criança. A autora mencionada apregoa que, nas últimas décadas, o que se tem visto é uma tentativa de se transferir à *escola*, por exemplo, o dever de educação das crianças, quando a essas instituições incumbe tão somente o *dever de instrução e formação intelectual*.

Examinar o abandono afetivo sob o ponto de vista do descumprimento ou do não cumprimento pleno dos deveres decorrentes do poder familiar significa conferir uma primazia interpretativa ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. A condição peculiar dessas pessoas em desenvolvimento enseja um tratamento especial pelo ordenamento jurídico brasileiro. As conseqüências dos danos de caráter moral advindos do abandono afetivo serão analisadas no próximo item.

2.3 Conseqüências do dano moral advindo da ausência afetiva

É necessário informar que a conduta omissiva do pai/mãe em cumprir seus deveres parentais gera dano moral ao filho. Esse assunto será detalhado no capítulo 3 do presente estudo. Neste item 2.3 do capítulo 2 serão perscrutadas as conseqüências do dano moral emanado de abandono afetivo.

¹⁰⁹ HIRONAKA. Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>>. Acesso em: 15 abr. 2011.

¹¹⁰ HIRONAKA. Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>>. Acesso em: 15 abr. 2011.

O inadequado exercício da paternidade ou da maternidade interfere de maneira danosa no desenvolvimento dos filhos. O desprezo, a indiferença e a falta de afeto interferem na formação da personalidade do menor e trazem como consequência a agressividade, a insegurança, a infelicidade, o abuso de drogas e o aumento da criminalidade.¹¹¹

O abandono afetivo gera danos ao menor, sendo alguns irreversíveis. Walkyria Carvalho Nunes Costa¹¹² comenta, a respeito, que se tratam de feridas que não cicatrizam e que muitas vezes nutrem uma personalidade destrutiva e autopiedosa, abrigada na ampla destruição da autoestima, sendo este valor essencialmente necessário para a convivência do ser humano com os demais de sua espécie. A autora referida aponta que *a autoestima é o revestimento do caráter, assim como a pele é o revestimento do corpo*.

Claudete Carvalho Canezin¹¹³ repara na necessidade de demonstração de carinho e afeto dos pais em relação aos filhos. Explica que, mesmo sendo apenas uma criança, ou um bebê, essa vida merece ser tratada com respeito a sua dignidade humana, que é o que lhe diferencia dos demais seres. Os pais omissos não conversam com seus filhos, não se interessam pelo desempenho escolar da criança nem reservam um tempo para brincarem com os jovens. Essas atitudes de negação ao filho sedimentam-se com o desenvolvimento psíquico da criança, por conseguinte, o menor cresce e torna-se um adulto inseguro, sem valorizar a si mesmo. A autora citada observa que o abandono afetivo é muito pior que o abandono material. O dinheiro pode ser conquistado das mais diversas formas e até terceiros podem suprir a falta de alimentos, inclusive o Estado com sua faceta assistencial cuida dos mais necessitados, mas o afeto que o pai se recusa a dar a um filho é impossível de ser suprido por quem quer que seja. Adverte que ficará eternamente um vazio no ser humano que não poderá ser preenchido por nenhum outro tipo de carinho, nem o maior amor ou paixão pode ser colocado nesse vazio.

¹¹¹ PEREIRA, Maria Isabel da Costa. A responsabilidade civil dos pais pela omissão do afeto na formação da personalidade dos filhos. In: MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (Coord.). *Atualidades do Direito de Família e Sucessões*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2008, p. 275.

¹¹² COSTA, Walkyria Carvalho Nunes. *Abandono afetivo parental*. A traição do dever do apoio moral. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12159/abandono-afetivo-parental>>. Acesso em: 20 abr. 2011.

¹¹³ CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, p. 76-78, jun./jul. 2006, v. 8.

Rodrigo da Cunha Pereira¹¹⁴ inclina-se para o mesmo entendimento de Claudete Carvalho Canezin no sentido de que o abandono material não é o pior, mesmo porque o Direito tenta remediar essa falta, oferecendo alguns mecanismos de cobrança e sanção aos pais abandonônicos. O Código Penal, por exemplo, tipifica como crime o abandono material e intelectual (arts. 244 e 246) e a lei civil estabelece pena de penhora e/ou prisão para os devedores de pensão alimentícia. O autor em referência sustenta que mais grave é mesmo o abandono psíquico e afetivo, a não presença paterna no exercício de suas funções, como aquele que representa a lei, o limite, segurança e proteção.

O amadurecimento da personalidade dos infantes e dos jovens está associado ao tratamento que recebem tanto do pai quanto da mãe. A título de exemplo, foi realizada uma pesquisa na edição do *Review of General Psychology*¹¹⁵, em que cientistas informaram que o grau de aceitação ou rejeição que uma criança recebe – e percebe – do pai parece afetar seu desenvolvimento de forma tão profunda quanto a presença ou a ausência do amor materno. Os especialistas observaram que a ausência do amor materno e a do amor paterno estão associadas de modo semelhante à falta de autoestima, à instabilidade emocional, à introspecção, à depressão e à ansiedade da criança. O risco de surgirem problemas de agressividade, dependência de drogas e álcool, e delinquência esteve igualmente relacionado à rejeição ou à aceitação da criança por cada um dos pais. Os cientistas também descobriram que receber amor e carinho do pai ou da mãe teve para a criança um efeito positivo igual sobre a felicidade, o bem-estar, o sucesso social e o acadêmico, desde o início da infância até a fase de adulto jovem.

É certo que a falta injustificada dos pais produz evidente dor psíquica e prejuízo ao desenvolvimento da criança e do adolescente.¹¹⁶ O reconhecimento da responsabilização civil dos pais pelos danos emanados do abandono afetivo pode ser a solução mais apropriada para desestimular a prática de futuras condutas de abandono.

¹¹⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Pai, por que me abandonaste?* Disponível em: <<http://www.pontojuridico.com/modules.php?name=News&file=article&sid=17>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

¹¹⁵ MOZEN, Alan. *Amor paterno é importante para o desenvolvimento infantil.* Disponível em: <<http://www.redepsi.com.br/portal/modules/news/article.php?storyid=121>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

¹¹⁶ GROENINGA, Giselle Câmara. Descumprimento do dever de convivência: danos morais por abandono afetivo. A interdisciplina sintoniza o direito de família com o direito à família. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). *A outra face do poder judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 403.

3 ABORDAGEM DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL PELOS DANOS DECORRENTES DO ABANDONO AFETIVO

3.1 Considerações iniciais sobre a Responsabilidade Civil por abandono afetivo

Sergio Cavalieri Filho¹¹⁷ considera que o ordenamento jurídico tem o objetivo de proteger a atividade do homem que se comporta de acordo com o Direito e de reprimir a conduta daquele que o contraria. No intuito de organizar a sociedade, a ordem jurídica impõe deveres, que podem ser tanto positivos, de dar ou fazer, quanto negativos, de não fazer ou tolerar alguma coisa. O autor citado traduz *dever jurídico* como *a conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social*. Acrescenta que a violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, geralmente, acarreta dano a outra pessoa, o que gera um novo dever jurídico representado pelo ato de reparar o dano. As considerações aduzidas versam sobre a distinção entre *dever jurídico originário* ou *primário* e *dever jurídico sucessivo* ou *secundário*.

O dever jurídico originário, quando violado, produz um dever jurídico sucessivo, que é o de indenizar o prejuízo. Considera-se que a *obrigação* é sempre um dever jurídico originário.¹¹⁸ Se para a pessoa que descumpre o dever jurídico originário surge um outro dever jurídico, que é o de ressarcir o dano, então, o dever jurídico sucessivo constitui a *responsabilidade*. Pode-se definir, em síntese, que toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de *responsabilidade civil*.¹¹⁹

Percebe-se que o raciocínio acima desenvolvido pode ser transportado para o presente estudo, uma vez que é possível reconhecer o dever de indenizar como efeito do abandono afetivo. A responsabilidade civil emergirá da conduta do pai ou da mãe consubstanciada no descumprimento das obrigações advindas do poder familiar, cujos danos emanados dessa atuação negligente representam uma lesão aos direitos da personalidade do filho.

Antes de examinar individualmente os pressupostos da responsabilidade civil, é necessário classificar as duas espécies de responsabilidade que circunscrevem o fenômeno do abandono afetivo. Não é possível falar em responsabilidade sem ilicitude, sendo

¹¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 01-02.

¹¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21, v. 4.

¹¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 02.

o ilícito compreendido pela esfera civil ou penal. A mesma orientação é aplicada para categorizar a responsabilidade, que pode ser civil ou penal, levando em conta a norma jurídica que estabelece o dever violado pelo agente. No caso da responsabilidade penal, a norma infringida é de direito público e o interesse lesado é o da sociedade. Na responsabilidade civil, o interesse diretamente lesado é o privado.¹²⁰ À luz da responsabilização por abandono afetivo, a norma jurídica que estabelece os deveres provenientes do poder familiar tem natureza civil.

Os adeptos da teoria dualista ou clássica dividem a responsabilidade civil em contratual e extracontratual. Enquanto o dever jurídico violado, na responsabilidade contratual, tem como fonte uma relação jurídica obrigacional preexistente, *verbia gratia*, um dever previsto em um contrato; a responsabilidade extracontratual contempla um dever violado explícito na lei ou na ordem jurídica.¹²¹ Os sectários da teoria unitária ou monista criticam essa dualidade, pois entendem pouco importar os aspectos sob os quais se apresente a responsabilidade civil no cenário jurídico, uma vez que os seus efeitos são uniformes.¹²²

A imputação da responsabilidade por abandono afetivo, no tocante à dualidade de tratamento acima registrada, classifica-se em extracontratual, posto que os deveres jurídicos descumpridos pelos genitores estão previstos na Constituição Federal de 1988, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil de 2002.

Explicitados os pontos relevantes do sistema de responsabilidade, conclui-se que a indenização por danos morais advindos do descumprimento dos deveres parentais está delimitada na seara da responsabilidade civil extracontratual. Passo posterior configura a necessidade de apresentar os três pressupostos da responsabilidade civil derivada do abandono afetivo: conduta, nexa causal e dano.

3.2 Pressupostos da Responsabilidade Civil no contexto do abandono afetivo

3.2.1 Conduta

¹²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 42, v. 4.

¹²¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 15-16.

¹²² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 45, v. 4.

Aspecto destacado no debate sobre a reparabilidade dos danos morais gerados pela ausência afetiva é a prática de ato ilícito. Sergio Cavaliere Filho¹²³ entende que o núcleo duro do ato ilícito corresponde a uma conduta humana voluntária, contrária ao Direito. O art. 186 do Código Civil de 2002 refere-se à conduta com o emprego dos termos *ação* ou *omissão*. Estas duas expressões são espécies do gênero conduta. O autor mencionado ensina que *conduta é o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas*.

A pedra de toque da noção de conduta humana é a *voluntariedade*, que resulta exatamente da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz.¹²⁴ A atuação voluntária praticada pelo ser humano deve ser controlável por sua vontade, de sorte que estarão excluídos do conceito de voluntariedade os atos realizados sob coação absoluta, em estado de inconsciência, sob o efeito de hipnose, delírio febril, ataque epilético, sonambulismo.¹²⁵

A vontade se opera com a existência de um mínimo de participação subjetiva, de uma manifestação do querer suficiente para afastar um resultado puramente mecânico. Já a intenção é a vontade dirigida a um fim determinado.¹²⁶ Rui Stoco¹²⁷ adverte que não se insere, no contexto de voluntariedade, o propósito ou a consciência do resultado danoso.

A depender da forma pela qual o comportamento humano voluntário se manifesta, é possível classificá-lo em positivo ou negativo. A primeira forma se traduz pela prática de uma *ação*, um comportamento ativo ou positivo. A segunda trata da atuação omissiva ou negativa, geradora de dano. No plano físico, a *omissão* pode ser interpretada como um *nada*, um *não fazer*, uma *simples abstenção* de alguma conduta devida. De outro lado, no plano jurídico, esse tipo de comportamento pode gerar dano atribuível ao omitente, que será responsabilizado.¹²⁸

Verifica-se que a conduta desejada pelo Direito se exterioriza no cumprimento efetivo e de modo completo, por parte dos pais, dos deveres que surgem do

¹²³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 23-24.

¹²⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 69, v. III.

¹²⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 40, v. 7.

¹²⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 29.

¹²⁷ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 95.

¹²⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 70-71, v. III.

poder familiar. No panorama da ausência afetiva, a conduta omissiva revela-se no momento em que o pai ou a mãe deixam de cumprir as obrigações impostas pela lei ou não agem de modo pleno, a fim de desenvolver todos os deveres da paternidade, sendo que esse comportamento pode causar danos irreversíveis aos filhos.

Não basta a prática de uma conduta omissiva para conferir responsabilidade aos pais abandonônicos, exige-se que o genitor seja imputável. A *imputabilidade* significa o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para poder responder pelas consequências de uma conduta contrária ao dever jurídico. A imputabilidade possui como elementos a maturidade e a sanidade mental. Importa o primeiro desenvolvimento mental; e o segundo, higidez.¹²⁹ No momento em que o genitor deixa de praticar as suas obrigações paternas, se ele não tem capacidade de entender o caráter reprovável de sua conduta e de determinar-se de acordo com esse entendimento, não há espaço para se falar em indenização.

3.2.2 *Nexo causal*

O segundo pressuposto da responsabilidade civil refere-se ao nexo causal. Trata-se do elo etiológico, do liame, que une a conduta do agente (positiva ou negativa) ao dano.¹³⁰ Não basta que o agente tenha praticado uma conduta ilícita, tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo da vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor do fato.¹³¹

É necessário sempre demonstrar, para intentar a ação de reparação, que, *sem o fato alegado*, o dano não se teria produzido.¹³² A título de exemplo da presença do nexo causal em uma ação de danos morais intentada pelo filho abandonado, este expõe a conduta do pai não-guardião representada na relutância em empreender visitas, nas faltas em datas festivas, no desinteresse de participar de seu desenvolvimento escolar, nos telefonemas escassos. Esse comportamento faltoso do pai repercute na esfera moral do menor, que, por consequência, apresenta sintomas de depressão, aniquilamento da autoestima e tendência ao

¹²⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 25-26.

¹³⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 128-129, v. III.

¹³¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 47.

¹³² DIAS, Aguiar. *Responsabilidade civil em debate*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 177.

suicídio. Na ação por danos morais, o filho sustenta que sem a conduta ilícita do genitor não-guardião, devidamente comprovada, o dano não teria ocorrido.

Ocorre que o pai abandonico pode ser impedido de cumprir as obrigações provindas da responsabilidade parental por alguém ou por alguma circunstância. O pai poderá se valer de causas excludentes do nexo causal, pois se o comportamento devido, no caso concreto, não foi possível, não se pode dizer que o dever foi violado. As causas de exclusão do nexo de causalidade são o fato exclusivo da vítima ou de terceiro, o caso fortuito e a força maior.¹³³

O fato exclusivo da vítima interrompe o curso causal que unia o agente ao dano, porém é de difícil constatação no âmbito do abandono afetivo. No fato exclusivo de terceiro, a participação do terceiro na causação do dano pode ocorrer de maneira total ou parcial. Na primeira hipótese, o dano é causado exclusivamente pelo terceiro; na segunda, o terceiro é apenas copartícipe, ou elemento concorrente no desfecho prejudicial. Apenas no primeiro caso é que se verifica a eliminação do nexo causal, com a consequente exclusão da responsabilidade do agente.¹³⁴ À guisa de exemplo da exoneração da responsabilidade civil do pai faltoso por fato exclusivo de terceiro, pode-se mencionar o caso do pai divorciado que, apesar de empregar todos os esforços, é impedido pela ex-mulher de visitar o filho menor, de pegá-lo no colégio, até mesmo de manter contato por telefone com a criança, em virtude de ódio e mágoa que a ex-esposa nutre pelo novo relacionamento do ex-marido.

As consequências do evento danoso podem ser atribuíveis a outros fatores estranhos à atuação do agente, como o caso fortuito e a força maior. Não existe um consenso doutrinário acerca da definição dessas duas excludentes de nexo causal. Maria Helena Diniz¹³⁵ preceitua que, na força maior, conhece-se o motivo ou a causa que dá origem ao acontecimento, pois se trata de um fato da natureza. Já, no caso fortuito, o acidente que acarreta o dano advém de causa desconhecida. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹³⁶ descrevem que a característica básica da força maior é a sua *inevitabilidade*, mesmo sendo a sua causa conhecida; ao passo que o caso fortuito tem a sua nota distintiva na sua *imprevisibilidade*, segundo os parâmetros do homem médio. Nesta última hipótese, a

¹³³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 66.

¹³⁴ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 177.

¹³⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 346-347, v. 2.

¹³⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 291, v. II.

ocorrência repentina e até então desconhecida do evento atinge a parte incauta, impossibilitando o cumprimento de uma obrigação.

No âmbito da ausência afetiva, exemplifica-se a exclusão da responsabilidade do genitor, em virtude de força maior, na hipótese de um pai sofrer um acidente aéreo, cuja aeronave cai em uma mata selvagem. O genitor fica privado de conviver com o filho e de exercer os demais atributos do poder familiar durante o período da infância de sua prole, visto que passa alguns anos perdido na selva. Diante das circunstâncias estranhas à atuação do pai, seria inconcebível um pedido indenizatório por danos morais advindos de abandono afetivo.

3.2.3 *Dano*

O último pressuposto a ser detalhado trata-se do *dano*. Sem a existência desse elemento, ninguém pode ser responsabilizado civilmente. Define-se dano como a lesão a um interesse jurídico tutelado (patrimonial ou não), causado por ação ou omissão do sujeito infrator.¹³⁷ Note-se que o conceito de dano compreende duas categorias distintas. A primeira refere-se ao dano material ou patrimonial e a segunda diz respeito ao dano moral, imaterial ou extrapatrimonial.¹³⁸

O dano material ou patrimonial atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de bens e direitos de uma pessoa apreciáveis economicamente.¹³⁹ A violação ao patrimônio importa sua diminuição e permite ao lesado a reparação do prejuízo. Apesar da indenizabilidade do dano material, o objeto do presente estudo não está relacionado a esta categoria de dano. O abandono afetivo integra a ambiência dos danos morais.

A definição de dano moral não é unânime entre os operadores de Direito. A doutrina majoritária brasileira adota o critério negativo por exclusão, cujo fundamento consiste em considerar dano moral como a lesão que não corresponde a uma diminuição

¹³⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 78, v. III.

¹³⁸ BENASSE, Paulo Roberto. *A personalidade, os danos morais e sua liquidação de forma múltipla*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 137-148.

¹³⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 73.

patrimonial.¹⁴⁰ Maria Helena Diniz¹⁴¹ posiciona-se na mesma linha doutrinária anteriormente registrada ao definir dano moral como a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa natural ou jurídica, provocada pelo fato lesivo.

Os doutrinadores modernos consideram que o critério negativo por exclusão utilizado para definir o dano moral é insatisfatório, por isso buscam a conceituação de dano moral por intermédio de seus elementos essenciais, em razão de bens como a vida, integridade física e intelectual, paz, tranquilidade espiritual, liberdade individual, honra, reputação, pudor, segurança, amor próprio estético, afeições legítimas, decoro, crença, proteção contra atos que provoquem dor, tristeza, humilhação, vexame, dentre outros semelhantes.¹⁴²

Héctor Valverde Santana¹⁴³ ensina que o dano moral não se resume apenas à lesão sem repercussão patrimonial. É imprescindível modificar o foco da questão, abandonando-se a concepção de que o dano moral pressupõe a dor da vítima. A fórmula para delimitar o campo teórico do dano moral depende de duas ideias. A primeira refere-se à lesão ou privação de um direito da personalidade. A segunda concerne à reparação advinda da violação de um direito da personalidade, pois toda violação de direito subjetivo tem uma sanção correspondente no sistema jurídico. O autor supracitado define dano moral como a privação ou a lesão de *direito da personalidade*, independentemente de repercussão patrimonial direta, desconsiderando-se o mero mal-estar, dissabor ou vicissitude do cotidiano, sendo que a sanção consiste na imposição de uma indenização, cujo valor é fixado judicialmente, com a finalidade de compensar a vítima, punir o infrator e prevenir fatos semelhantes que provocam insegurança jurídica.

Sergio Cavaliere Filho¹⁴⁴ segue o mesmo raciocínio acima exposto. Assinala que a Constituição Federal de 1988, em razão de ter consagrado a *dignidade humana* como fundamento do Estado Democrático de Direito, atribuiu nova feição e maior dimensão ao dano moral. Aponta que a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos, por conseguinte, os direitos à honra, ao nome, à intimidade, à privacidade e à liberdade estão englobados no direito à dignidade. O

¹⁴⁰ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 148.

¹⁴¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 180, v. 7.

¹⁴² SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 149-150.

¹⁴³ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 153-154.

¹⁴⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 82.

autor citado sintetiza dano moral como uma violação à dignidade humana. Aqui, verifica-se a fronteira terminológica que separa os dois autores. Enquanto Héctor Valverde Santana conceitua dano moral como lesão de direito da personalidade, Sergio Cavalieri Filho define dano moral como lesão do direito à dignidade.

Carlos Alberto Ghersi define dano moral como toda modificação negativa do espírito, porquanto pode ser fonte de preocupações ou estado de intensa irritação que afetam o equilíbrio anímico da pessoa.¹⁴⁵ Ocorre que nem toda alteração anímica de uma pessoa pode ser considerada um dano moral. Carlos Roberto Gonçalves¹⁴⁶ entende que dano moral não é propriamente a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano.

Sergio Cavalieri Filho¹⁴⁷ demonstra que só deve ser considerado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porque, além de fazerem parte da normalidade do dia a dia, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, o dano moral será banalizado e as ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos serão constantes. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, dor, vexame e sofrimento só poderão ser considerados dano moral quando tiverem por causa uma *agressão à dignidade de alguém*.

Os diversos argumentos acima referidos quanto à definição de dano moral revelam que o pai ou a mãe que deixam de cumprir seus deveres legais violam direito da personalidade da criança e do adolescente. Essa violação é qualificada como um dano moral e, portanto, passível de indenização. É importante frisar que o mero mal-estar, dissabor ou vicissitude do cotidiano não integram a acepção de dano moral decorrente de abandono afetivo. A título ilustrativo, o pai que deixa de comparecer uma única vez a um evento escolar do filho não pode ser processado por danos morais, pois a conduta do genitor não passou de um mero aborrecimento para o filho.

¹⁴⁵ GHERSI, Carlos Alberto. *Daño moral y psicológico*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2002, p. 126.

¹⁴⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 377, v. 4.

¹⁴⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 87.

A dúvida que se erige, agora, diz respeito à identificação da espécie de direito da personalidade violada pela ausência afetiva. Mister, primeiramente, examinar o conceito, a natureza jurídica, o objeto, a classificação e as características dos direitos da personalidade para somente, depois, ingressar na discussão sobre a espécie de direito da personalidade lesionada.

A personalidade se resume no conjunto de caracteres do próprio indivíduo; consiste na parte intrínseca da pessoa humana. No sentido jurídico, a personalidade é o primeiro bem pertencente à pessoa.¹⁴⁸ A proteção que se dá a esses bens primeiros do indivíduo é denominada de direitos da personalidade. Conceituam-se os direitos da personalidade como aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais.¹⁴⁹

Existem duas correntes doutrinárias, a positivista e a jusnaturalista, que tentam explicar a natureza jurídica dos direitos da personalidade. A primeira corrente toma por base a ideia de que os direitos da personalidade devem ser somente aqueles reconhecidos pelo Estado. Os positivistas negam a existência de direitos inatos à condição humana.¹⁵⁰ Já a segunda corrente, acolhida pela doutrina majoritária, destaca que os direitos da personalidade são verdadeiros atributos inerentes à condição humana, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano de direito positivo – em nível constitucional ou em nível de legislação ordinária.¹⁵¹

O objeto dos direitos da personalidade são as manifestações interiores do ser humano, os atributos físicos e morais, bem como as projeções pessoais no meio social, aspecto externo ou extrínseco. A ausência dos atributos internos e externos do ser humano tornaria impossível a sua existência, faltaria dignidade para o seu desenvolvimento, razão pela qual os direitos da personalidade são considerados como pressuposto de todos os demais direitos subjetivos.¹⁵²

¹⁴⁸ TELLES JÚNIOR, Goffredo. Direito subjetivo. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, n. 28, 1977-1982, p. 315.

¹⁴⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 182, v. III

¹⁵⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 183, v. I.

¹⁵¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 7.

¹⁵² CORTIANO JUNIOR, Erouths. A teoria geral dos direitos da personalidade. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, 1996, p. 23-24, v. 5.

A classificação dos direitos da personalidade elaborada por Rubens Limongi França¹⁵³ tem sido reiteradamente invocada pela doutrina nacional. O autor mencionado baseou sua classificação nos atributos relativos à integridade física (direitos à vida, aos alimentos, sobre o próprio corpo vivo ou morto, sobre o corpo alheio vivo ou morto e sobre as partes separadas do corpo vivo ou morto), à integridade intelectual (direito à liberdade de pensamento, direito pessoal de autor científico, artístico e de inventor) e à integridade moral (direitos à honra, à honorificência, ao recato, ao segredo pessoal, doméstico e profissional, à imagem, à identidade pessoal, familiar e social) do ser humano.

Os direitos da personalidade possuem diversas características estabelecidas pela doutrina. São extrapatrimoniais por serem insuscetíveis de aferição econômica. São intransmissíveis, visto não poderem ser transferidos à esfera jurídica de outrem. São, em regra, indisponíveis, posto que insuscetíveis de disposição, exceto em casos expressamente previstos em lei. São irrenunciáveis, já que não permitem a extinção por vontade de seu titular. São vitalícios, pois não podem ser retirados da pessoa enquanto ela viver por dizerem respeito à qualidade humana. São ilimitados, ante a impossibilidade de se imaginar um número fechado de direitos da personalidade. São impenhoráveis e imprescritíveis, não se extinguindo nem pelo uso, nem pela inércia na pretensão de defendê-los.¹⁵⁴

Os adeptos da tese de cabimento da indenização por abandono afetivo a justificam com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Eles sustentam que os direitos da personalidade estão englobados no direito à dignidade. É possível, agora, ingressar no debate sobre a espécie de direito da personalidade violada – direito à honra – no fenômeno do abandono afetivo.

É certo que a falta injustificada do pai ou da mãe gera consequências nefastas à personalidade do jovem, conforme já exposto no item 2.3, do capítulo 2, deste estudo. A conduta omissiva dos pais agride o direito à integridade moral da criança e do adolescente. O direito à integridade moral protege os atributos psicológicos relacionados à pessoa, como a honra, a imagem, o recato, a vida privada e o nome. Tutela, pois, a higidez psíquica da pessoa, sempre à luz da necessária dignidade humana.¹⁵⁵

¹⁵³ FRANÇA, Rubens Limongi. *Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 567, jan. 1983, p. 12-15, v. 72.

¹⁵⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 121-122, v. 1.

¹⁵⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 185.

Especificamente em casos de abandono afetivo, o direito da personalidade de cunho moral violado é o direito à honra. Este é imprescindível à composição da personalidade do ser humano e divide-se em duas vertentes: a honra objetiva e a honra subjetiva. A primeira vertente prende-se à necessidade de defesa da reputação da pessoa, compreendendo o bom nome e a fama de que desfruta no seio da coletividade, enfim, a estima que a cerca nos seus ambientes, familiar, profissional, comercial ou outro. A segunda faceta alcança o sentimento pessoal de estima, ou a consciência da própria dignidade.¹⁵⁶

Na lição de Adriano de Cupis¹⁵⁷, a boa fama da pessoa constitui o pressuposto indispensável para que ela possa progredir no meio social e conquistar um lugar adequado; e, por sua vez, o sentimento ou consciência da própria dignidade pessoal representa uma fonte de elevada satisfação espiritual.

Em contraposição à dicotomia referente às expressões honra objetiva e honra subjetiva, Carlos Alberto Bittar¹⁵⁸ entende que o direito à honra tem um espectro mais amplo e consiste no atributo valorativo da pessoa na sociedade. Afirma que, no direito à honra, a pessoa é tomada frente à sociedade, no círculo social em que se insere, em função do valor ínsito à consideração social. Daí, a violação produz reflexos na sociedade, acarretando para o lesado diminuição social, com consequências pessoais (humilhação, constrangimento, vergonha) e patrimoniais (no campo econômico, como abalo ao crédito, descrédito da pessoa ou da empresa, abalo de conceito profissional).

O autor referido defende que o direito ao respeito, apartado do complexo da honra, conceitua-se pela a dignidade, ou sentimento de valor moral, ou honorabilidade, e decoro, sentimento ou consciência da própria respeitabilidade.¹⁵⁹ O direito ao respeito conceituado por Carlos Alberto Bittar corresponde ao direito à honra subjetiva definida pela maioria da doutrina; ao passo que o direito à honra designado pelo supra-autor equivale à honra objetiva definida pela doutrina majoritária.

Apesar dos exemplos citados pela doutrina de violação ao direito à honra corresponderem a comportamentos comissivos, positivos, é possível também a ocorrência de lesão ao direito à honra por uma conduta omissiva. Os casos correntes de abandono afetivo

¹⁵⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 133.

¹⁵⁷ CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Campinas: Romana, 2004, p. 122.

¹⁵⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 133-134.

¹⁵⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 139.

demonstram lesão ao direito à honra subjetiva do infante ou do adolescente. A atitude negligente de um pai não-guardião, identificada pela falta de convivência com o filho, pela ausência de interesse em acompanhar o desenvolvimento escolar da criança e pela omissão em ensinar valores éticos e morais ao menor, revela um dano à autoestima da criança. A conduta omissiva do pai abala o sentimento de dignidade pessoal do infante. Uma vez quebrado o vínculo de convívio paterno/filial, a criança e o adolescente percebem a rejeição do pai, que refletirá no desenvolvimento psicofísico do menor, acarretando insatisfação pessoal e sentimento de anulação da identidade do indivíduo.

Há igualmente casos de violação à honra objetiva da criança e do adolescente no espaço do abandono afetivo. Cita-se o caso em que o juiz condenou, em 2004, um pai a pagar indenização no valor de R\$ 50.000,00 por danos morais e tratamento psicológico da filha. O pai a abandonou com poucos meses de vida, quando se separou da mãe para constituir nova família. A jovem abandonada sentiu-se rejeitada e humilhada, especialmente por todos serem membros da colônia judaica, pois, embora o genitor tratasse os filhos que teve com a segunda esposa com carinho, dispensava um tratamento frio à menina. Esta foi crescendo envergonhada, tímida e embaraçada, com complexos de culpa e inferioridade, submetendo-se a tratamento psicológico.¹⁶⁰ É evidente que a conduta do genitor, mesmo não tendo sido comissiva, lesionou a reputação da filha perante a colônia judaica, em que a garota se sentiu estigmatizada entre seus pares.

O reconhecimento da pretensão de filhos que propõem ação de indenização por danos morais decorrentes de abandono afetivo exige a comprovação da conduta lesiva dos pais. É cediço que a prova busca a verdade de fatos, sempre com a finalidade de formar o convencimento do julgador. A prova do dano moral implica a demonstração no campo processual do fato gerador da lesão aos direitos da personalidade, com que se presume a existência de uma alteração anímica e, conseqüentemente, o dano moral. Infere-se que a presunção empregada na prova do dano moral opera de forma indireta, mediante atividade intelectual do julgador, e não mediante averiguação direta do fato probando.¹⁶¹

As presunções são divididas em duas espécies, presunções judiciais ou simples e as presunções legais, sendo que estas comportam subdivisão em presunções absolutas, que não admitem prova em sentido contrário, isto é, a própria lei presume a

¹⁶⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: famílias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 308.

¹⁶¹ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 244-248.

existência do fato probando, e as presunções relativas, que permitem a produção de prova em contrário. O sistema jurídico brasileiro não trata expressamente a respeito da espécie de presunção utilizada na aferição do dano moral, portanto, o convencimento acerca da existência do dano moral reporta-se à presunção judicial ou simples, conclusão autorizada pela busca da verdade mediante todos os meios de provas, mesmo que não especificados em lei, bem como pelas regras de experiência comum, segundo prescrevem os arts. 332 e 335, ambos do Código de Processo Civil.¹⁶²

A presunção judicial ou simples é representada por um processo mental, um raciocínio lógico que o juiz desenvolve partindo do conhecimento do ato violador dos direitos da personalidade (fato conhecido) para inferir a verdade de que houve uma alteração psíquico-emocional da vítima (fato probando). Presume-se que a violação dos direitos da personalidade enseja uma alteração na esfera subjetiva da vítima, que por sua vez deve obter do sistema jurídico uma resposta adequada.¹⁶³

A doutrina e a jurisprudência brasileiras concordam que o prejuízo imaterial é uma decorrência natural da própria violação do direito da personalidade ou da prática de ato ilícito.¹⁶⁴ O dano moral é *in re ipsa*, ou seja, é uma consequência jurídica que se opera independentemente de prova do prejuízo. A assertiva mencionada justifica-se na dificuldade de demonstrar na esfera processual as alterações anímicas como a dor, a frustração, a humilhação, o sofrimento, a angústia, a tristeza.¹⁶⁵

Depreende-se que o dano moral proveniente de ausência afetiva exige ser provado em juízo. Ocorre que os fatos que deram origem ao dano moral é que devem ser provados, e não as consequências do dano, como a dor, o sofrimento, a tristeza. Um filho abandonado que quiser intentar uma ação de danos morais em face do pai abandonado deve provar a conduta omissiva do pai, por exemplo, por meio de depoimento pessoal, ou prova testemunhal que confirme o afastamento do genitor do convívio com o filho, ou, ainda, mediante exibição de fotografias de datas importantes em que o pai esteve ausente.

¹⁶² SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 248-249.

¹⁶³ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 251-253.

¹⁶⁴ VIEIRA NETO, Mário Machado. Liberdade de imprensa, dano moral e responsabilidade do veículo de divulgação e do autor da matéria (Súmula 221 do STJ). *Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal*, Associação dos Magistrados do Distrito Federal, Brasília, 2001, p. 23-24, v. 6.

¹⁶⁵ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 251.

3.3 Diversas facetas de um só problema

Alguns magistrados brasileiros de primeira instância e grande parcela da doutrina vêm se posicionando a favor da indenização por danos morais oriundos de abandono afetivo. Todavia, diversos Tribunais de Justiça Estaduais do nosso país têm resistido a reconhecer a indenização por abandono moral, seguindo, portanto, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O STJ enfrentou pela primeira vez o tema relativo à responsabilidade civil de pai abandonônico no julgamento do Recurso Especial 757.411/MG, em 2005. O STJ, por intermédio da Quarta Turma, decidiu, por quatro votos a um, pelo não cabimento de indenização por dano moral advindo de abandono afetivo. Na ação ordinária proposta contra o pai por abandono afetivo, o filho afirmou que, desde o divórcio de seus pais, época do nascimento da filha do genitor negligente com sua segunda esposa, foi descurado o dever de lhe prestar assistência psíquica e moral, apesar de o pai ter cumprido com a pensão alimentícia. O filho alegou que não teve oportunidade de ter conhecido e convivido com a meia-irmã e tentou várias vezes uma aproximação com o pai, mas recebeu apenas abandono, rejeição e frieza.¹⁶⁶

Em primeira instância, o pedido da ação foi julgado improcedente, mas o extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais acabou reconhecendo o direito à indenização por dano moral e psíquico causado pelo abandono do pai, e fixou a indenização em 200 salários mínimos, equivalente a quarenta e quatro mil reais, na época, por entender que a responsabilidade pelo filho não se pauta tão somente no dever de alimentar, mas se insere no dever de possibilitar o desenvolvimento humano dos filhos, baseando-se no princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁶⁷

No recurso endereçado ao STJ, o pai alegou que a indenização era abusiva e representava a monetarização do amor. Sustentou, também, que a ação havia sido proposta por inconformismo da mãe, depois de tomar conhecimento de uma revisional de alimentos, na qual o pai pretendia reduzir o valor da pensão alimentícia, e afirmou que, apesar de o filho ter atingido a maioridade, pagava-lhe pensão até hoje. Os argumentos suscitados foram

¹⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 757.411/MG*. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Quarta Turma. Data de Julgamento: Brasília, 29 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 17 ago. 2011.

¹⁶⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 421, v. 4.

acolhidos, por maioria, pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça.¹⁶⁸ O Ministro Barros Monteiro¹⁶⁹, o único que não conheceu do recurso, salientou que, ao lado da assistência material, o genitor tem o dever de dar assistência moral ao filho, de conviver com ele, de acompanhá-lo e de dar-lhe o necessário afeto. O Ministro citado ainda asseverou que o pai só estaria exonerado da responsabilidade civil se demonstrasse a ocorrência de força maior.

Os demais Ministros da Quarta Turma do STJ entenderam que a indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 ao abandono afetivo. Percebe-se que o argumentado invocado pelo STJ não possui consistência jurídica, posto que os pais que deixam de cumprir seus deveres impostos pela lei, principalmente, os deveres de criar, educar e prestar assistência moral aos filhos, praticam uma conduta contrária ao Direito, portanto, ilícita. O voto do Ministro Barros Monteiro¹⁷⁰ seguiu a mesma linha de raciocínio ao reconhecer a conduta ilícita do genitor, materializada no descumprimento do dever familiar de convívio e afeto com o filho.

Aspecto destacado no julgamento do Recurso Especial 757.411/MG refere-se à limitação ao campo do Direito de Família para solucionar casos que envolvam abandono afetivo. A legislação de família prevê a pena de perda do poder familiar ao pai que deixa o filho em abandono. O relator, Ministro Fernando Gonçalves¹⁷¹, argumentou que o descumprimento injustificado do dever de guarda, sustento e educação dos filhos leva à perda do poder familiar, como a mais grave pena civil a ser imputada a um pai.

Observe-se que não se mostra razoável restringir, ao âmbito do Direito de Família, a resolução de questões pertinentes ao abandono moral, porque o fenômeno social em exame transcende as barreiras da legislação de família, encontrando respostas na seara da Responsabilidade Civil, já que o dano provocado pela ausência afetiva tem caráter moral.

¹⁶⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 421, v. 4.

¹⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 757.411/MG*. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Quarta Turma. Data de Julgamento: Brasília, 29 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 17 ago. 2011.

¹⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 757.411/MG*. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Quarta Turma. Data de Julgamento: Brasília, 29 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 17 ago. 2011.

¹⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 757.411/MG*. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Quarta Turma. Data de Julgamento: Brasília, 29 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 17 ago. 2011.

Note-se, igualmente, que a perda do poder familiar não constitui a solução mais adequada para o abandono afetivo. Eliane Goulart Martins Carossi¹⁷² questiona se a perda do poder familiar seria realmente uma punição ao pai faltoso, uma vez que ele não exerceu esse poder espontaneamente durante os longos anos de vida de seu filho. A perda do poder parental do genitor que abandona afetivamente o menor é um prêmio, e não uma punição, não servindo para justificar a impossibilidade de concessão do dano moral.

Outro aspecto que sobressai na decisão do STJ vincula-se à ideia de que escapa ao arbítrio do Poder Judiciário obrigar alguém a amar ou a manter um relacionamento afetivo. O Ministro Cesar Asfor Rocha¹⁷³ manifestou-se no sentido de que o reconhecimento de dano moral indenizável por abandono afetivo seria uma tentativa de querer quantificar o preço do amor. Em contraposição ao argumento levantado, Rodrigo da Cunha Pereira¹⁷⁴ sustenta que o afeto não é apenas um sentimento, é também uma ação em relação aos filhos. A reparação do dano moral vem exatamente contemplar aquilo que não se pode obrigar. Dizer que não cabe reparação civil pelo abandono afetivo é o mesmo que desresponsabilizar os pais pela criação e educação de seus filhos.

Cláudia Maria da Silva¹⁷⁵ defende que não se trata de dar preço ao amor, tampouco de compensar a dor propriamente dita. Afirma que 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 reprovável e grave.

Adverte-se que a possibilidade de reconhecer a indenização no caso de abandono afetivo não significa um estímulo a pleitos indenizatórios, com o intuito de enriquecimento injusto. Na verdade, propaga-se no Brasil a falsa ideia de uma *indústria das indenizações*, que não existe, pois o que se constata é uma frequente violação de direitos por

¹⁷² CAROSSO, Eliane Goulart Martins. *O Valor Jurídico do Afeto na Atual Ordem Civil-Constitucional Brasileira*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=659>>. Acesso em: 09 ago. 2011.

¹⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 757.411/MG*. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Quarta Turma. Data de Julgamento: Brasília, 29 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 17 ago. 2011.

¹⁷⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Afeto, responsabilidade e STF*. Disponível em: <<http://rodrigodacunha.adv.br/rdc/?p=802>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

¹⁷⁵ SILVA, Cláudia Maria da. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. *Revista Brasileira de Direito de Família*, ano VI, n. 25, ago./set. 2004.

parte do Estado e nas relações entre particulares, portanto, na prática, o que existe é uma verdadeira *indústria de lesões*.¹⁷⁶

3.4 Finalidades da reparação do dano moral no âmbito do abandono afetivo

A finalidade da reparação do dano moral possui uma tríplice dimensão, traduzida nas noções de compensar a vítima, punir o infrator e desestimular novas práticas semelhantes.¹⁷⁷ Yussef Said Cahali¹⁷⁸ preceitua que no dano patrimonial intenta-se a reposição em espécie ou seu correspondente em dinheiro. A reparação do dano material visa à indenização integral da vítima, eliminando completamente a diminuição patrimonial experimentada, restituindo-a ao estado anterior que se encontrava antes do ato ilícito, sendo que o equivalente em dinheiro serve como ressarcimento do dano patrimonial.

O autor acima referido considera que no dano moral ocorre situação diversa, pois o dinheiro não se destina à recomposição patrimonial, mas a reparação opera-se no sentido de proporcionar à vítima uma compensação, distinguindo-se da finalidade do ressarcimento. Arremata que da responsabilidade civil do agente resulta para o ofendido o direito à indenização do dano (sentido genérico), que se resolve pelo ressarcimento do dano patrimonial ou pela reparação do dano moral.¹⁷⁹

A primeira finalidade da reparação do dano moral refere-se à função compensatória, que não significa o pagamento da dor ou sofrimento experimentados pela vítima do ato ilícito. O dinheiro na reparação do dano moral serve como meio de compensar ou proporcionar uma satisfação à vítima.¹⁸⁰ A finalidade da resposta do sistema jurídico pela violação dos direitos da personalidade é um instrumental de atenuação da dor, sofrimento, aflição, preocupação, desgosto ou qualquer outra alteração negativa nas esferas social, física ou anímica do lesado.¹⁸¹

¹⁷⁶ DONNINI, Rogério. Preservação de danos e a execução do princípio *neminem laedere*. In: NERY, Rosa Maria der Andrade; DONNINI, Rogério (Coords.). *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 499-501.

¹⁷⁷ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 153-154.

¹⁷⁸ CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 44.

¹⁷⁹ CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 44.

¹⁸⁰ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 191.

¹⁸¹ REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 79.

A segunda finalidade versa sobre o caráter punitivo, cujo enfoque é dirigido à pessoa do ofensor, ou seja, é o mecanismo de resposta do sistema jurídico voltado à sanção do agente causador do ato ilícito, e não mais a específica preocupação com a pessoa da vítima, que, por seu lado, tem a atenção devida na finalidade compensatória. Na finalidade punitiva, o ordenamento jurídico sanciona o agente causador do dano com o dever de reparar a ofensa imaterial com parte de seu patrimônio.¹⁸²

A terceira finalidade da reparação do dano moral relaciona-se ao aspecto preventivo, que se dirige a todos os integrantes da sociedade juridicamente organizada, e não especificamente ao agente causador do dano. Considera-se como aspecto intimidativo e desestimulador de futuras violações de direitos da personalidade, em que se busca evitar condutas semelhantes de outros integrantes da coletividade.¹⁸³ Adolpho Paiva Faria Junior¹⁸⁴ inclina-se para o mesmo raciocínio registrado ao apregoar que a reparação do dano moral quer, ao lado da função compensatória, desestimular a prática de atos semelhantes, impondo ao agressor maior reflexão em seus passos futuros, meio inibitório de novas ocorrências.

Constata-se que a conduta dos genitores identificada no descumprimento das funções oriundas da responsabilidade parental implica a lesão ao direito da personalidade dos filhos menores, precisamente ao direito à honra. A violação ao direito da personalidade representa um dano moral, cuja sanção estabelecida no sistema jurídico importa a imposição de uma indenização ao agente causador do dano. O propósito da reparação do dano moral no cenário do abandono afetivo conjuga três aspectos distintos. O primeiro aspecto corresponde à compensação do filho abandonado, no sentido de atenuar a dor por ele vivenciada pelo desprezo do genitor. A segunda vertente relaciona-se à punição do pai que não cumpre com os deveres oriundos do poder familiar. A terceira faceta deriva do caráter preventivo da indenização, que encerra a finalidade maior da reparação do dano moral no espaço do abandono afetivo, visto que servirá de desestímulo para futuras condutas irresponsáveis de pais faltosos.

¹⁸² SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 189-193.

¹⁸³ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 197-198.

¹⁸⁴ FÁRIA JUNIOR, Adolpho Paiva. *Reparação civil do dano moral*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 72-73.

CONCLUSÃO

As transformações de caráter científico, político e social, ocorridas ao longo do século XX, deixaram marcas profundas na organização familiar brasileira. O modelo tradicional de família cedeu lugar à família contemporânea, fundada no afeto, no respeito, na solidariedade, no companheirismo, na compreensão e no amor. A concepção atual de família está ligada à realização pessoal afetiva de cada membro que a compõe, principalmente, da criança e do adolescente.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, as atenções estão voltadas para a condição peculiar da criança e do adolescente como seres ainda em desenvolvimento. Essa condição implica reconhecer a vulnerabilidade dos menores, bem como a força motriz inerente aos jovens que será utilizada, no futuro, para movimentar as engrenagens da sociedade. A defesa dos interesses infanto-juvenis, por meio da efetivação prioritária dos direitos das crianças e dos adolescentes, foi pulverizada entre família, sociedade e Estado.

É imprescindível que a rede de proteção dos direitos dos menores, composta pelo Executivo, Legislativo e Judiciário, como também pela sociedade e pela família, sintonize-se na frequência do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. O reconhecimento da responsabilidade civil dos pais pelos danos morais decorrentes do abandono afetivo segue o mesmo caminho de diversas soluções derivadas do melhor interesse da infância e da juventude aplicadas aos casos concretos.

O desenvolvimento psicofísico do infante e do jovem depende de um exercício adequado e pleno dos deveres decorrentes do poder familiar atribuíveis aos pais, como o dever de sustento, dever de guarda e dever de educação. O pai ou a mãe que não desempenham ou desempenham de maneira inadequada os deveres provenientes da responsabilidade parental incidem em abandono afetivo.

A lei não faculta aos pais conviver, criar ou educar seus filhos, pelo contrário, a lei impõe esses comportamentos como deveres jurídicos aos pais. A inobservância das funções do poder familiar caracteriza uma conduta contrária ao Direito, portanto, ilícita.

A conduta ilícita do genitor ao deixar de cumprir, por exemplo, seu dever familiar de convívio com o filho e com ele formar laços de paternidade, lesiona o direito da personalidade, especificamente o direito à honra, da criança e do adolescente abandonados. O comportamento omissivo do genitor é o fato gerador do dano moral, entendido como lesão ao

direito da personalidade do menor ou violação do estado físico, psíquico e moral da vítima em abandono.

O dano moral não é propriamente a dor, a angústia, o desgosto, a aflição, a humilhação, pois esses estados de espírito relacionam-se à consequência do dano. Essas consequências podem se manifestar por diversas formas no organismo do infante ou do jovem. À medida que o pai ou a mãe se abstêm de exercer todos os deveres da paternidade/maternidade, o risco de surgirem problemas que envolvam agressividade, depressão, ansiedade, insegurança, dependência de drogas e álcool, delinquência juvenil e aumento de jovens de rua, cresce na mesma proporção.

Nesse sentido, o sistema jurídico previu como sanção à violação aos direitos da personalidade a imposição de uma indenização ao agente causador do ato ilícito, cuja finalidade da reparação é diluída em três aspectos: compensatório, punitivo e preventivo.

O assunto acerca da responsabilidade civil de pais abandonados mostra-se polêmico e, embora alguns magistrados brasileiros de primeira instância e grande parcela da doutrina estejam acolhendo a tese do reconhecimento da indenização por danos morais decorrentes de abandono afetivo, diversos Tribunais de Justiça Estaduais do nosso país têm resistido a reconhecer a indenização por abandono moral, seguindo, portanto, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O STJ enfrentou pela primeira vez a questão relativa à responsabilidade civil por dano moral proveniente de abandono afetivo no julgamento do Recurso Especial 757.411/MG, em 2005, e optou, pelo voto da maioria dos Ministros da Quarta Turma, por não reconhecer a indenização. O acórdão proferido pelo STJ alinhou diversos argumentos no sentido de rejeitar o cabimento da indenização por abandono moral. Uma das fundamentações inclinou-se para o entendimento de que a indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito e o abandono afetivo não configura ilícito. Nota-se que o argumentado invocado não possui consistência jurídica, uma vez que os pais que deixam de cumprir seus deveres impostos pela lei, principalmente, os deveres de criar, educar e prestar assistência moral aos filhos, praticam uma conduta contrária ao Direito, portanto, ilícita.

Outro ponto suscitado no acórdão diz respeito à previsão legal da perda do poder familiar de pais faltosos como a melhor solução para o fenômeno social em debate, sendo essa sanção considerada como a pena civil mais grave a ser conferida a um pai. Na realidade, a perda do poder familiar de um genitor omissivo no cumprimento de seus deveres parentais representa uma punição apenas no plano virtual, porque o pai que reluta em

desempenhar os deveres paternos deseja mesmo se desobrigar em definitivo dessas atribuições. A perda do poder parental não importa ônus ao pai faltoso, tampouco desestimula ou inibe a prática de atos semelhantes, portanto, pode-se dizer que a solução atribuída pelo Superior Tribunal de Justiça qualifica-se como um verdadeiro prêmio ao pai abandonado.

Aspecto que sobressai na decisão do STJ vincula-se à ideia de que escapa ao arbítrio do Poder Judiciário obrigar alguém a amar. Ocorre que a indenização conferida nesse contexto não tem a finalidade de compelir o pai a amar seu filho, mas de compensar a vítima, punir o infrator e, principalmente, de desestimular novas práticas semelhantes de pais faltosos. A função preventiva ou dissuasória da reparação do dano moral nas hipóteses de abandono afetivo ganha relevo entre as três finalidades da indenização, pois permite sinalizar a pretensos pais omissos que a sua conduta é vedada pelo Direito e que deve ser obrigatoriamente interrompida. Nesse cenário, os pais poderão se conscientizar da especial missão atribuída a eles – a da paternidade responsável.

O reconhecimento da indenização por dano moral no âmbito do abandono afetivo traduz a verdadeira essência da Doutrina da Proteção Integral, em que o melhor interesse da criança e do adolescente deve ser priorizado e efetivado. Os filhos menores não podem ser considerados como despesa, mas devem ser reconhecidos como sujeitos de direitos e seres humanos dotados de dignidade, por isso, necessitam ser respeitados.

Os operadores de Direito não podem medir esforços na luta pela defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes, pois um filho bem educado, que mantém um convívio saudável e harmônico com seus genitores, que se revela prestativo no âmbito doméstico, será o adulto-cidadão participativo e produtivo do futuro. A violação aos direitos de um jovem pode ser interpretada como um prejuízo à sociedade.

REFERÊNCIAS

- AKEL, Ana Carolina Silveira. *Guarda Compartilhada: um avanço para a família moderna*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=420>>. Acesso em: 09 ago. 2011.
- ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. A incidência dos princípios constitucionais no direito de família. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). *Direito das Famílias*. Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- _____. Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BARBOSA, Heloísa Helena. O direito de família brasileiro no final do século XX. In: BARRETO, Vicente (Coord.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- BATTES, Robert. *Sentido e limites da compensação de aquestos*. Porto Alegre: SAFE, 2000.
- BENASSE, Paulo Roberto. *A personalidade, os danos morais e sua liquidação de forma múltipla*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- _____. *Dos alimentos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- CALDERAN, Thanabi Bellenzier; DILL, Michele Amaral. *A importância do papel dos pais no desenvolvimento dos filhos e a responsabilidade civil por abandono*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=703>>. Acesso em: 09 ago. 2011.
- CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, jun./jul. 2006, v. 8.
- CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando Fundamentos de Direito Civil Contemporâneo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CAROSSI, Eliane Goulart Martins. *O Valor Jurídico do Afeto na Atual Ordem Civil-Constitucional Brasileira*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=659>>. Acesso em: 09 ago. 2011.

CORTIANO JUNIOR, Erouths. A teoria geral dos direitos da personalidade. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, 1996, v. 5.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

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

COSTA, Walkyria Carvalho Nunes. *Abandono afetivo parental*. A traição do dever do apoio moral. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12159/abandono-afetivo-parental>>. Acesso em: 20 abr. 2011.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Campinas: Romana, 2004.

CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral; MENDEZ, Emílio García (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. São Paulo: Malheiros, 1992.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DIAS, Aguiar. *Responsabilidade civil em debate*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2005.

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

DIEZ-PICAZO, Luiz. *Familia y Derecho*. Madrid: Civitas, 1984.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 7.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2

DOLTO, Françoise. *Quando os pais se separam*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

DONNINI, Rogério. Preservação de danos e a execução do princípio *neminem laedere*. In: NERY, Rosa Maria der Andrade; DONNINI, Rogério (Coords.). *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *A possibilidade de prestação de contas dos alimentos na perspectiva da proteção integral infante-juvenil*. Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=582>>. Acesso em: 09 ago. 2011.

_____; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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

FRANÇA, Rubens Limongi. *Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 567, jan. 1983, v. 72.

FRASCARI, Maria Cristina. Paternidade Responsável X Paternidade Afetiva. In: PADOAN, Adayl Aparecida de Carvalho. et al. *Temas polêmicos de direito de família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. II.

_____. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. I.

_____. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. III.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2008.

GHERSI, Carlos Alberto. *Daño moral y psicológico*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2002.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 6.

_____. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 4.

GONÇALVES, Luís da Cunha. *Direitos de família e direitos das sucessões*. Lisboa: Ática, 1955.

GROENINGA, Giselle Câmara. Descumprimento do dever de convivência: danos morais por abandono afetivo. A interdisciplina sintoniza o direito de família com o direito à família. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). *A outra face do poder judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HERNÁNDEZ, Francisco Rivero. *El derecho de visita*. Barcelona: José Maria Bosch, 1997.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>>. Acesso em: 15 abr. 2011.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Abril Cultura, 1980, v.1. (Coleção Os Pensadores).

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: *O Direito de Família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Direito Civil: famílias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Direito-dever à convivência familiar. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). *Direito das Famílias*. Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____; AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código Civil Comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial*. São Paulo: Atlas, 2003, v. XVI.

MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. São Paulo: Manole, 2003.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder Familiar. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2.

MOZEN, Alan. *Amor paterno é importante para o desenvolvimento infantil*. Disponível em: <<http://www.redepsi.com.br/portal/modules/news/article.php?storyid=121>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

O'DONNELL, Daniel. *A Convenção sobre os Direitos da Criança: estrutura e conteúdo*. Montevideo: Infância, Boletim del IIN, tomo 63, n. 230, 1990.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 5.

PEREIRA, Maria Isabel da Costa. A responsabilidade civil dos pais pela omissão do afeto na formação da personalidade dos filhos. In: MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (Coord.). *Atualidades do Direito de Família e Sucessões*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Afeto, responsabilidade e STF*. Disponível em: <<http://rodrigodacunha.adv.br/rdc/?p=802>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

_____. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM, jan./mar. 2003, v. 16.

_____. *Pai, por que me abandonaste?* Disponível em: <<http://www.pontojuridico.com/modules.php?name=News&file=article&sid=17>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

_____. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Criança e Adolescente: sujeitos de direitos, titulares de direitos fundamentais, constitucionalmente reconhecidos*. Disponível em: <<http://www.abmp.org.br/textos/201.htm>>. Acesso em: 13 set. 2011.

REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 6.

RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo Bercovitz. Comentários ao art. 155 do CCE. In: AMORÓS, Manuel Guardiola. et al. *Comentarios a las reformas del derecho de familia*. Madrid: Tecnos, 1984.

ROLLIN, Cristiane Flôres Soares. Paternidade responsável em direção ao melhor interesse da criança. In: PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Tendências constitucionais no Direito de Família: estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Teixeira Giorgis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1958, v. 2.

SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, v. VI.

SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Do pátrio poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, Cláudia Maria da. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. *Revista Brasileira de Direito de Família*, ano VI, n. 25, ago./set. 2004.

SOUSA, Lourival de Jesus Serejo. *Direito Constitucional da família*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

STEIN, Alberto. et al. *Famílias e Terapeutas: construindo caminhos. Divórcios e Recasamentos: enfrentando o desconhecido*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. Direito subjetivo. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, n. 28, 1977-1982.

VIEIRA NETO, Mário Machado. Liberdade de imprensa, dano moral e responsabilidade do veículo de divulgação e do autor da matéria (Súmula 221 do STJ). *Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal*, Associação dos Magistrados do Distrito Federal, Brasília, 2001, v. 6.

VILLELA, João Baptista. Paternidade. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, n. 28, 1977-1982.

Site do Superior Tribunal de Justiça: <http://www.stj.gov.br>

Site do Tribunal de Alçada de Minas Gerais: <http://www.tjmg.jus.br>