



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

MARIA EUNICE CORRÊA BEZERRA

**APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR
ABANDONO AFETIVO**

Brasília
2017

MARIA EUNICE CORRÊA BEZERRA

**APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR
ABANDONO AFETIVO**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do Curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientadora: Prof. Ângela Christina Boelhouwer Montagner

Brasília
2017

MARIA EUNICE CORRÊA BEZERRA

**APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR
ABANDONO AFETIVO**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do Curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientadora: Prof. Ângela Christina Boelhouver Montagner

Brasília, 02 de maio de 2017.

Banca Examinadora

Orientadora

Prof. Ângela Christina Boelhouver Montagner

Examinador

Examinador

Brasília
2017

RESUMO

O presente trabalho monográfico trata da possível aplicação da responsabilidade civil por danos morais advindos do desamparo afetivo de genitores com relação aos filhos menores. Com base nos princípios norteadores do Direito de Família, que conferem um amplo espectro de deveres decorrentes do exercício da paternidade/maternidade, a relação de afetividade adquire contornos jurídicos, de modo que sua ausência fere os preceitos constitucionais e legais tendentes à realização dos sujeitos no seio familiar. O problema central do estudo se cinge em demonstrar que a indiferença e a rejeição dos pais podem dar azo ao reconhecimento judicial do direito à indenização dos danos de ordem moral causados aos infantes em plena fase de desenvolvimento de suas personalidades, tendo como amparo legal o dever de assistência e cuidados que se hospedam na convivência familiar. O tema divide opiniões no meio doutrinário e jurisprudencial, de sorte que o trabalho procurou sopesar os eixos argumentativos pró e contra a possibilidade de compensação pecuniária por abandono afetivo. O resultado da pesquisa concluiu ser plenamente possível o reconhecimento do dever de indenizar no âmbito das relações familiares, desde que devidamente presentes os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva identificados na conduta culposa, no dano e no nexo de causalidade.

Palavras-chave: Princípios norteadores do Direito de Família. Poder Familiar. Abandono afetivo. Afeto como dever jurídico. Responsabilidade civil subjetiva.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	05
1 PRINCÍPIOS JURÍDICOS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE...	08
1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	09
1.2 Princípio da Convivência Familiar.....	10
1.3 Princípio da Solidariedade.....	12
1.4 Princípio da Afetividade.....	14
1.5 Princípio da Paternidade Responsável.....	16
1.6 Doutrina da Proteção Integral.....	18
1.7 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.....	19
1.8 Princípio da Prioridade Absoluta.....	21
2 DO PODER FAMILIAR.....	25
2.1 Do pátrio poder ao poder familiar.....	27
2.2 O poder-dever e sua importância no desenvolvimento da prole.....	31
2.3 Configuração do abandono afetivo.....	35
3 POSSÍVEL APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL AO ABANDONO AFETIVO.....	39
3.1 Pressupostos da Responsabilidade Subjetiva: culpa, dano e nexos causal.....	41
3.2 A responsabilidade civil dos genitores por abandono afetivo.....	47
3.2.1. Análise crítica dos argumentos jurídicos adotados no REsp n. 757.411/MG e no REsp n. 1.159.242/SP.....	51
3.2.1.1 <i>Da inexistência de ato ilícito e da impossibilidade de amor imposto.....</i>	<i>53</i>
3.2.1.2 <i>O pagamento de indenização afastaria pai e filho de forma definitiva.....</i>	<i>55</i>
3.2.1.3 <i>A solução para o abandono afetivo é a perda do poder familiar, e não o pagamento de indenização.....</i>	<i>56</i>
CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS.....	61

INTRODUÇÃO

Para se tratar do tema abandono afetivo é preciso, de início, posicionar o afeto no seio da atual configuração familiar brasileira. A família sofreu, nas últimas décadas, profundas alterações de natureza, na sua forma composição e na sua função perante a sociedade.

Passou-se a privilegiar o espaço familiar como meio indutor e necessário à realização pessoal de seus membros e à promoção da dignidade humana. Houve a ruptura dos poderes despóticos, marcadamente concentrados na figura paterna, com intuito de equiparar a importância de cada um de seus integrantes e fomentar um ambiente próprio para a construção da identidade e para a comunhão de interesses.

No curso desse processo que Paulo Lôbo chamou de repersonalização das relações familiares, o afeto assumiu especial destaque. Vínculos de afeto se somam aos vínculos de sangue e aos vínculos de direito para fins de reconhecimento de uma entidade familiar. É por meio da afetividade que a família se converte em um espaço de solidariedade destinado a promover o desenvolvimento de cada um de seus membros.

Com essa breve digressão acerca dos laços familiares contemporâneos, pretende-se compreender, ao longo desse trabalho, como o afeto ganhou contornos jurídicos para, mais detidamente, tratar sobre a possibilidade de indenização por abandono afetivo, que se revela um tema ainda polêmico, não apenas perante a sociedade, mas também diante da doutrina e dos tribunais de todo o país.

Dessa forma, este estudo vai se ocupar da análise sobre os pressupostos do abandono afetivo paterno-filial, seus elementos caracterizadores e sua recepção no mundo jurídico.

Com espeque na despatrimonialização das relações familiares consagrada pela Constituição Federal de 1988, o estudo aprofundará sobre a conformação de direitos e deveres decorrentes do poder familiar, que, modernamente, substituiu a figura do pátrio poder cujo exercício cabia ao pai com exclusividade. Ganhou destaque o preceito constitucional da paternidade responsável insculpido no artigo 226, § 7º da Carta, para revelar a diretriz de melhor atender ao interesse dos filhos e da família, não mais para servir apenas em proveito do pai, desdobrando-se em direitos e deveres conjuntos, não somente de ordem patrimonial, mas também afetiva.

Com base nessas premissas, ganha relevo o cumprimento dos deveres estabelecidos no ordenamento jurídico inerentes ao exercício da paternidade/maternidade, na medida em que sua inobservância pode redundar em prejuízos irreparáveis aos filhos, caracterizados por ato ilícito passível de responsabilidade civil mediante aplicação de medida indenizatório-compensatória.

Desse modo, tendo fixado os parâmetros conceituais do poder familiar, o estudo apresentará os princípios fundantes do Direito de Família que norteiam o papel da afetividade como elemento essencial para o desenvolvimento da prole. Nesse contexto, exercem relevante função principiológica os direitos de personalidade dos filhos frente às obrigações paternas de criação e educação, em cujas bases pode ser fixado o pressuposto para aplicação da indenização nas relações familiares.

Por se tratar de indenização de cunho pecuniário, será necessário discorrer, em linhas gerais, sobre os elementos adotados na fixação da Teoria da Responsabilidade Civil. Na seara do Direito de Família, em especial no campo do abandono afetivo, todavia, a indenização de cunho pecuniário divide juristas e doutrinadores. Apesar da inegável possibilidade jurídica, verificada diante da construção jurisprudencial elaborada pelas instâncias superiores, muito se questiona acerca de sua suficiência para compensar os danos causados à criança, tendo em vista que a solução meramente monetizada é incapaz de reatar ou gerar os laços afetivos necessários ao desenvolvimento da prole.

Desse modo, serão analisados quais aspectos peculiares da responsabilidade civil têm sido considerados para fins de procedência do pedido indenizatório, pois se sabe que há uma preocupação, particularmente notada diante das improcedências de primeira instância, a respeito do risco de proliferação da indústria do dano moral. Essa análise contribuirá, de modo particular, para a fixação de limites e contornos ao dever de indenizar.

Em seguida, pretende-se fazer um paralelo entre os diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, de modo que se possa contrapor os argumentos a favor e contra a indenização por abandono afetivo com vistas a melhor delimitar em que circunstâncias a reparação pecuniária é cabível, como se dá sua quantificação e, por fim, quais são seus desdobramentos e expectativas gerados sob a ótica do Direito de Família.

Por fim, informa-se que o método de estudo a ser aplicado será o dedutivo, na medida em que serão utilizados, como premissas maiores, os princípios fundantes do Direito de

Família, a partir dos quais será construído o raciocínio particular em que se insere o tema acerca do abandono afetivo. Nesse passo, será empregada a metodologia de pesquisa dogmática instrumental, tendo por base informações obtidas por meio de legislação, jurisprudência e doutrina.

Ao final, pretende-se estabelecer, diante do estudo dos pressupostos e elementos caracterizadores do abandono afetivo, também os seus limites, partindo da percepção, ainda preliminar, de que nem sempre a indenização por abandono afetivo poderá ser viabilizada, sob pena de fomentar uma possível indústria do dano afetivo. Por outro lado, intenta-se desmistificar a ideia simplista de que não cabe ao Judiciário arvorar-se sobre os aspectos sentimentais da natureza humana, porquanto, em verdade, as obrigações decorrentes do poder familiar não se restringem a deveres materiais, mas exigem, dentro da nova ordem familiar, participação efetiva na vida dos filhos.

1 PRINCÍPIOS JURÍDICOS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

Um dos maiores avanços do direito brasileiro, principalmente após a Constituição de 1988, é a consagração da força normativa dos princípios constitucionais explícitos e implícitos, superando o efeito simbólico que a doutrina tradicional a eles atribuía.¹

É inegável, hodiernamente, a prevalência dos princípios no ordenamento jurídico pátrio como instrumento norteador dos valores da sociedade. No ramo do Direito de Família, em especial, sua aplicação permite a adaptação do direito à evolução da ordem social, naturalmente comum nessa seara em que as transformações se operam de forma tão frequente. Com base nessa premissa, Paulo Lôbo argumenta que:

[...] os princípios não oferecem solução única (tudo ou nada), segundo o modelo das regras. Sua força radica nessa aparente fragilidade, pois, sem mudança ou revogação de normas jurídicas, permitem adaptação do direito à evolução da sociedade. Com efeito, o mesmo princípio, observando-se o catálogo das decisões nos casos concretos, em cada momento histórico, vai tendo seu conteúdo amoldado, em permanente processo de adaptação e transformação. A estabilidade jurídica não sai comprometida, uma vez que esse processo de adaptação contínua evita a obsolescência tão frequente das regras jurídicas, ante o advento de novos valores sociais.²

Reconhecendo que a realidade sempre antecede ao Direito, Eduardo da Cunha Pereira constatou que a aplicação dos princípios é absolutamente necessária para a resolução de casos mais complexos, na medida em que, dada sua capacidade de abstração, os princípios permitem a integração de novos conteúdos ao sistema jurídico.³

Nessa linha de ideias, Paulo Lôbo obtempera que quando um princípio entra em colisão com outro (e.g.: dignidade de uma pessoa *versus* integridade física de outra), a antinomia existente é apenas aparente, visto saber-se que os princípios são dotados de mesma força normativa, sem qualquer hierarquia entre eles. Nessa circunstância, é o caso concreto que indicará a solução mediante a utilização, pelo intérprete, do instrumento hermenêutico de

¹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.57.

² LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.59.

³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ponderação dos valores em causa, ou do peso que o caso concreto venha a provocar em cada princípio, fazendo com que um prevaleça sobre o outro.

Atentando-se para importância da força normativa e integradora dos princípios, elencam-se nas linhas abaixo aqueles que detêm especial relevância para compreensão do ramo do Direito de Família.

1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

De matriz constitucional, a dignidade da pessoa humana figura entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito. José Afonso da Silva destaca que, por essa razão, a dignidade da pessoa humana está positivada no nosso ordenamento jurídico em uma acepção de valor supremo, caracterizada por se constituir um atributo intrínseco da pessoa humana, que confere valor a todo ser racional, independentemente da forma como se comporte. Desse modo, nem mesmo um comportamento indigno priva a pessoa dos direitos fundamentais que lhe são inerentes, ressalvada a incidência das penalidades constitucionalmente autorizadas.⁴

Para uma compreensão da perspectiva ontológica desse princípio, Maria Celina Bodin de Moraes nomeou o fundamento material da dignidade em quatro outros princípios:

[...] do substrato material da dignidade decorrem quatro princípios jurídicos fundamentais, nomeadamente da igualdade (que, em suma, veda toda e qualquer discriminação arbitrária e fundada nas qualidades da pessoa), da liberdade (que assegura a autonomia ética e, portanto, a capacidade para a liberdade pessoal), da integridade física e moral (que, no nosso sentir inclui a garantia de um conjunto de prestações materiais que asseguram uma vida com dignidade) e da solidariedade (que diz com a garantia e promoção da coexistência humana, em suas diversas manifestações).⁵

Arremata a autora que não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

⁵ MORAES, M. C. Bodin de. O Conceito de Dignidade Humana: Substrato Axiológico e Conteúdo Normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 116 e ss. *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n. 09, São Paulo, p.361-388, jan./jun. 2007.

[...] onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados [...]

No que concerne ao Direito de Família, o princípio “[...] fundamenta as normas que cristalizam a emancipação de seus membros [...]”, segundo a diretriz adotada pela Constituição no capítulo destinado à família. [...] a família converteu-se em *locus* de realização existencial de cada um de seus membros e de espaço preferencial de afirmação de suas dignidades.⁶

É possível perceber que o significado da dignidade no contexto do Direito de Família está fortemente vocacionado a garantir os direitos da personalidade de todos os integrantes do núcleo familiar, inclusive da criança e do adolescente, valorizando-se os aspectos existenciais, de realização e pleno desenvolvimento, em detrimento das questões patrimoniais.

Entretanto, apesar da promoção humana como valor máximo do ordenamento, muitos pais ainda adotam uma postura indigna frente à suas obrigações filiais, desprezando completamente o envolvimento afetivo e a convivência participativa na vida **da** dos filhos, tão importantes para seu pleno desenvolvimento.

1.2 Princípio da Convivência Familiar

A Constituição Federal, no seu art. 227, enuncia que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar, consagrando o elo de convivência como ínsito às relações familiares.⁷

Segundo magistério de Paulo Lobo, “a convivência familiar é a relação afetiva e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de

⁶ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 62.

⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 21 ago. 2016.

parentesco ou não, no ambiente comum. [...] É pela convivência que as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas, especialmente as crianças.”⁸

Embora o convívio se estabeleça, em regra, em um mesmo espaço físico (a moradia), residir em um ambiente comum, tido como pertença de todos, não é pressuposto para a caracterização da convivência, mormente nos dias atuais em que as condições de vida e o mundo do trabalho impõem o distanciamento físico dos membros da família.⁹

Partindo dessa premissa, a Convenção dos Direitos da Criança assegurou à criança separada de qualquer dos genitores ou de ambos, o direito de “manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse da criança.”¹⁰

Isso por que, uma vez consideradas como pessoas em desenvolvimento, as crianças e adolescentes encontram na convivência familiar os valores éticos, morais e cívicos para complementarem a sua jornada em busca da vida adulta.¹¹

Além disso, os laços familiares têm o condão de manter crianças e adolescentes amparados emocionalmente, para que possam livre e felizmente trilhar o caminho da estruturação de sua personalidade.¹²

O liame estabelecido pela convivência reverbera sobre a configuração da entidade familiar, podendo levar ao reconhecimento de direitos e à imposição de deveres entre os conviventes. Nas palavras de Maria Berenice Dias:

Ocorreu um alargamento conceitual de família, que passou a ser vivenciada como um espaço de afetividade, destinado a realizar os anseios de felicidade de cada um. Os elos de convivência, que levam ao enlaçamento de vidas e ao

⁸ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 74.

⁹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 74.

¹⁰ BRASIL. *Decreto nº 99.710, de 21 de Novembro de 1990*. Art. 9.3 Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança. Diário Oficial da União. Brasília, 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 21 ago. 2016.

¹¹ ROSSATO, Luciano Alves et al. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado artigo por artigo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

¹² ROSSATO, Luciano Alves et al. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

embaralhamento de patrimônios, fazem surgir comprometimentos mútuos e responsabilidades recíprocas.”¹³

Não se pode descurar, ainda, que é por meio da convivência que as experiências afetivas se desenvolvem. Sobretudo durante a infância esses elos de afeto são preponderantes para o desenvolvimento da personalidade e para o amadurecimento emocional dos infantes. Segundo as teorias e estudos da Psicologia e da Psicanálise, as memórias estocadas na infância, ainda que inconscientemente, marcam definitivamente a formação do caráter e da personalidade, e influenciarão a forma de ser da pessoa por toda a vida.¹⁴

Nesse sentido, tem-se que o exercício da função paterna e materna estabelecido mediante a convivência, especialmente nessa fase da vida, é fundamental para o equilíbrio emocional da pessoa em desenvolvimento e, por conseguinte, para o pleno alcance de seus potenciais e formação de sua personalidade.¹⁵

1.3 Princípio da Solidariedade

A Constituição Federal, no seu art. 3º, prescreve que um dos objetivos primordiais da República Federativa do Brasil é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Consagra, com a clareza dessa previsão, o princípio da solidariedade como um de seus fundamentos.¹⁶

¹³ DIAS, Maria Berenice. Era uma vez... In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, Ética, Família e novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.18.

¹⁴ GROENINGA, Giselle Câmara. Fundamentos dos direitos da personalidade das crianças e sua relação com os pais. In: DIAS, Maria Berenice et. al.(Coord.). *Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira*. São Paulo: Magister, 2008.

¹⁵ GROENINGA, Giselle Câmara. Fundamentos dos direitos da personalidade das crianças e sua relação com os pais. In: DIAS, Maria Berenice et. al.(Coord.). *Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira*. São Paulo: Magister, 2008.

¹⁶ TARTUCE, Flávio. O Princípio da Solidariedade e Algumas de suas Aplicações ao Direito de Família -Abandono Afetivo e Alimentos. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte. Ano 14, n. 30, p. 05-34, out./ nov. 2012.

A solidariedade, no seu sentido comum, remete a ideia de “cooperação ou assistência moral”. Afirma-se que, pela solidariedade, há um “sentimento de identificação com os problemas de outrem, o que leva as pessoas a se ajudarem mutuamente.”¹⁷

Sob aspecto da semântica jurídica, a solidariedade do Direito das Obrigações não se confunde com a solidariedade constitucional retro explicitada, embora se possa extrair delas a tendência comum de assunção de responsabilidades pela conduta alheia em prol de interesses maiores que a sociedade desejou tutelar, corolários do macroprincípio da dignidade da pessoa humana.¹⁸

É no campo do Direito de Família que a solidariedade atinge maior expressão. Doutrinariamente, o princípio da solidariedade é elencado como uma das bases do direito de família brasileiro, destacado pela denominação *solidariedade familiar*.

Nas palavras de Maria Berenice Dias,

[...] solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de acentuado conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade. A pessoa só existe enquanto coexiste.¹⁹

Nos termos da doutrina de Paulo Lôbo:

A solidariedade do núcleo familiar compreende a solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros, principalmente quanto à assistência moral e material. O lar é por excelência um lugar de colaboração, de cooperação, de assistência, de cuidado; em uma palavra, de solidariedade civil. O casamento, por exemplo, transformou-se de instituição autoritária e rígida em pacto solidário. A solidariedade em relação aos filhos responde à exigência da pessoa de ser cuidada até atingir a idade adulta, isto é, de ser mantida, instruída e educada para sua plena formação social.”²⁰

¹⁷ TARTUCE, Flávio. O Princípio da Solidariedade e Algumas de suas Aplicações ao Direito de Família - Abandono Afetivo e Alimentos. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte. Ano 14, n. 30, p. 05-34, out. / nov. 2012.

¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 25. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2012. p. 79.

¹⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 63.

²⁰ LÔBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. In: VI CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA DO IBDFAM. 6. ed. 2012 *Anais...* Disponível para associados em: <<http://ww.v.ibdfam.org.br!?collb.feSsos&evellto=6&allais>>. Acesso em: 11 jun. 2012 apud TARTUCE, Flávio. O Princípio da Solidariedade e Algumas de suas Aplicações ao Direito de Família -Abandono Afetivo e Alimentos. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte. Ano 14, n. 30, p. 05-34, out./ nov. 2012. p. 9.

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, “a solidariedade, portanto, culmina por determinar o amparo, a assistência material e moral recíproca, entre todos os familiares, em respeito ao princípio maior da dignidade da pessoa humana.”²¹

Assim, considerando que o núcleo familiar deve atender as necessidades dos seus integrantes, com maior grau os deveres de solidariedade se exigem em relação aos interesses da criança, uma vez que, como pessoa em formação, possui significativamente maior dependência para se desenvolver em todos os aspectos, sejam físicos, materiais ou psicossociais.

1.4 Princípio da Afetividade

Pontua Maria Berenice Dias que embora o texto constitucional não faça referência direta ao afeto, esse sentimento, “[...] que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico.”²²

Na lição de Paulo Lobo Luiz Netto, a base constitucional do princípio da afetividade é identificada por meio dos seguintes artigos:

[...] (a) da igualdade de todos os filhos independentemente da origem (CF 227 §6º); (b) da adoção, como escolha afetiva com igualdade de direitos (CF §§ 5º e 6º); (c) da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade da família (CF 226 § 4º); e (d) do direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente (CF 227).²³

Como se percebe dos enunciados apontados pelo constituinte de 1988, há um amalgama entre eles tendente a reconhecer o afeto como elemento formador da família contemporânea, por se saber que a formalidade deixou de ser essencial para constituição da entidade familiar. É perceptível, portanto, que a coerência valorativa do texto constitucional indica que o afeto se insere no âmbito de proteção da Carta Maior, apresentando-se, por assim

²¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 95.

²² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 67.

²³ LÔBO, Paulo Luiz N. *Código Civil Comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial*: arts. 1.591 a 1.693. São Paulo: Atlas, 2003. p. 142.

dizer, consentâneo com a expressão da família culturalmente construída, lastreada em alicerces mais humanizados do que patrimoniais.

Nessa linha de mudança paradigmática da sociedade, a família adquiriu novas funções ainda não percebidas no ordenamento pré-constitucional. Rodrigo da Cunha Pereira assenta que:

A família hoje não tem mais seus alicerces na dependência econômica, mas muito mais na cumplicidade e na solidariedade mútua e no afeto existente entre seus membros. O ambiente familiar tornou-se um centro de realização pessoal, tendo a família essa função em detrimento dos antigos papéis econômico, político, religioso e procriacional anteriormente desempenhados pela ‘instituição’.²⁴

Como se vê, “[...] é o envolvimento afetivo que garante um espaço de individualidade e assegura uma auréola de privacidade indispensável ao pleno desenvolvimento do ser humano.” Dessa forma, orientada a garantir as liberdades individuais, onde se insere a realização do indivíduo nos seus aspectos subjetivos, a Constituição da República tutela o Princípio da Afetividade como expressão do Primado da Dignidade da Pessoa Humana.²⁵

Outra notável demonstração do espaço que a afetividade vem conquistando no ordenamento jurídico é percebida na Lei Nacional de Adoção, que incluiu, por acréscimo do parágrafo único no art. 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a família extensa ou ampliada entre as formas legais de arranjo familiar.

De acordo com o citado dispositivo, essa nova forma de configuração familiar caracteriza-se por um núcleo que se estende para além da unidade pais e filhos, ou unidade do casal, entendendo-se por família outros parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

“A família e o casamento adquiriram um novo perfil, voltados muito mais a realizar os interesses afetivos existenciais de seus integrantes.” Percebe-se, assim, que a família

²⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da afetividade. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 24.

²⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 52.

se modernizou ao longo dos últimos anos, abstraindo-se de seu caráter formal para reconhecer na afetividade o componente constitutivo dos vínculos interpessoais.²⁶

Na esteira dessa evolução, “uma nova ordem jurídica se instalou no direito de família, atribuindo valor jurídico ao afeto”, de acordo com Maria Berenice Dias.²⁷

Sabe-se hodiernamente que os elos de afetividade transcendem a origem biológica na instituição das atuais entidades familiares, já que são as motivações afetivas que determinam a permanência dos vínculos. Desde o instituto da adoção até a recente primazia da parentalidade socioafetiva, que passou a gerar direitos e obrigações, nota-se o movimento de inclusão do afeto nas relações jurídicas familiares e seu reconhecimento como elemento primordial à saúde e ao desenvolvimento psíquico, especialmente das crianças.

1.5 Princípio da Paternidade Responsável

A Constituição da República Federativa do Brasil, no seu art. 229, estabelece deveres para os pais com relação aos filhos, de assistência, criação e educação, que fundamentam o princípio da Paternidade Responsável: “Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”²⁸

A paternidade e a maternidade são, antes de vínculos biológicos, funções vocacionadas à segurança, proteção, acolhimento, imposição de limites e ao exercício da afetividade e responsabilidade no tocante à prole. Tal função, de acordo com Rodrigo da Cunha Pereira, é bem indisponível para o Direito de Família, cuja ausência deliberada deve ter repercussões jurídicas impostas pela ordem legal/constitucional – para além das repercussões psíquicas – inclusive com aplicação de sanções ao pai/mãe ausente.²⁹

²⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 68.

²⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 68.

²⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2016.

²⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister. Ano 14, n. 29, p. 05-19, ago./set. 2012.

Dessa forma, em razão da norma expressa na própria Constituição Federal fica claro que a relação paterno/materno-filial exige compromisso e responsabilidade, de modo que o descumprimento do preceito constitucional gera, em consequência, uma obrigação jurídica.

Ainda na órbita constitucional, também desponta com relevante função jurídica a previsão constitucional dos arts. 226, § 7º, e 227 que enuncia os contornos do princípio da paternidade responsável:

Art. 226 [...]

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

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

“O princípio da parentalidade responsável impõe o efetivo cumprimento do poder parental em toda a sua dimensão e independentemente do estado jurídico dos pais (casados, companheiros hétero ou homossexuais, separados, etc.)”. De se ressaltar, portanto, que a responsabilidade dos pais independe de casamento, pois é ínsita dos deveres próprios da paternidade/maternidade.³¹

Christiano Cassettari explica que esses “deveres não apresentam somente critérios materiais, mas, também, afetivos, já que não basta prover o sustento, mas se faz indispensável

³⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2016.

³¹ MELLO, Fernando de Paula Batista. A Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo: a Experiência Brasileira Aplicada no Ordenamento Jurídico Português. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, São Paulo, n. 5, p. 1-18, mar./abr. 2015. Disponível em: <<https://www.magisteronline.com.br/mgstrf/lpext.dll?f=templates&fn=index.htm>>. Acesso em: 11 set 2016.

dar carinho e afeto, como pegar no colo, beijar, abraçar, permitindo o chamado “contato de pele”, que serve para dar proteção e segurança.”³²

Em linhas gerais, o Princípio da Paternidade Responsável, de matriz constitucional, determina que aos pais, prioritariamente, incumbe a criação e educação dos filhos – em sua extensão patrimonial e extrapatrimonial - tenha sido a prole planejada ou não.

1.6 Doutrina da Proteção Integral

A Doutrina da Proteção Integral constitui uma forma de pensar o próprio Direito da Criança e do Adolescente. Insere-se, se bem compreendida, em um momento histórico definido no ordenamento jurídico brasileiro, que rompe antigos paradigmas e inaugura um amplo leque de direitos de que seus agora destinatários não eram exatamente titulares.

A evolução normativa do tratamento dado à criança e ao adolescente no direito brasileiro percorreu várias fases: (i) a fase da absoluta indiferença; (ii) a da mera imputação penal, na qual o único propósito das leis acerca do tema era coibir a prática de delitos (Ordenações Afonsinas e Filipinas, Código Criminal de 1830, Código Penal de 1890); (iii) fase tutelar, em que o adulto detinha poderes para promover a integração sóciofamiliar da criança e do adolescente, mas como tutela reflexa de seus próprios interesses, período em que vigorou a chamada doutrina do “menor em situação irregular” (Código Mello Mattos, de 1927, e Código de Menores, de 1979); e, finalmente, a fase da proteção integral (Constituição Federal de 1988 e Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990), na qual os sistemas legal e constitucional reconhecem a criança e o adolescente como sujeitos de direitos e de garantias de especial importância³³.

A Doutrina da Proteção Integral é expressamente adotada no Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata

³² CASSETTARI, Christiano. Responsabilidade Civil dos Pais por Abandono Afetivo de Seus Filhos – Dos Deveres Constitucionais. *Revista IOB de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 87-99, jul. 1999.

³³ ROSSATO, Luciano Alves et al.. *Estatuto da criança e do adolescente comentado artigo por artigo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 72-73.

esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.³⁴

A Doutrina do “Menor em Situação Irregular” – que interessa porque antecedeu imediatamente a Doutrina da Proteção Integral – era o guia axiológico da legislação pretérita, sobretudo do Código de Menores, que não passava de um Código Penal do menor, cujas medidas eram simplesmente sancionatórias, não relacionava nenhum direito, a não ser o referente à assistência religiosa, e também não trazia nenhuma medida de apoio à família.³⁵

Daí por que até a escolha de um “estatuto” em vez de um “código” mostrou-se alvissareira, como a afirmar que, diferentemente do que propunham os diplomas superados, o Estatuto da Criança e do Adolescente gestara um catálogo de direitos especialmente direcionados a eles, antes de lhes prescrever proibições ou listar faculdades franqueadas aos adultos.³⁶

Assim, na contramão da Doutrina do “Menor em Situação Irregular”, a proteção integral implica reconhecer a criança e o adolescente como sujeitos de todos os direitos próprios da pessoa humana adulta e mais outros inerentes à sua condição de pessoa em peculiar estado de desenvolvimento. A proteção integral revela, pois, que a criança e o adolescente são titulares de interesses subordinantes frente à família, à sociedade e ao Estado.³⁷

1.7 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

O melhor interesse da criança é princípio bastante enunciado notadamente na ordem jurídica internacional e muitas vezes com a roupagem de “maior” e “superior” interesse, como ocorre na Convenção Sobre Direito da Criança de 1989 (tido como o principal diploma

³⁴ BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 27 ago. 2016.

³⁵ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

³⁶ No direito brasileiro, “estatuto”, no mais das vezes, anuncia diploma normativo essencialmente portador de um catálogo de direitos, como, por exemplo, os Estatutos do Idoso, da Juventude, do Torcedor, da Mulher Casada (Lei n. 4.121/1962, que revogou o estado de incapacidade relativa da mulher casada), da Terra, da Pessoa com Deficiência, da OAB, da Igualdade Racial, do Índio, da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte.

internacional de que é signatário o Brasil, internalizado ao direito pátrio pelo Decreto n. 99.710/1990).

A enunciação mais ampla do citado princípio na Convenção Sobre Direito da Criança encontra-se no seu art. 3, n. 1, cuja redação é a seguinte: “1. 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

Além da Convenção sobre Direitos da Criança, o Estatuto da Criança e do Adolescente confere ao princípio do melhor interesse uma peculiar atribuição para todo o sistema.

O art. 100 do Estatuto revela a forma como as normas do direito da criança e do adolescente devem ser aplicadas e como os direitos da criança e do adolescente devem ser garantidos, notadamente quando em eventual colisão com outros direitos:

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

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

[...]

IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto.³⁹

Percebe-se que nem no âmbito internacional nem no interno o princípio do melhor interesse confere, concretamente, à criança e ao adolescente direitos materiais imediatamente desfrutáveis.

Confira-se a doutrina de Luciano Rossato:

³⁷ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

³⁸ BRASIL. *Decreto n 99.710, de 21 de Novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 27 ago. 2016.

³⁹ BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 27 ago. 2016.

Nesse sentido, sempre que for necessário, o postulado normativo do *interesse superior da criança* será acionado, servindo como um norte para a aplicação de todos os princípios e regras referentes ao direito da criança e do adolescente. Ele apresenta-se como um exame de razoabilidade quanto à aplicação de uma ou outra norma jurídica, ou quanto à não aplicação de normas positivas, sempre com o objetivo de garantia do *melhor interesse* da pessoa em desenvolvimento⁴⁰.

Trata-se, em verdade, de um norte hermenêutico cujo acionamento se dá exatamente para melhor garantir o usufruto de outros direitos materiais conferidos à criança e ao adolescente. É o que a doutrina costuma nomear de “postulado normativo”, ou uma “regra-piloto”, cuja violação se dá sempre que a interpretação legal ocorrer em desacordo com sua estruturação; são modos de raciocínios e de argumentação referentes a outras normas que prescrevem, imediatamente, direitos ou formas de comportamento.

1.8 Princípio da Prioridade Absoluta

O princípio da prioridade absoluta tem acento constitucional naquele que é o principal núcleo normativo dos direitos da criança e do adolescente, o art. 227 da Carta de 1988:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com **absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.⁴¹ (grifo nosso)

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, também é consagrador do princípio da prioridade absoluta, com uma particularidade que merece destaque:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à

⁴⁰ ROSSATO, Luciano Alves et al. *Estatuto da criança e do adolescente comentado artigo por artigo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 81.

⁴¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 27 ago. 2016.

profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.⁴²

É perceptível que o Estatuto da Criança ao apregoar, por exemplo, a primazia conferida ao menor de receber proteção e socorro “em quaisquer circunstâncias” cometeu certo exagero, o qual, se interpretado literalmente, poderá conduzir a absurdos. Não parece crível – como bem alude a doutrina – que um adolescente com um braço quebrado possa ter prioridade de atendimento em um hospital superlotado, em preterição a um idoso com insuficiência respiratória e risco de morte.⁴³

Com efeito, considerando a razoabilidade e a proporcionalidade, há de se lembrar que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe com a possibilidade de ponderação entre os direitos dos menores e outros eventualmente em conflito.

O art. 100, inciso IV, no mesmo passo em que reafirma a necessidade de concretização prioritária dos direitos da criança e do adolescente, não negligencia a “consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto”.

Como ensina Wilson Donizeti Liberati:

Por *absoluta prioridade* entende-se que, na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, dignas moradias e trabalho, não se deveriam asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos, etc. porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são mais importantes que as obras de concreto que ficam para demonstrar o poder do governante.⁴⁴

⁴² BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 27 ago. 2016.

⁴³ ROSSATO, Luciano Alves et al. *Estatuto da criança e do adolescente comentado artigo por artigo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 99.

⁴⁴ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da criança e do adolescente*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 99.

A aplicação do princípio da prioridade absoluta, nesses termos, requer certa dose de ponderação, de modo que não se suprima um direito especialmente protegido em situações de normalidade, obrigando a alocação prioritária de recursos e de políticas públicas em setores de proteção da criança e do adolescente, em detrimento de outros setores considerados menos importantes.

Nessa linha, Martha de Toledo Machado ensina que o emprego do adjetivo “absoluta” para qualificar a “prioridade” a que alude o art. 227 da Constituição, conferida a crianças e adolescentes, não raro seja relativizado na conformação de certos direitos igualmente assegurados no patamar constitucional, detém, a bem da verdade, uma densidade valorativa que distingue seu conteúdo dos demais.⁴⁵

Conclui a autora que:

(...) a expressão “prioridade absoluta”, num plano maior de análise, tem no texto constitucional a acepção de “prioridade primeira”, de “prioridade número um” da Nação, como meio de equilibrar a desigualdade fática decorrente da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento e como meio de obtenção da redução das desigualdades sociais a que alude o artigo 3º da CF; o sentido de, como regra geral, colocar os interesses de crianças e adolescentes num plano superior aos interesses dos adultos, à luz desses valores maiores, não o sentido de anular os direitos fundamentais dos adultos ou reduzir a sua dignidade humana a patamar menos relevante.⁴⁶

No plano da relativização dos direitos fundamentais, questão controvertida exsurge da conjugação do Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741 de 2003, com o princípio da prioridade absoluta, uma vez que o art. 3º do Estatuto assegura ao idoso muitas das garantias e direitos previstos no art. 4º do ECA também em ordem de absoluta prioridade:

Art. 3º - É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

⁴⁵ MACHADO, Marta de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. Barueri, SP: Manole, 2003.

⁴⁶ MACHADO, Marta de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. Barueri: Manole, 2003. p. 392.

I atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviço à população (...).⁴⁷

Não se descarta, todavia, que os direitos fundamentais de crianças e adolescentes estão fundados na peculiar condição de pessoa em desenvolvimento. Em respeito a essa condição, a prioridade absoluta conferida aos direitos das crianças e adolescentes ganhou acento constitucional.⁴⁸

A prioridade dos idosos, por seu turno, foi contemplada apenas no âmbito da legislação infraconstitucional, o que torna esta proteção normativa menos abrangente por não dispor de nível constitucional. Ao tratar do idoso, a Constituição não dispôs do mesmo tratamento reservado a crianças e adolescentes: “Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.”⁴⁹

De se destacar que a prevalência da prioridade absoluta da criança e do adolescente em relação à dos idosos há de levar em conta os aspectos já suscitados com relação ao necessário juízo de ponderação de valores a se observar no exame do caso concreto. Vale dizer, a proteção do idoso pode vir a ser efetivada em ordem de prioridade constitucionalmente assegurada, à luz do princípio constitucional da dignidade humana, orientador da tutela dos direitos fundamentais, notadamente nas circunstâncias em que se necessita equilibrar eventual desigualdade presente no contexto fático.⁵⁰

⁴⁷ BRASIL. *Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003*. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 23 out. 2016.

⁴⁸ MACHADO, Marta de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. Barueri: Manole, 2003.

⁴⁹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 27 out. 2016.

⁵⁰ ROSSATO, Luciano Alves et al. *Estatuto da criança e do adolescente comentado artigo por artigo*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 99.

2 DO PODER FAMILIAR

Não há no ordenamento jurídico um conceito do que vem a ser o poder familiar. O Código Civil de 2002, na linha do Código Civil de 1916, definiu apenas aspectos específicos a respeito desse instituto, regulando quem são os titulares, a quem compete, como se extingue, dentre outras características. Nos mesmos moldes seguiu o Estatuto da Criança e do Adolescente.⁵¹

Não obstante, sabe-se que a paternidade e a maternidade são, antes de vínculos biológicos, funções vocacionadas à segurança, proteção, acolhimento, imposição de limites e ao exercício da afetividade e responsabilidade no tocante à prole. Tal função, de acordo com Rodrigo da Cunha Pereira, é bem indisponível para o Direito de Família, cuja ausência deliberada deve ter repercussões jurídicas impostas pela ordem legal/constitucional – para além das repercussões psíquicas –, inclusive com aplicação de sanções ao pai/mãe ausente.⁵²

O comando do art. 1.634 do Código Civil, que entabula os atributos do exercício do poder familiar, revela verdadeiros deveres legais atinentes à condução da criação e ao dever de companhia e guarda dos pais em relação aos filhos:

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

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

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

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

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

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

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

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

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.⁵³

⁵¹ COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 64.

⁵² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister. Ano 14, n. 29, p. 05-19, ago./set. 2012.

⁵³ BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 out. 2016.

A redação do art. 229 da Constituição Federal de 1988 igualmente faz a menção a deveres dos pais em relação aos filhos, entre os quais o dever de criação e o de educação: “Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”⁵⁴

Os dispositivos assinalados consagram deveres jurídicos próprios da relação paterno-filial que, uma vez violados, podem gerar o direito subjetivo a uma indenização pecuniária.

O poder familiar não está adstrito aos limites do artigo 1.634 do Código Civil que trata, dentre outros deveres, de criação, educação, assistência e representação. O próprio dever de criação constitui, por si, uma obrigação mais ampla que o dever de assistência material, tão essencial quanto o dever de transmitir aos filhos sentimentos protetores como afeto e amor, tendentes a promover sua formação plena e saudável.

Nesse particular, o poder familiar é a denominação que adotou o Código Civil de 2002 para o pátrio poder, tratado no Código de 1916. Ao longo do século XX, mudou substancialmente o instituto, acompanhando a evolução das relações familiares, distanciando-se de sua função originária – voltada ao exercício de poder dos pais sobre os filhos – para constituir um *mínus*, em que ressaltam os deveres.

A despeito desse avanço, a denominação ainda não é a mais adequada, porque mantém a ênfase no poder e negligencia a transformação na própria essência do instituto. Na verdade, a alteração nominal apenas deslocou o poder do pai (pátrio) para o poder compartilhado dos pais (familiar). Mas a mudança foi muito mais intensa, na medida em que o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, ou melhor, ao interesse de sua realização como pessoa em formação.

Como bem noticia Paulo Lôbo, as legislações estrangeiras mais recentes optaram por “autoridade parental”. A França a utilizou desde a legislação de 1970, que introduziu

⁵⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 22 out. 2016.

profundas mudanças no Direito de Família, com as alterações substanciais promovidas pela Lei de 4 de março de 2002. Nessa esteira, o autor adverte que:

O Direito de Família americano tende a preferi-lo, como anota Harry D. Krause. Com efeito, parece-nos que o conceito de autoridade, nas relações privadas, traduz melhor o exercício de função ou de múnus, em espaço delimitado, fundado na legitimidade e no interesse do outro. “Parental” destaca melhor a relação de parentesco por excelência que há entre pais e filhos, o grupo familiar, de onde deve ser haurida a legitimidade que fundamenta a autoridade.⁵⁵

2.1 Do pátrio poder ao poder familiar

É de conhecimento corrente que a família ostentou distintas funções na sociedade ao longo da história recente do País. São evidentes os contornos sociais, morais e jurídicos que diferenciam a família pré-republicana da família pós 1988.

As mudanças ocorridas no direito de família reverberaram notadamente no deslocamento do poder, tipicamente concentrado na figura paterna, para atribuir novas funções aos demais integrantes, especialmente à mãe e aos filhos, que passaram a assumir valor em sua individualidade como membros autônomos da família, sujeitos à realização pessoal.

Como consequência dessa evolução histórica, o Código Civil de 2002 adotou a denominação “poder familiar” para dar lugar ao antigo “pater poder”, exercido com exclusividade pelo pai.⁵⁶

Nas palavras de Paulo Lôbo, “ao longo do século XX, mudou substancialmente o instituto, acompanhando a evolução das relações familiares, distanciando-se de sua função originária - voltada ao exercício de poder dos pais sobre os filhos - para constituir um múnus, em que ressaltam os deveres.”⁵⁷

No período compreendido entre o descobrimento do País e a República – época em que a Igreja Católica exerceu força direta sobre as decisões políticas adotadas no Brasil

⁵⁵ LÔBO, Paulo. Do poder familiar. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 11, n. 1057, mai. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8371>>. Acesso em: 12 fev. 2017. p. 01.

⁵⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2005.

(Colônia e Império) – tinha-se por modelo único de família aquele resultante da união religiosa entre o homem e a mulher. Vale dizer, o único casamento válido e, por isso mesmo, detentor de aptidão legitimadora da família era o casamento religioso e católico, indissolúvel por definição, e alicerçado nas determinações do Concílio de Trento.⁵⁸

O modelo jurídico de família e de casamento do início do século XX, em verdade, relacionava-se diretamente com a concepção moral e social dos papéis exercidos pelo homem, pela mulher e pelos filhos na vida doméstica e em sociedade.

Não por acaso que o Código Civil de 1916 também foi erigido sob essas mesmas bases patriarcais e moralistas. A título de exemplo, o art. 337 do Código Beviláqua dispunha que eram “legítimos os filhos concebidos na constância do casamento”; o art. 358, por seu turno, determinava a vedação segundo a qual “os filhos incestuosos e os adúlteros não podem ser reconhecidos”.

Com efeito, fica patente a hostilidade praticada pelo legislador ordinário pré-constituente contra toda forma de arranjo familiar tida por subversiva àquele modelo no qual cabia apenas a família formalmente constituída pelo casamento civil, em cujo cerne se hospedava a figura dominante do marido, a quem se atribuía, mediante o pátrio poder, a condução e direção da família.⁵⁹

Para Gustavo Tepedino, nesse aspecto, o sacrifício individual “era largamente compensado, na ótica do sistema, pela preservação da célula *mater* da sociedade, instituição essencial à ordem pública e modelada sob o paradigma patriarcal”⁶⁰.

Percebe-se, assim, que o ordenamento passado abstraiu por completo as pessoas individualmente consideradas – salvo a figura do homem – em predileção de uma proteção adstrita à família formal, erguida a partir de um enlace cartorário ou religioso. O prestígio pelo puro vínculo jurídico do casamento fez com que fossem desprezados valores futuramente tidos

⁵⁷ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 295.

⁵⁸ WALD, Arnoldo. *Direito civil brasileiro: o novo direito de família*. São Paulo: Saraiva. 16 ed. 2006.

⁵⁹ PEREIRA, Tânia da Silva. Direito da criança e do adolescente: a convivência familiar e comunitária como um direito fundamental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). *Direito de Família Contemporâneo*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1997. p. 654-670.

⁶⁰ TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 49-50. Disponível em:

como os mais caros à pessoa, como a dignidade, a igualdade, o direito de filiação, a paternidade responsável entre outros⁶¹.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu o tratamento isonômico entre homem e mulher, o desempenho do poder familiar passou a ser compartilhado entre ambos os genitores.⁶²

Diferentemente dos diplomas constitucionais passados, “a Carta Constitucional de 1988 introduziu profundas modificações na relação familiar”, dispondo de forma claramente mais humanizada no que concerne à família e à proteção de seus membros.⁶³

A família pós 1988 deixa de ter a conformação moralista e patriarcal, ancorada no vínculo formal resultante do casamento cartorário ou religioso, e passa a constituir um núcleo doméstico que instrumentaliza valores direcionados, sobretudo, ao conforto moral e emocional de seus integrantes.

Na linha do magistério de Caio Mário da Silva Pereira, “substitui-se a organização autocrática por uma orientação democrático-afetiva. O centro de sua constituição deslocou-se do princípio da autoridade para o da compreensão e do amor”⁶⁴.

São diversas as passagens constitucionais que sinalizam essa nova formatação de família, pautada essencialmente na individualidade de seus membros e em vínculos não estritamente jurídicos, como a solidariedade e afetividade.

Primeiramente, cita-se o que pode ser chamado de “desmatrimonialização da família”. Diferentemente do que dispunham as constituições passadas, a especial proteção conferida à família pela Constituição Federal de 1988 vai além da família ancorada no casamento civil ou religioso entre homem e mulher. Encontram-se listadas como núcleos

<<file:///C:/Users/123/Downloads/GUSTAVO%20TEPEDINO%20Rela%C3%A7%C3%B5es%20Familiars.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2017.

⁶¹ TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 49-50. Disponível em:

<<file:///C:/Users/123/Downloads/GUSTAVO%20TEPEDINO%20Rela%C3%A7%C3%B5es%20Familiars.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2017.

⁶² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 376.

⁶³ PEREIRA, Tânia da Silva. Direito da criança e do adolescente: a convivência familiar e comunitária como um direito fundamental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). *Direito de Família Contemporâneo*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1997. p.668.

⁶⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 19.

familiares dignos de proteção pelo art. 226 da Constituição Federal as famílias oriundas do casamento, da união estável e aquela formada entre pais e seus descendentes – a chamada família monoparental.⁶⁵

A igualdade entre filhos oriundos ou não do casamento, por vínculos biológicos ou por adoção, representou uma clara ruptura do sistema passado que, como já exposto, proibia o reconhecimento de filhos resultantes de relacionamento extraconjugal – indo além: tachava-os pejorativamente de “adulterinos” e “incestuosos”.

Importante destacar no § 6º, inciso VII do art. 227 da Constituição Federal “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Com efeito, além de reconhecer bases igualitárias entre homem e mulher dentro da família, e consagrar a pluralidade de entidades familiares, a Constituição da República, a teor do que informa o *caput* do art. 226, reconheceu a família como base da sociedade, merecendo, portanto, especial proteção.

É por meio desse instituto, que desempenha função estruturante do ser humano, que o indivíduo tem a oportunidade de desenvolver seu potencial de realização, sendo ainda o local determinante para construção dos mais caros sentimentos.⁶⁶

As modificações de ordem constitucional ora tratadas refletem alterações paradigmáticas também no tocante ao exercício do poder familiar. A trajetória conceitual que se entende pela mudança da expressão “pátrio poder” para “poder familiar” não reside apenas na

⁶⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 22 out. 2016. “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010) § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”

⁶⁶GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e Psicanálise: um novo horizonte epistemológico. In: CUNHA, Rodrigo Pereira da (coord.). *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte:

nomenclatura. Devido a tais modificações o poder familiar já não pode ser desempenhado meramente em função da autoridade compartilhada, hoje, entre ambos os pais, já que ele está condicionado a atender interesses da prole na sua qualidade de pessoa em desenvolvimento, a quem o ordenamento, em virtude de sua vulnerabilidade, deve a máxima atenção.⁶⁷

Atentando-se para a mudança conceitual dos papéis desempenhados pelos integrantes da família, Paulo Lôbo observa que “as vicissitudes por que passou a família, no mundo ocidental, repercutiram no conteúdo do poder familiar.”⁶⁸

Nota-se, portanto, nessa esteira da evolução social, que gradativamente os poderes despóticos atribuídos ao pátrio poder foram substituídos por outro tipo de autoridade doméstica, mais consentânea com o reconhecimento dos direitos subjetivos dos filhos, como pessoas dotadas de dignidade, no melhor interesse deles e da convivência familiar.⁶⁹

Assim, em virtude dos deveres inerentes ao exercício da paternidade, “o poder familiar, sendo menos poder e mais dever, converteu-se em um múnus, concebido como encargo legalmente atribuído a alguém”, conforme lição de Paulo Lôbo, para quem “os pais são os defensores legais e os protetores naturais dos filhos”.⁷⁰

Com efeito, a regulamentação das relações entre pais e filhos se inspira na prevalência do interesse da realização existencial e afetiva dos filhos em relação aos pais, como forma de compensar o seu estado de menoridade, em função do qual o ordenamento jurídico assegurou direitos e faculdades que correspondem a deveres próprios da condição de pai e mãe, a quem compete o exercício do poder familiar.

2.2 O poder-dever e sua importância no desenvolvimento da prole

Em função das inovações consagradas no texto constitucional no tocante ao Direito de Família, o poder familiar assume a função de um poder-dever, já que consiste, segundo os ditames do art. 229 da Constituição Federal, em deveres a que se obrigam os pais em

Del Rey, 2004. p. 257 e 258.

⁶⁷ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 295.

⁶⁸ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 296.

⁶⁹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 297.

⁷⁰ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 297.

face dos filhos menores, tendo por finalidade o interesse da criança com o intuito de assegurar-lhe proteção e assistência que permitam seu pleno desenvolvimento.⁷¹

Na lição de Carlos Martinez de Aguirre, o poder familiar representa “o vértice e o centro do sistema civil de proteção do menor, tanto do ponto de vista sociológico, quanto jurídico, sendo a figura de conteúdo mais amplo e relação mais completa, que se constitui no paradigma e ponto de referência de outras figuras de proteção do menor.”⁷²

Como se vê, não por acaso a perspectiva axiológica fixada nos art. 227 e 229 da Constituição de 1988 erigiu a criança e o adolescente ao vértice de proteção prioritária, obrigando solidariamente a família, a sociedade e o Estado a garantir sua proteção, não mais em função do utilitarismo a que serviu o modelo patriarcal anterior, mas sobretudo em razão da consolidação da criança e do adolescente como sujeitos de direitos privilegiados na opção do legislador constituinte, máxime em vista de sua fragilidade e condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.⁷³

Na senda dessa mudança de paradigma, evidencia-se o enaltecimento da função formadora dos pais, já que é no âmbito das relações familiares que se encontra ambiente propício para a formação da pessoa em sua integralidade (física, social, afetiva, moral), pois, a rigor, “a família é o espaço mais íntimo da pessoa”.⁷⁴

⁷¹ COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 66.

⁷² AGUIRRE, Carlos Martinez de. La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad, *Anuário de Derecho Civil*. Madrid: Ministério de Justiça, 1992 apud COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 66.

⁷³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 out. 2016. “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” [...] “Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

⁷⁴ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Poder Familiar nas famílias recompostas e o art. 1.636 do CC-2002. In: CUNHA, Rodrigo Pereira da (Coord.). *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 162 e 163.

Maria Berenice Dias assevera que “a autoridade parental está impregnada de deveres não apenas no campo material, mas, principalmente, no campo existencial, devendo os pais satisfazer outras necessidades dos filhos, notadamente de índole afetiva”.⁷⁵

Ao que se nota das inovações introduzidas pela Constituição nos artigos 227 e 229, a obrigação paterno-filial ultrapassou o campo material para alcançar a realização de necessidades de índole existencial. Nesse sentido, aos pais recai a incumbência de criar laços afetivos com a prole em favor do seu conforto emocional.

Ressaltando o papel do poder familiar no desenvolvimento dos filhos, Rodrigo da Cunha Pereira ensina que “a presença dos pais atualmente na vida dos filhos é imprescindível, à medida que por meio da criação é que se molda a estrutura da prole no âmbito familiar e social.”

Nessa linha, o autor assinala que:

Está se tornando cada vez mais comum, histórias de pais que abandonam os filhos em virtude de separação, divórcio ou por qualquer outro motivo, deixando de se comprometer com o seu papel familiar que é importantíssimo no desenvolvimento da criança e do adolescente, realçando que não há justificativas para deixar de dar amor e afeto, diferente do que ocorre com a ausência de prestação material.⁷⁶

Atentando-se para a importância da convivência com os genitores, o art. 1.632 estabelece que o estado civil dos pais em nada interfere na relação paterno-filial, permanecendo inalterados os deveres decorrentes do poder familiar, independentemente da relação estabelecida entre os pais.⁷⁷

Questão de relevo que se destaca é a necessidade de preservação dos direitos tanto dos pais separados, de manter os filhos em companhia, como, em especial, dos filhos menores, que devem permanecer assistidos, inclusive pelo genitor separado, com “educação, saúde, lazer,

⁷⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 378.

⁷⁶ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Poder Familiar nas famílias recompostas e o art. 1.636 do CC-2002. In: CUNHA, Rodrigo Pereira da (Coord.). *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 162 e 163.

⁷⁷ BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 out. 2016. “Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.”

dignidade, respeito e convivência familiar, que são direitos de conteúdo moral, integrantes da personalidade”, conferidos no art. 227 da Constituição.⁷⁸

Não se pode perder de vista que o art. 1.634 do Código Civil assegurou a ambos os pais, qualquer que seja a situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, alinhando-se ao reconhecimento da igualdade entre o homem e a mulher encampada no plano constitucional.⁷⁹

Sobre o assunto, explica Denise Damo Comel:

O modelo é a proposta mais moderna e atual de exercício do poder familiar. Consiste na atribuição da titularidade e do exercício aos dois pais, em igualdade de condições, sem qualquer autoridade ou prevalência de um sobre o outro, com equilíbrio na atribuição tanto dos direitos como dos deveres com relação aos filhos menores.⁸⁰

O voto de Francisco Loureiro, do Tribunal Justiça de São Paulo, enfatiza o caráter de dever do poder familiar, referindo-se expressamente ao poder-dever com enfoque nas funções de cunho pessoal que devem assumir os pais no interesse da formação da personalidade dos filhos e cujo descumprimento pode dar ensejo à configuração do abandono paterno como ilícito passível de indenização:

Não resta dúvida que o Código Civil, ao fixar os poderes/deveres inerentes ao poder familiar, vai muito além da simples obrigação alimentar de socorro. Integram a situação jurídica complexa deveres de assistência moral, de educação, de convívio, de respeito, enfim, de formação da pessoa humana. Tais deveres do poder familiar, a maioria deles de natureza extrapatrimonial, têm estreita relação com os direitos da personalidade, de modo que sua violação pode gerar sanções diversas. As sanções vão desde a suspensão ou a destituição do poder familiar, passando pelo crime de abandono, sem excluir, porém, o dever de indenizar eventuais danos morais causados por sofrimento intenso ao filho, ou por traumas emocionais com origem no abandono afetivo.⁸¹

Não resta dúvida de que é pela presença dos pais na vida dos filhos, quando bem exercidos os atributos do poder familiar, que se oportuniza a construção sadia do caráter da pessoa; é no ambiente familiar que se viabilizarão suas vivências afetivas mais profundas,

⁷⁸ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 312.

⁷⁹ COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 87.

⁸⁰ COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 85.

⁸¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação. PL 02047279220128260100 SP 0204727-92.2012.8.26.0100. Relator: Francisco Loureiro. 6ª Câmara de Direito Privado. São Paulo. J. 14/05/2015.

contribuindo para lançar bases seguras para a autonomia da vida adulta. Daí por que o ordenamento se insere nas relações privadas e tutela o poder familiar, atribuindo responsabilidades aos pais pela construção dos direitos inerentes aos filhos ainda em formação.

2.3 Configuração do abandono afetivo

A Constituição Brasileira de 1988 inaugura um novo paradigma no Direito de Família e nos deveres familiares no que concerne ao vínculo existente entre pais e filhos. Muito embora o princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente – que também tem base jurídica infraconstitucional – fosse, por si só, suficiente para dirimir conflitos familiares de toda ordem, a Carta de 1988 foi além, e de forma textual prescreveu que ⁸²

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. ⁸³

Dessa forma, em razão da norma expressa na própria Constituição Federal fica claro que a relação paterno/materno-filial exige compromisso e responsabilidade, de modo que o descumprimento do preceito constitucional gera, em consequência, uma obrigação jurídica.

Rodrigo da Cunha Pereira aponta que, na órbita infraconstitucional, o Código Civil prevê a responsabilização dos pais na educação e criação dos filhos, nos termos do que dispõem os seguintes artigos:⁸⁴

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
[...]
II - tê-los em sua companhia e guarda;⁸⁵

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

⁸² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister. Ano 14, n. 29, p. 05-19, ago./set. 2012.

⁸³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 05 nov. 2016.

⁸⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister. Ano 14, n. 29, p. 05-19, ago./set. 2012.

⁸⁵ Redação anterior à conferida pela Lei n. 13.058/2014.

[...]

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

À sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente segue a mesma linha:

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

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

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

Os preceitos insculpidos no artigo 227 da Constituição Federal, combinados as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente e com a redação do art.1.634 do Código Civil prevêem deveres impostos aos pais de dedicar cuidado e atenção aos filhos, que não se materializam sem que haja carinho, sendo suficiente, nessa senda, concluir que tais relações familiares impõem obrigações jurídicas vocacionadas ao afeto.^{86 87 88}

⁸⁶ BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 nov. 2016. “Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação; [...]

⁸⁷ BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 05 nov. 2016. “Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: [...] V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação; [...] Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais. Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. Art. 18-A. A criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los.”

⁸⁸ TARTUCE, Flávio. O Princípio da Solidariedade e Algumas de suas Aplicações ao Direito de Família - Abandono Afetivo e Alimentos. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte. Ano 14, n. 30, p. 05-34, out./ nov. 2012.

Logo, muito embora não se possa exigir que ninguém ame outrem, a “afetividade geradora de direitos e deveres é a que depende mais do braço, do ombro e da razão do que do coração”⁸⁹.

O afeto, elemento negligenciado por quem pratica o chamado abandono afetivo, não pode ser confundido simplesmente com o amor, sob pena de impor a alguém que ame seu semelhante. O afeto, no sentido de cuidado, não é apenas um sentimento, mas, sobretudo, uma ação.⁹⁰

De se notar que na própria etimologia da palavra o agir está subjacente ao significado do vocábulo “afeto”:

Ambas têm a mesma origem; um é o substantivo masculino e o outro é o verbo. "Elas derivam do Latim AFFECTIO, "relação, disposição, estado temporário, amor, atração", da raiz de AFFICERE, "fazer algo, agir sobre, fazer, manejar", de AD, "a", mais FACERE, "fazer". Tratava-se de um verbo com amplos significados.⁹¹

É por isso que o agir em conformidade com os deveres de cuidado parentais retira o afeto do campo da pura subjetividade do sentimento. Muito embora se possa presumir a presença de sentimento em quem age com afeto.⁹²

O afeto chegou aos Tribunais. A sentença do Tribunal de Justiça de Minas Gerais elucida os novos paradigmas que norteiam o Direito de Família ao utilizar como fundamento a afetividade e solidariedade no contexto da convivência familiar:

No seio da família da contemporaneidade desenvolveu-se uma relação que se encontra deslocada para a afetividade. Nas concepções mais recentes de família, os pais de família têm certos deveres que independem do seu arbítrio, porque agora quem os determina é o Estado. Assim, a família não deve mais ser entendida como uma relação de poder, ou de dominação, mas como uma relação

⁸⁹ OLIVEIRA, Catarina Almeida de. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT Jr., Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida (Coord.). *Famílias no direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo*. Bahia: Juspodivm, 2010 apud PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister. Ano 14, n. 29, p. 05-19, ago./set. 2012. p.7.

⁹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister. Ano 14, n. 29, p. 05-19, ago./set. 2012.

⁹¹ AFETO. In: Origem da palavra – Site de etimologia. <<http://origemdapalavra.com.br/site/?s=afeto>>. Acesso em: 06 nov. 2016.

⁹² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister. Ano 14, n. 29, p. 05-19, ago./set. 2012.

afetiva, o que significa dar a devida atenção às necessidades manifestas pelos filhos em termos, justamente, de afeto e proteção. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência, não somente do sangue. No estágio em que se encontram as relações familiares e o desenvolvimento científico, tende-se a encontrar a harmonização entre o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, até como necessidade de concretização do direito à saúde e prevenção de doenças, e o direito à relação de parentesco, fundado no princípio jurídico da afetividade. O princípio da afetividade especializa, no campo das relações familiares, o macrop princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), que preside todas as relações jurídicas e submete o ordenamento jurídico nacional.⁹³

Com efeito, o afeto, compreendido como dever de cuidar, educar, conviver e assistir, entre outras obrigações inerentes ao poder familiar, é essencial para a formação social, psíquica e sobretudo emocional de seres em franca formação como crianças e adolescentes.

Todavia, nem todos os genitores adquirem a plena consciência da importância que têm na vida e na educação dos filhos, distanciando-se da prole ao desprezar a necessidade de convivência e participação no seu cotidiano. Para essas situações de abandono, portanto, surge a discussão acerca da possibilidade de responsabilização dos genitores pelos danos psíquicos, de índole moral, que a ausência causa nos infantes.

Os filhos expostos à situação de abandono afetivo sofrem prejuízo à honra e à integridade físico-psíquica, bens que se compreendem na tutela do direito de personalidade, para cuja lesão o art. 12, *caput*, do Código Civil prevê igualmente a possibilidade de reparação. Por essas razões, a consequência jurídica que decorre do abandono afetivo não se restringe apenas à perda do poder familiar como a única medida cabível à espécie.⁹⁴

⁹³ BRASIL. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. 7ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível 408.555-5. Rel. Unias Silva. Minas Gerais, 1º de abril de 2004 apud TARTUCE, Flávio. O Princípio da Solidariedade e Algumas de suas Aplicações ao Direito de Família Abandono Afetivo e Alimentos In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte. Ano 14, n. 30, p. 05-34, out./nov. 2012.

⁹⁴ TARTUCE, Flávio. O Princípio da Solidariedade e Algumas de suas Aplicações ao Direito de Família - Abandono Afetivo e Alimentos. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte. Ano 14, n. 30, p. 05-34, out./ nov. 2012.

3 POSSÍVEL APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL AO ABANDONO AFETIVO

A responsabilidade civil preside uma regra elementar de convívio social segundo a qual quem causa dano a outrem, seja pela prática de um ato ou por incorrer em omissão, deve suportar as consequências de sua atuação.⁹⁵

O Direito se preocupa em reger a sociedade, estabelecendo deveres de ordem positiva – dar ou fazer algo – assim como de natureza negativa – pela abstenção de fazer ou tolerar algo. Quando esses deveres não são observados por violação à ordem jurídica surge o ato ilícito, o qual pode acarretar dano passível de responsabilização.

Na lição de Sergio Cavalieri Filho:

[...] A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, ela foi engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.⁹⁶

Em linhas gerais, a responsabilidade civil pressupõe o descumprimento de um dever jurídico do qual decorra prejuízo a outrem, gerando, por decorrência, a obrigação de indenizar. Com efeito, a responsabilidade civil tem por finalidade precípua garantir a reparação do dano sofrido pela vítima, operando como desestímulo à prática de condutas lesivas.

A responsabilidade civil surge, portanto, como um dever sucessivo decorrente da violação de um dever jurídico preexistente, seja ele legal ou contratual. Nas palavras de Sergio Cavalieri, “sem violação de um dever jurídico preexistente, portanto, não há que se falar em responsabilidade em qualquer modalidade, porque esta é um dever sucessivo decorrente daquele.”⁹⁷

⁹⁵ LYRA, Afrânio. Responsabilidade civil. Bahia, 1977 apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 47.

⁹⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 13-14.

⁹⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 15.

O Código Civil de 2002 consagrou o sistema de responsabilidade civil subjetiva pela conjugação dos artigos 186 e 927, estabelecendo a culpa ou dolo como elementos fundamentais para gerar obrigação de reparar o dano.

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

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.⁹⁸

Embora a responsabilidade civil subjetiva subsista como regra do sistema, há situações tuteladas no ordenamento que dispensam a caracterização da culpa, sendo suficiente apenas a relação de causalidade entre a ação e o dano. Trata-se da teoria objetiva, que tem como postulado a admissão da responsabilidade sem culpa pelo exercício de determinada atividade que represente risco de dano para terceiros.⁹⁹

Até o Código de 1916, a responsabilidade civil ocupava no ordenamento um sistema simples que previa apenas a responsabilidade subjetiva e com culpa provada. Com o advento da Constituição de 1988, a consciência da cidadania provocou o incremento da prestação jurisdicional, de modo que a reparação da lesão passou a ser alcançada por intermédio do Poder Judiciário. Atualmente, com as modificações incorporadas pelo Código de 2002, o sistema de responsabilidade abarca também a teoria objetiva.¹⁰⁰

Adotando essa clássica distinção, tem-se que a possível imputação de responsabilidade por dano afetivo classifica-se como subjetiva, na medida em que incide sobre a conduta dos pais que, por dolo ou culpa, causam lesões nos direitos de personalidade dos filhos ao deixar de observar os deveres inerentes ao poder familiar.

⁹⁸ BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11 mar. 2017.

⁹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 59-61.

¹⁰⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 3-6.

3.1 Pressupostos da Responsabilidade Subjetiva: conduta culposa, dano e nexo causal

A regra do artigo 186 do Código Civil de 2002 traz em seu bojo os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, divididos, segundo a doutrina de Sergio Cavalieri Filho, entre elemento formal (violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária), elemento subjetivo (dolo ou culpa) e elemento causal-material (dano e relação de causalidade).¹⁰¹

O dispositivo legal estabelece que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Em complemento, o Código Civil estatuiu a obrigação de indenizar, dispondo, no seu art. 927, que “aquele que causar dano a outrem, por ato ilícito, fica obrigado a repará-lo”.¹⁰²

Para o que interessa em sede de responsabilidade subjetiva, é relevante a distinção assinalada por Humberto Theodoro Junior a respeito do duplo aspecto que integra o ato ilícito:

O direito se constitui como um projeto de convivência, dentro de uma comunidade civilizada (o estado), no qual se estabelecem os padrões de comportamento necessários. A ilicitude ocorre quando in concreto a pessoa se comporta fora desses padrões. Em sentido lato, sempre que alguém se afasta do programa de comportamento idealizado pelo direito positivo, seus atos voluntários correspondem, genericamente, a atos ilícitos (atos do homem atritantes com a lei). Há, porém, uma idéia mais restrita de ato ilícito, que se prende, de um lado ao comportamento injurídico do agente, e de outro ao resultado danoso que dessa atitude decorre para outrem. Fala-se, então, de ato ilícito em sentido estrito, ou simplesmente ato ilícito, como se faz no art. 186 do atual Código Civil. Nesse aspecto, a ilicitude não se contentaria com a ilegalidade do comportamento humano, mas se localizaria, sobretudo, no dano injusto a que o agente fez a vítima se submeter.¹⁰³

¹⁰¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 33.

¹⁰² BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11 mar. 2017. “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

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

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

¹⁰³ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentários ao Código de Processo Civil – Vol. 4*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 21.

Como se vê, a ilicitude tomada em sentido amplo é caracterizada por uma conduta contrária ao Direito. A desconformidade com a ordem jurídica é suficiente para qualificar como ilícito o ato humano revestido de voluntariedade. Sob o aspecto objetivo, pode-se dizer que a ilicitude é marcada por um comportamento antijurídico que não leva em consideração o aspecto subjetivo ou psíquico do agente. Desse modo, aquele que viola um dever jurídico ou o direito alheio comete ato ilícito.¹⁰⁴

Embora a violação de um dever jurídico por si só seja suficiente para caracterizar um ato como ilícito, não é o bastante para exigir a reparação de eventual dano gerado. Além da ilicitude - elemento formal que integra os pressupostos da responsabilidade subjetiva - é necessário que a conduta violadora de dever ou direito seja considerada também culposa. De acordo com o enfoque subjetivo, portanto, a reparação do dano está condicionada à existência de “[...] culpa, que, genericamente, engloba o dolo (intencionalidade) e a culpa em sentido estrito (negligência, imprudência ou imperícia), correspondendo em qualquer caso à violação de um dever preexistente.”¹⁰⁵

A noção de responsabilidade civil subjetiva está imbricada com a ideia de culpa, pois não é crível imputar a alguém a responsabilidade pela reparação de um dano sem que tenha faltado voluntariamente com os deveres tutelados pelo ordenamento. Com base nessa premissa, não é qualquer conduta revestida de ilicitude que rende ensejo à reparação, mas aquela praticada de forma livre e consciente mediante ação ou omissão voluntárias. Vale dizer, para que surja o dever de indenizar é necessário que a violação do direito de outrem decorra de um comportamento culposos do agente.¹⁰⁶

Em se tratando da possibilidade de indenização por abandono afetivo, torna-se particularmente relevante a discussão em torno da conduta negativa do agente, ou seja, operada mediante omissão, permitindo que o resultado danoso se concretize. Sergio Cavalieri aponta que uma conduta omissiva também se reveste de ilicitude capaz de gerar responsabilização:

[...] tem-se entendido que a omissão adquire relevância jurídica, e torna o omitente responsável, quando este tem *dever jurídico de agir, de praticar um*

¹⁰⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 22.

¹⁰⁵ PELUSO, Cezar (Coord.). et al. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 9. ed. Barueri: Manole, 2015. p. 117.

¹⁰⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 32.

*ato para impedir o resultado, dever, esse, que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo.*¹⁰⁷

Além da conduta culposa, a responsabilidade civil subjetiva tem como pressuposto a ocorrência do dano. O dano é o elemento determinante do dever de indenizar, uma vez que o objetivo da indenização é justamente reparar o dano causado à vítima com escopo de restaurar o estado que detinha antes de sofrer a lesão.

Sergio Cavalieri Filho conceitua o dano como “lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc.” Sob esta última categoria é que reside o dano afetivo, entendido como lesão de ordem moral, imaterial ou extrapatrimonial, que priva a vítima de direitos personalíssimos integrantes da dignidade.¹⁰⁸

Não foi apenas no campo do Direito de Família que a Constituição desponta como marco de profundas alterações, mas também no instituto da responsabilidade civil, especialmente no tocante à disciplina do dano moral.¹⁰⁹

Inspirada na cláusula geral da dignidade da pessoa humana, que erigiu o homem ao centro do ordenamento jurídico, Constituição da República de 1988 introduziu no ordenamento a reparabilidade do dano extrapatrimonial abrangendo interesses jurídicos antes inimagináveis:¹¹⁰

Antes da psicanálise instaurar o seu reinado, pondo a nu a relevância da saúde psíquica e da vida sexual e afetiva, poder-se-ia cogitar da hipótese de ‘dano psíquico’, ‘dano à vida afetiva’, ‘dano à vida conjugal’ ou dano à realização sexual’? [...] Interesses como esses, relativos à vida privada, à intimidade, à dor, aos afetos, às expectativas de vida, à autoestima etc. integram e concretizam a dignidade da pessoa humana e, aos poucos, vão caracterizando essa modalidade denominada danos à pessoa incidentes em qualquer aspecto do ser humano considerando em sua integridade psicossomática e existencial, abrangendo aquilo que, em outros ordenamentos, como o italiano e o francês, tem sido

¹⁰⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 38.

¹⁰⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 93.

¹⁰⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

¹¹⁰ CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. A responsabilidade civil por abandono afetivo. In: CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida et al. (Org.). *Grandes temas de direito de família e das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 19-21.

caracterizado como ‘dano biológico’, ‘dano à saúde’, ‘dano ao projeto de vida’ e ‘dano moral’.¹¹¹

O dano que acarreta a responsabilidade, portanto, antes restrito ao aspecto material, passou a alcançar os danos extrapatrimoniais, constituindo, por assim dizer, um movimento embrionário para a possibilidade de indenização por dano moral em decorrência da renúncia afetiva.

No Código de 2002, contudo, as questões atinentes à possibilidade de reparação por dano moral receberam singela referência no art. 186, ficando a cargo da jurisprudência e doutrina o seu enfrentamento.¹¹²

Após a previsão expressa de reparação do dano moral inserta nos comandos do art. 5º, incisos V e X, da Constituição de 1988, a questão central que erige em sede de dano moral não mais reside em se indagar se ele é ou não indenizável, mas conduz, em verdade, a delimitar o que pode ser considerado um dano de natureza moral, e quais são os critérios para o seu arbitramento em termos de quantificação e valoração.¹¹³

Sobre esse aspecto, Sergio Cavaliere Filho aduz que a configuração do dano moral perpassa invariavelmente pela violação do direito à dignidade. Compreendida como fundamento do Estado Democrático de Direito, a dignidade humana é a essência de todos os direitos de personalidade. Assim, a agressão aos atributos inerentes à personalidade, tais como direito à honra, ao nome, à intimidade, à privacidade e à liberdade, como corolários do direito à dignidade, dá ensejo à reparação por dano moral. Esse é o enfoque pelo qual deve ser examinado o dano moral. Assinala o autor:

Com efeito, a par dos direitos patrimoniais, que se traduzem em uma expressão econômica, o homem é ainda titular de relações jurídicas que, embora despidas de expressão pecuniária intrínseca, representam para o seu titular um valor maior, por serem atinentes à própria natureza humana.¹¹⁴

¹¹¹ MARTINS COSTA, 2001 apud CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. A responsabilidade civil por abandono afetivo. In: CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida et al. (Org.). *Grandes temas de direito de família e das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 20-21.

¹¹² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

¹¹³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

¹¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 106-107.

Importante salientar, por outro lado, que a ocorrência do dano moral não reside exatamente na simples ocorrência do ilícito em si, de sorte que nem todo ato desconforme com o ordenamento jurídico enseja indenização por dano moral. O importante é que o ato ilícito seja capaz de irradiar-se para a esfera da dignidade da pessoa, ofendendo-a de forma relativamente significativa.

Por outro lado, a prova de sua ocorrência não se assemelha à prova do dano material, por exemplo. Seria impossível “exigir que a vítima comprove a dor, a tristeza ou a humilhação através de depoimentos, documentos ou perícia; não teria como demonstrar o descrédito, o repúdio ou o desprestígio através dos mesmos meios probatórios tradicionais, o que acabaria por ensejar o retorno à fase da irreparabilidade do dano moral em razão de fatores instrumentais”.¹¹⁵

Com efeito, entende-se que o dano moral se extrai não exatamente da prova de sua ocorrência, mas da análise da gravidade do ato ilícito em abstrato. Vale dizer, a comprovação da gravidade do ato ilícito gera, por si só, o dever de indenizar, em razão de uma presunção natural, que decorre da experiência comum, de que, nessa hipótese, ordinariamente, há um abalo significativo da dignidade da pessoa. É nesse sentido que se afirma ser o dano moral *in re ipsa*.¹¹⁶

Nessa linha, Carlos Roberto Gonçalves adverte que o recorte e extensão do dano moral devem observar as balizas traçadas na própria Constituição especialmente no tocante aos valores designados pela vertente da dignidade da pessoa humana. Com efeito, a indenização por dano moral não se presta a compensar meros aborrecimentos advindos dos percalços da vida cotidiana, sob pena de equivocadamente deturpar a razão do instituo. O contorno do dano, nesse sentido, seria dado pela lesão que fira a dignidade de alguém.¹¹⁷

Não foi outro o recorte delimitado por Sergio Cavalieri Filho diante da preocupação de se evitar excessos e abusos com a reparação de ordem moral:

Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente

¹¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 90.

¹¹⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.151.688/RJ. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma. Brasília, 17 de fevereiro de 2011. DJe 22/02/2011.

¹¹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

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, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.¹¹⁸

Consubstanciado no gênero dos danos morais – por incidir no estado de família, atributo da pessoa - o abandono afetivo atinge a criança ou adolescente no seu sentimento íntimo e pessoal de dignidade ao ser privada do contato e convivência com um de seus genitores. As dores psíquicas e emocionais advindas da falta de vínculo paterno ou materno não são aquelas equiparadas a pequenos dissabores que enfrentamos na vida em sociedade, mas aquelas que repercutem no seu desenvolvimento como pessoa, compreendido na esfera de sua dignidade.

Não basta apenas a caracterização de uma conduta culposa, tampouco a produção de um dano para se imputar a responsabilidade civil subjetiva ao agente da ação ilícita. É necessário, antes de tudo, verificar se a conduta praticada pelo agente deu causa ao dano suportado pela vítima. Nas palavras de Sergio Cavalieri Filho, “nexo causal é um elemento referencial entre a conduta e o resultado”¹¹⁹. Como elemento jurídico-normativo, é indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil, pois pode haver responsabilidade sem culpa, mas jamais semnexo causal.¹²⁰

O nexo causal de que decorre a obrigação de indenizar, contudo, nem sempre é aferível por uma simples relação de causa e efeito. Sergio Cavalieri aponta que “nas hipóteses de causalidade múltipla, isto é, quando há uma cadeia de condições, várias circunstâncias concorrendo para o evento danoso”¹²¹, imprescindível precisar qual delas foi decisiva para a produção do resultado.

Para se determinar se o prejuízo é imputável ao agente, torna-se imperioso que o vínculo de causalidade seja direto e imediato. Esse liame, que estabelece como causa jurídica apenas o evento que se vincula diretamente ao dano, sem interferência de outra causa ou

¹¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 111.

¹¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 63.

¹²⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

condição sucessiva, é resultado da Teoria da Causalidade Direta ou Imediata, adotada pelo atual Código Civil segundo as disposições do art. 403:

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.¹²²

De acordo com a referida teoria, os danos indenizáveis seriam apenas aqueles cujas causas sejam necessárias e determinantes para a produção do resultado, ou seja, limitam-se à causa imediata e direta. Ilustra Sergio Cavalieri que “o condutor de um automóvel que feriu uma pessoa não é responsável pela morte dela, se essa resulta da falta do médico que lhe assiste.”¹²³

No exemplo ilustrado, embora a causa remota tenha concorrido para o evento morte (acidente automobilístico), não foi determinante para sua ocorrência, visto que não fosse a causa superveniente (falta de médico), a vítima não teria vindo a óbito.

Agostinho Alvim pondera que a Teoria do Dano Direto e Imediato teve por escopo impedir a sujeição do autor do dano a todas as nefastas conseqüências de seu ato que não mantém um elo direto com sua conduta, sob pena de injustamente imputar ao autor do primeiro dano uma responsabilidade ilimitada.¹²⁴

3.2 A responsabilidade civil dos genitores por abandono afetivo à luz da doutrina e jurisprudência

Verificados os conceitos gerais pertencentes à responsabilidade civil, passa-se a analisar a aplicação do instituto no âmbito do Direito de Família.

De acordo com o que foi tratado no tópico anterior, para haver responsabilidade civil, exigem-se três elementos: (i) ação ou omissão contrária ao direito; (ii) resultado danoso,

¹²¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 63.

¹²² BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017.

¹²³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 68.

¹²⁴ ALVIM, Agostinho (1966) apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 501.

seja o dano patrimonial ou extrapatrimonial; (iii) nexos de causalidade entre a ação/omissão e o dano experimentado.

Na seara do Direito de Família, e particularmente quando se investiga a possibilidade de sanção pecuniária por abandono afetivo, a ação contrária ao direito consubstancia-se na inobservância dos deveres legais e constitucionais referentes ao cuidado e afeto que deve existir entre pais e filhos.

Sendo a convivência familiar uma prioridade constitucional, ganha contornos relevantes o cumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, entre os quais se destacam o dever de cuidado, educação, criação e convívio, de modo que essas obrigações, preconizadas no texto constitucional, envolvem a transmissão de afeto e atenção, elementos intangíveis, porém, tão essenciais para o desenvolvimento físico e psíquico dos infantes quanto as prestações materiais necessárias à sua sobrevivência.¹²⁵

Não há dúvida de que a ausência de um ambiente emocional saudável gera prejuízos ao desenvolvimento de uma personalidade sadia.

No que concerne ao dano decorrente do descumprimento das funções parentais, é Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho que chamam a atenção para a necessidade de reconstruir conceitos estabilizados na ciência do Direito, *verbis*:

[...] fixemos a premissa de que o prejuízo indenizável poderá decorrer – não somente da violação do patrimônio economicamente aferível – mas também da vulneração de direitos inatos à condição de homem, sem expressão pecuniária essencial [...]. Aliás, outro mito que se deve destruir é a ideia de que o dano, para o Direito Civil, toca, apenas, a interesses individuais. O Direito Civil não deve ser produto do cego individualismo humano. Diz-se, ademais, nessa linha equivocada de raciocínio, que somente o dano decorrente de ilícito penal teria repercussões sociais.

Nada mais falso.

Toda a forma de dano, mesmo derivado de um ilícito civil e dirigido a um só homem interessa à coletividade. Até porque vivemos em sociedade, e a violação do patrimônio – moral ou material – do meu semelhante repercute, também, na minha esfera pessoal¹²⁶.

¹²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1159242 (2009/0193701-9 - 10/05/2012)

¹²⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003 apud. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister. Ano 14, n. 29, ago.- set. 2012. p. 11.

Contudo, a tese do abandono paterno-filial não encontra um posicionamento uníssono entre os estudiosos do Direito Privado ou no bojo das decisões judiciais.

Rodrigo da Cunha Pereira, presidente nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), patrocinou uma causa perante a justiça mineira que viria se tornar um dos casos emblemáticos, no país, a aventar a possibilidade de responsabilizar civilmente um pai por abandono afetivo. A pretensão da demanda consistia na condenação do pai a pagar indenização de duzentos salários-mínimos ao filho adolescente por tê-lo deixado em situação de abandono afetivo.¹²⁷

O acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais marcou a jurisprudência como precursor, em segunda instância, do reconhecimento da possibilidade de indenização por abandono afetivo. Consignou-se que “a dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana”¹²⁸.

O citado acórdão foi reformado pelo Superior Tribunal de Justiça, em criticada decisão da Quarta Turma, que reconheceu a impossibilidade de indenização em situações dessa natureza. Entendeu-se que a punição ao pai que abandona o filho é a destituição do poder familiar, e não a indenização pecuniária.

Na linha de argumentos se seguiram desfavoravelmente à indenização por danos morais em decorrência do abandono moral e afetivo, Flávio Tartuce chama atenção para os seguintes pontos debatidos no acórdão:

O primeiro argumento utilizado nesse julgado do STJ é o de que não haveria qualquer ato ilícito na conduta do pai que abandona afetivamente o filho. *O segundo argumento* é que o afeto não pode ser imposto na referida relação parental, não sendo o caso da existência de um dever jurídico de convivência. Além disso, a relatoria do Ministro Fernando Gonçalves ressaltou que o pagamento de indenização afastaria pai e filho de forma definitiva, não sendo a melhor solução para o caso que estava sendo levado a julgamento. Em continuidade, argumentou o Ministro Aldir Passarinho que a solução para o

¹²⁷ TARTUCE, Flávio. O Princípio da Solidariedade e Algumas de suas Aplicações ao Direito de Família - Abandono Afetivo e Alimentos. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte. Ano 14, n. 30, p. 05-34, out./ nov. 2012. p.10.

¹²⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 41-42.

abandono afetivo é a perda do poder familiar, e não o pagamento de uma indenização a título de danos morais. Igualmente com voto vencedor, aduziu o Ministro Asfor Rocha que o Direito de Família tem princípios próprios, diferentes dos regramentos básicos do Direito das Obrigações. Foi vencido o Ministro Barros Monteiro, favorável à indenização por danos morais em decorrência do abandono moral e afetivo.¹²⁹

Já em 24.4.2012, o Superior Tribunal de Justiça adotou posição inversa, pela possibilidade de indenização por abandono afetivo.

Os principais fundamentos podem ser sintetizados no seguinte excerto:

2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.
5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.
6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.
7. Recurso especial parcialmente provido.¹³⁰

Os dois casos assinalados fomentaram um amplo debate no meio jurídico notadamente em razão da repercussão causada pelo posicionamento de uma Corte do jaez do Superior Tribunal de Justiça cujas decisões, embora não vinculantes, costumam servir de

¹²⁹ TARTUCE, Flávio. O Princípio da Solidariedade e Algumas de suas Aplicações ao Direito de Família - Abandono Afetivo e Alimentos. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte. Ano 14, n. 30, p. 05-34, out. / nov. 2012. p.10.

¹³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1159242/SP. Rel. Ministra Nancy Andriahi, Terceira Turma. Brasília, 24 de abril de 2012. DJe 10/05/2012.

paradigma aos Tribunais estaduais devido à sua atribuição precípua de uniformizar a interpretação da legislação federal em matéria cível e criminal.

3.2.1 Análise crítica dos argumentos jurídicos adotados no Resp 757.411/MG e no Resp 1.159.242/SP

Assim como rechaçado no Resp 757.411/MG, parte dos estudiosos de Direito critica a aplicação de responsabilização jurídica na seara das relações intra-familiares sob o fundamento de que não haveria qualquer ato ilícito na conduta do pai que abandona afetivamente o filho.

Os dispositivos legais que servem de esteio ao amparo afetivo foram tratados no item 2.3 do presente trabalho e constam da linha argumentativa da Ministra Nancy Andrighi no Resp n. 1.159.242/SP. Foram citados os deveres insculpidos no artigo 227 da Constituição Federal¹³¹, combinado com artigos 15 a 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹³² e com o art.1.634 do Código Civil¹³³, os quais prevêem expressamente deveres impostos aos pais de dedicarem atenção e cuidado aos filhos.

¹³¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 14 set. 2016 “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

¹³² BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 15 set. 2016 “Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: [...] V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação; [...] Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais. Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. Art. 18-A. A criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los.”

¹³³ BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 abr. 2017 “Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação; [...]

No entanto, sectários da corrente que não admite a indenização por descumprimento de obrigações de ordem familiar apontam que em tais dispositivos legais não há qualquer previsão expressa que imponha aos pais a obrigação de indenizar seus filhos por não manifestarem satisfatoriamente determinadas atitudes emocionais ou afetivas.¹³⁴

Na esteira dos deveres diretivos impostos aos pais, estudiosos ponderam que a legislação citada reúne um rol de tutelas destinadas a cultivar as potencialidades físicas e psicossociais dos filhos que podem ser atendidas por meio de custeio financeiro, razão pela qual é possível que sejam convertidas em questões patrimoniais. Dessa forma, embora as citadas regras positivadas fixem competências e deveres aos pais e direitos aos filhos, não indicariam a presença de um dever jurídico cominado aos genitores de manifestar estado anímico emocional em relação aos filhos.¹³⁵

Na visão de Arthur M. Ferreira Neto e Luciana Gemelli Eick, deve ser rechaçada a postura positivista segundo a qual todo e qualquer aspecto da existência humana possa ser absorvido por padrões normativos e coercitivos do Direito, sob pena de fomentar o que consideram uma espécie de absolutismo regulatório por parte do Direito. Não seria crível, nesse sentido, o Direito tutelar atitudes afetivas mínimas, ordenadas segundo critérios jurídicos estabelecidos, para impor sanções pecuniárias aos pais teoricamente negligentes em relação aos padrões fixados.¹³⁶

Passa-se a confrontar os principais argumentos contrários à indenização por abandono afetivo, notadamente aqueles defendidos pela doutrina e no julgamento do já citado REsp. n. 757.411/MG, Quarta Turma, do Superior Tribunal de Justiça.

¹³⁴ FERREIRA NETO, Arthur M.; EICK, Luciana Gemelli. Abandono afetivo: os limites do direito na coerção de manifestações emocionais humanas. In: BASAGLIA, Cristiano (Coord.). *Revista Jurídica: Doutrina Cível*. São Paulo. Ano 63, n. 45, p. 09-52, maio 2015.

¹³⁵ FERREIRA NETO, Arthur M.; EICK, Luciana Gemelli. Abandono afetivo: os limites do direito na coerção de manifestações emocionais humanas. In: BASAGLIA, Cristiano (Coord.). *Revista Jurídica: Doutrina Cível*. São Paulo. Ano 63, n. 45, p. 09-52, maio 2015.

¹³⁶ FERREIRA NETO, Arthur M.; EICK, Luciana Gemelli. Abandono afetivo: os limites do direito na coerção de manifestações emocionais humanas. In: BASAGLIA, Cristiano (Coord.). *Revista Jurídica: Doutrina Cível*. São Paulo. Ano 63, n. 45, p. 09-52, maio 2015.

3.2.1.1 Da inexistência de ato ilícito e da impossibilidade de amor imposto

Cumprido ressaltar, já de saída, que os comandos normativos a que se fez referência no decorrer deste trabalho não impõem, realmente, a obrigação de manifestação intrínseca de sentimento pela prole. Igualmente, a inexistência de sentimento interno dos pais para os filhos não traduz nenhum ato ilícito, do ponto de vista estritamente jurídico.

Contudo, trata-se de normas que consagram o direito à convivência, que entabula deveres legais atinentes a direção da criação e o dever de companhia e guarda dos pais em relação aos filhos. É certo que, do ponto de vista da criança, tais deveres revelam-se como verdadeiros direitos.

Nessa perspectiva, Tartuce defende que a responsabilidade por abandono afetivo tem assento no art. 186 do Código Civil¹³⁷, que preside o conceito de ato ilícito, notadamente, porque se verifica, na hipótese, a violação ao direito à convivência presente na relação paterno-filial. Complementa que o art. 927 do mesmo diploma enuncia a possibilidade de reparação civil do ato ilícito.¹³⁸

Por outro lado, o princípio da paternidade responsável deve ser observado em todas as relações jurídicas. O dever de assistência moral não pode consubstanciar mera exortação legal, mas sim um dever jurídico, cujo descumprimento pode gerar consequências de ordem indenizatória.

Nessa linha, decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo ilustra que o ordenamento jurídico tutela o interesse dos menores no sentido de proteger sua satisfação emocional ao reconhecer o dever jurídico de assistência moral:

Não resta dúvida que o Código Civil, ao fixar os poderes/deveres inerentes ao poder familiar, vai muito além da simples obrigação alimentar de socorro. Integram a situação jurídica complexa deveres de assistência moral, de educação, de convívio, de respeito, enfim, de formação da pessoa humana. Tais deveres do poder familiar, a maioria deles de natureza extrapatrimonial, têm

¹³⁷ BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 abri. 2017. “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

¹³⁸ TARTUCE, Flávio. O Princípio da Solidariedade e Algumas de suas Aplicações ao Direito de Família - Abandono Afetivo e Alimentos. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte. Ano 14, n. 30, p. 05-34, out. / nov. 2012.

estreita relação com os direitos da personalidade, de modo que sua violação pode gerar sanções diversas.

As sanções vão desde a suspensão ou a destituição do poder familiar, passando pelo crime de abandono, sem excluir, porém, o dever de indenizar eventuais danos morais causados por sofrimento intenso ao filho, ou por traumas emocionais com origem no abandono afetivo.¹³⁹

Rodrigo da Cunha Pereira destaca que o agir em conformidade com os deveres de cuidado parentais retira o afeto do campo da pura subjetividade do sentimento. Muito embora se possa presumir a presença de sentimento em quem age com afeto na criação dos filhos, a ausência desse sentimento não exclui a obrigação das condutas parternas/maternas referentes à criação da prole.¹⁴⁰

No sentido de cuidado, o afeto é não apenas um sentimento, mas, sobretudo, uma ação. Sendo uma ação, a conduta do afeto pode ser imposta, presente ou não o elemento intrínseco do sentimento. Não se trata, portanto, de compelir os genitores a manifestar estado anímico em relação aos filhos.

Nesse particular, calha com perfeição a distinção feita pela Ministra Nancy Andrighi no REsp 1.159.242/SP no sentido de não confundir o sentimento de afeto, naturalmente espontâneo, com o dever jurídico de cuidado imposto aos pais:

[...] não se discute a mensuração do intangível o amor mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar.

Sob esse aspecto, indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos, sendo monótono o entendimento doutrinário de que, entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos [...]

Com efeito, aquele que abandona afetivamente o filho não só descumpre uma obrigação moral, mas comete ato ilícito exatamente por violar um dever jurídico concretamente definido no ordenamento brasileiro, que é o dever de cuidado, do qual a obrigação alimentar é apenas uma de suas manifestações.

¹³⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 0204727-92.2012.8.26.0100. Relator Francisco Loureiro. Sexta Câmara de Direito Privado. São Paulo, 14 de maio de 2015. DJe 15.05.2015.

¹⁴⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister. Ano 14, n. 29, p. 05-19, ago./set. 2012.

3.2.1.2 O pagamento de indenização afastaria pai e filho de forma definitiva

A responsabilidade civil – parece até ocioso ressaltar – não tem a pretensão de conciliar as partes envolvidas em um processo. A tal desiderato se destinam outros setores do direito, como as técnicas de conciliação e as diretivas de mediação.¹⁴¹

Como já se abordou anteriormente, responsabilidade civil é forma de resposta positiva ao ofendido que experimentou um dano injusto. E, especificamente no que toca à indenizabilidade por dano moral, a responsabilidade civil não está vocacionada ao retorno das partes ao *status quo*, mas a uma *compensação* pecuniária pelo abalo não patrimonial sofrido por ato ilícito de outrem.

Nesse sentido, a doutrina afirma ser até mais adequado dizer que o dano moral é *compensado* em vez de *indenizado* – no sentido de tornar a vítima indene de dano –, diferentemente do que ocorre com o dano material, o qual, por sua própria natureza, pode ser efetivamente reparado, indenizado, com o retorno da vítima ao *status quo*.

Nesse sentido, citando Yussef Said Cahali, Carlos Roberto Gonçalves dá a tônica que diferencia a indenização do dano material e a compensação do dano moral:

[...] no dano patrimonial, busca-se a reposição em espécie ou em dinheiro pelo valor equivalente, de modo a poder-se indenizar plenamente o ofendido, reconduzindo o seu patrimônio ao estado em que se encontraria se não tivesse ocorrido o fato danoso; com a reposição do equivalente pecuniário, opera-se o *ressarcimento do dano patrimonial*. Diversamente, a sanção do dano moral não se resolve numa indenização propriamente dita, já que indenização significa eliminação do prejuízo e das suas consequências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial; a sua reparação se faz através de uma compensação, e não de um ressarcimento; impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia de dinheiro em favor do ofendido, ao mesmo tempo que agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfativa.¹⁴²

Nessa linha de raciocínio, negar a indenização por abandono afetivo porque as partes se distanciariam definitivamente também justificaria a negativa de indenização por dano

¹⁴¹ Por exemplo, o parágrafo único do art. 1º da Lei n. 13.140/2015 (Lei Geral da Mediação) dispõe o seguinte: “Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

¹⁴² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 514-515.

moral por qualquer outra razão, o que torna tal fundamento por demais frágil e em absoluto descompasso com a Constituição Federal de 1988, a qual prevê, textualmente, a indenização do dano moral.

Não fosse por isso, a análise da controvérsia exclusivamente pela ótica das partes concretamente envolvidas (genitores e filho) desconsideraria uma faceta importante do processo, que é sua função social de apaziguador de conflitos por meio da exemplariedade que lhe é ínsita.

Em verdade, o processo transita mesmo entre a justiça individual do caso concreto e a paz social gerada pelo término dos litígios. “Processo é meio” – dizia Galeno Lacerda –, “meio de solução justa de um conflito individual de interesses e meio também, eficaz e pronto, de harmonia social”.¹⁴³

Nesse passo, se é verdade que a responsabilidade civil do pai que abandona afetivamente o filho tem aptidão de afastá-los mais ainda, não é menos verdade que, em relação a outros pais e filhos, a possibilidade, ao menos teórica, de o pai responder por abandono afetivo tem efeitos pedagógicos, o que pode propiciar aproximação.

3.2.1.3 A solução para o abandono afetivo é a perda do poder familiar, e não o pagamento de indenização

O ordenamento jurídico brasileiro, ao que se percebe, é bem mais complexo do que supõem os defensores do posicionamento segundo o qual, diante de uma situação de abandono afetivo, a única consequência dela decorrente seria a perda do poder familiar.

Não é difícil argumentar que de um único fato podem decorrer diversas consequências jurídicas que não se excluem.

Como exemplo, cita-se o fato de que o cometimento de ato ilícito pode ensejar responsabilização civil e criminal. Nesse caso, a condenação criminal não exclui o dever de indenizar. Ao contrário, torna-o certo.¹⁴⁴

Outro exemplo que pode ser citado, especificamente no âmbito das relações paterno-filiais, a condenação por crime doloso praticado pelo pai ou pela mãe contra o próprio

¹⁴³ LACERDA, Galeno. Processo e cultura. In: *Revista de direito processual civil*. Vol. 3, ano 2, jan. / jun. 1961. São Paulo: Saraiva S.A. p. 74.

¹⁴⁴ Nos termos do que dispõe o art. 91, inciso I, do Código Penal, “São efeitos da condenação: I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime”.

filho, se sujeito à pena de reclusão, além dos efeitos penais ordinários, pode implicar destituição do poder familiar, nos termos do que dispõe o art. 23, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁴⁵.

Nesse sentido, no âmbito do ato ilícito praticado por abandono afetivo, a perda do poder familiar pode ser uma possível consequência que atinge a relação jurídica paterno-filial, própria do Direito de Família e do Direito da Criança e do Adolescente, mas não a única. Se dissolvidos os laços familiares pela perda da autoridade parental, ainda assim remanesce um dano a ser compensado, o qual não pode ser simplesmente absorvido pela vítima.

Pensar de forma diferente significaria deixar sem reparação danos a atributos caros da pessoa, como sua dignidade e, de resto, os direitos da personalidade (art. 12 do Código Civil).

De resto, a mera destituição do poder familiar, em boa parte dos casos, não significaria uma sanção, mas sim um prêmio ao pai faltoso, que não observou os deveres inerentes à condição de pai, não responderá pelo ato ilícito que cometeu durante anos e, daí para frente, não precisará suportar os demais ônus da paternidade, como os deveres de assistência e de cuidado.

¹⁴⁵ BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 27 ago. 2016.

CONCLUSÃO

Sabe-se que há resistência em relação à possibilidade de intervenção estatal na esfera privada das pessoas e, em especial, no campo do Direito de Família. A Constituição de 1988 assegura o planejamento familiar como livre decisão do casal, vedada a intervenção estatal (art. 226, § 7, CF). Tem-se como garantia individual a inviolabilidade da intimidade e vida privada, assim como do domicílio (art. 5º, X e XI, CF). O Código Civil, por seu turno, coíbe a interferência na comunhão de vida instituída pela família. (arts. 1.513 e 1.565, § 2º, CC).

Apesar se ser uma área bastante sensível, tendente a prestigiar a liberdade e autodeterminação dos seus membros, a tutela dos direitos fundamentais dos menores expostos à situação de abandono afetivo paterno conduz à possibilidade de aplicação da responsabilidade civil como resposta jurídica possível para o deslinde da omissão de cuidado.

Assim como qualquer outro dano de ordem imaterial, são passíveis de compensação os graves danos emocionais e psicológicos causados por genitores que desamparam os filhos menores na sua fase de desenvolvimento como pessoa, a quem o ordenamento, em virtude de sua vulnerabilidade, deve a máxima atenção.

Os danos morais decorrentes do desamparo afetivo, portanto, não excluem a regra da aplicação da responsabilidade civil subjetiva, mormente em face do contexto em que são pautados, de proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos de personalidade dela decorrentes.

O significado da dignidade no contexto do Direito de Família está fortemente direcionado a garantir os direitos da personalidade de todos os integrantes do núcleo familiar, inclusive da criança e do adolescente, valorizando-se os aspectos existenciais, de realização e pleno desenvolvimento, em detrimento das questões patrimoniais. Nesse sentido, o reconhecimento do dano indenizável decorrente do abandono afetivo tem exatamente este significado: de que o amparo material dispensado pelo genitor à prole não é em si bastante à satisfação de suas necessidades existenciais.

Ao lado de diversos outros princípios, reveste-se de especial importância o princípio da afetividade, o qual, muito embora não tenha textual previsão na Carta de 1988,

encontra alicerce constitucional em diversos preceitos, notabilizando-se como vértice do ordenamento regente sobre as relações familiares.

Com esteio na afetividade, como condição para a realização da vida em família, construiu-se o referencial teórico para a compreensão e desenvolvimento do dever jurídico de cuidado. Vale dizer, a afetividade materializa-se com a prestação de assistência moral concretamente consubstanciada no dever de criação, educação, convivência e cuidado, tendo como pressuposto a presença efetiva dos pais no dia a dia dos filhos.

O julgamento do Recurso Especial 1.159.242-SP, em abril de 2012, tornou-se emblemático, na medida em que, até então, o posicionamento das diversas instâncias era contrário à possibilidade de indenização por desamparo afetivo dos genitores, ao fundamento de que não se pode obrigar ninguém a amar, sob pena de se monetarizar o afeto.

De acordo com o voto da Min. Relatora Nancy Andrighi, contudo, a discussão em torno do abandono afetivo não orbita sobre o dever de amar – que é uma faculdade – mas na obrigação legal de cuidar decorrente do ato volitivo de ter filhos, contrapondo-se, dessa forma, à equivocada ideia de imposição de sentimentos pelo ordenamento. A responsabilidade por abandono afetivo decorre, em verdade, pela inobservância dos deveres próprios da paternidade responsável que implicam obrigação de tutelar os direitos da criança e do adolescente de estar em companhia dos genitores para receber cuidados indispensáveis a uma criação condizente com sua fase de pessoa em franco desenvolvimento.

É indiscutível que a afetividade e o amor permeiam a conduta de cuidado que os pais possuem com relação aos filhos. Apesar dos sentimentos que nutrem os genitores ao dispensar atenção e realizar sacrifícios na condução dos afazeres cotidianos que a paternidade exige, não é o campo da subjetividade que vincula a obrigação legal de cuidar, mas os atos objetivamente aferíveis de prestação de assistência diuturna aos infantes.

A título de configuração do dano afetivo, portanto, o recôndito espaço de intimidade e vida privada das relações familiares interessa ao ordenamento na parte que toca aos elementos objetivos presentes na conduta afetiva. A afetividade materializa-se por ações e atitudes de cuidado diuturno com relação aos interesses da criança e do adolescente, não pela subjetividade que lhe é ínsita. Sob essa ótica, o afeto caracteriza-se com bem jurídico digno de

tutela e passível de indenização caso não observado o seu adimplemento no bojo da relação paterno-filial.

Não se pode deixar de observar que a expressão abandono afetivo não é a mais consentânea com o interesse tutelado acerca do cuidado como dever normativo imposto aos pais e, especialmente, com a caracterização das condutas objetivas dele decorrentes. A imprecisão terminológica leva a equivocada discussão em torno do avanço injustificado do ordenamento ao patrimônio subjetivo das relações familiares, como se a pretensão da reparabilidade fosse a imposição de estado anímico dos pais perante os filhos ou a interferência indevida sobre a liberdade dos genitores de se comportar de forma carinhosa e afetiva. Convém lembrar que o abandono afetivo pretende alcançar pais que desamparam os filhos no dever de cuidado e convivência, não na sua capacidade ser carinhoso ou afetivo.

Como se demonstrou no desenrolar do trabalho, o dever de assistência moral não pode consubstanciar mera exortação legal, mas sim um dever jurídico, cujo descumprimento pode gerar conseqüências de ordem indenizatória.

Com efeito, no âmbito do ato ilícito praticado por abandono afetivo, a perda do poder familiar pode ser uma possível consequência que atinge a relação jurídica paterno-filial, própria do Direito de Família e do Direito da Criança e do Adolescente, mas não a única. Se dissolvidos os laços familiares pela perda da autoridade parental, ainda assim remanesce um dano a ser compensado, o qual não pode ser simplesmente absorvido pela vítima.

Isso por que a mera destituição do poder familiar, em boa parte dos casos, não significaria uma sanção, mas sim um prêmio ao pai faltoso, que não observou os deveres inerentes à condição de pai, não responderá pelo ato ilícito que cometeu durante anos e, daí para frente, não precisará suportar os demais ônus da paternidade, como os deveres de assistência e de cuidado.

REFERÊNCIAS

MELLO, Fernando de Paula Batista. A Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo: a Experiência Brasileira Aplicada no Ordenamento Jurídico Português. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, São Paulo, n. 5, p. 1-18, mar./abr. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 21 ago. 2016.

BRASIL. *Decreto n. 99.710, de 21 de Novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 23 ago. 2016.

BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 27 ago. 2016.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 abri. 2017.

BRASIL. *Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003*. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 23 out. 2016.

CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. A responsabilidade civil por abandono afetivo. In: CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida et al. (Org.). *Grandes temas de direito de família e das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 20-21.

CASSETTARI, Christiano. Responsabilidade Civil dos Pais por Abandono Afetivo de Seus Filhos – Dos Deveres Constitucionais. *Revista IOB de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 87-99, jul. 1999.

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

DIAS, Maria Berenice. Era uma vez... In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, Ética, Família e novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 13-19.

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

FERREIRA NETO, Arthur M.; EICK, Luciana Gemelli. Abandono afetivo: os limites do direito na coerção de manifestações emocionais humanas. In: BASAGLIA, Cristiano (Coord.). *Revista Jurídica: Doutrina Cível*. São Paulo. Ano 63, n. 45, p. 09-52, maio 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GROENINGA, Giselle Câmara. Fundamentos dos direitos da personalidade das crianças e sua relação com os pais. In: DIAS, Maria Berenice et. al.(Coord.). *Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira*. São Paulo: Magister, 2008.

LACERDA, Galeno. Processo e cultura. In: *Revista de direito processual civil*. Vol. 3, ano 2, jan. / jun. 1961. São Paulo: Saraiva S.A.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da criança e do adolescente*. São Paulo: Malheiros, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz N. *Código Civil Comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial*: arts. 1.591 a 1.693. São Paulo: Atlas, 2003.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. Do poder familiar. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 11, n. 1057, mai. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8371>>. Acesso em: 12 fev. 2017. p. 01-02.

MACHADO, Marta de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. Barueri: Manole, 2003.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 25. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da afetividade. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.24-32.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister. Ano 14, n. 29, p. 05-19, ago./set. 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, Ética, Família e novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PEREIRA, Tânia da Silva. Direito da criança e do adolescente: a convivência familiar e comunitária como um direito fundamental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). *Direito de Família Contemporâneo*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1997.

ROSSATO, Luciano Alves et al. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado artigo por artigo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n. 09, São Paulo, p.361-388, jan./jun. 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TARTUCE, Flávio. O Princípio da Solidariedade e Algumas de suas Aplicações ao Direito de Família - Abandono Afetivo e Alimentos. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte. Ano 14, n. 30, p. 05-34, out./ nov. 2012.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentários ao Código de Processo Civil – Vol. 4*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 49-50. Disponível em: <file:///C:/Users/123/Downloads/GUSTAVO%20TEPEDINO%20Rela%C3%A7%C3%B5es%20Familiares.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2005.

WALD, Arnoldo. *Direito civil brasileiro: o novo direito de família*. São Paulo: Saraiva. 16. ed. 2006.