



CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ

MYRELA LOPES DA SILVA

**O DEVER DE CUIDAR NA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL COM
CONSEQUÊNCIAS NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

Campina Grande

2013

MYRELA LOPES DA SILVA

**O DEVER DE CUIDAR NA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL COM
CONSEQUÊNCIAS NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Departamento de Direito Privado da
Universidade Estadual da Paraíba, como
cumprimento de requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Me. Maria do Socorro Bezerra Agra

Campina Grande

2013

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

S586d

Silva, Myrela Lopes da.

O dever de cuidar na relação paterno-filial com consequências no âmbito da responsabilidade civil [manuscrito] / Myrela Lopes da Silva.– 2013.

50 f.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2013.

“Orientação: Profa. Ma. Maria do Socorro Bezerra Agra, Departamento de Direito Privado”.

1. Responsabilidade civil. 2. Família. 3. Afeto. I. Título.

21. ed. CDD 346.02

MYRELA LOPES DA SILVA

O DEVER DE CUIDAR NA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL COM
CONSEQUÊNCIAS NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Aprovada em 28/8/2013



Prof. Me. Maria do Socorro Bezerra Agra/UEPB
Orientadora



Prof. Me. Amilton de França/UEPB



Prof. Esp. Plínio Nunes Souza /UEPB

A Deus, antes de tudo e de todos! Toda honra e toda glória! Para sempre!

*À minha mãe, Maria do Socorro Lopes Lucena por ter lutado por mim, vencido obstáculos e
me devotado, antes do cuidado, o amor!*

*Aos meus irmãos, Wenner Gláucio Lopes Lucena e Suênia Lopes Lucena, por acreditarem em
mim!*

*Ao meu namorado, companheiro de todos os dias, Cristiano Marques da Silva, obrigada por
todos os sorrisos, amo você!*

*Aos meus tios-pais, Ivonete Lopes do Nascimento e Epaminondas Bianor do Nascimento,
agradeço sempre por ter aquele espaço na casa e no coração de vocês!*

A todos os amigos e familiares que me encorajam a seguir com a caminhada!

À Universidade Estadual da Paraíba e toda a sociedade civil por ter me oferecido meios de concluir este tão sonhado curso.

Aos colegas de curso pelas aflições divididas e pela amizade sincera gerada neste percurso.

Aos professores do CCJ, em especial, a professora Maria do Socorro Bezerra Agra, pelas valorosas e empenhadas correções que deixaram este trabalho muito mais aprimorado.

À 4ª Vara da Família da Comarca de Campina Grande, servidores e o juiz Dr. Antonio Reginaldo Nunes, que me fazem acreditar na força de um Judiciário que deva ser sempre exercido com competência, eficiência e humanidade!

“Quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vinga, ignorando o Direito”

(Georges Ripert)

RESUMO

O presente trabalho realiza uma discussão inicial acerca da origem da família, sua evolução e o lugar privilegiado do afeto e do cuidado na contemporaneidade, bem como, diante da relevância social da temática e por ainda despontar como uma questão controvertida, objetiva analisar o instituto da Responsabilidade Civil aplicado às relações familiares, especialmente na relação entre pais e filhos, refletindo acerca da possibilidade do cabimento de indenização por violação ao dever de cuidado, tido como valor jurídico propugnado pelo Direito de Família constitucionalizado e repersonalizado. Dessa forma, diante do trabalho empreendido, pudemos constatar que a indenização é de fato devida quando da infringência comprovada do dever paterno/materno de cuidar do filho.

PALAVRAS-CHAVE: FAMÍLIA – CONSTITUIÇÃO - CUIDADO - AFETO - RESPONSABILIDADE CIVIL.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1. FAMÍLIA: ESBOÇO HISTÓRICO SOBRE SUA ORIGEM, EVOLUÇÃO E OS NOVOS CONCEITOS RELEVANTES.....	09
2. O LUGAR PRIVILEGIADO DO AFETO NAS NOVAS FAMÍLIAS EM CONFORMIDADE COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	12
3. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO E OS DIREITOS E DEVERES INERENTES À FILIAÇÃO	17
4. DEVER DE CUIDADO DOS PAIS PARA COM OS FILHOS SOB O PRISMA DO NOVO DIREITO DE FAMÍLIA.....	22
5. RESPONSABILIDADE CIVIL FAMILIAR POR INFRINGÊNCIA AO DEVER DE CUIDAR	26
5.1. Responsabilidade Civil Extracontratual Subjetiva	26
5.2. Pressupostos da Responsabilidade Subjetiva	28
5.3. Excludentes do dano injusto: O desconhecimento da condição de pai, as ausências justificáveis e a alienação parental	33
5.4. Funções e Objetivos do Possível Valor Indenizatório	36
5.5. A Ação Indenizatória: Aspectos Processuais/Procedimentais	39
5.5.1. Competência	39
5.5.2. A prova	40
5.5.3. Fixação da Indenização	41
5.5.4. A prescrição.....	43
6. EFEITOS PSICOLÓGICO-SOCIAIS DO DESCUIDO AFETIVO DOS PAIS SOBRE O FILHO.....	44
CONCLUSÃO.....	46
ABSTRACT	48
REFERÊNCIAS.....	49

INTRODUÇÃO

Este trabalho de conclusão de curso nasce de uma reflexão acerca do novo Direito de Família em consonância com os interesses sociais mais relevantes, o que possibilita a tutela jurídica das novas entidades familiares que se diversificam constantemente em busca da realização plena da pessoa humana, sendo o afeto o resultado eficiente dessa busca e o *locus* do crescimento interno e comunitário de seus membros.

Neste sentido, a família enquanto a mais primitiva das instituições sociais, e também a mais dinâmica, passou por diferentes períodos tendo diferentes funções. A família tradicional/patriarcal priorizava a procriação e os filhos legítimos como meio de preservação do patrimônio familiar, enquanto que a mais recente concepção de família, a família contemporânea, tem por fundamento a afetividade e o cuidado recíproco entre seus membros. Veja-se, assim, a escala evolutiva ascendente no sentido de evidenciar e abarcar socialmente as diversas modalidades de formação de família, os chamados arranjos familiares, hoje reconhecidos no *caput* do art. 226 da CF, posto que neste *caput* a Constituição considera a família como gênero que comporta diversas espécies.

Ressalta-se, ao longo do trabalho, a importância da Constituição Federal de 1988 de tal modo a propor uma “onda constitucionalizatória” que se infundiu por toda legislação infraconstitucional, possibilitando uma verdadeira repersonalização do direito para abarcar a pluralidade das entidades familiares e suas dimensões afetivas. Dessa forma, princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a convivência e a solidariedade familiar contribuem para a concepção da afetividade como parte essencial de um dever de cuidado ilimitado, parte integrante do exercício saudável do poder familiar.

No âmbito familiar, e especialmente a relação entre pais e filhos, existe uma série de direitos e deveres relacionados à pessoa dos filhos, tendo os pais o múnus do poder familiar que deve ser exercido com responsabilidade, uma vez que o descumprimento desse poder-dever permite o reconhecimento de uma situação de negligência ou abandono que vai muito além da responsabilidade material para com os filhos, posto que abrange o cuidado, o afeto e todos os princípios que consagram novos valores jurídicos em face da “Constituição Cidadã”.

Portanto, com fundamento na melhor doutrina e jurisprudência atuais, em que pese ser, para alguns, uma questão ainda controvertida, constata-se, à luz do ordenamento jurídico vigente, ser subjetiva a responsabilidade civil dos pais por infringência do dever de cuidar do filho menor, como se pode demonstrar numa reflexão sobre o assunto e na aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade ao caso concreto. Desse modo, há situações decorrentes do poder-dever familiar mal exercido, com laivos de graves omissões, que afrontam normas do Direito Constitucional de Família, revelando valores violados e a importância da prestação jurisdicional para resgate social e jurídico da dignidade superior de tais valores.

Assim sendo, ao longo da abordagem do tema, pretende-se destacar a necessidade do fiel cumprimento do dever de cuidar e do merecido repúdio ao abuso do direito praticado por pais que negligenciam e desrespeitam essa que é considerada a mais importante função parental.

1. FAMÍLIA: ESBOÇO HISTÓRICO SOBRE SUA ORIGEM, EVOLUÇÃO E OS NOVOS CONCEITOS RELEVANTES

A família, enquanto grupo de indivíduos pertencentes a uma linhagem comum, de há muito já não representa a concepção mais adequada ao termo, em seu sentido jurídico e alcance social atual. É inegável, entre os estudiosos das ciências humanas, que a família é a mais primitiva das instituições sociais e transcende ao próprio mundo jurídico, conforme lembram as palavras de Fachin, quando acentua que: “A família como fato cultural, está antes do Direito e nas entrelinhas do sistema jurídico” (FACHIN *apud* BONFIM, 2008, p. 03).

A família, assim, é o núcleo fundamental em que repousa toda organização social (Vieira, 2009) e é nela que o indivíduo é íntima e socialmente formado, pois, é centro gerador e irradiador das opiniões, sendo o ambiente ordinário do ser humano, onde este ao mesmo tempo em que forma é também formado, ao mesmo tempo em que se relaciona consigo mesmo, procurando entender seus gostos e concepções, é também elemento fundamental integrante do corpo social, num exercício constante da verdadeira dignidade da pessoa humana, segundo Canezin citada por Vieira:

É a família que possibilita a emergência de significado, de valores e critérios de conduta, sentimento de pertença, respeito e diálogo em contexto afetivo, o que irá refletir em seus futuros relacionamentos com o mundo que o rodeia, além de constituir-se como requisito indispensável ao desenvolvimento saudável das potencialidades do indivíduo. (CANEZIN *apud* VIEIRA, 2009, p. 06)

Realizando uma discussão clássica acerca da origem da família, da propriedade privada e do Estado, o teórico revolucionário alemão, Engels (1984), assenta em sua obra a tese de um estado primitivo de “promiscuidade sexual”, em que, nas diversas tribos formadas, a mulher detinha todo poderio social e sexual, prática denominada de poliandria, ou seja, a mulher possuía toda liberdade sexual para se unir a vários homens, havendo uma espécie de liberdade “concedida” pela sociedade para que ela assim se relacionasse, por consequência, o papel da mulher era o de progenitora única, estimado e conhecido, da jovem geração, pois a poliandria não permitia estabelecer-se com rigor a paternidade dos filhos frutos destas ditas relações, posteriormente tidas como promíscuas.

Segundo o citado autor alemão, o que ocasionou a passagem desse estado primitivo, marcado pelo direito materno, para o domínio do homem e da monogamia foram as novas concepções religiosas, o culto aos novos deuses, abrindo precedentes para as transformações históricas e sociais que acabariam por marcar os novos papéis sociais inerentes a cada sexo.

“O desmoronamento do direito materno foi a grande derrota histórica do sexo feminino em todo o mundo” (ENGELS, 1984, p. 95), pois a mulher passou a ocupar um lugar subalterno ao homem, ou seja, sendo sua serviçal e instrumento de reprodução da descendência dominante. Ainda conforme Engels (1984), para os romanos e os gregos da Antiguidade Clássica, o termo família, não se aplicava sequer ao par de cônjuges e aos seus filhos, mas somente aos escravos, isto é, a família era um conjunto ou “as coisas” pertencentes a um mesmo homem.

A nova condição degradante da mulher, aliada a um pretenso estado sexual de monogamia, bem como às necessidades de preservação patrimonial e procriação da descendência dominante masculina, perpetraram profundas transformações sociais, inclusive quanto à concepção de família, principalmente após o advento do Estado Social e ao longo de todo o século XX, segundo Lôbo:

No plano constitucional, o Estado, antes ausente, passou a se interessar de forma clara pelas relações de família, em suas variáveis manifestações sociais. Daí a progressiva tutela constitucional, ampliando o âmbito dos interesses protegidos, definindo modelos, nem sempre acompanhados pela rápida evolução social, a qual

engendra novos valores e tendências que se concretizam a despeito da lei. (LÔBO, 2011, p. 17).

Considerando ser a família uma instituição social antes mesmo de ser uma instituição tutelada pelo ordenamento jurídico, Morgan, *apud* Engels, a considera como “elemento ativo; nunca permanece estacionária, mas passa de uma forma inferior a uma forma superior, à medida que a sociedade evolui de um grau mais baixo para outro mais elevado” (ENGELS, 1984, p. 65).

Nesse sentido, distinguem-se três grandes períodos na evolução da família, quais sejam, a família tradicional, a família moderna e a família contemporânea. A primeira fase perpetrou-se até meados do século XIX, era a família dita tradicional, ou seja, a patriarcal. Nessa fase, a família serviria principalmente para transmissão de um patrimônio, sendo a autoridade masculina paterna e marital vista com uma autoridade natural e absoluta, segundo a visão filosófica de Aristóteles.

A mulher, unida ao homem pelo casamento, estava relegada a uma posição de dependência e subordinação ao marido. Os filhos, no mesmo sentido, dependentes e subordinados ao pai. Daí que essa é uma fase denominada de surgimento e ascensão do termo pátrio-poder (hoje poder familiar), o poder do pai, monopolizada pelo *pater familias*.

Aristóteles até concebe que as famílias tenham ou não posses, que tenham ou não filhos, mas não concebe uma família, sem a idéia de casamento [...] Sozinha, a mulher, não apenas não é capaz de procriar, como não seria capaz de subsistir, e muito menos comandar uma cidade ou um exército [...] Aristóteles quer apontar, portanto, uma deficiência, uma debilidade natural da mulher, visível seja por sua comparação ao homem, seja por sua própria compleição. (HIRONAKA, 2002, p. 410).

Ademais, esta noção de família tradicional, pautada numa concepção então considerada natural de autoridade paterna, justifica, segundo a renomada autora, com muito mais razão, a dependência em todos os sentidos dos filhos em relação aos pais, sendo “fator de consagração da responsabilidade dos pais diante dos filhos” (HIRONAKA, 2002, p. 409).

Numa segunda fase, a família foi denominada de família moderna ou romântica e perdurou entre o final do século XIX até os anos de 1960. O período da modernidade é um período de implementação de uma nova lógica daquilo que até então se concebia como família.

A modernidade abre espaço para uma transformação lenta, mas radical, na concepção de família, já que investe pela primeira vez (especialmente no âmbito do jusnaturalismo) na idéia de igualdade entre homem e mulher quanto à capacidade para chefiar a família. (HIRONAKA, 2002, p. 413).

Os valores burgueses, aliados à necessidade de ascensão na escala social, sancionam uma ideia de reciprocidade advinda do casamento, ou seja, de necessidade de divisão dos afazeres, de união pelo sentimento, de educação dos filhos.

A família moderna retirou da vida comum não apenas as crianças, mas uma grande parte do tempo e da preocupação dos adultos. Ela correspondeu a uma necessidade de intimidade, e também de identidade; os membros da família se unem pelo sentimento, o costume e o gênero de vida. As promiscuidades impostas pela antiga sociabilidade lhes repugnam. Compreende-se que essa ascendência moral da família tenha sido originariamente um fenômeno burguês: a alta nobreza e o povo, situados nas duas extremidades da escala social, conservaram por mais tempo as boas maneiras tradicionais, e permaneceram indiferentes à pressão exterior. (ARIÈS, 1981, p. 195).

É certo que o sentimento de família estava intimamente relacionado com o sentimento de classe, mas, de fato, se realizada uma comparação quanto ao primeiro período, principalmente em relação à nova posição da mulher e dos filhos na família, já se vislumbra uma considerável mudança de mentalidade.

O sentimento de família, o sentimento de classe e talvez, em outra área, o sentimento de raça surgem, portanto como as manifestações da mesma intolerância diante da diversidade, de uma mesma preocupação de uniformidade. (ARIÈS, 1981, p. 196).

Por fim, situa-se a mais recente fase dessa evolução, a da família contemporânea ou pós-moderna. É uma família que surge por uma necessidade afetiva, quer dizer, se outrora as funções da família podiam ser sociais, religiosas, políticas ou econômicas, atualmente sua função é afetiva, onde os indivíduos se unem pela afeição que sentem um pelo outro, sendo o *locus* para a promoção da dignidade da pessoa e de realização da personalidade humana.

No próximo tópico, abordar-se-á mais detidamente a importância da família atual, gênero que comporta variadas espécies.

2. O LUGAR PRIVILEGIADO DO AFETO NAS NOVAS FAMÍLIAS EM CONFORMIDADE COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A família surgiu por diversas necessidades e passou por profundas transformações ao longo do tempo, uma vez que é uma instituição social e, como tal, possui um dinamismo

arraigado em sua ideia. Desta forma, as funções que até então eram relegadas à família passam por modificações substanciais, propiciando a sua chamada evolução, como citado anteriormente.

Segundo Lôbo (2011), a urbanização acelerada ao longo do século XX e a emancipação feminina foram os dois principais fatores que contribuíram para o desaparecimento da família patriarcal. A família contemporânea é núcleo da autonomia e da liberdade e, nesse viés, é espaço de realização pessoal dos desejos humanos permeados pela interação, pela ligação entre as pessoas, de exercício pleno da dignidade, seja para homens, seja para mulheres, de todas as condições e orientações sexuais.

Reinventando-se socialmente, reencontrou sua unidade na *affectio*, antiga função desvirtuada por outras destinações nela vertidas, ao longo de sua história. A afetividade, assim, desponta como elemento nuclear e definidor da união familiar, aproximando a instituição jurídica da instituição social. A afetividade é o triunfo da intimidade como valor, inclusive jurídico, da modernidade. (LÔBO, 2011, p. 20).

Dias (2011) salienta que as novas estruturas de convívio se multiplicaram e, hoje, é muito desafiador encontrar um conceito único para o que seja essa estrutura social denominada de família. Na verdade, família não comporta um conceito único, haja vista ser termo polissêmico, assim, os modelos atuais se fundam em um traço diferenciador, qual seja, o afeto. Assim, para a autora, a função primordial das famílias contemporâneas é a instrumentalização, no sentido de melhor realizar os interesses afetivos e existenciais de seus componentes.

É necessário ter uma visão pluralista da família, abrigo dos mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação. O desafio dos dias de hoje é achar o toque identificador das estruturas interpessoais que autorize nominá-las como família. Esse referencial só pode ser identificado no vínculo que une seus integrantes. (DIAS, 2011, p. 43).

Pelo exposto, constata-se a intensa mutabilidade da concepção de família atualmente, possibilitando a multiplicação dos diversos arranjos familiares¹ pautados nas relações

¹ A expressão “arranjos familiares” advém da área musical e designa, segundo o dicionário Michaelis, a “adaptação de uma composição a vozes ou a instrumentos para os quais originalmente não havia sido escrita”. Acreditamos, então, que esta expressão tem muita relação com este trabalho, vez que ninguém é feito para ninguém, nos adaptamos ao outro e na medida em que os interesses do outro não nos satisfazem mais, procuramos formar “um novo arranjo”, uma nova família para nos abrigar. Assim, esta expressão é aqui entendida como a formação (e a multiplicação) das novas entidades familiares, como propõem Paulo Lôbo e Maria Berenice Dias, salientando o avanço das relações familiares pautadas no afeto e no cuidado recíproco, não sendo um afeto perpétuo, mas “eterno enquanto dure”.

fundadas na afetividade, na interação constante entre os seus membros, que buscam se sentir pessoalmente realizados.

Hoje é evidente que, para haver família, não é preciso haver homem e mulher, pai e mãe, cônjuges em sentido estrito. Mas basta haver cônjuges em sentido amplo, na mais lídima acepção etimológica desse termo, a saber: pessoas conjugando suas vidas intimamente, por um afeto que as enlaça especialmente, quanto aos fins e aos meios de vivência, convivência e sobrevivência. (BARROS, 1999, p. 11).

Na formação das novas famílias, o lugar do afeto é privilegiado. O fato de alguém se unir a outrem ou formar outro arranjo familiar do qual se originam descendentes, e se, por um acaso, a nova família formada vier a se esfacelar pela falta do afeto que um dia a uniu, não há, *a priori*, possibilidade de que o indivíduo gerado nesse ínterim de relacionamento seja privado do contato e do cuidado de ambos os genitores, vez que os conceitos de família e de filiação têm arraigado um conjunto de direitos e deveres relacionados à constituição/importância da família para formação social do sujeito, conceitos esses que não necessariamente guardam vínculo com a relação entre os genitores, seja ela sentimental, jurídica ou física, bem como com a própria origem da filiação biológica e socioafetiva.

Como resultado deste processo, a filiação assumiu a posição de centralidade na família em lugar da conjugalidade, agora instável, e esta mudança de eixo permitiu a renovação da instituição, mantendo, porém sua coesão: centrada na filiação, continua a família a atribuir os lugares da parentalidade, da ordem genealógica, e a garantir a sucessão das gerações, permanecendo assim em lugar de destaque, isto é, na base da sociedade. (MORAES, 2008).

A família, independentemente do modo como tenha sido formada, deve preservar alguns princípios constitucionais, a saber, a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a solidariedade familiar, a convivência e, entre outros, principalmente a afetividade, como já mencionado.

O princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro, delineado já nas primeiras linhas da Constituição Federal, tido como valor-fonte da ordem constitucional, é o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF), que representa a nova acepção axiológica do citado ordenamento, ou seja, a concepção de Estado que se preocupa não somente com a burocracia de seus atos, mas, sobretudo, com a teia de relações privadas e seus consequentes efeitos que delineiam a sociedade. Por mais complexa que seja uma definição deste princípio, busca-se entendê-lo como um valor nuclear do sistema jurídico em que o Estado, juntamente com a sociedade civil, objetiva tratar com honradez e decência os valores

essencialmente comuns aos indivíduos, promovendo-os e eliminando qualquer tipo de ameaça ou ingerência.

A dignidade, assim, pode ser considerada, de forma prática, como a promoção de condições de atendimento de saúde básica à população; o oferecimento por parte do Estado de escola com atendimento gratuito e com condições estruturais e humanas para que a população usufrua eficazmente do serviço; a garantia de um meio ambiente equilibrado; o direito de se locomover; de trabalhar; de ter uma família, enquanto for preciso ser cuidado e amparado pelos membros que a constituem. Enfim, o conceito de dignidade humana é muito amplo e possui uma valoração especial em seus diferentes contornos para cada indivíduo. Damascena o traduz, através do conceito de Ingo Wolfgang Sarlet, como sendo:

A dignidade da pessoa humana corresponde à qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos. (SARLET *apud* DAMASCENA, 2008, p. 83).

Com relação à liberdade, princípio constitucional estruturante, o entendimento é o de que este princípio solidifica a ideia de que todos somos libertos das amarras do Estado, das amarras sociais e políticas para fazermos o que bem entendermos de nossas vidas e de nossos desejos individuais, desde que no exercício dessa liberdade individual não haja arbitrariedade a ponto de afetar imoderadamente a liberdade do outro. Segundo Lôbo (2011), tal princípio possui duas vertentes principais: a primeira representa a liberdade das entidades familiares perante o Estado e a sociedade; a segunda, a liberdade de cada membro no bojo da própria entidade, ou seja, a liberdade reflete-se na individualidade de cada um e na representação de um grupo perante o outro, a sociedade e o Estado.

No âmbito do direito de família, tal princípio é muito significativo, porquanto põe em tela os interesses das novas famílias, salvaguardando-os, haja vista que os novos arranjos familiares advém prioritariamente da liberdade quanto à escolha de relações afetivas e não mais de um modelo familiar autoritário. A liberdade, nesse sentido, determina o alcance e a mutabilidade das relações familiares pautadas na igualdade entre seus membros. Conclui Lôbo (2011) que:

O direito de família anterior era extremamente rígido e estático, não admitindo o exercício da liberdade de seus membros, que contrariasse o exclusivo modelo matrimonial e patriarcal. A mulher casada era juridicamente dependente do marido e os filhos menores estavam submetidos ao poder paterno. Não havia liberdade para constituir entidade familiar, fora do matrimônio. Não havia liberdade para dissolver o matrimônio, quando as circunstâncias existenciais tornavam insuportável a vida em comum do casal. Não havia liberdade de constituir estado de filiação fora do matrimônio, estendendo-se as conseqüências punitivas aos filhos [...] O princípio da liberdade, portanto, está visceralmente ligado ao da igualdade. (LÔBO, 2011, p. 69/70).

Com relação aos princípios da convivência familiar (art. 227 da CF e arts. 4º e 19 do ECA) e da solidariedade (art. 3º, inciso I da CF), hão de ser comentados em conjunto diante da ligação intrínseca entre os mesmos. O direito à convivência familiar resulta de um ambiente em que impera a afetividade, vez que a convivência é a relação contínua, perene, duradoura, entre os membros que compõem a família em que todos tenham intimidade e compromisso com uma vida em comum, formada e mantida por meio de laços afetivos que foram construídos pelo tempo.

Assim, consubstancia a convivência, a solidariedade familiar, pois esta se relaciona à consagração da fraternidade e do compromisso entre as pessoas que comungam dos mesmos interesses e deveres, ou seja, das pessoas que convivem afetivamente.

Atente-se que às crianças e aos adolescentes, enquanto seres em formação, é garantido prioritariamente o direito à convivência e à solidariedade familiar, pois necessitam crescer em um ambiente pacífico, que corrobore a sensação de proteção e que possibilitará chances reais de um desenvolvimento saudável.

Sob essa perspectiva, tem-se que a proteção da criança e do adolescente foi assegurada internacionalmente em período bem anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988. Assim, a proteção integral à criança foi estabelecida na Convenção de Genebra sobre os Direitos da Criança, de 1924, e na Declaração sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1959, e reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Posteriormente, a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, teve como tema central a preocupação com o bem-estar da criança e do adolescente e com o seu desenvolvimento completo e harmonioso. (MACHADO, 2012, p.06/07).

Diante do constatado, vislumbra-se que é inegável a “proliferação” dos mais diversos arranjos familiares e que nessas comunidades o lugar do afeto é privilegiado, uma vez que este é elemento nuclear para formação das novas entidades. Nesse viés, valores essencialmente comuns aos indivíduos como a dignidade, a liberdade, a convivência e uma conjugação de diversos fatores e sentimentos, emergem naturalmente, e não por uma imposição legal, pois,

ainda segundo Lôbo (2011), a força da afetividade reside exatamente nessa aparente fragilidade, sendo o principal elo que mantém as pessoas unidas no âmbito das novas famílias.

Deste modo, o dever de cuidado mútuo, fincado nos laços de afetividade, principalmente entre pais e filhos, é espontâneo e eficaz, pois se a conjugalidade é momentânea, a parentalidade² é eterna e absoluta. Dessa premissa podemos relembrar o dito popular que anuncia: “Existe ex-marido, ex-mulher, mas não existe ex-filho!”.

3. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO E DIREITOS E DEVERES INERENTES À FILIAÇÃO

Precusores dessa nova concepção de famílias, o Estatuto da Mulher Casada, de 1962, e a Lei do Divórcio, de 1977, possibilitaram a inserção de instrumentos legais cada vez mais democráticos. Corolário desse entendimento é a Constituição Federal de 1988.

Explicitou a Constituição, no que toca à liberdade na família, a facilitação da dissolução do casamento pelo divórcio direto sem culpa (art. 226, § 6º) e, no que se refere à solidariedade, garantiu a assistência a cada membro da família (art. 226, § 8º), tutelando individualmente cada integrante e não apenas o grupo familiar como um todo. Ainda no que se refere à solidariedade, estabeleceu, além da responsabilidade dos pais pelos filhos menores, a responsabilização dos filhos maiores pelos pais idosos, carentes ou enfermos (art. 229). (MORAES, 2008).

O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão ‘família’, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por ‘intimidade e vida privada’ (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. ***Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da CF de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural.*** Competência do STF para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual

² O termo **parentalidade** está sendo entendido aqui dentro do conceito vigente sobre parentesco que, segundo Diniz, “é a relação vinculatoria existente não só entre pessoas que descendem umas das outras ou de um mesmo tronco comum, mas também entre um cônjuge ou companheiro e os parentes do outro, entre adotante e adotado e entre pai institucional e filho socioafetivo”. (DINIZ, 2007, p. 409).

das pessoas. (ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 5-5-2011, Plenário, DJE de 14/10/2011.). **(grifos nossos)**.

O Código Civil de 2002 veio reforçar aquilo que Paulo Lôbo brilhantemente denominou de “repersonalização das relações civis”, ou seja, a mudança de interesse quanto à tutela do Estado nas relações humanas: se outrora os interesses materiais eram foco da tutela legal, agora os interesses pessoais que dignificam a pessoa humana passam a ter primazia no ordenamento civil constitucionalizado. Em outras palavras, a repersonalização do Direito, sobretudo, do Direito de família, é fenômeno pelo qual o direito deixa de gravitar em torno do patrimônio (como ocorria na sociedade patriarcal) para ter como objetivo fundamental a tutela da pessoa humana. Em síntese: o Direito repersonaliza-se.

A repersonalização das relações jurídicas de família é um processo que avança, notável em todos os povos ocidentais, revalorizando a dignidade humana, e tendo a pessoa como centro da tutela jurídica, antes obscurecida pela primazia dos interesses patrimoniais, nomeadamente durante a hegemonia do individualismo proprietário, que determinou o conteúdo das grandes codificações. Com bastante lucidez, a doutrina vem revelando esse aspecto pouco investigado dos fundamentos tradicionais do direito de família, a saber, o predomínio da família patriarcal, que converte a pessoa humana em mero *homo economicus* [...] A repersonalização, posta nesses termos, não significa um retorno ao vago humanismo da fase liberal, ao individualismo, mas é a afirmação da finalidade mais relevante da família: a realização da afetividade pela pessoa no grupo familiar; no humanismo que só se constrói na solidariedade – no viver com o outro. (LÔBO, 2011, p. 28/29).

O Novo CCB instituiu a igualdade entre os cônjuges (art. 1.511/ art. 1.565/ art. 1.567), na esteira do que já dispunha a CRFB em seu art. 226, § 5º; equiparou a união estável ao casamento, com todos os direitos e deveres a ela inerentes (art. 1.724); extinguiu a ideia de família “legítima”, advinda do patriarcalismo, estabelecendo a igualdade entre os filhos sejam eles biológicos ou adotivos (art. 1.596/ art. 227, § 6º, CRFB), enfim.

Contudo, Hironaka (2002) salienta que “ainda estamos na visão aristotélica de família, em que essa associação originária só é legítima se obedecer ao que a sociedade patriarcal considera normalidade sexual e moral” (HIRONAKA, 2002, p. 410). Daí, a dificuldade tão grande em reconhecer as uniões homoafetivas como entidades familiares e a adoção de menores pelos casais homossexuais, do mesmo modo em tutelar as famílias monoparentais e os filhos havidos pela “produção independente”; as famílias recompostas, as famílias paralelas e tantos outros temas controversos no âmbito do direito de família.

A “onda constitucionalizatória”, o Novo Código Civil, toda legislação infralegal e principiológica, procedeu a uma afirmação das novas dimensões das relações familiares e,

inclusive, quanto às questões atinentes à filiação. Assim, em nossa atual conjuntura legal, a origem da filiação e do vínculo parental (jurídico, biológico ou socioafetivo) estão cada vez menos considerados para que se determine o vínculo afetivo entre pais e filhos.

Dessa forma, a filiação é um conceito impregnado de direitos e deveres voltados para a pessoa dos filhos, biológicos ou não, advindos de uma relação de casamento ou não, posto que a Constituição Federal proíbe qualquer forma de discriminação em razão da origem da filiação. Antigamente, como já salientado, reinava a idéia da família patriarcal, em que o *pater familias* reconhecia somente os filhos legítimos, ou seja, aqueles advindos da relação conjugal matrimonializada, como forma de perpetuar o patrimônio familiar nuclear, não considerando a possibilidade de deixar algum quinhão para aqueles que eram chamados de bastardos, porque eram filhos havidos fora do casamento, geralmente provenientes de relação com empregadas ou de algum outro caso extraconjugal do “pai de família”. O comportamento autoritário e despótico do *pater familias* emanava do pátrio-poder inerente ao homem, pai e marido na família patriarcal, o qual não se submetia a nenhum tipo de questionamento. Na verdade, era muito mais poder do que dever.

Contudo, felizmente, tal poder, ao longo de todo século XX, passou por transformações substanciais, na esteira da evolução do conceito de família e das novas relações familiares. Assim, o domínio do pátrio-poder representado pelo chefe de família foi desfalecendo diante da evolução natural da sociedade e, em consequência, da própria família.

No Brasil, com o advento do Código Civil em vigor, o pátrio poder passou a ser denominado de poder familiar, exatamente para afastar toda a carga semântica espúria modelada pela sociedade e família patriarcais, calcada num autoritarismo que não encontra acolhida nos modelos atuais de família. Hoje, o poder familiar deve ser exercido conjuntamente por ambos os pais, que poderão ser cônjuges ou não, demonstrando-se, assim, o fenômeno da democratização das relações familiares pela consagração do princípio da igualdade de direitos entre homens e mulheres, o que reverte, sobremaneira, ao encontro do princípio da proteção integral da criança e do adolescente em formação

O poder familiar consubstancia-se mais como um múnus, um encargo cuja titularidade é dos pais. Quando o menor se torna órfão e lhe é nomeado tutor, este deve exercer a função com a responsabilidade de um bom pai, mas não exerce o poder familiar, poder esse que se

caracteriza como irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. Para a grande civilista Maria Helena Diniz, o poder familiar se traduz em:

Conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho. (DINIZ, 2007, p. 514).

Guilherme Calmon Nogueira da Gama complementa tal conceito, uma vez que salienta:

Para exercer regularmente tal poder-dever, impõe-se ainda aos pais satisfazer outras necessidades dos filhos, notadamente de índole afetiva, já que as condutas previstas no art. 1.634, do Código Civil representam o mínimo, sem excluir outras que evidenciem aquela finalidade. (GAMA, 2008, p. 471).

O Código Civil prevê que compete aos pais, no exercício do poder familiar, dirigir a criação e a educação dos filhos e tê-los em sua companhia e guarda (art. 1.634, incisos I e II, CC/02), além do que são deveres dos cônjuges, entre outros, o sustento, guarda e educação dos filhos (CC, art. 1.566, inciso IV). O Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda que seja anterior ao Código Civil vigente, com ele está em harmonia, quanto ao que diz respeito ao direito de convivência familiar e comunitária do menor, bem como quanto ao exercício, perda e suspensão do poder familiar.

Nesse extenso rol não consta o que talvez seja o mais importante dever dos pais com relação aos filhos: o dever de lhes dar amor, afeto e carinho. A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a vertentes patrimoniais. A essência existencial do poder familiar é a mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar. (DIAS, 2011, p. 429).

Entretanto, diga-se também que a doutrina tem criticado a adoção da expressão *poder familiar*, porque, realmente, tal poder não pertence à família, mas aos pais. Fora isso, converge, ainda, a doutrina no entendimento de que poder familiar não é uma expressão adequada, haja vista que, assim como pátrio-poder deixou de ser, o termo ‘PODER’ ressalta, mesmo que em igualdade de condições para homens e mulheres, a ideia de mero domínio sobre a criança e o adolescente, o que não mais se admite, haja vista que o menor deixou de ser objeto de direito para ser sujeito de direito, o que significa dizer que protagoniza o próprio direito. A criança ou o adolescente deve ser sujeito que inspira cuidados porque ser em desenvolvimento biopsicossocial.

Diante disso, a expressão *autoridade parental* já começa a substituí-la, como ocorreu com a edição da lei que dispõe sobre a alienação parental (Lei Nº 12.318, de 26 de agosto de 2010). Não resta dúvida de que se trata de expressão mais adequada às funções educativa, protecionista e existencialista da parentalidade condicionada ao interesse dos filhos.

Paulo Lôbo apresenta brilhante explicação acerca da nova nomenclatura. *In verbis*:

Ainda com relação à terminologia, ressalte-se que as legislações estrangeiras mais recentes optaram por “autoridade parental”. A noção de poder evoca uma espécie de poder físico sobre a pessoa do outro [...] 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, além de expressar uma simples superioridade hierárquica, análoga à que se exerce em toda organização, pública ou privada. “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, além de fazer justiça à mãe. A discussão terminológica é oportuna, pois expressa a mudança radical operada no instituto. (LÔBO, 2011, p. 295/296).

Conforme se verifica do exposto, a filiação advém de um vínculo de parentesco eterno entre pais e filhos, sendo que o poder familiar possibilita a regulação do cuidado e proteção advindos de tal relação. De modo que, ser pai ou mãe implica em uma série de direitos e deveres para a pessoa que se dispõe a exercer responsavelmente a paternidade/maternidade. Nesse sentido, não importa a origem dos filhos (genética, afetiva, matrimonial, ou outra entidade familiar), o que realmente importa é que qualquer dos pais ou ambos se encarreguem de prover e cuidar daqueles que de uma forma ou de outra geraram.

Essa ideia advém do planejamento familiar proposto pela Resolução de 1968 da ONU (Organização das Nações Unidas), pela Constituição, em seu artigo 226, § 7º, e pela Lei Nº 9.263/1996, que regulamenta o citado artigo constitucional. Assim, Lôbo (2011) entende planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal (LÔBO, 2011, p. 218). De sorte que o Estado e a sociedade como um todo não podem interferir na livre decisão dos cidadãos de serem pais, contudo a liberdade procriadora dos mesmos advém de uma decisão responsável com vistas a assegurar o sustento dos filhos de forma digna.

4. DEVER DE CUIDADO DOS PAIS PARA COM OS FILHOS SOB O PRISMA DO NOVO DIREITO DE FAMÍLIA

O percurso traçado até então por esta entidade social e cultural denominada de família, como visualizado, passou por significativas mudanças ao longo da história. A família patriarcal, tradicional, surgida por uma necessidade de procriação e de preservação patrimonial transformou-se, gradativamente, numa versão contemporânea pós-moderna, onde é o *locus* em que se dimensiona a afetividade e, principalmente, o cuidado recíproco entre seus membros.

Neste ponto, cabe uma reflexão acerca do que seja a afetividade e, em caráter mais abrangente, o dever de cuidado, especialmente, dos pais para com os filhos. A afetividade, na órbita jurídica é considerada como princípio constitucional implícito, tendo correlação direta com a nova abordagem que é dada à família: centro da convivência que busca dignificar plenamente a pessoa humana a partir da realização de seus projetos de vida. A afetividade, assim, tem valor jurídico com assento permanente em nosso ordenamento, podendo ser exigida reciprocamente entre pais e filhos.

É na afetividade que se desdobra o traço de identidade fundamental do direito gerado no seio da relação paterno-filial, que, sem deixar de ser jurídica, distingue-se de todas as demais relações justamente pelo fato de que ela, e apenas ela, pode, efetivamente, caracterizar-se e valorar-se, na esfera jurídica, pela presença do afeto. (HIRONAKA, 2006).

O dever de cuidado, por sua vez, pode ser considerado mais abrangente e exigível no sentido de que “amar é faculdade, mas cuidar é um dever”, como destacou a ministra do STJ Nancy Andrighi³, dever esse que abarca diversos outros valores jurídicos disciplinados por instrumental legal, comportando também a afetividade.

Aos pais cabe dirigir a criação e a educação dos filhos. E mais, tê-los em sua companhia e guarda, conforme reza o art. 1.634, incisos I e II do Código Civil. A criança e o

³ Recurso Especial Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9) Relatora: Ministra Nancy Andrighi, julgado em 24 de abril de 2012, pela 3ª turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ). No relatório da ministra colhe-se que: “Sintetiza-se a lide em determinar se o abandono afetivo da recorrida, levado a efeito pelo seu pai, ao se omitir da prática de fração dos deveres inerentes à paternidade, constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável. Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tísado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. Em suma, ‘amar é faculdade, cuidar é dever’”. (Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-abandono-afetivo.pdf>>. Acesso em: 10 de maio de 2013).

adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, 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 dignidade (art. 3º do ECA).

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

Assim, entende-se que a afetividade é parte, e parte essencial, de um dever de cuidado ilimitado e com tutela explícita legal. Portanto, por meio da liberdade que as pessoas têm de se unirem umas às outras, seja por que modo for e com quem quer que seja, cuidar, no modesto entendimento aqui expresso, é zelar pelo desenvolvimento individual, social e integral do menor, ser em fase de formação plena da personalidade humana e da dignidade. O cuidado pressupõe afetividade e, especialmente, o abandono afetivo do filho enseja uma das hipóteses de infringência de tal dever⁴.

O abandono do filho e a omissão do dever de cuidado é justamente não zelar pela integridade moral, social, psicológica, espiritual etc, da criança ou do adolescente. E, também é conveniente ressaltar que o abandono pode ocorrer por qualquer dos pais, ou seja, tanto a mãe quanto o pai podem na mesma medida, em algum momento da vida, e por razões fúteis, vir a descuidar afetivamente de seus filhos.

É certo que em grande maioria dos casos o abandono ocorre por descuido do genitor por causas já conhecidas socialmente: o pai deixa o lar conjugal, motivado por vezes pelos

⁴ É importante destacar que Paulo Lôbo faz uma distinção acerca do que seja o afeto e a atividade, nos seguintes termos: “A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles” (LÔBO, 2011, p. 71). Em que pese a diferenciação estabelecida pelo ilustre doutrinador, por vezes, neste trabalho, o dever de cuidado, o afeto e a afetividade são colocados como sinônimos, por que se entende que todos esses termos são dimensões de um mesmo propósito de união e preservação da dignidade humana que devam ser observados nas relações familiares como um todo.

clamores da nova família já formada, e a mulher preterida fica com todas as responsabilidades da casa e, entre elas, o cuidado afetivo/existencial dos filhos⁵.

Daí que, a mãe ou o pai faltoso pode ser biológico ou socioafetivo, podendo o filho ter sido reconhecido espontaneamente ou em sede de ação investigatória de maternidade/paternidade *a posteriori*. Ou seja, a questão ultrapassa os contornos puramente biológicos da origem genética do filho e não tem vinculação com os laços efêmeros da conjugalidade entre os pais. O que é certo é que a negligência/omissão de qualquer dos pais quanto à assistência imaterial de seus filhos – a assistência material não será objeto de análise, vez que é tida como sagrada e inquestionável, desde que provado o parentesco e a necessidade do filho – advém do exercício do poder familiar e este pode ser exercido em conjunto ou separadamente pelos pais, sendo importante que efetivamente seja exercido em plenitude, pois é inerente a qualidade e responsabilidade de ser pai/mãe e é imprescindível para a formação plena da personalidade da criança e do adolescente e seu projeto de vida.

A doutrina pontifica:

Tanto o pai quanto a mãe concorre para que se organize convenientemente o desenvolvimento estrutural, psíquico, moral e ético do filho, cabendo à mãe um papel que mais se relaciona com a flexibilidade, com o afeto e com o conforto, enquanto ao pai cabe um papel que mais se relaciona com a fixação do caráter e da personalidade. A conjugação de ambos os papéis e a correlação de seus efeitos são capazes de revelar, na maioria das vezes, uma pessoa mais harmoniosa sob muitos pontos de vista sociais e de acordo com muitos modelos culturais. (HIRONAKA, 2006).

A afetividade e o cuidado são tão valorizados em nossa sociedade que sua falta pode até mesmo ensejar pagamento de indenização ao filho pelo pai faltoso⁶, embora a matéria não

⁵ “O número de casados caiu de 37% para 34,8% entre 2000 e 2010. O percentual de divorciados quase dobrou no mesmo período, passando de 1,7% para 3,1% [...] O percentual de famílias chefiadas por mulheres (reconhecidas como responsáveis pela casa) no país passou de 22,2% para 37,3%, entre 2000 e 2010”. SAUER, Sérgio. Dados estatísticos revelam mudanças no perfil socioeconômico das mulheres no Brasil. DHESCA BRASIL – Plataforma Brasileira de Direitos Humanos, Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais. (Disponível em: <http://www.dhescbrasil.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=692:dados-estatisticos-revelam-mudancas-na-situacao-socio-economica-das-mulheres-no-brasil&catid=69:antiga-rok-stories>. Acesso em: 26 de junho de 2013).

⁶ Nesse sentido, volta-se a citar o emblemático RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9), para se reproduzir a ementa desse recente julgamento inédito do STJ, fundamentado na relatoria da ilustríssima ministra Nancy Andrighi, julgado em 24 de abril de 2012, pela 3ª turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ): CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

se encontre pacificada. Não se faz exigência de um amor ou mesmo de um sentimento que deve ser natural e eternamente devotado, a discussão se faz a respeito da disciplina e da orientação para que os pais sejam realmente pais! Na verdade, o ideal é o planejamento familiar para que as pessoas sejam pais na hora mais conveniente de suas vidas (emocionalmente, financeiramente etc.) e assim exerçam a paternidade/maternidade de modo responsável, como já preconiza a Constituição em seu artigo 226, § 7º.

Todavia, nem sempre é o que ocorre. As pessoas trazem ao mundo novas pessoas e não as reconhecem como filhas ou filhos. Seja de que modo for esse reconhecimento (civil, social, afetivo etc.), ele não se efetiva em plenitude, pois não há uma preparação para conviver, solidarizar, educar, criar, orientar, influenciar e amar esses novos seres indefesos e inocentes que vêm ao mundo.

De tal sorte que pais despreparados e inconsequentes podem gerar filhos que, de um modo ou de outro, internalizaram uma rejeição primitiva e, cedo ou tarde, essa rejeição passa a ser um sentimento cada vez mais acentuado de forma que vem a causar sequelas psicológicas em graus diferenciados no emocional da criança ou do adolescente.

Nesse sentido, a omissão de cuidado afetivo pode levar à propositura de uma ação de

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurto, 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. (Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=14828610&sReg=200901937019&sData=20120510&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 13 de julho de 2013).

indenização pelo filho rejeitado em face do pai que descumpriu os deveres de filiação⁷. Tal ação necessita de uma averiguação profunda quanto aos danos imprimidos no filho e qual a sua dimensão no íntimo da criança ou do adolescente relegado.

Averiguado e constatado o abandono afetivo, a ação é julgada procedente e pode determinar a perda do poder familiar para o pai irresponsável (art. 1.638, inciso II do CC), contudo um pai que nunca foi pai verdadeiramente pode até mesmo ser “bonificado” com esse tipo de punição, pois se sentirá “dispensado legalmente” da obrigação de ser pai.

Deste modo, geralmente, nessas situações, é recebido um valor a título de indenização servindo, prioritariamente, para a “recuperação” ou estabilização emocional daquele filho rejeitado. A indenização, dentre outras finalidades, possui caráter pedagógico no intuito de que os pais omissos se tornem pessoas melhores e, conseqüentemente, pais melhores do que foram até então para aqueles que trouxeram, por livre e espontânea vontade ao mundo. A propósito:

Os pais são os cuidadores naturais de seus filhos, os titulares e depositários da autoridade delegada pela sociedade civil, pelo Estado, mas sempre controlado. Sem o cuidado dos pais, as crianças ou os adolescentes não são protegidos, desestruturam-se, sentem-se à deriva de tutela, daí a importância de se pensar o cuidado numa perspectiva de função de potencializar a dignidade da pessoa humana no âmbito do poder familiar. (GAMA, 2008, p. 469).

5. RESPONSABILIDADE CIVIL FAMILIAR POR INFRINGÊNCIA AO DEVER DE CUIDAR⁸

5.1. Responsabilidade Civil Extracontratual Subjetiva e Familiar

A noção de Responsabilidade está intimamente ligada ao conceito de Obrigação, contudo, mesmo sendo termos muito utilizados indiferentemente são originalmente distintos. O grande civilista Cavalieri Filho preleciona um conceito para Responsabilidade Civil nos seguintes termos:

⁷ *Abandonar*, segundo o dicionário Michaelis – UOL pode ser traduzido para: “v. 1. Tr. dir. Deixar ao abandono; desamparar. 2. Tr. dir. Abjurar, renunciar. 3. Tr. dir. Desertar de, fugir de. 4. Tr. dir. Desistir de, renunciar a. 5. Tr. dir. Afrouxar, deixar meio solto. 6. Pron. Deixar-se vencer pela fadiga, pelo vício. 7. Pron. Entregar-se, render-se”.

⁸ Filial, em nosso entendimento, refere-se mais do que a paternidade *stricto sensu*, refere-se à filiação como um estado, um múnus imputado ao pai ou mãe que detém a autoridade parental sobre seus filhos.

Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. 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. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 02).

Ocorre que, a responsabilidade não deixa de ser uma obrigação, todavia, é tida como uma obrigação secundária, isto é, derivada de uma determinada violação a um dever jurídico originário. Diferente da Obrigação primária e genuína, advinda da lei (responsabilidade extracontratual ou aquiliana) ou da vontade das partes (responsabilidade contratual), que, se descumprida, enseja responsabilização.

Dessa forma, interessa-nos compreender com maior precisão o conceito de Responsabilidade, haja vista que o descumprimento do dever jurídico de cuidado, configura-se como ato que causa dano injusto⁹ ao filho relegado, nascendo daí a Responsabilidade Civil de indenizar o filho rejeitado afetivamente.

Assim, vislumbra-se que a Responsabilidade Civil advém de diferentes causas jurídicas, como, por exemplo, da relação especial existente entre pais e filhos, bem como possui diferentes pressupostos que serão abordados oportunamente a seguir, como a conduta culposa do agente, o nexo causal e o próprio dano.

Interessa-nos neste estudo a Responsabilidade Civil Extracontratual Subjetiva, no sentido de que, a Responsabilidade é eminentemente civil por tratar de interesses da esfera privada; extracontratual em virtude da lesão ao bem jurídico advir de uma infringência da lei ou mesmo da ordem jurídica, além de ser uma responsabilidade subjetiva por ter como

⁹ Houve uma passagem do conceito de ato ilícito, previsto nos arts. 186 e 927 do CC, para o de dano injusto, em que a culpabilidade deixa de ser fator de verificação do dano e passa a constituir a antijuridicidade, o merecimento de tutela dos interesses conflitantes. Ainda no século passado, Orlando Gomes já previa essa virada do ato ilícito para o dano injusto, que permite detectar outros danos ressarcíveis, que não apenas aqueles que resultam da prática de um ato ilícito. Moraes citada por Vieira sustenta que: “Gomes define dano injusto como ‘a alteração *in concreto* de qualquer bem jurídico do qual o sujeito é titular’ prescindindo de que tal alteração seja resultado de uma conduta ilícita. Entre tais bens jurídicos, o autor elenca direitos da personalidade, certos direitos de família e os interesses legítimos. Sendo assim, na busca de critérios mais amplos de proteção, que englobassem interesses dignos de tutela, e não somente direitos subjetivos, modernamente desvinculou-se da ideia da atuação antijurídica para a ideia da injustiça do dano”. (MORAES *apud* VIEIRA, 2009, p. 29).

elemento definidor a culpa do agente com previsão explícita nos artigos 186 e 927 do Código Civil¹⁰.

Destarte, o que é imprescindível salientar é que no âmbito do Direito de Família a Responsabilidade Civil ganha outras dimensões além das clássicas já esposadas pela doutrina mais selecionada, pois em matéria de família as questões a serem dirimidas são muito específicas e inestimáveis.

Há de se observarem os princípios que regem o Direito de Família, como também questões como a dignidade humana, a personalidade e os traumas experimentados pelo indivíduo, a atmosfera familiar como um todo, as relações entre as entidades familiares e, principalmente, a pessoa dos filhos que são mais carentes de cuidado por estarem em processo de formação.

Por isso, não é somente uma responsabilidade civil extracontratual subjetiva é também peculiar e especialmente familiar. Como bem corroboram, dentre outros, Angeluci (2006), Hironaka (2006) e Moraes *apud* Pereira (2006):

As relações de família, em virtude de sua natureza especial e de possuir características e princípios próprios, devem ser analisadas a luz do Direito de Família, dentro da ótica da 'repersonalização do Direito Civil', já que possui como centro da discussão a pessoa humana. (ANGELUCI *apud* TAVARES e ANGELUCI, 2006)

O dever de indenizar decorrente do abandono afetivo encontra, por isso, os seus elementos constitutivos na funcionalização das entidades familiares, que devem tender à realização da personalidade de seus membros, com especial destaque para a pessoa do filho. Dessa forma, busca-se analisar os elementos clássicos da responsabilidade civil segundo tal paradigma. (HIRONAKA, 2006)

A responsabilidade civil, na atualidade, preocupa-se com a vítima e com os danos por ela sofridos, quase independentemente das razões de quem os causou. Ressarcíveis não são os danos causados, mas, sim, os danos sofridos e o olhar do direito volta-se totalmente para proteção da vítima. Se o pai não tem culpa de não amar sua filha, tem a culpa de tê-la negligenciado. Assim, como se verá, o pai deve arcar com a responsabilidade por tê-la abandonado, por não ter convivido com ela, por não lhe ter educado, todos esses deveres impostos por lei. (MORAES *apud* PEREIRA, 2006, p. 676).

5.2. Pressupostos da Responsabilidade Subjetiva

¹⁰ 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.

Não resta dúvida de que, também no Direito de Família, há obrigação de reparar danos patrimoniais e extrapatrimoniais resultantes da prática de ato ilícito. Dessa forma, a responsabilidade civil extracontratual subjetiva e familiar surge como uma obrigação que para se caracterizar em plenitude necessita de que se verifique, no caso concreto, a presença dos elementos essenciais à existência do ato ilícito (previsto nos arts. 186 e 927 CC), a saber: a) conduta (comissiva ou omissiva); b) culpa, em sentido lato, abarcando o dolo e a culpa *stricto sensu*; ¹¹ c) nexo de causalidade entre a conduta e o dano e d) dano (patrimonial ou moral).

Inicialmente, a conduta é o comportamento voluntário do agente, caracterizado por uma ação ou omissão, dolosa ou culposa, dirigida a uma finalidade e apta a produzir resultados na órbita jurídica. Sendo assim, a conduta marcada por uma ação é a conduta comissiva, positiva, ou seja, quando há uma mobilização do agente, em termos práticos, para a efetivação de um resultado pretendido, enquanto que a conduta omissiva é justamente marcada pelo não agir, tornando-se relevante juridicamente quando o indivíduo se exime de agir em uma situação em que deveria agir ou atenuar os efeitos do ato danoso.

Quanto aos aspectos do dolo e da culpa, lembrando as lições do Código Penal em seu art. 18, a conduta dolosa é aquela em que o agente desejou o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. Aqui não cabe abordar em profundidade este aspecto, pois o assunto foge ao foco do tema desta monografia, competindo às Ciências Criminais estudar com muito mais propriedade o crime, a punição e a reparação quando o agente quis inequivocamente o resultado danoso.

Em relação ao elemento subjetivo, os conceitos são muito variados, entrando em consenso alguns doutrinadores no sentido de que a culpa nasce lícita, desviando-se dos padrões éticos e gerando, por descuido, um resultado danoso, mas previsível. Assim, a culpa é analisada mais pelo resultado em si, pois o *animus* do agente é irrelevante quando as consequências de seu ato são consideradas como desobediência ao padrão social.

¹¹ Sobre a permanência da culpa como pressuposto geral para a responsabilidade civil, sobretudo no vigente Código Civil, merece dizer que, a respeito, há abalizada opinião doutrinária contrária. É o caso de citar-se o entendimento de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, para os quais se deve considerar a existência de outra espécie de responsabilidade, “que prescinde desse elemento subjetivo para a sua configuração”. Os autores estão se referindo à responsabilidade objetiva (CC, art. 927, parágrafo único), cuja incidência independe de culpa do agente, bastando haver risco na atividade econômica empreendida por ele e no exercício da autonomia privada. Continuando, dizem os autores: “Ora, se nós pretendemos estabelecer os elementos básicos componentes da responsabilidade, não poderíamos inserir um pressuposto a que falte a nota de generalidade”. Noutro trecho, concluem: “A culpa, portanto, não é um elemento essencial, mas sim accidental” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2013, p. 70 e 71).

A conduta culposa é caracterizada pela vontade livre do agente, descuidada e previsível, exteriorizando-se em diferentes formas, quais sejam: a imprudência, a negligência e a imperícia. Assim, os pais que descuidam afetivamente de seus filhos, eventualmente podem não dimensionar a gravidade de tal omissão, mas isto não minora a gravidade do fato, que existe e é passível de censurabilidade e de reparação, vez que são previsíveis as consequências adversas de tal comportamento.

Nesse sentido, a conduta negligente do pai com relação ao filho pode vir a gerar danos que só podem ser efetivamente caracterizados quando houver um elo entre esses e a conduta omissa/negligente do pai. Tal elo é outro pressuposto da Responsabilidade Civil: o nexo causal.

O nexo causal também exprime diferentes conceitos que ultrapassam a esfera jurídica, contudo, aqui interessa saber que o nexo causal é a ligação naturalística decisiva entre a conduta praticada e o dano sofrido (consequência da conduta).

Vislumbra-se que este pressuposto é fundamental para a caracterização da Responsabilidade, pois as condutas do agente são as mais variadas e o dano deflagrado no indivíduo é muito específico ou deveria ser. Nesse sentido, há que ser feita uma avaliação caso a caso para se identificar quais as circunstâncias que de fato contribuíram para a efetivação do dano, sendo que quanto mais complexo o evento danoso, mais difícil é precisar qual a conduta determinante.

No intuito de amenizar a problemática, foram elaboradas algumas teorias, das quais destacamos a teoria da equivalência dos antecedentes e a teoria da causalidade adequada. A primeira, em linhas gerais, preleciona que todas as condições são importantes para a configuração do dano. Cavalieri Filho (2010) a descreve nestes termos:

Para se saber se uma determinada condição é causa, elimina-se mentalmente essa condição, através de um processo hipotético. Se o resultado desaparecer, a condição é causa, mas se persistir, não o será. Destarte, condição é todo antecedente que não pode ser eliminado mentalmente sem que venha a ausentar-se o efeito. (p. 48).

Pode-se observar que esta teoria concorre para condições ilimitadas na configuração de resultados também ilimitados, o que implica na não resolução da problemática. A segunda teoria, a da causalidade adequada, ao contrário da primeira, postula que adequadas são as causas que foram decisivas e idôneas à geração do dano. O referido autor explica:

Logo, em sede de responsabilidade civil, nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes (como no caso da responsabilidade penal), mas somente aquela que foi a mais adequada a produzir concretamente o resultado. Além de se indagar se uma determinada condição concorreu concretamente para o evento, é ainda preciso apurar se, em abstrato, ela era adequada a produzir aquele efeito. Entre duas ou mais circunstâncias que concretamente concorreram para a produção do resultado, causa adequada será aquela que teve interferência decisiva. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 50).

Pode-se dizer que o CC adotou a teoria da causalidade adequada quando no art. 403, dispõe que: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

Da teoria da causalidade adequada e do nexos causal é possível extrair considerações relevantes no sentido de que o fato de um pai ser negligente não implica necessariamente em pagamento de indenização, uma vez que os danos morais deflagrados na vida do filho, que interferem negativamente em sua dignidade enquanto pessoa, devem ter uma ligação íntima, direta e imediata com a conduta negligente do genitor(a).

O pai não é obrigado a amar o filho, pois sentimentos não se impõem, surgem naturalmente, todavia não cuidar é ato ilícito (dano injusto), negligente, cuja previsão é a retribuição, especialmente pecuniária, por entender-se que o agente (pai) contribuiu com o dano deflagrado no filho ao agir deploravelmente como mero genitor ou gerador.

Por fim, após a análise dos primeiros pressupostos da Responsabilidade Civil Subjetiva, resta o conceito acerca do que seja o famigerado dano. É importante esclarecer que o conceito de dano está intimamente ligado ao conceito de bem jurídico, ou seja, o bem jurídico refere-se não somente aos bens corpóreos, mas também as coisas incorpóreas que constituem o conjunto patrimonial e não patrimonial da vítima.

Nesse sentido, o dano é a efetiva violação ao bem jurídico tutelado, qualquer que seja a sua natureza patrimonial ou extrapatrimonial. Este é um conceito relativamente novo, pois é recente a aceitação pela doutrina e pela jurisprudência de um dano moral capaz de revelar agressão aos valores de natureza não patrimonial da vítima como a honra, por exemplo.

No tocante às relações familiares ora abordadas, pode-se melhor amoldar os danos refletidos no filho rejeitado aos danos morais ou danos à pessoa, no sentido de que pode

existir uma violação, não a massa patrimonial da vítima, mas uma violação ainda mais preocupante à sua dignidade, aos seus direitos enquanto pessoa.

Desse modo, a consideração da existência de dano nas relações familiares e, por consequência, da responsabilidade civil pela produção do dano, sobretudo imaterial, é uma realidade reconhecida pela lei, pela doutrina e pela jurisprudência, em que o valor pecuniário de cunho indenizatório não é propriamente satisfativo ou compensatório, senão voltado bem mais para os aspectos educativo e preventivo de situações similares. A respeito, diz Cavalieri Filho (2010):

Mesmo nas relações familiares podem ocorrer situações que ensejam indenização por dano moral. Pais e filhos, marido e mulher na constância do casamento, não perdem o direito à intimidade, à privacidade, à autoestima, e outros valores que integram a dignidade. Pelo contrário, a vida em comum, reforçada por relações íntimas, cria o que tem sido chamado de moral conjugal ou honra familiar [...] Como se vê, hoje o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos – os complexos de ordem ética-, razão pela qual se revela mais apropriado chamá-lo de dano imaterial ou não patrimonial, como ocorre no Direito Português. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 83/84).

Desta forma, referir-se a danos morais ou a danos à pessoa é uma divisão indiferente, considerando que num e noutro caso a referência é indicativa de lesões extrapatrimoniais que afetam a dignidade da pessoa. Quanto ao conceito de dano, este também não é unívoco. Geralmente o que ocorre é uma mistura entre aspectos objetivos e subjetivos do termo.

Considerava-se assim, como dano moral, aquilo que não é patrimonial ou mesmo como uma noção subjetiva com referência às consequências da lesão, ou seja, aquele fato que causou dor, sofrimento e vexame desmesurados à vítima. Contudo, tais ponderações exprimem um conceito cada vez mais amplo, em que os efeitos do dano são encarados para que se conceitue o próprio dano, o que não contribui para que se entenda a efetiva dimensão deste pressuposto no panorama da Responsabilidade Civil.

Nessa esteira, Vieira (2009) aponta um método definidor para a solução desta controvérsia, considerando os danos morais como danos à cláusula geral da tutela da pessoa humana. Assim, por dano moral entende-se a ofensa sofrida pela pessoa, causadora de dano a sua essência imaterial, cujo resultado lhe impõe lesão grave, muito embora ressarcível. Na dicção de Vieira:

Nesse sentir, o dano moral trata-se da violação à cláusula geral de tutela da pessoa humana, prevista no art. 1º, III, do imperativo constitucional, ofendendo-lhe a

dignidade, mesmo que essa ação não seja reconhecida em alguma categoria jurídica específica. Essa corrente confere especial proteção à pessoa humana de forma ampla, geral e irrestrita, partindo da idéia de que o Direito existe para proteger as pessoas. Em última análise, por essa teoria, “socorre-se da opção fundamental do constituinte para destacar que a ofensa a qualquer aspecto extrapatrimonial da personalidade, mesmo que não se subsuma a um direito subjetivo específico, pode produzir dano moral, contanto que grave o suficiente para ser considerada lesiva à dignidade humana. (VIEIRA, 2009, p. 35/36).

Por esse viés, o pai que, em razão de sua conduta culposa, descuidando-se, negligenciando e omitindo-se quanto ao dever de cuidar do filho, causando-lhe lesão grave que o afeta decisivamente enquanto pessoa (dano moral), comete dano injusto passível de consequências jurídicas, dentre elas a indenização. Para tanto, é necessário que se configure um nexo de causalidade adequado entre a conduta do pai desidioso e o resultado danoso desencadeado no filho, sendo que é importante uma avaliação judicial minuciosa, caso a caso, afim de que se evite desproporcionalidade da responsabilização.

5.3. Excludentes do Dano Injusto: O Desconhecimento da Condição de Pai, as Ausências Justificáveis e a Alienação Parental

Como se sabe, nem sempre é simples a ligação entre a conduta do agente e o dano alegado pela vítima, como também não é simples a mensuração monetária da indenização. Por isso, torna-se imperiosa uma análise da situação real para que se encontre a medida do justo valor da indenização.

Pela teoria da causalidade adequada, propõe-se uma alternativa suficientemente equânime a fim de balizar as questões atinentes à conduta, ao dano e ao nexo de causalidade, todavia, mesmo encontrando uma conexão adequada entre a conduta, o dano e a ilicitude (injustiça do dano), há situações em que estas “conexões” não são tão fáceis de serem identificadas num primeiro momento.

O artigo 927, *caput*, do CC, já citado, dispõe expressamente acerca da indenização quando se viole direito alheio, causando dano e tendo por fundamento o ato ilícito. O art. 188, do mesmo diploma legal, *a contrario sensu*, prevê as hipóteses de não violação do dever jurídico, mesmo que se cause dano a outrem, quais sejam as excludentes clássicas: o exercício

regular do direito, a legítima defesa, o estado de necessidade, além da culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior.

Portanto, os pressupostos do dano e da ilicitude (injustiça do dano) não têm consequências jurídicas uniformes em todo caso. “Pode haver ilicitude sem dano (conduta culposa e até dolosa que não chega a causar prejuízo a outrem) e dano sem ilicitude”. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 18).

Não é objetivo neste simples trabalho, tecer considerações acerca das excludentes clássicas, contudo como o Direito de Família e a Responsabilidade Civil no Direito de Família têm natureza *sui generis* e pluridimensional, segundo Paulo Lôbo, *apud* Hamada (2013), no sentido de que cabe ao direito familiar analisar com muito mais propriedade o conjunto de circunstâncias fáticas que compõem a relação paterno/materno-filial, é conveniente repensar os elementos clássicos da Responsabilidade Civil aplicáveis às complexas circunstâncias familiares. Veja-se o que diz a doutrina:

Na Responsabilidade Civil decorrente do abandono moral paterno, quatro são as principais excludentes: o desconhecimento do genitor de sua condição de pai, a alienação parental provocada pela mãe da criança ou por sua família, a ausência de dano psicológico na formação do jovem e a omissão paterna quando da maioridade e capacidade dos filhos. (BODANESE, 2011, p. 42).

Neste aspecto é necessário que o indivíduo tenha conhecimento de sua condição de pai/mãe, pouco importando a origem dessa filiação. Assim, seja o filho advindo do casamento, da união estável, de uma relação eventual enfim, é imprescindível que a relação exista no mundo fático e jurídico e que seja de conhecimento comum das partes, mesmo que nunca tenha chegado a se estabelecer do ponto de vista afetivo ou, estabelecendo-se, nunca tenha sido satisfatória sob o viés emocional, moral, mental, social, espiritual. “Assim, exclui-se a responsabilidade apenas quando este, de fato, desconhece a sua condição de pai, mas não quando a conhece e, ainda assim prefere ignorá-la, convicto de que somente a justiça pode obrigá-lo a assumir suas responsabilidades”. (BODANESE, 2011, p. 44).

Nesse viés, há situações em que os pais não conseguem estar presentes como gostariam (e deveriam legalmente) na vida diária dos filhos devido aos afazeres extensivos de trabalho, por vezes, passando horas nas ruas e os filhos nesse ínterim sendo observados por terceiros. Contudo, apesar da situação, o pai/mãe, verdadeiramente preocupado com o bem-

estar e o crescimento saudável dos filhos, procuram outras formas de contato com os mesmos com a finalidade de se fazerem presentes, senão do modo ideal, porém do modo mais razoável que as circunstâncias permitirem.

Estas situações são denominadas de ausências justificáveis e são aquelas em que há uma impossibilidade de ordem física, financeira, geográfica, enfim, de os pais pactuarem da vida cotidiana de seus filhos, todavia os mesmos justificam suas ausências na medida em que o suporte afetivo dado ao filho equilibra-se, mesmo que mediante esforço colossal, rompendo assim o nexos causal e, por consequência, um eventual dever de indenizar. Afinal, não é a quantidade de vezes em que pai ou mãe está com o filho que dá a dimensão do exercício correto do dever de cuidar, mas a qualidade do exercício desse dever-poder. A propósito, se expressa a doutrina:

Devemos chamar a atenção do leitor para o caso de ausências justificáveis, como, por exemplo, a não presença do pai em virtude de afastamento judicial, a falta de contato com o pai que viaja demasiadamente a trabalho, ou ainda a daquele que reside em estado ou país diferente do da prole. Tais barreiras são praticamente intransponíveis fisicamente e abonam a ausência afetiva. (SILVA, 2010, p. 05).

Consideram-se ausências justificáveis, no sentido ora abordado, a ausência de um pai/mãe que se encontra enfermo, cumprindo medida restritiva de direito, geograficamente distante de seu filho por motivos imperiosos e sem uma dada dotação financeira para poder viajar e encontrá-lo. No entanto, para quem quer e tem, ainda que a mínima, condição financeira, a distância pode ser mitigada com telefonemas, e-mails, contatos em redes sociais, etc., haja vista as múltiplas formas de acessibilidade possibilitadas pela tecnologia contemporânea.

Finalizando esse rol de excludentes meramente exemplificativo, considerando o enfoque de análise a partir da teoria da causalidade adequada, ressalta-se a situação da alienação parental tão bem descrita por Dias (2011):

Muitas vezes, quando da ruptura da vida conjugal, se um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, o sentimento de rejeição, ou a raiva pela traição, surge um desejo de vingança que desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro. Nada mais é do que uma “lavagem cerebral” feita pelo guardião, de modo a comprometer a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou não aconteceram conforme a descrição feita pelo alienador. (DIAS, 2011, p. 462/463).

Bem como, como previsto na Lei sobre a Alienação Parental (Lei Nº 12.318/2010):

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Destaque-se que numa situação de manipulação de interesses, o filho torna-se objeto desse jogo e das vinganças infundadas do ex-casal, sendo conduzido a “escolher” um genitor em detrimento do outro, criando vínculos mais resistentes com um e com o outro não, pois lhe é incutido um sentimento de rejeição que, de fato, nunca existiu pelo pai ou pela mãe, a depender de qual seja o genitor alienante ou alienado.

Neste sentido, é importante esta excludente de alienação parental, uma vez que a conduta do genitor alienado (eventualmente marcada pela omissão da presença) não guarda, por vontade própria, vínculos com a produção de um provável dano psicológico deflagrado no filho. Estes danos, se existirem, advêm de situações outras que não a postura de resiliência do pai alienado, pois este é tão vítima quanto o próprio filho.

Esta é uma situação específica, prevista em lei e passível de uma resolução salutar para todas as partes. O abandono, a falta de cuidado afetivo voluntário, entretanto, é uma situação ainda não pacificada e que enseja diversas discussões para muito além da questão jurídica. As excludentes citadas constituem casos exemplificativos que corroboram para o rompimento do nexo causal e, por sua vez, com o pleito indenizatório. Assim, é fundamental que se verifique atentamente cada caso, pois o fato de o dano existir, não significa, *a priori*, relação direta com uma suposta desídia na relação paterno-materna.

5.4. Funções e Objetivos do Possível Valor Indenizatório

É certo que a reparação civil em face da infringência do dever de cuidado e de afeto ao filho cumpre algumas funções, a saber: dissuasória e preventiva, no sentido de que é instrumento de alerta a casos semelhantes, ou seja, o fato de determinar-se um pagamento a título de indenização ao filho rejeitado serve como fator interruptivo imediato com relação a outros pais que tenham conduta semelhante com seus filhos e simultaneamente possibilita a inibição desse comportamento vexatório nas relações familiares como um todo.

Discute-se muito o fator punitivo e compensatório da indenização. Não nos filiamos a corrente que admite nenhum desses dois ideais, uma vez que compensar, no sentido literal do termo, significa algo como reparar integralmente voltando a vítima ao *status quo ante*, o que não ocorre em matéria de violação a bem jurídico imaterial, impossível de ser precisamente quantificado e traduzido em valores monetários. Como se disse antes, a importância maior da indenização é funcionar como instrumento inibitório e educativo (pesando no bolso, inibe a prática de comportamento familiar e socialmente desviado).

Quanto à questão da punição, existe uma explicação histórica para que não se a admita. Souza (2010) salienta que o viés da punição advém da escola do direito anglo-saxão que, em matéria de indenização pela violação de direito moral, considerava a punição do ofensor mais privilegiada do que a própria tentativa de reparação ao dano causado à vítima. No contexto em estudo, dita medida, contudo, não se coaduna com o sistema jurídico brasileiro, baseado na escola romano-germânica. Nesse sentido, conforme postulados dessa escola, não há como se estabelecer punição sob a ótica do ofensor, esta só pode ser analisada pelo olhar da vítima que quer ver-se indenizada em alguma medida pelo dano injusto sofrido.

Portanto, diferentemente do que ocorre no sistema anglo-saxão, a nossa sentença cível não pode cumular a função punitiva. Caso isto ocorresse, haveria um verdadeiro *bis in idem*, já que o causador do dano estaria sendo condenado a pagar duas vezes por um mesmo fato. (SOUZA, 2010, p. 09).

A perda do poder familiar, como prevista no art. 1.638, inciso II, do CC, não pode enquadrar-se como uma medida punitiva, não pelo seu viés legal, uma vez que o próprio CC a incluiu como punição, mas pelo seu aspecto funcional. Não se vislumbra como uma pena, em seu caráter repreensivo, o fato de um pai perder o poder familiar, quando este nunca o exerceu em plenitude, deixando o filho à própria sorte, em um vazio subjetivo de carinho e atenção.

A perda do pátrio poder não suprime, nem afasta a possibilidade de indenizações ou compensações, porque tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malcuidado recebido pelos filhos. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2012 *apud* HAMADA, 2013)

Ademais, reafirme-se, há uma função extremamente pedagógica no ato de pagar essa indenização, pois, mesmo que refletindo no lugar menos provável: o bolso, o valor possibilita o reconhecimento às avessas da condição natural e eterna de pai/mãe e de filho, assim ainda

que não haja um relacionamento entre eles, e geralmente não há, houve o reconhecimento social e jurídico de um elo que nunca deveria ter sido rompido por circunstância alguma.

Daí que o objetivo da indenização e da Responsabilidade Civil em sentido amplo é tornar a vítima *indene*, em situação análoga a que se encontrava antes de sofrer os danos relativos ao descuido filial, contudo, em âmbito familiar, como lhe é peculiar, o *quantum* indenizatório é meramente simbólico. Assim se expressa Hironaka:

A quantificação em dinheiro não muda nada [...] Não significa nada, a não ser o fato de ter sido o assunto colocado na pauta *da sociedade*, de modo a fazer que todos prestássemos atenção de alguma forma. Este é o fato principal que pode conter em si, intrinsecamente, aquilo que mais se almeja: a disseminação do valor pedagógico e do caráter dissuasório da condenação. Isso pode ser um significativo fator de reforma de valorações sociais e de alteração de paradigmas jurídicos. (HIRONAKA, 2006).

Acreditar que uma ação judicial para reparação de danos morais, que certamente culminará em pagamento de um valor indenizatório, restabelecerá a relação entre os pais e filhos é um sonho por demais ambicioso.

O que ocorre de fato não é a restauração de uma convivência perdida – não desconsiderando o fato de que isso pode acontecer–mas o reconhecimento de um dano por omissão do dever de cuidado, possibilitando ao filho mais do que um valor indenizatório, uma declaração pública e válida de que aquele pai ou aquela mãe não souberam ser pais verdadeiramente, foram omissos quanto ao dever de cuidar e de conviver com sua prole.

Dessa forma, a sentença advinda desse tipo de ação declara uma situação já vivida pelas partes em litígio, sem de modo algum ensaiar uma tentativa vã de suprir anos de descuido e abandono com um valor irrisório. O que resiste é a possibilidade de que o filho preterido, com o passar do tempo, torne-se mais estável psicologicamente e assim estabeleça novos laços afetivos sem nutrir sentimentos negativos (ódio, vingança etc.) por aquele/aquela que, mesmo sem agir verdadeiramente como pai/mãe preocupado (a) e comprometido(a) com seu bem-estar, é seu genitor (a) e lhe deu seu mais precioso bem: a vida.

Ademais, amar é uma faculdade, sem previsão legal que a ampare, contudo, cuidar, educar, guardar, sustentar, conviver, dentre outros, são requisitos de natureza objetiva que caracterizam deveres inerentes à afetividade e advindos do múnus público da paternidade. A omissão no cumprimento desses deveres pode implicar, desde que comprovada, na responsabilização paterna/materna e indenização ao filho, como pontifica a doutrina:

O pai omissa em prover afeto ao seu filho atua, a um primeiro ver, lícitamente. Todavia, na medida em que essa atuação se afasta dos padrões de comportamento do homem médio, há um desrespeito ao dever jurídico genérico de não causar prejuízo a outrem, o que deflagra a contrariedade do ato com os *standards* almejados socialmente. Nesse sentido, é a violação do padrão que enseja a culpa, não havendo necessariamente um direito preexistente ao afeto, mas apenas a caracterização do prejuízo suportado pelo infante, incidindo a noção de dano injusto (que veio a substituir o requisito do ato ilícito). (VIEIRA, 2009, p. 52).

5.5. A Ação Indenizatória: Aspectos Processuais/Procedimentais

5.5.1. Competência

A competência enquanto medida da jurisdição é de extrema importância para o deslinde positivo da demanda. Isto porque, em que pese o fato de as Varas Cíveis serem definidas pela organização judiciária de cada Estado para decidir questões de natureza indenizatória, conforme dispõe o art. 91 do CPC, entende-se, todavia, que as ações de indenização em face do não exercício voluntário do dever de cuidar devem ser processadas, em razão da matéria, perante as Varas de Família de cada Comarca, o que está corroborado por Silva:

Neste ínterim, é imprescindível analisar os critérios de fixação de competência, eis que este tipo de erro pode prejudicar o direito do autor. Em que pese tratar-se de competência interna dos tribunais estaduais, conforme anuncia o art. 91 do CPC, defendemos que nestes casos, a competência deve ser fixada pela causa de pedir, ou seja, em razão da matéria. Nesses casos, deve ser a natureza jurídica da relação discutida o fator determinante da competência, e quando esta é fixada em razão da matéria é considerada competência absoluta. (SILVA, 2010, p. 01).

A fundamentação para tal assertiva respalda-se no fato de que a matéria é de Direito de Família e o direito tutelado nas Varas de Família possui natureza *sui generis* e pluridimensional. Assim, discutem-se as questões estritamente monetárias, mas também, e para muito além, possibilita uma discussão dos fatores que originaram aquela ação judicial, propondo ainda alternativas para a solução em longo prazo do conflito, mediante equipe multiprofissional (formada, por exemplo, por assistentes sociais, psicólogos etc.) de apoio técnico ao magistrado, que decidirá o direito imbricado na questão, ajudando-o a formar o livre convencimento, e que assistirá as partes, acompanhando-as de forma a melhor se entenderem.

5.5.2. A prova

Esse ponto também causa muitas controvérsias em matéria de Responsabilidade Civil, especialmente quando a questão envolve a reparabilidade de um dano imaterial inserido no âmbito do Direito de Família.

É certo que o dano material com repercussão imediata no patrimônio da vítima é relativamente simples de apurar, pois o prejuízo se situa exatamente na perda de um patrimônio, perfeitamente determinável, quantificável e de fácil comprovação.

Todavia, quando a questão ultrapassa os valores materiais e despona para situações eminentemente subjetivas como a dor, o vexame, o sofrimento, a humilhação etc., não há um método totalmente seguro para se avaliar a extensão do dano e, quando possível, traduzi-lo em um valor pecuniário. O valor pecuniário atribuído ao ressarcimento do dano tem mais um valor satisfativo, ou seja, sua fixação alivia um pouco o sofrimento da vítima por constatar que sua dor foi percebida, reconhecida e o agente punido, não ficou naquela do “deixa pra lá”.

Desta feita, segundo Cavalieri Filho, “o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 90). Neste sentido, o renomado autor propõe que, uma vez comprovada a conduta do agente, também restará comprovado o dano moral.

Contudo, é necessário avaliar com cuidado tal assertiva, pois, de fato, a existência do dano justifica um valor indenizatório futuro, mas é importante avaliar o nexo entre a conduta e o próprio dano para que a reparação seja realmente justa, quer dizer, mesmo sendo um dano imaterial, em tese sem meios eficazes para sua comprovação, porquanto atinge a subjetividade da vítima em seus valores mais íntimos, há alguns instrumentos jurídicos disponíveis para se avaliar a extensão do dano à dignidade da pessoa.

É evidente que tais instrumentos não oferecem conclusões uniformes, seguras e totalmente eficazes, porém, pelo caminho da razoabilidade e proporcionalidade, são importantes instrumentos balizadores entre a conduta e o dano para um arbitramento judicial o mais próximo possível da conformidade do caso concreto.

Dessa forma, as perícias determinadas para instrução processual; os laudos conclusivos advindos de profissionais tecnicamente qualificados, a exemplo de psicólogos e

assistentes sociais; fotografias dos filhos menores negligenciados, demonstrativas da ausência do pai/mãe negligenciador (a); boletins de ocorrência, discriminando situações de violências mais extremas; oitiva de testemunhas que acompanharam o crescimento físico e psicológico dos menores; depoimento pessoal das partes e até mesmo inspeção judicial feita pelo magistrado no local em que habita a vítima, a fim de se averiguar os fatos que interessem à decisão da causa.¹²

Assim, quanto maior e mais idônea a produção das provas, tendo por pressuposto que o dano imaterial não possui meios seguros de comprovação, melhor instruído será o processo e, por consequência, o magistrado produzirá uma sentença líquida e certa, o que evitaria inconvenientes para as ambas as partes, que já passaram por situações por demais constrangedoras.

5.5.3. Fixação da indenização

Como já visto, a falta de critérios objetivos aptos a delimitar a extensão do dano moral e de um teto do *quantum* a título reparatório dificulta a decisão do magistrado, mas não impossibilita o reconhecimento do dano e sua indenização.

¹² 21/05/2013. **Justiça determina perícia psicológica em família que alega prejuízos emocionais em decorrência de abandono afetivo.** O desembargador José Ricardo Porto decidiu, monocraticamente, anular uma sentença de primeiro grau, em que o juiz denegou pedido de indenização por danos morais à esposa e filhos que afirmam terem ficado desamparados material e emocionalmente ao serem abandonados, há 20 anos, pelo esposo e pai. Na mesma decisão, o desembargador determinou a realização de uma perícia psicológica nos promotores da ação, com o propósito de verificar se o abandono afetivo do pai e marido lhes gerou algum dano psíquico. De acordo com os autos, Vilma Correia Bezerra, e os filhos Viviane, Valdívio e Viviane entraram na Justiça com uma ação de indenização por danos morais contra José Maciel Bezerra, alegando que foram desamparados material e emocionalmente pelo promovido, que descumpriu os deveres conjugais, bem como aqueles inerentes à paternidade. Na ação, os autores pedem “reparação pelos prejuízos psíquicos suportados em face do abandono afetivo”, a ser fixada pelo juiz. O magistrado de primeiro grau julgou improcedente a demanda, afirmando não encontrar nos autos qualquer comprovação de que a ausência do pai ou do marido tenha causado dano passível de indenização. O juiz alegou, ainda, que a relação afetiva existente entre a família deve ser obtida de forma espontânea e não por força judicial, não havendo como o dinheiro sanar eventual prejuízo sofrido pelos familiares. Inconformada, a família decidiu apelar da decisão junto ao Tribunal de Justiça. Em seguida, o relator do recurso, o desembargador José Ricardo Porto, decidiu pela anulação da sentença de primeiro grau e pela realização de uma perícia psicológica em Vilma e seus filhos, declarando nos seguintes termos: “Como no caso dos autos não há como se constatar, apenas pelas declarações postas na exordial, que de fato os familiares sofreram abalos psíquicos tamanhos a gerar uma indenização, nada mais correto do que determinar a feitura de uma perícia psicológica na esposa e nos filhos, a fim de examinar a ocorrência do alegado dano íntimo.” Gecom – Eloise Elane. (Disponível em: <<http://www.tjpb.jus.br/justica-determina-pericia-psicologica-em-familia-que-alega-prejuizos-emocionais-em-decorrencia-de-abandono-afetivo/>>. Acesso em: 12 de julho de 2013).

Nesse sentido, não há um limite mínimo ou máximo a ser pago em matéria de indenização envolvendo direito extrapatrimonial. O juiz decide essencialmente conforme a gravidade do dano comprovado, evitando fixar indenização insignificante ou incompleta, mas atento para não convertê-la em instrumento de lucro ou enriquecimento injusto. Ressalte-se que as ações nem sempre prosperam, devendo ser restrita à indenização em casos realmente graves de abandono para que se evitem decisões herméticas, proliferando-se a “dolarização do afeto” e o fomento da “indústria indenizatória”. Ainda citando Maria Berenice Dias:

A solução do caso não é um dado, mas um construído. Descobre-se, assim, aquilo que sempre existiu, mas que sempre fora negado, ou seja, a irredutível função criativa da interpretação da lei e, conseqüentemente, o papel ativo que o juiz desempenha ao prestar a jurisdição [...] Não enxergar fatos que estão diante dos olhos é manter a imagem da Justiça cega. Condenar à invisibilidade situações existentes é produzir irresponsabilidades, é olvidar que a ética condiciona todo o Direito, principalmente, o Direito das Famílias. (DIAS, 2007, p. 115).

Durante a tramitação do processo deve-se seguir um rito processual comum a todas as ações que vai desde a citação à prolação da sentença, nesse ínterim, o magistrado forma seu convencimento lastreado na gravidade do caso, nas provas carreadas aos autos, e principalmente através de sua experiência enquanto magistrado e enquanto pessoa, pois as situações são muito peculiares e carregadas de sentimentos conflitantes que nunca serão sanados em profundidade, mas que podem ser amenizados por meio de uma decisão proporcional, devidamente motivada e razoável.

Do ponto de vista da técnica jurídica operacional mais atual, dois são os sistemas para a reparação pecuniária dos danos morais: o sistema tarifário e o sistema aberto, conforme abordam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2013). No sistema tarifário ¹³, existe uma predeterminação, legal ou jurisprudencial, competindo ao juiz aplicar a regra devida a cada caso concreto, sempre atento ao limite do valor estabelecido em cada situação para evitar o enriquecimento sem causa. Esse sistema é utilizado nos Estados Unidos. Com referência ao sistema aberto, que é o adotado aqui no Brasil, o juiz goza de competência para fixar o *quantum* indenizatório subjetivamente correspondente à reparação/compensação do dano.

¹³ No Brasil, já houve tentativas de fixação de indenizações com parâmetros tarifados. O projeto de lei do senador Antonio Carlos Valadares (PL 5150/99) recebeu substitutivo do senador Pedro Simon (PL 7124/2002), com proposta de que os valores deveriam variar entre R\$20 mil a R\$180 mil, no entanto, nada prosperou na Câmara dos Deputados, determinando-se o arquivamento das propostas.

Assim, quando se trata de dano moral, ele pode usar o arbitramento, mas o atual Código Civil é silente sobre o assunto. Contrariamente, o CC de 1916 trazia a previsão no art. 1.553, sem equivalência na lei civil em vigor, como foi dito. Por isso, na dicção dos citados autores, dentro do seu poder discricionário, “(...) é facultado expressamente que o julgador possa valer-se de seus próprios critérios de justiça, quando vai decidir, não estando adstrito às regras, parâmetros ou métodos de interpretação preestabelecidos” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2013, p. 411). Caso as partes se manifestarem insatisfeitas com a decisão, nada obsta a que dela recorram à instância superior.

Para finalizar este tópico, cabe acrescentar que a indenização por dano moral precisa se limitar a padrões éticos e razoáveis, sobretudo, cuidando-se para que funcione como desestímulo ao lesante, mas não se permitindo revelar-se como premiação ao lesado, legitimado para demandar pela indenização.

5.5.4. A prescrição

De acordo com o art. 189 CC, “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”. Assim, conforme previsto no art. 206, § 3º, V, a pretensão de reparação civil prescreve em 3 (três) anos, quer se trate de dano material ou moral, entretanto, somente a partir da lesão do direito começará a correr o citado prazo.

Nos casos de omissão do dever de cuidado, a pretensão judicial de reparação para o filho origina-se do próprio afastamento comprovado paterno/materno. Dessa forma, o prazo prescricional começa a fluir quando o interessado atinge a maioridade, seguindo entendimento do STJ.¹⁴

¹⁴25/09/2012 - 09h11. **DECISÃO. Prescrição das ações por abandono afetivo conta da maioridade do interessado.** O prazo prescricional das ações de indenização por abandono afetivo começa a fluir quando o interessado atinge a maioridade e se extingue, assim, o pátrio poder. Com esse entendimento, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu a ocorrência de prescrição em ação proposta por filho de 51 anos de idade. No caso, o filho buscava compensação por danos morais decorrentes de abandono afetivo e humilhações que teriam ocorrido quando ainda era menor de idade. Sustentou que sempre buscou o afeto e reconhecimento de seu genitor, “que se trata de um pai que, covardemente, durante todos esses anos, negligenciou a educação, profissionalização e desenvolvimento pessoal, emocional, social e cultural de seu filho”. Afirmou também, que, desde o nascimento, ele sabia ser seu pai, todavia, somente após 50 anos reconheceu a paternidade. O juízo da 5ª Vara Cível do Foro Regional da Barra da Tijuca (RJ), em decisão interlocutória, rejeitou a arguição de prescrição suscitada pelo pai. Inconformada, a defesa do genitor recorreu ao

Assim, pouco importa se há natureza de direito personalíssimo envolvido (em regra imprescritível), as relações tecidas no seio da família, seja de afastamento ou de exercício da plena afetividade, são apenas declaradas pelo magistrado que, por sua vez, não pode impedir a fruição dos prazos legais.

6. EFEITOS PSICOLÓGICO-SOCIAIS DO DESCUIDO AFETIVO DOS PAIS SOBRE O FILHO

Os filhos são resultado de uma relação contínua ou eventual entre os pais, não importando a origem da filiação, pois o que é deveras relevante é que os filhos tenham a oportunidade (e os pais o dever) de serem criados em um ambiente familiar saudável, permeado por influências e experiências preferencialmente positivas das mais variadas, ou seja, os filhos advêm de uma relação entre duas pessoas, mas se tornam parte do corpo familiar e passam a exercer um papel social fundamental na família.

A relação preponderante neste cenário, sem dúvida, é a existente entre os pais e o filho, algo que vai muito além do relacionamento entre os seus próprios genitores, considerando-se que o elo que vincula pais e filhos se inicia desde a concepção, estendendo-se pela vida inteira de ambos. Vê-se que é um vínculo fortíssimo, dissolvido apenas pela morte,

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que reconheceu a prescrição e julgou extinto o processo com resolução de mérito. **Reconhecimento tardio.** No STJ, o autor da ação argumentou que o genitor tem outros dois filhos aos quais dedicou cuidados integrais, “não só no sentido emocional, mas também financeiramente”, proporcionando-lhes “formação de excelência”. Sustentou ainda que, enquanto conviveu com o pai, sofreu desprezo, discriminação e humilhações repetidas, o que lhe teria causado dor psíquica e prejuízo à formação da personalidade, decorrentes da falta de afeto, cuidado e proteção. Alegou também que só houve o reconhecimento da paternidade em 2007, por isso não se poderia falar em decurso do prazo prescricional. Em seu voto, o relator, ministro Luis Felipe Salomão, destacou que a ação de investigação de paternidade é imprescritível, tratando-se de direito personalíssimo, e a sentença que reconhece o vínculo tem caráter declaratório, visando acertar a relação jurídica da paternidade do filho, sem constituir para o autor nenhum direito novo, não podendo o seu efeito retroativo alcançar os efeitos passados das situações de direito. **Maioridade aos 21.** Segundo Salomão, o artigo 392, III, do Código Civil de 1916 dispunha que o pátrio poder extingua-se com a maioridade do filho, que, na vigência daquele código, ocorria aos 21 anos completos. “Nessa linha, como o autor nasceu no ano de 1957, fica nítido que o prazo prescricional fluiu a contar do ano de 1978, ainda na vigência do Código Civil de 1916, sendo inequívoco que o pleito exordial cuida de direito subjetivo, dentro do que o código revogado estabelecia como direito pessoal”, afirmou. O relator ressaltou ainda que não é possível a invocação de prazo prescricional previsto no Código Civil em vigor. Isso porque, como o artigo 177 do CC/16 estabelecia que as ações pessoais prescreviam, ordinariamente, em 20 anos, e como o filho ajuizou a ação buscando compensação por alegados danos morais apenas em outubro de 2008, quando contava 51 anos de idade, fica nítido que operou a prescrição, ainda na vigência do código de 1916. **Disponível em:** <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=107099>. **Acesso em:** 10 de julho de 2013.

devendo pautar-se no contato diário ou frequente, com tratamento firmado no respeito, na afetividade e no cuidado, entre outros comprometimentos familiares. A doutrina aduz que:

[...] Há que se levar em consideração as peculiaridades das relações estabelecidas entre pais e filhos: a vulnerabilidade dos menores; a responsabilidade dos pais na criação, sustento e educação (em sentido amplo) dos pequenos; a permanência da relação e a ingerência estatal justificada na repercussão social que decorre desse vínculo. (VIEIRA, 2009, p. 47).

Porém, nem sempre é o que ocorre, tanto que um dos genitores ou até mesmo ambos, motivados por suas razões (fúteis e egoístas, de regra), negligenciam sua prole, deixando os filhos à própria sorte, se não financeiramente, mas afetivamente, o que é pior. Estes, por sua vez, crescem sem a referência paterna/materna tão importante para o equilíbrio afetivo/subjetivo da pessoa humana. São os chamados órfãos de pais vivos, os desamados e preteridos, cuja situação denota que:

[...] Ausência injustificada do pai origina evidente dor psíquica e conseqüente prejuízo à formação da criança, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção (função psicopedagógica) que a presença paterna representa na vida do filho, mormente quando entre eles já se estabeleceu um vínculo de afetividade [...]. E, além da inquestionável concretização do dano, também se configura, na conduta omissiva do pai, a infração aos deveres jurídicos de assistência imaterial e proteção que lhe são impostos como decorrência do poder familiar. (Santos *apud* HIRONAKA, 2006).

Nesses casos, geralmente os filhos internalizam uma rejeição primitiva, que lhe causa sequelas como as dificuldades de relacionamento, os sofrimentos acentuados e tudo aparentemente sem uma razão, além de poder produzir diferentes síndromes, bem como outras patologias associadas ao problema, como bem observam as pesquisas de Lewis citadas por Skaf:

No que tange as pesquisas realizadas quanto à importância do afeto, o psiquiatra concluiu que quando os cuidadores não são disponíveis ou falham em atender às necessidades afetivas no primeiro ano de idade, a inibição do crescimento de um bebê fatalmente ocorrerá. Salientou que a experiência clínica está repleta de exemplos de conseqüências de privações e separações traumáticas, descritas como atrasos, síndromes ou transtornos e que distúrbios como pouca expressividade emocional, social, falta de versatilidade em lidar com desafios e dificuldade em reconhecer prazer e alegria, atingem as crianças enjeitadas. (SKAF, p. 08/09).

É evidente que essa sintomatologia não é reflexo imediato de um abandono paterno/materno, bem como não são em todas as situações que os filhos abandonados

apresentam esses sintomas ou os correlatos. Deve-se observar em cada situação específica a vulnerabilidade biológica de cada indivíduo em desenvolver ou não tais sintomas e, desenvolvendo-os, a capacidade de lidar com eles; o tempo do abandono decorrido, se desde o nascimento da criança ou se foram formados laços de afeto; a idade do filho; suas relações sociais atuais; o desenvolvimento de sua personalidade etc.

O que ressalta neste viés é o fato de que se o dano moral se originou comprovadamente do afastamento paterno/materno, configura-se o abandono e a ofensa à dignidade da pessoa do filho que tem valor jurídico e é passível de ressarcimento pecuniário ou outra medida alternativa pelas vias judiciais. Em outras palavras, pai, mãe ou ambos deixaram de cumprir com o dever de cuidar do filho.

Conforme salienta Hironaka (2006), há um “direito ao pai” que evita todo esse desgaste desnecessário para as partes. Esse direito informa que as relações filiais são eternas e o exercício efetivo do papel de cada genitor torna a pessoa humana mais harmoniosa do ponto de vista individual e social. Assim, o “direito ao pai” é a revelação do direito do filho ter a figura paterna/materna em sua vida continuamente durante todo seu crescimento, bem como dos genitores serem efetivamente pais no sentido mais amplo do termo.

Portanto, os efeitos psíquicos perturbadores afastam-se na medida em que há um exercício paterno/materna continuado dia-a-dia, oferecendo medicação, educação, alimentação, proteção; orientação na tomada das decisões, nos aniversários, no jogo de futebol, na conversa ao final do dia, na preocupação, na convivência, durante as atividades escolares, nas férias etc., sendo assim que o pai se faz pai e o filho se faz filho. Enfim, é dizer-se: todo pai, toda mãe deve adotar seu filho, não basta apenas pari-lo, porque por mais que outras pessoas exerçam as funções paterno/materna, ser pai/mãe é uma posição única e privilegiada que deve ser exercida em plenitude, não somente por uma imposição legal, mas por uma necessidade parental vital.

CONCLUSÃO

Ao final deste trabalho, ressalta-se a importância cada vez mais ampla dos novos valores jurídicos constitucionais a fim de impregnar toda a legislação infra (o Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente etc.), no sentido de se propugnar a evolução da família, abarcando seu viés cada vez mais plural no tocante a sua constituição contemporânea fundada

sobre as bases da afetividade, bem como com relação ao dever de cuidado, convivência efetiva, proteção, solidariedade, preservação da dignidade humana, tudo na esteira do novo Direito de Família repersonalizado.

O instituto da Responsabilidade Civil, nesse segmento, é um instrumento disponível para que se preservem os valores e se impeça qualquer tipo de afronta aos postulados constitucionais. Os membros da família são corresponsáveis uns pelos outros, o afeto que os une (ou um dia os uniu) é pressuposto de um dever de cuidado material e imaterial, principalmente entre pais e filhos, estes sim unidos por um laço contínuo, permanente e incondicional, cuja violação pode importar na incidência de uma indenização.

É certo que o valor a título indenizatório não é cabível em qualquer caso de dano injusto à pessoa do filho. É necessário que se avalie a situação caso a caso, de modo a se verificar se há conduta culposa dos pais e sequelas comprovadas no filho negligenciado, em decorrência das sequelas. Configurada a infringência ao dever de cuidar dos filhos menores e não comprovada nenhuma excludente de ilicitude do comportamento paterno/materno desviado, que justifique o afastamento, deve ser arbitrado judicialmente um *quantum*, sendo certo que tal valor em nada compensa, modifica ou supre o descuidado deflagrado na vida do filho. Contudo, há de ser observado que houve um reconhecimento notório de que o pai ou a mãe não soube exercer responsabilmente a paternidade/maternidade, funcionando como uma medida pedagógica de modo a prevenir situações similares.

Dessa forma, aqui o objetivo não foi discutir a questão da existência ou não do amor entre os membros familiares, especialmente entre pais e filhos, pois essa é uma questão de índole subjetiva que o Direito não abarca nem os códigos podem impor. No entanto, a assistência material e imaterial deve ser prestada aos filhos, é um dever dos pais, não uma faculdade, e, por evidente, a falta do cumprimento de tal múnus deve ser reconhecida e repudiada social e judicialmente. Ainda que dito reconhecimento se faça por meio de uma indenização, que o seja! O dinheiro certamente não proporcionará uma desconstituição da situação de abandono experimentada pelo filho, nem é o meio mais eficaz de reestabelecimento dos laços afetivos perdidos ou esgarçados e fracos, todavia funcionará como incentivo para que o mesmo possa tratar-se de seus traumas, tecendo novas relações sociais e afetivas, além de sedimentar um novo olhar sobre a realidade que o cerca. Enfim, um olhar mais permeado de dignidade, para que os pais não venham a ser condenados a indenizarem o filho pelo dano que lhe causaram ao ignorarem sua existência.

ABSTRACT

This paper performs an initial discussion about the origin of the family, its evolution and the privileged place of affection and care in contemporary as well as on the social relevance of the theme and still emerge as a contentious issue, aims to analyze the institution of Responsibility civil applied to family relationships, especially the relationship between parents and children, reflecting the appropriateness of the possibility of damages for breach of the duty of care, had legal value as advocated by the Family Law and constitutionalized repersonality. Thus, before the work undertaken, we found that indemnification is indeed due upon any breach of the duty of objective nature paternal/maternal care for the child.

KEYWORDS: FAMILY - CONSTITUTION - AFFECTION - CAUTION - LIABILITY.

REFERÊNCIAS

ÀRIES, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. 2º Ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981

BARROS, Sérgio Resende de. **A Ideologia do Afeto**. [S.I.]. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/a-ideologia-do-afeto.cont>>. Acesso em: 19 de abril de 2013.

BODANESE, Paula. **O Dever de Indenizar por Dano Afetivo nas Relações Paterno-Filiais**, 2011. 81p. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011. Disponível em: <www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/36029/000817251.pdf?...1>. Acesso em: 19 de maio de 2013.

BONFIM, Vilma Cavaleiro de. **Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo Paterno-Filial**, 2008. 86p. Monografia. Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2008. Disponível em: <siaibib01.univali.br/pdf/Vilma%20Cavaleiro%20de%20Bonfim.pdf>. Acesso em: 19 de maio de 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa (1988). 14º Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Código Civil (Lei Nº: 10.406/2002). 14º Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Código de Processo Civil (Lei Nº: 5.869/1973). 14º Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Nº: 8.069/1994). 14º Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. LEI Nº 12.318, DE 26 DE AGOSTO DE 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 13 de julho de 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9º Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DAMASCENA, Carine Valeriano. **Dano ao Projeto de Vida: Fundamento para a Reparação da Lesão ao Princípio da Paternidade Responsável**, 2008. 218p. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp079638.pdf>. Acesso em: 18 de março de 2013.

DIAS, Maria Berenice. **A ética na Jurisdição de Família**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC. Nº 09- jan./ jun. 2007, p. 107-116. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-107-Maria_Berenice_Dias.pdf>. Acesso em: 19 de abril de 2013.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 8º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 22º Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. São Paulo: Global, 1984.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 3º Vol. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: Família**. São Paulo: Atlas, 2008.

HAMADA, Thatiane Miyuki Santos. **O Abandono Afetivo Paterno-Filial, o Dever de Indenizar e Considerações Acerca da Decisão Inédita do STJ**, 2012. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/872>>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2013.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade Civil na Relação Paterno-Filial. IN: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) **Família e Cidadania – o Novo CCB e a Vacatio Legis**. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM/ Del Rey, 2002, p. 403-432.

_____. **Os Contornos Jurídicos da Responsabilidade Afetiva na Relação entre Pais e Filhos – Além da Obrigação Legal de Caráter Material**. Repertório de Jurisprudência IOB. [S.I.], Vol. 03, Nº 18, set. 2006. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Giselda_resp2.doc>. Acesso em 12 de julho de 2013.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4º Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACHADO, Gabriela Soares Linhares. **Dos Princípios Constitucionais e Infraconstitucionais aplicáveis ao Direito de Família: Repercussão na Relação Paterno-Filial**, 2012. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/865>>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2013.

MICHAELIS, **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998. (Versão UOL)

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A família democrática**. IN: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves. (ORG.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. 1º Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/97438907/Artigo-MORAES-MCB-a-Familia-Democratica>>. Acesso em: 19 de maio de 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha e SILVA, Cláudia Maria. **Nem Só de Pão Vive o Homem**. Revista Sociedade e Estado, Brasília, Vol. 21, Nº. 03, p. 667-680, set./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3.pdf>>. Acesso em: 23 de maio de 2013.

SILVA, Priscilla Menezes da. **A Amplitude Da Responsabilidade Familiar: Da Indenização por Abandono Afetivo por Consequência da Violação do Dever de Convivência**, 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/impressao.php?t=artigo...>>. Acesso em: 26 de junho de 2013.

SKAF, Samira. **Responsabilidade Civil Decorrente do Abandono Afetivo Paterno-Filial**. 27p. [S.I.]. Disponível em: <www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/arquivo/id/29157>. Acesso em: 17 de abril de 2013.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha. **O Fundamento Jurídico do Dano Moral: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ou Punitive Damages?**. Revista da Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas. Vol. 13, Nº 26, 2010, 17p. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/2996>>. Acesso em: 19 de abril de 2013.

TAVARES, Ana Cláudia Vieira M. e ANGELUCI, Cleber Affonso. **Considerações Sobre o Abandono Afetivo Paterno-Filial na Atualidade**. ETIC - Encontro de Iniciação Científica, Vol. 05, Nº 05, 2009. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewArticle/2000>>. Acesso em: 17 de abril de 2013.

VIEIRA, Natália Caliman. **Danos Morais Decorrentes do Abandono Afetivo nas Relações Paterno-Filiais**, 2009. 63p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2009. Disponível em: <www.fesmpdft.org.br/arquivos/Natalia_caliman.pdf>. Acesso em: 25 de junho de 2013.