



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO  
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

JOÃO GUSTAVO PEREIRA DE ANDRADE

RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS PAIS EM FACE DOS FILHOS POR  
ABANDONO AFETIVO

SOUSA - PB  
2010

JOÃO GUSTAVO PEREIRA DE ANDRADE

RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS PAIS EM FACE DOS FILHOS POR  
ABANDONO AFETIVO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Dr<sup>a</sup>. Maria dos Remédios de Lima Barbosa.

SOUSA - PB  
2010

JOÃO GUSTAVO PEREIRA DE ANDRADE

RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS PAIS EM FACE DOS FILHOS POR  
ABANDONO AFETIVO

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Centro de Ciências  
Jurídicas e Sociais, da Universidade  
Federal de Campina Grande, em  
cumprimento dos requisitos necessários  
para obtenção do título de Bacharel em  
Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Maria dos Remédios  
de Lima Barbosa

Banca Examinadora:

Data de aprovação:

Prof<sup>ª</sup>. Maria dos Remédios de Lima Barbosa

---

Prof<sup>ª</sup>. Maria dos Remédios de Lima Barbosa  
Orientadora - UFCG

Admilson Leite

---

Examinador

Olindina Ioná

---

Examinador

Aos meus pais, Maria Lúcia e Genildo,  
pelo apoio incondicionado.

A minha saudosa Vó, Dona Moça (*in  
memorian*), pelo exemplo de vida.

## AGRADECIMENTOS

Aos meus queridos pais, Maria Lúcia e Genildo, pela dignidade, honestidade e destemor diante dos inconvenientes da vida.

Aos meus irmãos Bruno, Daniela, Yuri e Natália, por constituírem uma verdadeira fonte geradora de minha vontade de estudar.

Aos meus avós paternos, Dona Xanda e Seu João, pelo amor, confiança, respeito e dedicação despendidos ao longo de toda minha jornada.

As minhas tias Nena, Quitéria (*in memorian*) e GG, pelas palavras amigas e exemplos de determinação.

A minha tia Netinha, minha protetora, incentivadora e um exemplo de vida.

A meu padrinho e amigo Neto, pelo laço de amizade sincera que construímos.

À Rosinete, pelo incentivo constante.

À Dona Zefinha (*in memorian*), pelas inesquecíveis lições.

Mário (*in memorian*), meu primo, pelo carinho e atenção e com quem queria muito estar compartilhando essa vitória.

Aos meus amigos, pelos momentos inesquecíveis compartilhados.

A minha orientadora Professora Remédios, pela orientação e apoio.

À Ângela, pela ajuda, por seu exemplo de vida, pelo incentivo, pela confiança, pela disciplina e profissionalismo.

À Roberta, pelo companheirismo.

Por fim, sou grato a Deus, por conquistar mais uma vitória.

“Pai é alguém que, por causa do filho, tem sua vida inteira mudada de forma inexorável. Isso não é verdadeiro do pai biológico. É fácil demais ser pai biológico. Pai biológico não precisa ter alma. Um pai biológico se faz num momento. Mas há um pai que é um ser da eternidade: aquele cujo coração caminha por caminhos fora do seu corpo. Pulsa, secretamente, no corpo do seu filho (muito embora o filho não saiba disso)”.

Rubem Alves

## RESUMO

A instituição família é muito atingida por constantes mudanças sociais, surgindo os mais diferentes problemas e, entre eles, a questão da responsabilização civil dos pais pelo abandono afetivo para com os seus filhos. Assim, a problemática que se apresenta consiste em verificar a possibilidade de se aplicar a reparação civil por dano moral nos casos em que a falta de afeto constitui fato gerador de um ato ilícito. Dessa forma, o objetivo geral deste trabalho refere-se à análise da responsabilização civil ou não dos pais, como uma sanção imposta aos pais pelo abandono afetivo. De fato, objetiva-se ainda estudar a instituição família e examinar o instituto da responsabilidade civil, bem como analisar a viabilidade de configuração do dano moral à vítima, inclusive os efetivos prejuízos ao menor. Com efeito, essa omissão danosa ao menor fere o princípio da dignidade da pessoa humana e o da afetividade, razão pela qual se justifica e fundamenta também a possibilidade de indenização ao filho abandonado. Para tal desiderato, usa-se o método de abordagem dedutivo, analisando princípios e leis gerais para argumentos específicos. Em verdade, utiliza-se ainda o método de procedimento histórico, tendo em vista a necessidade de analisar a família ao longo do tempo, além do método exegético, pelo uso interpretativo de leis e julgados e jurisprudência, juntamente com a técnica de pesquisa indireta, fundada na coleta de bibliografia nas diversas obras doutrinárias. Em virtude da relevância do tema abordado e pelo entendimento contrário de parte da jurisprudência pelo não cabimento da indenização por danos morais por abandono afetivo, este trabalho defende a plausibilidade da existência de efetivo dano moral e psíquico ao filho, bem como demonstra a adequação da aplicabilidade da responsabilidade civil no âmbito das relações de família.

**Palavras-chave:** Família. Abandono Afetivo. Responsabilidade Civil.

## ABSTRACT

The institution of family is very affected by constant social changing, emerging the more different problems and, among them, the question of civil liability of parents for their affective abandonment with their children. Thus, the question that present consists in verify the possibility of applying the civil reparation for moral damages in cases where the lack of affection is a triggering event of a wrongful act. Thus, the general objective of this work refers to analyze the civil liability or not for the parents, as a punishment imposed on parents for the affective abandonment. In fact, the objective is still study the institution of family and examines the institute of civil liability, as well as examining the feasibility of setting moral damages to the victim, including the effective damages to the children. Indeed, that harmful omission to the minor hurts the principle of human dignity and the affectivity, reason that justifies and bases also the possibility of indemnity to the abandoned son. To this aim, it is used the deductive method of approach, analyzing principles and general laws for specific arguments. In fact, it is also used the historical method of procedure, in view of the need to examine the family over time, beyond the exegetical method, for the interpretative use of laws and judges and jurisprudence, together with the indirect search technique, based on collection of bibliography of the various doctrinal works. Given the importance of the approached subject and the contrary view of part of the jurisprudence by no merits of indemnity for moral damages for affective abandonment, this work supports the plausibility of the existence of effective psychological and moral damage to the child and demonstrates the suitability of the applicability of civil liability in the context of family relationships.

**Keywords:** Family. Affective Abandonment. Civil Liability.



## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC. - Apelação Cível

Art. – Artigo

CC – Código Civil

CF/88 – Constituição Federal de 1988

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

Nº - Número

Resp.- Recurso Especial

STF – Superior Tribunal Federal

TJ/MG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

STJ – Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2 DA FAMÍLIA</b> .....	13
2.1 Evolução histórica da instituição familiar .....	13
2.2 Sentidos da palavra família.....	17
2.3 Espécies .....	19
2.4 Princípios constitucionais aplicáveis à família.....	21
2.4.1 <i>Princípio da proteção da dignidade da pessoa humana</i> .....	21
2.4.2 <i>Princípio da função social da família</i> .....	22
2.4.3 <i>Princípio da afetividade</i> .....	23
2.4.4 <i>Princípio da igualdade entre os filhos</i> .....	24
2.4.5 <i>Princípio da não intervenção ou da liberdade</i> .....	24
2.4.6 <i>Princípio da igualdade na chefia familiar</i> .....	25
2.5 Família na Constituição de 1988 e no Código Civil de 2002.....	25
2.6 A importância da família na formação dos filhos e da sociedade .....	27
<b>3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL</b> .....	30
3.1 Conceito e evolução histórica .....	30
3.2 Natureza, fundamento jurídico e a função da responsabilidade civil .....	33
3.3 Espécies de responsabilidade civil .....	35
3.4 Acepções do vocábulo culpa e sua relação com a responsabilidade civil .....	38
3.5 Pressupostos de aplicabilidade.....	41
3.5.1 <i>Conduta humana</i> .....	41
3.5.2 <i>Dano</i> .....	42
3.5.3 <i>Nexo de Causalidade</i> .....	46
3.6 Ressarcimento, reparação e indenização.....	48
<b>4 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS EM FACE DOS FILHOS POR ABANDONO AFETIVO</b> .....	50
4.1 Afetividade .....	50
4.2 Deveres jurídicos dos pais nas relações paterno-filiais .....	52
4.3 Abandono afetivo .....	54
4.3.1 <i>Efeitos e prejuízos decorrentes do abandono afetivo</i> .....	55
4.3.2 <i>Conceito e nomenclatura do dano afetivo</i> .....	56

4.4 Responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo dos filhos.....	56
4.5 Meios de prevenir o dano pelo abandono afetivo .....	62
4.5.1 <i>Aplicação da multa prevista no artigo 249 do ECA</i> .....	62
4.5.2 <i>Efetivação das atribuições do Ministério Público e do Juiz</i> .....	63
4.5.3 <i>A guarda compartilhada</i> .....	65
4.6 Projeto de lei nº 700/ 2007 .....	65
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	68
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	70
<b>ANEXO A - PROJETO DE LEI DO SENADO Nº. 700/2007</b> .....	76

## 1 INTRODUÇÃO

A família é a base fundamental para a formação e desenvolvimento do ser humano, sendo o alicerce de toda estrutura social e educacional, bem como responsável por certos preceitos morais de seus membros.

Evidencia-se que a instituição família tem passado por grandes mudanças ao longo do tempo e esta evolução sistemática resultou em vários conflitos. Assim, destaca-se o descumprimento dos pais de seu dever legal de assistência aos filhos menores no que concerne ao afeto, atenção, educação e convívio, configurando assim em abandono afetivo.

Nesse âmbito cognitivo, o problema que se apresenta na presente investigação consiste em verificar a possibilidade de se aplicar a reparação civil por dano moral nos casos em que a falta de afeto constitui fato gerador de um ato ilícito.

Dessa maneira, o objetivo geral deste trabalho de conclusão de curso refere-se à análise da responsabilização civil ou não dos pais, devido a não assistência afetiva aos seus filhos.

Ademais, objetiva-se ainda estudar a instituição família, a qual representa um relevante papel social. Com efeito, pretende-se também examinar o instituto da responsabilidade civil, analisando a possibilidade da aplicação da indenização por dano moral como uma sanção imposta aos pais pelo abandono afetivo. Assim, será realizada ainda uma análise detalhada da configuração do dano moral à vítima, inclusive os efetivos prejuízos ao menor.

A relevância jurídica desta pesquisa revela-se em demonstrar a possibilidade de aplicação do instituto da responsabilidade civil no direito de família, por intermédio da constitucionalização e da interdisciplinaridade dos direitos.

Com efeito, tal debate tem ocasionado uma grande polêmica por conta da sua relevância, uma vez que as correntes a respeito do tema estão sendo defendidas com bastante vigor, já havendo registros de debates grandiosos entre os membros de certas cortes.

A lei, no caso de abandono afetivo, não tem poder de alterar a consciência dos pais, no entanto pode e deve prevenir e solucionar os casos intoleráveis de

negligência para com os filhos. Ademais, registra-se que o presente trabalho terá como fulcro a indenização pelo abandono unicamente afetivo.

Por seu turno, no sentido de viabilizar um suporte teórico que proporcione bases consistentes de análise, adota-se o método de abordagem dedutivo, analisando princípios e leis gerais para a devida argumentação específica. Em verdade, utiliza-se ainda o método de procedimento histórico, tendo em vista a necessidade de analisar a família ao longo do tempo, bem como a evolução do instituto da responsabilidade civil.

Ademais, emprega-se também o método exegético jurídico, através da interpretação de leis e jurisprudência, juntamente com a técnica de pesquisa indireta, esta fundada na análise de doutrinas, leis e julgados.

Para uma melhor organização, foi dividida essa pesquisa em três capítulos. No primeiro capítulo, o estudo se foca na família, abordando desde a sua evolução histórica até chegar aos diferentes tipos de família que se pode encontrar na sociedade moderna. Dessa forma, foca-se nessa instituição como elemento formador do indivíduo e da sociedade, delineando o seu panorama na Constituição Federal e no Código Civil Atual, bem como o poder que lhe é conferido e o seu papel social.

No segundo capítulo, a pesquisa se concentra na responsabilidade civil, demonstrando o conceito e sua construção histórica, além da sua função e seus pressupostos de aplicabilidade.

Por último, será realizada uma alusão ao tema central desse trabalho, de maneira a expor os principais aspectos sobre a questão da responsabilidade civil por abandono afetivo. Assim, far-se-á uma análise pormenorizada da configuração do dano moral à vítima, bem como os efetivos prejuízos ao menor.

Desse modo, demonstrar-se-á a importância dos pais na formação pessoal dos filhos menores, mostrando os danos irreparáveis que essa omissão pode causar, além da possibilidade de reparação civil por esse ato negligente dos pais.

Portanto, a presente investigação constitui um instrumento, tendo em vista uma resposta satisfatória, embasada na doutrina, leis e julgados pátrios no tocante à responsabilização civil ou não dos pais, devido a não assistência afetiva aos seus filhos.

## 2 DA FAMÍLIA

A falta de estrutura no ambiente familiar vem gerando prejuízos psicológicos capazes de provocar sequelas irremediáveis. Assim, as transformações e os problemas que surgem a todo o momento atingem diretamente a sociedade, despertando, por sua vez, a preocupação imediata do Estado e o empenho na resolução dos conflitos que norteia a família.

Nesses termos, têm-se originado discussões sobre a existência ou não de responsabilidade civil pelo abandono afetivo nas relações paterno-filiais. Assim, para compreender melhor tal problema, faz-se necessário um estudo detalhado a respeito da família, pois tal instituição é a base de uma coletividade estável, pois a família é célula propulsora da sociedade.

### 2.1 Evolução histórica da instituição familiar

A instituição familiar, por ser uma construção orgânico-social, deve ser analisada, primeiramente, sob o enfoque sociológico antes de ser examinada como fenômeno jurídico. Sendo assim, vê-se que esta ao longo dos séculos passou de uma entidade ampla e hierarquizada, para o domínio quase que exclusivo de pais e filhos vivendo num mesmo lar.

Este é o entendimento de Gonçalves (2008, p. 01), ao afirmar “que a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social”.

Portanto, entre os vários organismos sociais e jurídicos que se conhece, essa é uma das instituições mais mutáveis no curso do tempo. Ela é desde os primórdios a base fundamental para o desenvolvimento do ser humano, seja qual for o modelo de formação que ela tinha ao seu tempo, pois preexiste ao Estado e está acima do direito.

Diante dessas considerações, Rodrigues (2004, p. 05) preleciona ainda que “dentro dos quadros de nossa civilização, a família constitui a base de toda estrutura da sociedade. Nela se assentam não só as colunas econômicas, como se esteiam

as raízes morais da organização social”.

Nesse prisma, percebe-se que, ao logo de todo o processo evolutivo familiar, as relações entre os indivíduos mudaram gradativamente e essa metamorfose sofrida na família, em muito se deu em face das transformações sociais, morais, religiosas, políticas, que se refletiram diretamente nessa instituição.

Dessa maneira, a família traz consigo aspectos de cada momento histórico por ela transcorrido, apresentando variações de acordo com os costumes da coletividade na qual ela se insere, transformando-se em cada período e, essas mudanças, foram sendo, depois de certo tempo, observadas e regulamentadas pelo Estado.

Nesse contexto, Matos (2000, p. 35) ensina:

A partir da posição que a família ocupa na sociedade e das constantes transformações advindas, tem - se a necessidade de uma regulamentação das relações. O Estado então, preocupando-se com as relações advindas do seio familiar passa a regulamentá-las, com o precípua objetivo de protegê-las, criando posteriormente um direito próprio para as famílias.

O surgimento das primeiras civilizações de importância, conseqüentemente, o nascimento das primeiras famílias que se tem notícias, tinha como fulcro maior a perpetuação da espécie, como também estabelecer a gênese das ligações afetivas.

Nesse sentido, vale salientar o ensinamento de Dias (2006, p. 25):

Vínculos afetivos não são uma prerrogativa da espécie humana. O acasalamento sempre existiu entre os seres vivos, seja em decorrência do instituto da perpetuação da espécie, seja pela verdadeira aversão que todas as pessoas têm à solidão. Tanto é assim que se considera natural a idéia de que a felicidade só pode ser encontrada a dois, como se existisse um setor da felicidade a qual o sujeito sozinho não tem acesso.

Todavia, vale ressaltar que durante longo período da história, indo desde a Idade Antiga, passando por Roma e chegando até a Idade Média, a união entre opostos, cuja finalidade era constituir uma família, manteve-se distante de qualquer compreensão de afeto, embora pudesse existir, haja vista que a família nada mais era do que um grupo de essencial importância para a perpetuação do culto familiar, ou seja, um dogma da religião doméstica.

Nesse contexto, Dias (2006) sintetiza essa questão ao afirmar que a família constitui uma formação extensiva, verdadeira comunidade rural, composta por todos

aqueles tidos como parentes, formando uma unidade de produção com um amplo incentivo a procriação. Sendo essa entidade patrimonializada, todos os seus membros eram força de trabalho. Assim, quanto mais numerosa fosse à família, melhores condições de sobrevivência teriam todos. O núcleo familiar dispunha de perfil hierarquizado e patriarcal.

Engels (1997 apud VENOSA, 2007, p. 03), em sua obra *A origem da Família e da Propriedade Privada*, "mostra um nexos entre a família e a produção material, utilizando-se do materialismo histórico-dialético, relacionando a monogamia com a propriedade privada da mulher". Ele mostra que em um Estado primitivo o grupo familiar não se fundava em relações individuais e, com o decorrer do tempo, caminhava para a concretização das relações individuais, agora com caráter exclusivo, chegando à organização atual de inspiração monogâmica.

Desse modo, evidencia-se que nas civilizações da Antiguidade a família era um ente extenso, onde inexistiam relações individualizadas, tanto é que as relações sexuais existiam entre todos os membros das tribos, tendo no início o caráter matriarcal. Era a mãe quem alimentava e educava seus filhos, por sempre estarem ao seu lado e raramente sabia quem era o pai.

Por outro lado, Pereira (1996) pondera esse entendimento afirmando que essa posição antrropológica que sustenta a promiscuidade não é isenta de dúvidas, entendendo ser pouco provável que essa estrutura fosse homogênea em todos os povos

Todavia, observando-se o ciclo evolutivo da história familiar, é notório que o homem em certo período caminha pela senda das relações individualizadas com um caráter de exclusividade, embora algumas civilizações seguissem o caminho inverso, como ocorre até hoje. Portanto, é assim que se chega à organização familiar atual de inspiração monogâmica.

Nesse contexto, vale ressaltar o ensinamento de Venosa (2007, p. 03):

A monogamia desempenhou um papel de impulso social em benefício da prole, ensejando o exercício do poder paterno. A família monogâmica converte-se, portanto, em um fator econômico de produção, pois esta se restringe quase que exclusivamente ao interior dos lares, nos quais existiam pequenas oficinas.

Em Roma, o poder do *pater* tinha caráter quase que absoluto sobre escravos, filhos e a esposa. Na sociedade Romana, assim como em outras desse período, o



afeto natural não era o elo que envolvia os membros dessa sociedade, embora pudesse existir. Nem o nascimento, nem a afeição foram fundamentos para a família Romana. Essa instituição, nessa época, fundava-se no poder paterno ou poder marital.

Com efeito, vale registrar o ensinamento de Gonçalves (2008, p. 15):

No direito romano a família era organizada sob o princípio da autoridade. O pater famílias exercia sobre os filhos o direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*). Podia desse modo vendê-los, impor-lhes castigos e penas corporais e até mesmo tirar-lhes a vida. A mulher era totalmente subordinada à autoridade marital e podia ser repudiada por ato unilateral do marido. [...]

A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. O ascendente comum vivo mais velho era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz.

Por sua vez, com o passar do tempo a severidade das regras foram ficando mais brandas. Aos poucos, a família romana foi evoluindo no sentido de restringir progressivamente a autoridade do *pater*, dando-se maior autonomia à mulher e aos filhos.

Na Idade Média, as relações de família eram regidas pelo direito canônico, onde o casamento religioso era o único conhecido, ainda longe de qualquer vínculo afetivo. Os preceitos do poder exercido pelo chefe da família continuavam com a influência de Roma, sendo acrescentadas a estas as normas de procedência Germânicas.

Todavia, a passagem da economia agrária para a industrial teve grande repercussão na família, posto que a industrialização acabou reduzindo o número de nascimentos nos países mais desenvolvidos.

Segundo Áries (2006), o que se entedia por família no período da Revolução Industrial foi desestruturado, pois nessa fase surge uma grande necessidade de mão-de-obra. A mulher passa a trabalhar fora de casa, nas indústrias. O homem deixa de ser a fonte exclusiva de sustento. A família passa a ser um núcleo composto do casal e seus filhos.

Ademais, com a Revolução, os movimentos migratórios passaram a ocorrer com maior frequência nos grandes pólos industriais. Com isso, surge um maior estreitamento dos laços familiares e o surgimento de famílias menores.

Nessa perspectiva, Dias (2006, p. 26) assevera:

Acabou a prevalência do caráter produtivo e reprodutivo da família, que migrou para as cidades e passou a conviver em espaços menores. Isso levou a aproximação dos seus membros, sendo mais apreciado o vínculo afetivo que envolve seus integrantes. Existe uma nova concepção de família, formada por laços afetivos de carinhos, de amor.

Enfim, a família que se conhece hoje é fruto de mutações gradativas ao longo do tempo. Essas transformações são integradas ao processo evolutivo da própria sociedade. Certo é que ambas acompanham as variações religiosas, econômicas e sócio-culturais no contexto em que se encontram inseridas.

Nesse contexto, esclarece Naline (1999, p. 98):

A família, como instituição social, não poderia deixar de ver-se afetada pela mutação da consciência social, a revolução na moral sexual, a emancipação da mulher e dos filhos pela regulamentação do divórcio, do aborto e da inseminação artificial, para assinalar algumas das inúmeras causas que vão condicionando a instituição.

Destarte, a família por sua condição social, sempre irá continuar se renovando e reconstruindo e, sempre mais longe do perfil tradicional que se conheceu em sua origem.

## 2.2 Sentidos da palavra família

No passado, qualquer referência jurídica à família tomava-se por base o casamento. Recentemente, a família foi observada pelos juristas sob o prisma de instituição.

Nesse aspecto, Rodrigues (2004) averba que a família se apresenta como instituição que surge e se desenvolve do conúbio entre o homem e a mulher merecendo a mais deliberada proteção do estado. Em rigor ela é encarada pelo legislador como instituição cuja existência é inegável, mas que atua na esfera do direito representada por quem a comanda.

Nesse prisma, percebe-se que essa instituição é um organismo jurídico fundado em dados biológicos, psicológicos e sociológicos. Ademais, a extensão de sua compreensão difere nos diversos ramos do direito.

Desse modo, na realidade que se vive hoje, fornecer um único conceito à família é impossível, tendo em vista a sua generalidade, havendo inúmeros sentidos para este vocábulo, pois a plurivalência semântica é fenômeno normal nos termos jurídicos

Segundo Venosa (2007), os sociólogos e os antropólogos vêem a família de forma mais ampla, integrada pelas pessoas que vivem no mesmo teto, sob a autoridade de um titular. Por sua vez, o Direito Civil moderno estuda a família apresentando uma composição mais restrita, onde tem-se como membros familiares aqueles unidos por relação conjugal ou de parentesco.

De acordo com Dias (2006), a família é um agrupamento sócio-cultural organizada por regras costumeiras elaboradas antes da consolidação do Estado e está acima do Direito.

Com o fito de delimitar o conceito de família, Diniz (2007, p. 09-10) averba:

Na seara jurídica encontram-se três acepções do vocábulo família: a) amplíssima; b) lata; c) restrita

- a) No sentido amplíssimo o termo abrange todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consangüinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos [...]
- b) Na acepção lata, além dos cônjuges e companheiros e filhos, abrange os parentes na linha reta ou colateral, bem como os afins [...]
- c) Na significação restrita é a família o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação ou seja, unicamente os filhos e prole.

Sendo assim, usa-se uma dessas concepções (amplíssima, lata e restrita) de acordo com a necessidade de cada caso. Tem-se como exemplo o estatuto dos servidores públicos da União (lei 8.112/90), o qual tem como família do funcionário, além do cônjuge e filhos, quaisquer pessoas que vivam as suas custas e constem de seu registro individual. Já para o Direito sucessório, a família abarca todos os parentes em linha reta, cônjuge, companheiro e colaterais até o quarto grau.

Para Gonçalves (2008 p. 01), no sentido "*lato sensu*, o vocábulo família abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção".

No entender de muitos doutrinadores, esse sentido é o único verdadeiramente jurídico em que a família deve ser entendida, pois tem o valor de um grupo ético intermediário entre o indivíduo e o Estado.

Portanto, a família, tendo em vista a sua amplitude, deve ser vista como uma

classe cuja extensão se divide em outras classes. Ela é uma instituição natural que se impõe à coletividade, de fato e de direito.

Vale salientar que para fins desse trabalho será usado o sentido mais estrito de família, pequeno núcleo composta por pais e sua prole, pois há maior incidência de abandono afetivo ocorrem nessa seara.

### 2.3 Espécies

A dilatação conceitual das relações interpessoais acabou implementando reflexos na formação da família, que não possui mais um significado único. A compreensão da família moderna mudou.

Nesse enfoque, ensina Dias (2006, p. 36):

Pensar em família ainda traz a mente o modelo convencional: um homem e uma mulher unidos pelo casamento e cercados por filhos. Mas essa realidade mudou. Hoje, todos já estão acostumados com famílias que se distanciam do perfil tradicional. A convivência com famílias recompostas, monogâmicas, homoafetivas permite reconhecer que ela se pluralizou, daí a necessidade de flexionar igualmente o termo que a identifica, de modo a albergar todas as suas conformações. Expressões como famílias marginais, informais, extra matrimoniais não mais servem, pois traz um rancor discriminatório.

Assim, despontavam novos modelos familiares, mais igualitários e flexíveis em sua temporalidade, onde seus componentes estão menos sujeito a regras, porém mais ao afeto. A família é um gênero que comporta várias espécies.

Com efeito, a doutrina majoritária classifica a família em diversas formas, sempre levando em consideração a realidade e o ambiente em que se vive. Os tipos mais citados são: Família matrimonial; informal; homoafetiva; monoparental; anaparental; eudemonista.

A Matrimonial ou Nuclear é aquela formada por pais e filhos habitando um ambiente familiar comum. É a união mais conservadora e tradicionalista consagrada pela igreja, somente entre o homem e a mulher com fim de procriação, como sacramento indissolúvel.

Evidencia-se que foi a partir dessa estrutura nuclear da família tradicional que apareceram os demais modelos familiares, sempre à medida que os

comportamentos sociais mudavam.

Com efeito, sobre o surgimento desses novos modelos familiares, independente do matrimônio, Nalini (1999, p. 97) esclarece:

[...] as formas de vida familiar à margem dos quadros legais revelam não ser essencial o nexos família-matrimônio: a família não se funda necessariamente no casamento, o que significa que casamento e família são para a constituição realidades distintas. A constituição apreende a família por seus aspectos sociais (família sociológica). E do ponto de vista sociológico inexistente um conceito unitário de família. [...]

Já a Família Informal é a entidade formada pelas chamadas uniões estáveis. Esta só se concretiza, também, entre o homem e a mulher, porém não se tem o vínculo do casamento jurídico legal. Essa estrutura familiar acabou sendo aceita, tanto pela sociedade como também pelo direito.

Outra espécie familiar muito em foco é a Homoafetiva, a qual se caracteriza por ser composta por duas pessoas do mesmo sexo e não ser reconhecida ainda pelo ordenamento jurídico brasileiro. Em verdade, apesar de todas as inovações trazidas pela CF/88, esta não conferiu à união homoafetiva o *status* de entidade familiar. Além disso, se a família está vinculada pelo afeto, mesmo sendo do mesmo sexo, deve ser acolhida pela sociedade e o estado.

Nesse sentido, Dias (2006) afirma que a ausência legislativa não deve implicar o não reconhecimento dessas uniões, pois tal omissão legislativa impõe ao juiz decidir com base na analogia, princípios e costumes.

A monoparental é a família constituída por qualquer dos pais e seus descendentes. Forma reconhecida pelo Estado e que tem atenção especial na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, parágrafo quarto.

Por sua vez, a composição familiar anaparental é composta por pessoas parentes ou não que convivem no mesmo lugar e com uma finalidade comum. Sendo assim, a convivência entre pessoas, parentes ou não, dentro de uma estruturação com identidade de propósito impõe o reconhecimento dessa entidade familiar por parte do Estado.

Por fim, tem-se a família eudemonista que é instituída com base na afetividade, ou seja, a família é formada com base na solidariedade, no amor, na responsabilidade conjunta, deixando de lado aquela hierarquização para atingir a democratização.

Nesse prisma, Dias (2006, p. 45) ensina:

Surgiu um novo nome para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. A possibilidade de buscar formas de realização pessoal e gratificação profissional é a maneira que as pessoas encontram de viver, convertendo-se em seres socialmente úteis, pois ninguém mais deseja e ninguém mais pode ficar confiando à mesa familiar.

A origem dessa expressão é grega, liga-se ao adjetivo feliz e denomina ser a felicidade individual ou coletiva o fundamento da conduta humana moral, isto é, que são moralmente boas as condutas que levam à felicidade.

## 2.4 Princípios constitucionais aplicáveis à família

Deve-se entender que o direito de família, necessariamente, merece ser analisado sob o prisma da Constituição Federal e para facilitar à didática, faz-se necessária uma sistematização de tais princípios. Estes desfrutam de supremacia e são a base para todo ordenamento jurídico constitucional.

Ademais, na realidade pós-positivista, os princípios constitucionais ganharam um novo papel, plenamente aplicáveis às relações particulares.

Nesse contexto, Gonçalves (2008, p. 04) averba:

As alterações introduzidas visam preservar a coesão familiar e os valores culturais, conferindo-se à família moderna um tratamento mais consentâneo a realidade social, entendendo às necessidades da prole e de afeição entre os cônjuges ou companheiros e aos elevados interesses da sociedade

Portanto, os antigos princípios do direito de família perderam sua aplicabilidade, surgindo outros seguindo a proposta de constitucionalização. Desse modo, rege-se a nova família por certos princípios.

### 2.4.1 Princípio da proteção da dignidade da pessoa humana

Esse é o princípio maior, fundamento do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado logo no primeiro artigo da Constituição Federal. Assim, trata-se do que se denominou o princípio máximo ou superprincípio ou princípio dos princípios sendo o mais universal de todos.

Dessa maneira, segundo Sarmiento (2000), esse princípio representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando sobre todo ordenamento jurídico e balizando não apenas atos estatais, mas toda a miríade de relações privadas que se desenvolve no seio da sociedade.

Em verdade, com a elevação constitucional da dignidade da pessoa humana como fundamento máximo da ordem jurídica, houve uma opção clara pela pessoa. Essa opção provocou uma despatrimonialização e, conseqüentemente, personalização dos institutos jurídicos. Dessa forma, enquanto o patrimônio perde importância, a pessoa é super valorizada.

A título de exemplo de aplicabilidade desse princípio pela jurisprudência nacional, pode-se mostrar o julgado sobre a tese de abandono afetivo nas relações paterno-filiais. Na ementa do julgado do extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais (2004) consta:

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Apelação Cível nº.2.0000.00.408550-5/000(1). Sétima Câmara Cível. Relator: Des. Unidas Silva. Belo Horizonte. DS 01 de abril de. 2004. Diário de Justiça

Dessa forma, tal princípio constitui à base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e realização de todos os seus membros com maior incidência na criança e no adolescente. Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana é o ponto de partida do novo Direito.

#### *2.4.2 Princípio da função social da família*

As relações ocorridas no seio familiar devem ser analisadas dentro do

contexto social e diante das diferenças de cada região, aplicando, desse modo, a socialidade aos institutos do direito de família, como ocorre nos demais ramos do Direito Civil.

Em relação ao fato da mutabilidade da sociedade e, conseqüentemente, da família, devendo o Direito acompanhar tais transformações, Tartuce (2008, p. 11) ensina:

[...] a socialidade pode servir para fundamentar o parentesco civil decorrente da paternidade sócioafetiva. Pode servir também para afastar a discussão desnecessária de culpa em alguns processos de separação. Pode servir, ainda, para admissão de outros motivos para a separação sanção em algumas situações práticas.

Em síntese, não reconhecer essa importante função inerente à família é como não reconhecer a função social da própria sociedade, tendo em vista que a própria Carta Maior reconhece ser a família a base da sociedade.

#### *2.4.3 Princípio da afetividade*

Atualmente, o afeto talvez seja o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando expressamente a palavra afeto na Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental, pode-se dizer que o afeto decorre da valorização constante da dignidade humana. Sua extração é feita de diversos outros princípios, como o da proteção integral e o da dignidade humana.

Certo é que o princípio da afetividade fez despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e respeito a seus direitos fundamentais. O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não de sangue.

Segundo Dias (2006), o afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Tem-se um viés externo entre elas pondo humanidade nessa instituição e tornando-a universal, cujo lar é a aldeia global e a base é o globo terrestre, porém a origem sempre será a família.

Não obstante, vale mencionar o ensinamento de Angelluci (2008, p. 06):



[...] a compreensão desse valor, nas relações de Direito de Família, leva a conclusão de que o envolvimento familiar, não pode ser pautado e observado apenas do ponto de vista patrimonial individualista. [...] o afeto representa elemento de relevo e deve ser considerado para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

É importante ressaltar que esse princípio está implícito tanto na CF/88, quanto no Código Civil e o Estatuto Da Criança e Adolescente. A interpretação deve ser objetiva e desapaixorada. Assim, deve ser equilibrada, porém sem perder a audácia, com muita atenção e respeito à lei.

#### *2.4.4 Princípio da igualdade entre os filhos*

Tal princípio está consubstanciado no art. 227, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibida qualquer designação discriminatória relativa a filiação”.

Portanto, esse dispositivo estabelece absoluta igualdade entre todos os filhos, não admitindo mais a retrógrada distinção entre filiação legítima ou ilegítima, segundo os pais fossem casados ou não, e a adotiva, que existia no Código Civil passado. Hoje, todos são apenas filhos.

#### *2.4.5 Princípio da não intervenção ou da liberdade*

Segundo Diniz (2007), esse princípio é fundado no livre poder de constituir uma comunhão de vida familiar por meio de casamento ou união estável sem qualquer imposição de pessoa de Direito público público ou privado na decisão livre do casal, no planejamento familiar.

Sendo assim, tal princípio mantém relação direta com o princípio da autonomia privada. Esta foi conceituada por Sarmiento (2000), como o poder que a pessoa tem de auto-regulamentar os próprios interesses.

#### 2.4.6 Princípio da igualdade na chefia familiar

O princípio em pauta consagra o poder familiar. Este poder-dever deve ser exercido tanto pelo homem quanto pela mulher em regime democrático de colaboração. Assim, ele veio substituir o poder marital e o paterno no meio familiar.

Portanto, pode-se utilizar a expressão despatriarcalização do Direito de Família, pois a figura paterna não exerce o poder de dominação de tempos pretéritos. Agora, o regime é de companheirismo ou colaboração, não existe mais hierarquia. A expressão pátrio poder foi substituída por poder familiar.

#### 2.5 Família na Constituição de 1988 e no Código Civil de 2002

Evidencia-se uma satisfatória evolução no tocante à família nessas legislações, pois o Código Civil de 1916 regulava a família do início do século pretérito, sendo esta constituída apenas pelo matrimônio. Esse código antigo trazia em seu bojo uma estreita e discriminatória visão patriarcal e hierarquizada da família.

Todavia, apesar de o atual Código Civil trazer atualizações referentes a aspectos do direito de família, houve muita frustração por parte da comunidade jurídica e da própria sociedade, já que se esperava um sistema normativo mais avançado para acomodar melhor os interesses da família na sua atual dimensão.

Nessa perspectiva, Dias (2006, p. 29- 30) averba:

[...] O novo Código, embora bem vindo, chegou velho. Por isso, é imprescindível que os lidadores do direito busquem aperfeiçoá-lo: proponha emendas retificadoras, realizem, quem sabe até verdadeiras cirurgias plásticas, para que adquira o viço que a sociedade merece. Mas mudar era preciso. [...] Talvez o grande ganho tenha sido excluir expressões e conceitos que causavam grande mal-estar e não mais podiam conviver com a nova estrutura jurídica e a moderna conformação da sociedade.

Falando dos seus avanços, alguns foram significativos e os exemplos são

vários que, por exemplo, corrigiu alguns equívocos; incorporou orientações pacificadas pela jurisprudência, como não mais determinar compulsoriamente a exclusão do sobrenome do marido do nome da mulher. Ainda como exemplos, ampliação do conceito de família; reconhecimento da união estável como entidade familiar; reafirmação da igualdade dos filhos, entre outras.

No tocante à Constituição de 1988, evidencia-se uma paridade entre homens e mulheres, além de alargar o conceito de família, passando a proteger de forma igual todos seus membros. Nesse prisma, a Carta Magna de 1988 emana com um caráter eminentemente afetivo valorando cada vez mais a família sócioafetiva.

Segundo Cachapuz (2006), pode-se visualizar, com o advento da Constituição Federal de 1988, uma total reformulação da Família, transformando o paradigma da família patriarcal em afetivo, onde o homem e a mulher dividem o mesmo espaço.

Com efeito, a CF/88 veio primar por uma nova ordem de valores, dando grande ênfase à dignidade da pessoa humana e abrindo novos caminhos para o direito de família, a partir de três eixos básicos.

Desse modo, explica Gonçalves (2008, p. 17):

A Constituição Federal de 1988 observou essa transformação e adotou uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, realizando verdadeira revolução no direito de família, a partir de três eixos. Assim, o art.226 afirma que “a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição”. O segundo eixo transformador “encontra-se no §6 do artigo 227. É a alteração do sistema de filiação, de sorte a proibir designações discriminatórias decorrentes do fato de ter a concepção ocorrida dentro ou fora do casamento”. A terceira grande revolução situa-se “nos artigos 5º, inciso I, e 226, §5. Ao consagrar o princípio da igualdade entre os homens e mulheres, derogou mais de uma centena de artigos do Código Civil de 1916

Sendo assim, é plenamente admitido afirmar que, na atualidade, se impera um Direito de família constitucionalizado, donde são resguardados todos os direitos e obrigações. Direitos e obrigações esses que em muito foram influenciadas pela declaração de Direitos do homem, esta com forte conteúdo isonômico reconhecendo a igualdade entre homem e mulher, cônjuge, e proibindo expressamente qualquer tipo de discriminação.

Como conseqüência, a Constituição do Brasil de 1988 juntamente com todas as mutações sociais afluídas, principalmente, em meados do século passado,

alterou expressamente as normas do Código Civil de 1916. Após a Constituição, o Código Civil perdeu o papel de Lei fundamental do Direito de Família.

No entender de Lotufo (2002, p. 21-22), com a promulgação da Lei Maior de 1988 visualiza-se um novo panorama no âmbito familiar:

1. A família que se origina do casamento continua prestigiada pelo Estado como formadora de sua base social.
2. Reconhecimento e conseqüente proteção de outras formas de família, como a monoparental, formada pelo pai ou pela mãe e seus respectivos descendentes e a união estável constituída entre o homem e a mulher.
3. Aceitação do planejamento familiar, onde o homem e a mulher decidem livremente os filhos que terão e como deverão criá-los, objetivando a paternidade e maternidade responsáveis, cabendo ao Estado propiciar os recursos necessários para a obtenção desse fim.
4. Admissão do divórcio como meio de dissolver o vínculo do casamento.
5. Isonomia entre homem e mulher, abolindo as situações discriminatórias e atribuindo-lhes os mesmos direitos e deveres em todos os atos da vida civil, inclusive com relação ao Direito matrimonial.
6. Igualdade de direitos entre filhos, não havendo mais distinção entre os havidos no casamento ou fora dele e os adotivos. A paternidade e a maternidade devem está ligados à afetividade, não se permitindo hierarquia entre os filhos.
7. Ampla proteção a criança e o adolescente, reconhecendo-lhe a prioridade de Direitos, com o objetivo de um desenvolvimento seguro, saudável e digno.

Portanto, as alterações referentes ao Direito de Família, advindas da CF/88 e do Código Civil, demonstra e ressaltam a função social da família no Direito brasileiro.

Destarte, apesar da própria CF/88 e o Código Civil 2002, principalmente este, ter deixado lacunas a serem preenchidas desde seu nascimento, houve mudanças significativas. Novos temas sempre vão desafiar o legislador e hoje se espera respostas rápidas do Direito. Assim, essa batalha do legislador *versus* anseios da sociedade é e continuará perene, pois novos paradigmas surgem a todo o momento.

## 2.6 A importância da família na formação dos filhos e da sociedade

A família tem um papel importantíssimo no sentido de formar, estruturar e orientar tanto o desenvolvimento pessoal do ser humano quanto a própria coletividade. A própria Constituição Federal reconhece esse fato ao elencar no caput

do seu artigo 226 que “família é a base da sociedade, tendo especial proteção do Estado”.

Nesse aspecto, o Estado como defensor legítimo do interesse público, passa ter uma atenção especial no que diz respeito à família, tanto é que teve o cuidado de regulamentar essa instituição seja no seu sentido mais amplo ou restrito, porque percebeu a importância do ente familiar na sua formação, vigiando e cuidando através de um ordenamento que permita sua proteção.

Esse interesse estatal abarca até mesmo a relação dos pais com seus filhos, pois os genitores serão o norte e o ponto de apoio para uma formação pessoal correta dos filhos, estruturando estes para a própria vida e a sociedade que os espera. Assim, é notório o mérito dos pais na construção pessoal dos seus filhos e, conseqüentemente, na própria sociedade explicando, portanto, tamanha proteção do Estado.

Dessa maneira, hoje a presença dos pais é vital para edificação sadia dos filhos e, naturalmente, da própria sociedade visto que os filhos de agora serão os cidadãos de amanhã. Sendo assim, fica claro o papel social exercido pela família.

Nesse contexto, Almeida (2007, p. 01) assevera que:

A família contemporânea sofreu impactos e foi alterada em sua estrutura, função e valores, abandonando o modelo patriarcal e patrimonialista, fundado exclusivamente no casamento, para abrir-se as novas formas de constituição, mais flexíveis, democráticas, igualitárias e plurais, baseadas no amor e nos laços de afetividades entre seus membros. Tal mudança acabou por determinar as afeições principiológicas da norma constitucional e infraconstitucional, mais recentemente passando o Direito a reconhecer como entidade familiar outros agrupamentos, construindo hermeneuticamente o princípio da afetividade, especialização do princípio da dignidade da pessoa humana, como principal elemento definidor do conceito de família. Nesse cenário, surge o instituto da função social da família como reflexo dessa mudança de paradigmas.

Nesse prisma, Reale (2003) estabelece que a função social da família é um meio de inserir valores sociais ao ordenamento no que concerne ao meio de interpretar a lei e no momento de serem tomadas as decisões perante a justiça.

Com pensamento parecido, Almeida (2007) explica ser a função social da família um importante mecanismo a permitir a incorporação de valores éticos e sociais para o interior das normas que venha ainda a ter vigência e aplicabilidade.

Portanto, fica evidente o valor da família na estruturação quer seja dos lares quer seja da sociedade, pois não reconhecer a funcionalidade social desse instituto

é não reconhecer a função social à própria sociedade.

### 3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é um dos temas mais palpitantes e problemáticos da atualidade jurídica, diante de sua surpreendente expansão no direito moderno e seus reflexos nas atividades humanas contratuais e extracontratuais, e até mesmo no inevitável avanço tecnológico, gerador de utilidades e de enormes perigos à integridade da vida humana.

A todo o momento surge um novo desafio referente à responsabilidade civil, pois cada atentado sofrido pelo homem, relativo à sua pessoa ou seu patrimônio merece a proteção desse instituto.

Esse tema tem causado muitos reflexos também nas relações afetivas, onde as discussões têm avançado muito, tornando-se essa parte do Direito Civil um tema bastante desafiador aos juristas devido a dimensão que esse assunto vem tomando.

#### 3.1 Conceito e evolução histórica

Nos primórdios da civilização humana, surge a responsabilidade com raízes cravadas na vingança coletiva, que se caracterizava pela reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes.

Ulteriormente, houve uma evolução para uma reação individual, ou seja, uma vingança privada, onde os homens faziam justiça com suas próprias mãos, sob o amparo da Lei de Talião, isto é, reparação do mal pelo mal, sintetizada nas fórmulas “olho por olho, dente por dente”.

Com fito de inibir abusos, o poder público passa a intervir apenas no sentido de como e quando a vítima teria o direito de retaliação, produzindo na pessoa do lesante dano igual ao que experimentou. Nesse momento, a responsabilidade independe de culpa (responsabilidade objetiva).

Depois desse período há o da composição, pois observou-se que seria muito mais conveniente a conciliação das partes litigantes do que cobrar a vingança, em razão de que essa não reparava dano algum, ao contrário, ocasionava um duplo dano: o da vítima e o do seu ofensor, depois de punido.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2008), nesse momento o Direito Romano passa a aplicar a pena de Talião de forma proporcional, propondo a composição entre a vítima e o ofensor. Assim, ao invés de impor que o autor de um dano a um membro do corpo sofra a mesma quebra, por força de uma solução transacional, a vítima recebia, a seu critério e a título de pena, uma importância em dinheiro ou outro bem.

Nesse contexto, vale mencionar o ensinamento de Lima (1999 apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008, p. 10-11):

Este período sucede o da composição tarifada, imposto pela Lei das XII Tábuas, que fixava, em casos concretos, o valor da pena a ser pago pelo ofensor. É a reação contra a vingança privada, que é assim abolida e substituída pela composição obrigatória. Embora subsista o sistema do delito privado, nota-se, entretanto, a influência inteligência social, compreendendo-se que a regulamentação dos conflitos não é somente uma questão entre particulares.

Dando continuidade nessa escala evolutiva, agora surge a *Lex Aquilia*, verdadeiro marco na da responsabilidade civil, cuja importância foi tão grande que deu nome à designação da responsabilidade civil delitual ou extracontratual.

Diniz (2007) explica que a *Lex Aquilia* veio cristalizar a idéia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante os ônus da reparação, em razão do valor do bem, projetando a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, pois o agente poderia se isentar de qualquer reparação se tivesse procedido sem culpa.

A referida lei não se limitou apenas a especificar melhor os atos ilícitos, mas substituiu as penas fixadas, pela reparação pecuniária do dano causado.

Nesse prisma, sintetiza Diniz (2007, p. 11):

Passou-se a atribuir o dano à conduta culposa do agente. A *Lex Aquilia* estabeleceu as bases da responsabilidade Extracontratual criando uma forma pecuniária de indenização do prejuízo, com base no estabelecimento do seu valor. Esta lei introduziu o *damnuminiuria datum*, ou seja, prejuízo causado ao bem alheio, empobrecendo o lesado, sem enriquecer o lesante. Todavia mais tarde, as sanções dessa lei foram aplicadas aos danos causados por omissão ou verificados sem estrago físico e material da coisa. O Estado passou então a intervir nos conflitos privados, fixando o valor do prejuízo, obrigando a vítima a aceitar a composição, renunciando a vingança. Essa composição permaneceu no direito romano com o caráter de pena privativa e com reparação, visto que não havia diferença entre responsabilidade civil e penal.



Outra questão relevante, para um entendimento a respeito da temática propriamente dita, no campo da reparação civil, é a necessidade de se compreender o conceito jurídico de responsabilidade, pois antes de saber de quem é a responsabilidade, é preciso ter idéia clara de o que é responsabilidade.

Dessa forma, Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 01-02) ensinam:

A palavra "responsabilidade" tem sua origem no verbo latino *respondere*, significando a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade, contendo ainda a raiz latina de *spondeo*, fórmula através do qual, se vincula, no Direito Romano, o devedor nos contratos verbais.

Desse modo, vê-se que responsabilidade está ligada ao surgimento de uma obrigação derivada, ou seja, de um dever jurídico em função da ocorrência de um fato jurídico *lato sensu*.

Entrementes, não se deve confundir responsabilidade com obrigação. Nesse diapasão, registra-se o ensinamento de Cavalieri Filho (2000, p. 20):

Embora não seja comum nos autores, é importante distinguir a obrigação da responsabilidade. Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo conseqüente a violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume a obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação.

Sendo assim, em toda obrigação há um dever jurídico originário, enquanto na responsabilidade há um dever jurídico sucessivo, pois a responsabilidade é uma espécie de sombra da obrigação.

Portanto, diante dessas considerações, vê-se que na noção jurídica de responsabilidade presume-se atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, as conseqüências do ato (obrigação de reparar).

Venosa (2007) menciona que embora antologicamente o conceito de responsabilidade seja o mesmo, ela pode ser de várias naturezas como a civil, penal, contratual ou extracontratual.

Gonçalves (2008), da mesma forma, relata que sendo múltiplas as atividades, inúmeras são também as espécies de responsabilidade, que abrangem todos os

ramos do direito e extravasam os limites da vida jurídica, para se ligar a todos os domínios da vida social.

Nessa perspectiva, trazendo esse conceito para o âmbito do Direito Privado, e seguindo essa mesma linha de pensamento, percebe-se que a responsabilidade no campo Civil deriva de uma agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando-se o infrator ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisas.

Nesse prisma, percebe-se que na concepção moderna, a responsabilidade civil comporta dois pólos: o objetivo, onde reina o risco criado, e o subjetivo, onde triunfa a culpa.

Nesse contexto, Diniz (2007, p. 34) em um conceito atual de Responsabilidade Civil ensina:

[...] pode-se definir responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiro em razão de ato do próprio imputado, da pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal.

Com entendimento parecido, Venosa (2007) conceitua responsabilidade civil, nos dias de hoje, como dever de indenizar, ou seja, uma reparação que se dá com a demonstração de existência de uma ação ou omissão voluntária, de dano a um sujeito passivo, e uma relação de causalidade entre o dano e a ação ou omissão.

Destarte, o desenvolvimento trouxe à baila novas diretrizes que impuseram uma adaptação na aplicabilidade da responsabilidade civil. Assim, passa-se a aceitar novas teorias, que por sua vez rezaram pela reparação do dano decorrente ou somente em face do risco criado. Essas novas teorias foram abarcadas pelas legislações modernas, incluindo o novo Código Civil de 2002.

### 3.2 Natureza, fundamento jurídico e a função da responsabilidade civil

A responsabilidade civil decorre, em regra, da prática de um ato ilícito (ação ou omissão), como também, em certas situações, de uma imposição legal em função do risco da atividade exercida.

Desse modo, quando há violação de uma norma jurídica e este fato gera um desequilíbrio sócio-patrimonial, tem-se a aplicação de uma pena-sanção em consequência ao não cumprimento de um dever jurídico tutelado.

Portanto, a natureza jurídica da responsabilidade civil, em qualquer esfera, tem cunho sancionador, haja vista ser a sanção a consequência lógica normativa de qualquer conduta ilícita.

Com efeito, Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 20) asseveram também que “a natureza jurídica da responsabilidade será sempre sancionadora, independentemente de se materializar como pena, indenização ou compensação pecuniária”.

Nesse sentido, a responsabilidade civil originária de uma norma jurídica pelo fato de culminar em uma indenização não deixa de ser uma sanção, porque tal indenização não se origina do fato ilícito em si, mais em decorrência de normas jurídicas positivadas que previam que se os atos fossem praticados seriam punidos por uma sanção predeterminada.

No tocante à função da reparação civil, Cavalieri Filho (2008) preleciona que consiste em fazer com que o transgressor repare o dano causado ao *status quo ante*, para que o equilíbrio que foi quebrado entre a vítima e o causador do dano seja devolvido.

Nesse contexto, Diniz (2007, p. 8-9) preleciona:

[...] portanto, dupla é a função da responsabilidade:

- a) garantir o direito do lesado à segurança
- b) servir como sanção civil, de natureza compensatória, mediante a reparação do dano causado à vítima, punindo o lesante e desestimulando a prática de atos lesivos.

Sendo assim, percebe-se que o instituto da responsabilidade civil tem mais de uma função, qual seja a compensação do dano à vítima, punir o ofensor e, conseqüentemente, desestimular a sociedade à prática da conduta lesiva.

Em relação ao fundamento jurídico, embora legislação pátria não traga em seu bojo um conceito bem definido do que seria responsabilidade civil, ela encontra fundamento em vários preceitos legais como a Constituição Federal de 1998, o Código Civil brasileiro e demais leis extravagantes.

A Constituição fundamenta a responsabilidade em seu art. 5º, V (direitos e garantias) ao inserir de forma clara e precisa a indenização por dano moral, como

também, em seu artigo 37, § 6º, tratando da responsabilidade objetiva do Estado e dos Servidores públicos. Outras leis especiais, de forma clara e incontestável, também tratam da responsabilidade civil, quais sejam, o Código Brasileiro da Aeronáutica, a Lei dos Acidentes do Trabalho, o Código de Defesa do Consumidor.

Em relação ao Código Civil, a responsabilidade civil se manifesta de forma Objetiva e Subjetiva. O artigo 186 e 927 fundamentam a responsabilidade subjetiva, onde faz-se necessário que haja culpa para a reparação do dano.

Já os artigos 933, 936, 937 e 1299 do Código Civil dão fundamento à responsabilidade objetiva, onde essa exige reparação do dano independentemente de culpa.

Dessa forma, segundo Gonçalves (2008), o Código Civil de 2002 adota a solução mais avançada e rigorosa do que a do Direito Italiano ao acolher, também, a teoria do exercício da atividade perigosa e o princípio da responsabilidade independente de culpa nos casos determinados em lei.

### 3.3 Espécies de responsabilidade civil

A noção de responsabilidade, como gênero, implica sempre exame de conduta voluntária violadora de um dever jurídico. Sob esse enfoque, a responsabilidade pode ser de várias naturezas, ou seja, múltiplas espécies, diferenciadas uma das outras de acordo com os fatos que a ocasiona, as perspectivas em que são analisados, a questão da culpa e até mesmo a natureza da norma jurídica violada.

Nessa perspectiva, as espécies de responsabilidade mais citadas pelos doutrinadores são a responsabilidade civil e penal, a responsabilidade contratual e extracontratual e a responsabilidade subjetiva e objetiva.

De início há um grande divisor de águas entre a responsabilidade penal e a civil, pois são campos de atuações diferentes e autônomos entre si.

Nesse diapasão, Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 04) averbam:

Na responsabilidade civil, o agente que cometeu o ilícito tem a obrigação de reparar o dano patrimonial ou moral causado, buscando restaurar o statu quo ante, a obrigação esta que, se não for mais possível, é convertida no

pagamento de uma indenização (na possibilidade de avaliação pecuniária do dano) ou de uma compensação (na hipótese de não se poder estimar patrimonialmente este dano), enquanto, pela responsabilidade penal ou criminal, deve o agente sofrer a aplicação de uma cominação legal, que pode ser privativa de liberdade (ex: prisão), restritiva de direito (ex: perda da carta de habilitação de motorista) ou mesmo pecuniária.

Assim, ambas as responsabilidades decorrem, aprioristicamente, de fato jurídico tido como ilícito ou não desejado pelo direito, pois ofendem a ordem jurídica. Logo, o fundamento da responsabilidade civil e penal é parecido, porém as condições em que surgem é que são adversas, pois uma é mais exigente que a outra, quanto ao aperfeiçoamento dos requisitos que devem coincidir para se efetivar.

Na responsabilidade penal, o causador do dano está infringindo uma norma de caráter público. O lesado, nesse caso, é a própria coletividade. Já na responsabilidade civil há a desobediência à norma privada. O lesado é individualizado e poderá pleitear ou não a reparação. Caso o agente venha a transgredir, ao mesmo tempo, lei penal e civil, ele se torna obrigado civil e penalmente, devendo responder perante o lesado e a sociedade.

Nesse contexto, Venosa (2007, p. 18-19) explica:

As normas de direito penal são de direito público, interessam mais diretamente à sociedade do que exclusivamente ao indivíduo lesado, ao ofendido. No direito privado, o que se tem em mira é a reparação de dano em prol da vítima: no direito penal, como regra, busca-se a punição e a melhor adequação social em prol da sociedade. Quando coincidem as duas ações, haverá duas persecuções, uma em favor da sociedade e outra em favor dos direitos da vítima.

Já a responsabilidade civil contratual e a responsabilidade civil extracontratual existem em função da relação jurídica obrigacional firmada anteriormente, contrato, por exemplo, ou ainda por algum fato que gere uma obrigação imposta por lei.

Com efeito, Cavaliere Filho (2008, p. 15) esclarece:

[...] a doutrina divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual, isto é, de acordo com a qualidade da violação. Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamado de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexistisse qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamado de ilícito aquiliano ou absoluto.

Portanto, conforme Gagliano e Pamplona Filho (2008), se o prejuízo decorre diretamente da violação de um mandamento legal em consequência de um ato ilícito por parte do agente infrator, encontra-se diante da responsabilidade extracontratual. Por outro lado, se entre as partes envolvidas já existia norma jurídica contratual, observa-se uma situação de responsabilidade contratual.

Vale registrar também que na responsabilidade civil aquiliana ou extracontratual a culpa deve ser sempre provada pela vítima, enquanto na responsabilidade contratual, ela é, em regra, presumida, invertendo o ônus da prova, cabendo a vítima apenas comprovar que a obrigação não foi cumprida.

Outro fato relevante, explica Venosa (2007), é a possibilidade de haver provável unificação entre a responsabilidade contratual e extracontratual com fundamento na teoria monista. Assim, levaria-se em conta o fato de que ambas fundam-se na culpa como elemento ensejador da reparação ou indenização, havendo, portando uma espécie de culpa genérica. Todavia, o Brasil continua adotando a teoria dualista como se pode perceber nas legislações vigentes e na doutrina.

Em relação ao seu fundamento, a responsabilidade civil poderá ser objetiva ou subjetiva. Nesse caso, a culpa será ou não o elemento da obrigação de reparar o dano.

A responsabilidade é subjetiva quando encontra sua justificativa na culpa ou no dolo, por ação ou omissão, lesiva a uma determinada pessoa. Desse modo, faz-se necessário provar a culpa do agente para que surja o dever de reparação.

Nesse contexto, Gonçalves (2008, p. 30) explica:

Diz-se, pois, ser subjetiva a responsabilidade quando se esteia na idéia de culpa. A prova de culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro dessa concepção a responsabilidade do causador do dano somente se configura se ágil com dolo ou culpa.

Já a responsabilidade objetiva é fundada no risco, pois é irrelevante a conduta culposa ou dolosa do causador do dano, uma vez que bastará a existência do nexo causal entre o prejuízo sofrido pela vítima e a ação do agente para que surja o dever de indenizar.

Gagliano e Pamplona Filho (2008) explicam que para essa espécie de

responsabilidade, o dolo ou a culpa na conduta do agente causador do dano pouco vai importar, haja vista que será necessária apenas a existência do elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável para que surja o dever de indenizar.

O atual Código Civil brasileiro adotou originalmente a teoria subjetivista ou clássica, conforme se pode notar em uma simples leitura do seu artigo 186, o qual estabelece que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Todavia, a teoria objetiva não foi de todo abandonada, havendo diversas disposições espaciais que a contemplam. Logo, a nova concepção que deve reger a matéria no Brasil é que as duas formas de responsabilidade se compatibilizam e se completam.

Para um melhor entendimento sobre a temática desse estudo, é necessário dar um maior enfoque a responsabilidade extracontratual subjetiva, pois a reparação na seara do abandono afetivo se estrutura na culpa.

### 3.4 Acepções do vocábulo culpa e sua relação com a responsabilidade civil

Boa parte da doutrina concorda que não é fácil estabelecer o conceito de culpa, apesar de não haver dificuldades de compreendê-la nas relações cotidianas e em casos concretos.

A respeito do tema, Gonçalves (2008, p. 295) salienta:

Para que haja obrigação de indenizar, não basta que o autor do fato danoso tenha procedido ilicitamente, violado um direito (subjetivo) de outrem ou infringido uma norma jurídica tuteladora de interesse particulares. A obrigação de indenizar não existe, em regra, só porque o agente causador do dano procedeu objetivamente mal. É essencial que ele tenha agido com culpa: por ação ou omissão, por negligência ou imprudência, como expressamente se exige no artigo 186 do Código Civil.

Ademais, age com culpa o sujeito que podia e devia agir de outro modo e não o fez, ou seja, o agente atua de modo censurado pelo direito, só podendo ser pessoalmente censurado pela sua conduta.

Desse modo, caso a atuação do agente seja desastrosa e deliberadamente provocada, diz-se que houve culpa *lato sensu* (dolo). Todavia, se o prejuízo da vítima advém de comportamento negligente ou imprudente por parte do autor do dano, fala-se em culpa *stricto sensu*.

Por sua vez, esses dois institutos (dolo e culpa) estruturalmente em muito se diferem, pois há uma grande distância no ato pelo qual o agente procura intencionalmente o resultado (dolo) e naquele que se dá por negligência, imprudência ou imperícia (culpa).

A culpa em sentido amplo ou dolo consiste na violação intencional do dever jurídico, na vontade de cometer uma violação consciente de direito. Em contrapartida, a culpa *stricto sensu* ou aquiliana tem sua essência na falta de um dever de cuidado.

Desse modo, Cavalieri Filho (2008, p. 32) esclarece:

[...] o agente podia conhecer ou observar, ou, como querem outros, a omissão de diligência exigível, a dificuldade da teoria da culpa está justamente na característica precisa da infração desse dever ou diligência, que nem sempre coincide com a violação da lei.

Portanto, é imprescindível para que haja a culpa em sentido *stricto* a conduta voluntária do agente e que o resultado seja involuntário. A falta do dever de cuidado irá gerar a imprudência, imperícia ou negligência. Estas são os modos de se externarem a conduta culposa.

Com efeito, registra-se a explicação de Venosa (2007, p. 26):

Na negligência o agente não age com a atenção devida em determinada conduta; há um desajuste psíquico traduzido no procedimento antijurídico, ou uma omissão de certa atividade que teria evitado o resultado danoso. Na imprudência o agente é intrépido, açodado, precipitado e age sem prever consequências nefastas ou prejudiciais. Na culpa sempre existe o defeito da previsibilidade, assim como na imperícia, não trazida ao bojo do artigo 186 (ou do artigo 159), mas certamente também integrante do conceito de culpa. É imperito aquele que demonstra inabilidade para o seu ofício, profissão ou atividade. É imperito o advogado que redige a petição inepta e o médico que administra a droga errada e danosa ao paciente, por exemplo.

Dessa maneira, quando houver a violação do dever de cuidado por mais leve que seja a culpa, existe a obrigação de indenizar, pois o que importa é o tamanho do dano e não o grau de culpa do agente.



A doutrina também cita a culpa em *in eligendo*, *in vigilando* e *in custodiendo*, *in comittendo* e *in omittendo*. Sobre essas espécies, assevera ainda o doutrinador Gonçalves (2008, p. 301):

A culpa *in eligendo* é a que decorre da má escolha do representante ou preposto. *In vigilando* é a que resulta da fiscalização sobre pessoas que se encontra sob responsabilidade ou guarda do agente. E *in custodiendo* é a que decorre da falta de cuidados na guarda de algum animal ou objeto.

[...]

A culpa em *comittendo* ou *faciendo* resulta de uma ação. De um ato positivo do agente. A culpa *in omittendo* decorre de uma omissão, só tendo relevância para o direito aja o dever de não se abster.

Outras modalidades de culpa também devem ser elencadas, como a culpa grave, leve e levíssima, a culpa presumida, a culpa contra a legalidade, a culpa exclusiva e a culpa concorrente.

Com relação aos graus, a culpa é grave quando não se prevê aquilo que todos iriam observar, omitindo os cuidados mais elementares. É a que mais se aproxima do dolo. Por sua vez, será leve a culpa quando a falta puder ser evitada com atenção ordinária. Já a levíssima é a falta evitada com atenção extraordinária, com extremada cautela.

Segundo Cavalieri Filho (2008), tem-se a culpa presumida quando a lei estabelece presunção relativa (*iuris tantum*), ou seja, existem situações em que a lei prevê em alguns casos a presunção da culpa, facilitando para a vítima a busca da reparação do dano sofrido. Destarte, há a inversão do ônus da prova, não tendo que se provar a culpa do agente, pois por uma norma cogente ela é presumida e ele que prove que não agiu com culpa.

Conforme Venosa (2007), a respeito da culpa contra a legalidade, assevera que esta é entendida quando um indivíduo transgredir ou não observar um dever imposto por lei ou regulamento, ou seja, a falta de atenção a norma positivada passa a configurar culpa do agente. Assim, como exemplos, têm-se os motoristas que transgridem as leis de trânsito.

No entender de Gonçalves (2008), culpa exclusiva é quando o fato ocorre por culpa somente da vítima, onde o agente é apenas um objeto do fato e inexistente responsabilidade por parte do agente. É o caso do agente que se atira na frente de um carro em uma rodovia em que vem alta velocidade.

Entretanto, a culpa concorrente existe quando o agente causador do dano e a

vítima, ao mesmo tempo, contribuem para a produção de um fato danoso, ou seja, haverá uma concorrência de culpa e no momento da reparação ambos respondem pela sua parcela de culpa na medida de sua participação.

Assim, é notório que entre a culpa e a conduta causadora do dano existe um forte nexó, independente de grau, espécie ou dimensão. Sabe-se que ela interfere diretamente no momento de se interpretar a conduta e dizer se esta foi ou não danosa.

### 3.5 Pressupostos de aplicabilidade

É muito difícil a caracterização dos pressupostos necessários à configuração da responsabilidade civil, ante a grande imprecisão doutrinária a respeito.

Todavia, grandes doutrinadores em análise ao artigo 186 CC, tido como base fundamental da responsabilidade civil e que consagra o princípio de que todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo, chegaram a um consenso.

Dessa maneira, para se configurar a responsabilidade civil é necessária a presença dos seguintes elementos: conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo (material ou moral) e o nexó de causalidade.

#### 3.5.1 *Conduta humana*

Apenas o homem por ato próprio ou por ato de terceiro sob sua responsabilidade, poderá ser responsabilizado civilmente. A conduta humana é o primeiro elemento para configurar-se a responsabilidade civil e essa configuração estará sempre atrelada à culpa.

Com efeito, Cavalieri Filho (2008, p. 24) averba:

[...] entende-se, pois, por conduta humana o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas. A ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico ou subjetivo.

Sendo assim, percebe-se que a ação humana pode manifestar-se positivamente (o fazer) ou negativamente (não fazer), guiada pela vontade do agente que desemboca no dano ou prejuízo.

Portanto, a voluntariedade, ou seja, a liberdade de escolha consciente do agente imputável é o núcleo fundamental da noção de conduta humana, pois não se pode reconhecer tal conduta se houver ausência do elemento volitivo. Entretanto, vontade não significa necessariamente a intenção de causar o dano, mas sim a consciência daquilo que se está fazendo.

Diante disso, Stoco (2001 apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008, p. 28) comenta:

Cumpre, todavia, assinalar que não se insere no contexto da voluntariedade o propósito ou a consciência do resultado danoso, ou seja, a deliberação ou a consciência de causar prejuízo. Este é um elemento definidor do dolo. A voluntariedade pressuposta na culpa é a da ação em si mesma.

A conduta, em sua manifestação positiva ou comissiva, traduz-se num comportamento ativo por parte do sujeito que não deveria ocorrer. Já na omissiva ou negativa é a não observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se.

Nesse contexto, Gonçalves (2008) relembra que para a configuração da responsabilidade por omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado fato e que se demonstre que, com a sua prática, o dano teria sido evitado

Observe-se, entretanto, que mesmo nas condutas omissivas, a voluntariedade se faz presente, doutra forma a conduta não ensejaria responsabilidade civil para o agente.

### 3.5.2 Dano

Outro pressuposto essencial para a existência de qualquer espécie de responsabilidade (contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva) é o dano ou

prejuízo causado, pois só há responsabilidade se houver dano a ser reparado.

Enneccerus (1953) afirma ser o dano, em seu sentido mais extremo, toda e qualquer desvantagem certa e atual que experimentamos em nossos bens jurídicos (patrimonial, corpo, vida, saúde, honra, crédito, bem-estar e capacidade de aquisição).

Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 35-36) prelecionam:

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria em se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano [...] sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até mesmo dolosa.

Assim, dano é a lesão a um interesse jurídico tutelado, patrimonial ou não, causado por ação ou omissão do sujeito infrator. Ademais, no campo dos danos, faz-se necessário distinguir o dano material (patrimonial) e o moral (extrapatrimonial), para um melhor entendimento a respeito desse trabalho.

Desse modo, o dano patrimonial, como o próprio nome sugere, é uma efetiva lesão ao patrimônio da vítima, consistindo na perda ou deterioração total ou parcial dos bens materiais, suscetíveis a avaliação pecuniária e indenização pelo responsável.

Nesse sentido, Cavalieri Filho (2008) conceitua dano patrimonial como sendo aquele que atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro.

É possível dividir o dano material em lucro cessante e dano emergente. Este seria o efetivo prejuízo, a diminuição patrimonial sofrida pela vítima. Já o lucro cessante é aquilo que se deixou de ganhar, a frustração de uma expectativa de lucro.

Gagliano e Pamplona Filho (2008), de forma simples e objetiva, asseveram que o dano emergente corresponde ao efetivo prejuízo experimentado pela vítima, ou seja, o que ela perdeu. Já o lucro cessante, corresponde àquilo que a vítima deixou razoavelmente de lucrar por força do dano, ou seja, o que ela não ganhou.

Alvim (1972), referindo-se ao dano emergente, explica que não paira dúvidas no momento de estabelecer com precisão o desfalque no patrimônio da vítima. No entanto, com relação ao lucro cessante o mesmo não ocorre, pois sempre haverá

indagações perturbadoras por se trabalhar no campo hipotético.

Assim, na fixação da indenização devem ser abrangidos os danos positivos e os negativos, ou seja, o desfalque efetivo havido no patrimônio do lesado e o ganho que, pela ausência da prestação, deixou de aferir.

Por sua vez, o dano moral, apesar de ser admitido pela doutrina majoritária antes da CF/88, somente com a sua promulgação é que se pode falar, indubitavelmente, de sua imensa ressarcibilidade no direito brasileiro, pois tal matéria foi elevada ao *status* dos direitos e garantias fundamentais. Com a Lei Maior expressa, superou-se a renitência empedernida de parte da jurisprudência pátria que rejeitava a reparação de dano exclusivamente moral.

Com efeito, Pereira (2004, p. 58) esclarece:

A Constituição Federal de 1988 veio por uma pá de cal na resistência à reparação do dono oral. Destarte, o argumento baseado na ausência de um princípio geral desaparece. E assim, a reparação do dano moral entrega-se definitivamente em nosso direito positivo. [...] com as duas disposições contidas na constituição de 1988 o princípio da reparação do dano moral encontrou o batismo que a inseriu em a canonicidade de nosso direito positivo. Agora, pela palavra mais firme e mais alta da norma constitucional, tornou-se princípio de natureza cogente o que estabelece a reparação por dano moral em nosso direito. Obrigatório para o legislador e para o juiz.

Desse modo, o atual Código Civil adequando-se ao novo preceito constitucional reconhece expressamente em seus artigos 186 e 927 o instituto do dano moral.

No entender de Gonçalves (2007), dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome, que pode acarretar ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

No mesmo sentido, Gagliano e Pamplona Filho (2008) reforçam idéia anterior dizendo que o dano não-patrimonial ou moral consiste na lesão de direitos, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro, ou seja, é aquele que danifica a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

Todavia, não se pode visualizar dano não-patrimonial diante de qualquer dissabor, desconforto, aflição ou apreensão, pois o dano moral está adstrito a

situações extremamente relevantes a bens personalíssimos de ordem ética.

Nessa perspectiva, Zannoni (1982, p. 53-54) explica:

O dano moral não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente. P. ex: se vemos alguém atropelar outrem, não estamos legitimados para reclamar indenização, mesmo quando esse fato nos provoque grande dor. Mas, se houver relação de parentesco próximo entre nós e a vítima, poderá reclamar a reparação pecuniária em razão de dano moral, embora não peçam um preço para a dor que sentem ou sentiram, mas, tão-somente, que se lhes outorgue um meio de atenuar, em parte as consequências da lesão jurídica por eles sentida.

Segundo Diniz (2007), os tribunais atualmente vêm se manifestando no sentido de que a indenização por danos morais “deve desestimular” o ofensor a repetir o ato. O STF entende que dupla é a função da reparação civil por dano moral: caráter inibitório e reparatório.

Em síntese, esclarece Gonçalves (2008, p. 257):

Tem prevalecido, no entanto, o entendimento de que a reparação pecuniária do dano moral tem duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. Ao mesmo tempo em que serve de lenitivo, de consolo, uma espécie de compensação para atenuação do sofrimento havido, atua como sanção ao lesantes, como fato de desestímulo, afim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem.

Diante das considerações, deve o magistrado, após análise criteriosa dos fatos, observar o princípio da razoabilidade e proporcionalidade como norte para fixar a indenização.

Segundo Gonçalves (2008), no momento de arbitrar o *quantum* a ser pago, é plausível levar em conta vários fatores que interferem na dimensão do dano ocorrido, a exemplo da condição social, educacional e econômica do ofendido, a intensidade do sofrimento, a condição econômica do ofensor, a amplitude da culpa, o peso e repercussão da ofensa, bem como as circunstâncias que nortearam a prática do ilícito.

Sendo assim, a indenização não pode ser superior ou inferior ao tamanho do dano, nem maior ao que o ofensor possa pagar, tendo em vista o comprometimento do patrimônio do ofensor ao ponto de não possa mais prover seu próprio sustento.

### 3.5.3 *Nexo de Causalidade*

Após explicação dos dois primeiros elementos da responsabilidade civil, conduta humana e o dano, resta agora o último e talvez o mais melindroso, o nexo causal.

Explicando a complexidade do tema, Lopes (2001, p. 128) leciona:

Uma das condições essenciais à responsabilidade civil é a presença de um nexo causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. É uma noção aparentemente fácil e limpa de dificuldades. Mas se trata de mera aparência, porquanto a noção de causa é uma noção que se reveste de um aspecto profundamente filosófico, além das dificuldades de ordem prática, quando os elementos causais, os fatores de produção de um prejuízo se multiplicam no tempo e no espaço.

Portanto, é muito importante a investigação do nexo que une o resultado danoso ao agente infrator para que se possa concluir pela responsabilidade jurídica a quem causou o dano. Logo, a primeira coisa a ser analisada, até mesmo antes da culpa, é se o sujeito deu causa ao resultado.

Segundo Diniz (2007), a responsabilidade civil não existe sem relação de causalidade entre o dano e a ação que o provocou. Diante do exposto, nexo causal é o liame que une a conduta (positiva ou negativa) do agente ao dano. Assim, em análise a essa relação causal é que se conclui quem deu causa ao dano.

Gagliano e Pamplona Filho (2008) afirmam que o nexo causal trata-se, pois, do elo etiológico, do liame, que une a conduta do agente (positiva ou negativa) ao dano.

Outro fato interessante sobre o nexo causal é a dúvida de qual será o critério a ser adotado para determinar se o fato foi ou não definitivo para a composição do dano. Nesse contexto, existem três teorias, a da equivalência das condições, a da causalidade adequada e a dos danos diretos e imediatos.

Em relação à primeira teoria, Gonçalves (2008) afirma que todo fato antecedente que tenha concorrido para causar o dano é considerado como causa, partindo do princípio de que não ocorrendo pelo menos uma dela o dano não existiria. Todos os fatos causais se equivalem. É a teoria adotada pelo Código Penal Brasileiro.

A segunda, a da causalidade adequada, nas palavras de Cavalieri Filho

(2008), somente o ato que por si só é capaz de produzir o dano é considerado como causa. Nesse caso, a causa não é só o precedente de que se necessita, mas o requisito adequado a consequência do ato. É a teoria adotada no Direito Argentino.

A terceira e última teoria, a da causalidade direta e imediata, no entender de Gonçalves (2008), nada mais é do que um almógama das anteriores, uma espécie de meio termo. Requer ela que haja, entre a conduta e o dano, uma reação de causa e efeito direta e imediata. Desse modo não será indenizado um dano remoto sendo este consequência indireta de um fato.

Para Gagliano e Pamplona Filho (2008), a causa para essa teoria, seria apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessariedade ao resultado danoso, determinasse esse último como sua consequência direta e imediata.

No entanto, existe outra celeuma a respeito do tema, no sentido de qual é a teoria aplicada no Brasil. Com efeito, respeitável parcela da doutrina nacional tende a acolher a teoria da causalidade direta ou imediata.

Nesse contexto, Gonçalves (2008) afirma que das várias teorias sobre o nexos causal, o Código Civil brasileiro adotou, indiscutivelmente, a do dano direto e imediato, como está expresso em seu artigo 403.

Discussões a parte, independentemente da teoria adotada, o que importa é que o magistrado faça uma análise criteriosa de cada caso, para que o agente seja condenado de acordo com a conduta e o dano praticado.

Para tanto, o sujeito poderá ficar isento de ser responsabilizado pelo dano causado a alguém, caso esteja acobertado por uma das excludentes de responsabilidade.

O Código Civil de 2002 elenca algumas situações que interferem nos acontecimentos ilícitos e possibilita a ruptura do nexos causal existente entre a conduta humana e o dano por ela causado, excluindo-se, assim, a responsabilidade do agente.

Nessa perspectiva, Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 101) explicam:

Como causas excludentes de responsabilidade devem ser entendidas todas as circunstâncias que, por atacar uns dos elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil, rompe o nexos causal e terminam por fulminar qualquer pretensão indenizatória.



Nesse contexto, as costumeiras excludentes de responsabilidade civil são o estado de necessidade, a legítima defesa, a culpa da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito ou força maior e a cláusula de não indenizar. Entre o estado de necessidade e a legítima defesa há grandes semelhanças, porém alguns aspectos as diferenciam. Sendo assim, na legítima defesa, existe uma agressão injusta e iminente direcionada à pessoa ou aos bens.

Gagliano e Pamplona Filho (2008) asseveram que o estado de necessidade consiste na situação de agressão a um direito alheio, de valor jurídico igual ou inferior àquele que se pretende proteger, para remover perigo iminente, quando as circunstâncias de fato não autorizarem outra forma de atuação. Há colisão de interesses jurídicos tutelados. Já na legítima defesa, o agente reage a uma agressão atual e injusta.

Outra excludente da responsabilidade civil é a culpa da vítima que também quebra o condão da causalidade, eximindo o agente da responsabilidade. Nesse caso, a atuação é exclusiva da vítima.

Outros institutos excludentes da responsabilidade, explica Diniz (2008), e que também tem muitas semelhanças são o caso fortuito e a força maior, todavia apresentam diferenças. O caso fortuito é decorrente de fato ou ato alheio à vontade das partes, sendo que este fato alheio, geralmente é oriundo de ato humano. Já a força maior, surge de acontecimentos naturais.

Na cláusula de não indenizar, no entender de Pereira (2000), os seus efeitos consistem no afastamento da obrigação conseqüente ao ato danoso. Dentro do campo de sua aplicação e nos limites de sua eficácia é uma excludente de responsabilidade

Destarte, todas essas causas excludentes da responsabilidade civil devem ser devidamente comprovadas e examinadas com cuidado pelo magistrado para poder ser afastada, de fato, a responsabilidade.

### 3.6 Ressarcimento, reparação e indenização

No campo da responsabilidade civil, ao se falar do dano indenizável, os doutrinadores usam, frequentemente, os termos indenização, ressarcimento e

reparação. Entretanto, vale salientar que existem diferenças entre tais vocábulos.

Indenizar é o mesmo que restituir a vítima pelo dano sofrido, em sua totalidade. Caso seja possível, restabelece o bem ao *status quo ante*, não sendo, busca-se outra forma de compensação.

Segundo Gonçalves (2008), ressarcimento é o pagamento de todo o prejuízo material sofrido, abrangendo o dano emergente e os lucros cessantes, o principal e os acréscimos que lhe adviriam com o tempo e com o emprego da coisa. Por sua vez, reparação é a compensação pelo dano moral, a fim de minorar a dor sofrida pela vítima. Já a indenização é reservada para a compensação do dano decorrente de ato lícito do Estado, lesivo do particular, como ocorre nas desapropriações.

A Constituição Federal, contudo, usou a indenização como gênero, do qual o ressarcimento e a reparação são espécies, ao assegurar no art. 5º, V e X, indenização por dano material e moral. Assim sendo, o vocábulo indenização poderá ser usado para designar tanto o ressarcimento como a reparação de um dano.

## **4 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS EM FACE DOS FILHOS POR ABANDONO AFETIVO**

As constantes transformações ocorridas na sociedade levaram o Direito de Família a tornar-se cada vez mais humanizado e, conseqüentemente, a própria família, o que vem exigindo do Estado a responsabilidade de conduzir os conflitos que passaram a surgir nessa seara.

Para tanto, o Direito de Família buscou também respaldo em outros ramos do Direito para melhor resolver os conflitos que surgem no campo de suas relações, fazendo com que haja uma expansão da proteção inerente às relações familiares com o objetivo maior do seu resguardo.

Recentemente, observam-se nos tribunais decisões inovadoras que causaram uma nova perspectiva no meio jurídico. De fato, isso ocorreu ao se reconhecer o direito à indenização do filho ao ser abandonado afetivamente pelo seu genitor.

Nesse contexto, instaurou-se um verdadeiro dilema entre os estudiosos do Direito. Desse modo, trata-se da possibilidade de se responsabilizar civilmente o pai que tenha de fato abandonado afetivamente seu filho.

Logo, a Responsabilidade Civil tem sido de fundamental importância na resolução dos conflitos familiares desse nível, auxiliando dessa forma, o próprio Direito de Família no que concerne à reparação de danos injustos sofridos em meio à relação familiar.

### **4.1 Afetividade**

A afetividade é o território dos sentimentos, das paixões, das emoções, por onde transitam medo, sofrimento, interesse, alegria. Assim, a discussão do tema gera muitas controvérsias, pois para uns é um fator psicológico e para outros é físico.

Segundo Ballone (2003 a), a afetividade compreende o estado de ânimo ou humor, os sentimentos, as emoções e as paixões e reflete sempre a capacidade de experimentar sentimentos e emoções. Ela é quem determina a atitude geral da

pessoa diante de qualquer experiência vivencial, promove os impulsos motivadores e inibidores, percebe os fatos de maneira agradável ou sofrível, confere uma disposição indiferente ou entusiasmada e determina sentimentos que oscilam entre dois pólos, a depressão e a euforia.

Nesse contexto, Sousa; Carlos; Guimarães; Balone, (2004, p. 58) asseveram:

Direta ou indiretamente a afetividade exerce profunda influência sobre o pensamento, o comportamento e a performance da pessoa. A afetividade funciona como se tivesse uma espécie de lentes de óculos colocados entre o sujeito e o mundo, caracterizando-se assim sua maneira de ver o mundo. [...] Essas lentes interferem qualitativa e quantitativa na realidade percebida pelas pessoas.

Desta forma, a afetividade é quem confere o modo de relação do indivíduo a vida e será através da tonalidade de ânimo que a pessoa perceberá o mundo e a realidade. Com efeito, um ser afetivo é antes de tudo um ser carinhoso, equilibrado, consciencioso, bom ouvinte, onde se conclui que afetividade é um estado físico de atitudes comportamentais ligado ao estado psicológico.

Este estado afetivo, se bem atendido, traduz adultos emocionalmente equilibrados, sensatos, com auto estima motivada e bem aceitos na sociedade. Em verdade, os fatores que norteiam este estado físico vêm da infância, pois uma criança amada, respeitada e que cresce em um ambiente seguro e equilibrado gera um adulto estável emocionalmente.

Para conseguir este ambiente seguro e equilibrado nem sempre é necessário que estes pais vivam conjugalmente, basta que esta ruptura seja bem trabalhada na mente desta criança, pois não é saudável conviver em um ambiente onde pai e mãe não se amem mais, cuja falta de amor deve ser trabalhada entre ambos, a fim de não ser revertido para a criança.

Sendo assim, muitos casais quando se separam tendem a reverter essa separação também em relação aos filhos, o que gera neste uma sensação de não ser amado, de culpa e de abandono, criando em suas pequenas mentes emoções de medo e insegurança.

Diante dessas considerações, o afeto é algo conquistado pelo vínculo formado entre duas pessoas que se gostam e se respeitam. Ele é consequência da convivência entre as pessoas, formando um elo entre elas, todavia a discussão acerca de sua relevância na seara jurídica é algo novo.

Afeto, segundo Bueno (2000) em seu sentido mais amplo, significa amizade, afeição, simpatia, paixão. São sentimentos de reciprocidade existentes entre pessoas que se querem bem, dizer que se tem afeto por outrem é o mesmo que dizer que se tem carinho, afeição, afinidade, respeito e consideração. Ademais, são sentimentos valorativos, que além de fazer bem a quem recebe faz bem maior ainda a quem o dá.

Dias (2006, p. 68) diz que o afeto merece destaque como princípio jurídico, pois “o novo olhar sobre a sexualidade valorizou os vínculos conjugais, sustentando-se no amor e no afeto. Nessa evolução, o Direito das famílias instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto.”

Na visão de Pereira (2006), vive-se uma era de despatrimonialização do Direito Civil, ou seja, o foco passou a ser a pessoa, em vez do patrimônio. Portanto, a família é o lugar privilegiado da realização da pessoa, pois é nela que o ser humano vive suas primeiras experiências, seu desenvolvimento pessoal, para mais tarde se reportar às relações sociais.

Os Tribunais brasileiros, de forma gradativa, vêm reconhecendo o valor do afeto nas relações familiares através do princípio da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, o da afetividade.

É bem verdade que apesar do princípio da afetividade, fundado no sentimento protetor da família, não estar expresso na Constituição Federal de 1988, ele é de fácil extração através de diversos outros, como o da dignidade da pessoa humana.

Segundo Angeluci (2008), o amor está desfazendo o círculo neurótico, passando a ocupar outra posição nesta nova estrutura, unindo pessoas por laços abstratos e tendo um fim fraterno comum, ou seja, o desenvolvimento pessoal através do núcleo familiar.

Isto posto, fica patente a importância do afeto nas relações familiares e, por conseguinte, o valor que lhe deve ser atribuído de forma a cumprir o princípio da dignidade humana.

#### 4.2 Deveres jurídicos dos pais nas relações paterno-filiais

Os deveres da paternidade são obrigações jurídicas estabelecida na

Constituição Federal, no Estatuto da criança e do adolescente e no Código Civil. Além disso, vale salientar que, por força de preceito constitucional, a administração da sociedade conjugal é feita por ambos os cônjuges, ou seja, o direito de cuidar do da prole é dada a cada um dos genitores, e não apenas a um deles.

O artigo 227 da Constituição Federal dispõe que:

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

Desse modo, é dever do Estado, da Família e da sociedade proporcionar a boa convivência familiar. No tocante à saúde, talvez por questões culturais ou metodológicas, há certa propensão em restringi-la na vertente física, olvidando da grande relevância representada pela saúde mental e psicológica da criança e do adolescente.

No Código Civil, o artigo 1.634, I e II, estabelece que compete aos pais quanto à pessoa dos filhos menores dirigir-lhes a criação e educação e tê-los em sua companhia e guarda.

Ainda no Código Civil, o artigo 1.632 diz que a separação dos pais ou a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos e que aos primeiros cabe o dever de terem em sua companhia os filhos seguros.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), por sua vez, prevê que:

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

O ECA ainda estabelece em seus artigos 7º, 15 e 19, entre outros direitos, o desenvolvimento sadio e harmonioso, o direito ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e sujeitos de direitos civis, humanos e sociais, bem como o direito de serem criados e educados no seio de sua família.

Por sua vez, frequentemente, estes deveres dos pais com relação aos filhos são observados apenas sob a ótica material. No entanto, trata-se de um grande erro. Tais deveres, além dos valores patrimoniais, também são revestidos de valores psíquicos e afetivos.

Portanto, os deveres dos pais, vão muito além do mero auxílio material. O abandono material pode ser facilmente reparado, no entanto, o abandono afetivo pode levar aos filhos conseqüências traumáticas e irreversíveis. O mais grave é mesmo o abandono psíquico e afetivo, a não presença do pai no exercício de suas funções paternas, como aquele que representa a lei, o limite, segurança e proteção.

#### 4.3 Abandono afetivo

A questão do abandono afetivo em decorrência do desamparo dos pais em relação aos filhos tem sido palco de grande discussão no cenário brasileiro, pelo fato de este abandono estar gerando reparação civil por dano moral e pela questão do uso da responsabilidade civil no direito de família.

Nesse contexto, Hironaka (2007, p. 04) afirma que:

O abandono afetivo se configura, dessa forma, pela omissão dos pais, ou de um deles, pelo menos relativamente ao dever de educação, entendido este na sua acepção mais ampla, permeada de afeto, carinho, atenção, desvelo. Esta a fundamentação jurídica para que os pedidos sejam levados ao poder judiciário, na medida em que a constituição Federal exige um tratamento primordial à criança e ao adolescente e atribui o correlato dever aos pais, a família, à comunidade e à sociedade.

A partir desse conceito, pode-se observar que o abandono afetivo é a falta dos deveres fundamentais dos pais para com os seus filhos, isto é, a falta de atenção necessária ao sadio desenvolvimento da criança e do adolescente, onde se inclui afeto, carinho e a participação na educação. Tudo isso como fator essencial de formação do ser humano, para que este seja um adulto plenamente sadio ao convívio social.

Sendo assim, percebe-se que o abandono afetivo está relacionado ao sofrimento, à dor causado pela ausência e negligência de alguém que deveria oferecer a outra pessoa carinho, afeto e compreensão. Não significa apenas privar

alguém de amor, carinho e ternura, mas sim uma privação de convivência.

#### *4.3.1 Efeitos e prejuízos decorrentes do abandono afetivo*

O abandono decorrente da desestrutura familiar pode gerar um conflito interno no menor, que resultará, no futuro, desvios graves de comportamento, podendo até levar ao crime.

Estudos feitos sobre a afetividade revelaram inúmeras mazelas decorrentes da ausência afetiva no ser humano, principalmente nas crianças. Entre tais fatores, encontram-se a incontinência emocional, sugestibilidade, ambivalência afetiva, fobias, irritabilidades e angústia.

Segundo Ballone (2003 b), a incontinência emocional se traduz em uma inversão de valor sobre a imagem que se tem de si mesmo, sendo pessoas que acreditam ser piores do que todos, não lutam por seus ideais. Aliás, nem os têm e se os possuem inibem diante dos ideais alheios, choram facilmente e não conseguem acreditar em seus potenciais.

Já a sugestibilidade, aduz Balone (2003 b), é uma alteração de vontade ou de sentimentos, é uma situação de aceitação e submissão que exercem sobre a pessoa. Por seu turno, a ambivalência afetiva é quando uma pessoa não consegue identificar os sentimentos que têm em relação a outrem, ora de amor, ora de ódio. Desse modo, estas acentuações afetivas opostas e basicamente simultâneas nos indivíduos são consideradas como normais. Um exemplo claro dessa situação é se desejar algo, porém temer as suas conseqüências.

Por sua vez, as fobias são entendidas como temores, medos obsessivos e angustiantes, que a pessoa sente em relação a algo ou situações específicas sem motivo aparente ou razoável para sentir.

Por fim, afirma Balone (2003 b), têm-se a irritabilidade e angústia. Esta se caracteriza por ser um sentimento frequente e torturante, e que o medo sempre se refere a alguma coisa. Já irritabilidade é um aspecto de falta de paciência, de fúria, de mau-humor, tira-se do sério com facilidade e sem razão para tanto.

Portanto, estes são apenas alguns distúrbios psicológicos encontrados em indivíduos carentes de afeto, elencando-se alguns dos sintomas como forma de



mostrar o quão importante é o afeto na vida e o crescimento emocional e psicológico de crianças.

#### 4.3.2 Conceito e nomenclatura do dano afetivo

Segundo Freitas (2007), a nomenclatura do dano afetivo, ao invés de dano moral, é uma tendência moderna de especificar o tipo de dano sofrido, contrapondo entre dano moral-gênero (todo dano extrapatrimonial) e dano moral-espécie (que individualiza o dano moral-gênero de acordo com o direito da personalidade tutelado). Assim, dano afetivo nada mais é do que uma espécie do dano moral (gênero).

Dessa maneira, pode-se dizer que há um dano moral *lato sensu*, por força de nomenclatura legal, em que os danos não patrimoniais (extrapatrimoniais) são tidos como morais. O dano moral é o efeito não patrimonial da lesão de direito e não a própria lesão abstratamente considerada.

Desse modo, sendo o dano moral *lato sensu* todo dano extrapatrimonial, porém, admitindo-se a possibilidade real de que existem outros danos não-patrimoniais cumuláveis (de acordo com o tipo), por consequência lógica, existe o dano moral *stricto sensu*, que se divide em dano estético, dano existencial (*Mobbing*), dano afetivo, dano morte, entre outros, de acordo com o direito tutelado.

Assim sendo, dano afetivo é todo o dano de cunho extrapatrimonial com possíveis reflexos patrimoniais, surgido das relações familiares (*lato sensu*), tendo sua possibilidade de aplicação variável de acordo com as peculiaridades do caso concreto. É necessário, nestes casos, com muito bom senso, verificar o juízo de censura do agente causador do dano.

#### 4.4 Responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo dos filhos

Para um bom desenvolvimento psico-físico-mental da criança até chegar à fase adulta e estar pronta para a vida, faz-se necessário um imperioso respeito e cuidado na infância, pois aqui é que se realiza os primeiros passos para a vida.

Dessa maneira, é na infância que surge no ser humano a mais importante e radical ocorrência no processo evolutivo, isto é, a autoconsciência. Destarte, nesse momento a criança poderá atingir seu ápice, por meio dos pais, de aprendizado sadio das experiências para a vida.

Com efeito, Guilherme (2006) afirma que a dignidade é o maior valor do ser humano, assim como a importância da afetividade na construção da personalidade humana, ou seja, o afeto, atenção o carinho, são fatores determinantes na formação do indivíduo. Por isso que o afeto passou a fazer parte do macro princípio da dignidade da pessoa humana contemplado pela Constituição Federal.

Nessa perspectiva, deve-se ter preocupação em relação aos traumas que a criança possa ser exposta, desde os primeiros anos de vida, evitando ao máximo sua exposição às condições adversas para sua constituição.

Segundo Dias (2006), as famílias de hoje estão cada vez mais centradas no afeto, exigindo dos pais o dever de criar e educar os filhos dando-lhes o carinho indispensável para a formação de sua personalidade, sendo este um dever concernente ao poder familiar, a quebra deste dever implica na quebra do princípio da paternidade responsável.

Esse dever, como já foi mostrado, é imposto, por força de lei, aos pais através do poder familiar. Todavia, antes de ser de um dever-obrigação dos genitores, é um direito dos filhos. Assim, a atitude irresponsável de alguns pais, negligenciando seus descendentes afetivamente, pode causar sérios danos psicológicos aos filhos, bem como o trauma decorrente do abandono afetivo parental imprime uma marca indelével no comportamento da criança ou adolescente.

Nesse contexto, a falta de afeto pode causar imensos prejuízos emocionais aos filhos, inclusive pode comprometer até mesmo a formação intelectual e a personalidade da criança. Em verdade, muitas vezes, o filho negligenciado precisa passar por constantes tratamentos psicológicos para poder suportar tal esquecimento paterno.

Com efeito, Hironaka (2006, p. 26) ensina:

O dano causado pelo abandono afetivo é, antes de tudo, um dano culposamente causado à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, que, certamente, existe e manifesta-se por meio do grupo familiar, responsável que é por inculcar na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada. Trata-se de um direito da personalidade, portanto.

Desse modo, o abandono afetivo cria uma barreira na criança e no adolescente que impede seu real crescimento sócio-psíquico-cultural. Esses danos são de difícil cicatrização e destrói a auto-estima do menor, sendo esta o revestimento do caráter, assim como a pele é a do corpo.

Nessa perspectiva, Dias (2006, p. 107) sintetiza:

A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas seqüelas psicológicas e comprometer o desenvolvimento saudável da prole. A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do Poder Familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação. Tal comprovação facilitada pela interdisciplinaridade, cada vez mais presente no âmbito do direito das famílias, tem levado ao reconhecimento da obrigação indenizatória por Dano Afetivo. Ainda que a falta de afetividade não seja indenizável, reconhecimento da existência do dano psicológico deve servir, no mínimo, para gerar o comprometimento do pai com o pleno e sadio desenvolvimento do filho.

Assim sendo, considerando os prejuízos que atitudes dessa envergadura podem causar na construção da personalidade do menor, tribunais estão decidindo pela responsabilização do genitor que deu causa ao abandono do filho.

Ademais, normas para fundamentar tal entendimento é o que não falta, o que se questiona é a ausência da sanção para o descumprimento desse dever, pois a CF/88 não disse que era facultativo e sim um dever-obrigação, mas na falta de lei sancionadora o que se deve e pode é utilizar o instituto da responsabilidade civil.

De acordo com Amaral (2008), a responsabilização civil por abandono afetivo é uma maneira de ensinar que as relações afetivas e familiares geram direitos e obrigações para as pessoas nelas envolvidas e que essas relações têm que ser alvo de intensos cuidados.

Nesse prisma, Dias (2006, p. 409) assevera:

A indenização por dano afetivo poderá converter-se em instrumento de extrema relevância e importância para a configuração de um Direito das

Famílias mais de acordo com atualidade, podendo desempenhar papel pedagógico no seio das relações familiares.

A questão do abandono afetivo ganhou repercussão a partir do julgamento da apelação cível 408.550-5 proferida, no ano de 2004, pela 7ª câmara Cível do extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais, onde este tribunal condenou o pai ao pagamento de uma indenização no valor de 200 salários mínimos ao filho por danos morais, referente ao abandono afetivo.

Desse modo, Silva (2006) destaca que a ação que deu resultado à apelação supracitada trata-se do caso de um menor de quinze anos de idade, o qual representado por sua mãe promoveu uma ação de reparação por danos morais sofridos em decorrência da ausência do pai nos momentos mais importantes de sua vida. Além disso, alega também que, após várias tentativas frustradas de reaproximação com seu genitor desde os seus seis anos de idade, a única coisa que recebeu foi o desprezo. Tudo que o filho queria era o amor e o reconhecimento, porém recebeu somente abandono, rejeição e frieza.

Segue a ementa da referida decisão:

EMENTA – INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.

Esse julgado foi o pioneiro a conceder a indenização por abandono afetivo, sendo de grande importância, ao passo que a partir dele se passou a aplicar a responsabilidade civil por abandono afetivo em outras ocasiões.

Posteriormente o Superior Tribunal de Justiça reformou essa decisão. Entretanto, essa apelação serve de base para outras decisões favoráveis à indenização. O fato é que essa decisão do extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais gerou grande discussão entre os juristas quanto à aplicação ou não da indenização por abandono afetivo.

Em relação à reformulação feita pelo STJ à decisão proferida pela 7ª câmara cível do extinto tribunal de Alçada de Minas Gerais em 2004, Pereira (2008, p. 02) observa que:

No caso do julgado pelo STJ em 2005, o abandono era apenas afetivo. O pai sempre pagou pensão alimentícia ao menor. Faltou alimento para a alma, afinal de contas nem só de pão vive o homem. O pai, por seu lado, apresentou suas razões, dizendo que sua ausência se justificava por ter se casado novamente e que morava em cidades diferentes, etc. Será que há alguma razão/justificativa para um pai deixar de dar assistência moral e afetiva a um filho? A ausência de prestação de uma assistência material seria até compreensível, se tratasse de um pai totalmente desprovido de recursos. Mas deixar de dar amor e afeto a um filho não há razão nenhuma capaz de explicar tal falta.

Diante do exposto, pode-se notar que o abandono não é só a falta de carinho, este é apenas um dos componentes deste. O que se está em pauta é a completa falta de assistência quanto à criação, educação, saúde (física e mental), convívio, ou seja, vários fatores que estão inseridos no desamparo da vida.

Apesar daquela decisão, provinda de Minas Gerais, ser a mais conhecida, não foi a primeira. Há uma decisão anterior, semelhante a esta, vinda da justiça gaúcha. O juiz de direito Mario Romano Maggioni, da 2ª Vara da Comarca de Capão da Canoa, condenou um pai a pagar igualmente 200 salários mínimos à filha, que sofreu danos decorrentes do abandono material e afetivo.

Posteriormente, surgiu uma outra decisão semelhante, mas agora na capital paulista. O juiz de direito da 31ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital do Estado de São Paulo, doutor Luís Fernando Cirillo, nos autos do processo nº. 01.36747-0 condenou um pai a pagar a filha o valor de R\$50.000,00 como indenização decorrente dos danos morais sofridos e do custeio do tratamento psicológico.

Com efeito, Tartuce (2010) traz um trecho da sentença do nobre Magistrado:

*A par da ofensa à integridade física (e psíquica) decorrente de um crescimento desprovido do afeto paterno, o abandono afetivo se apresenta também como ofensa à dignidade da pessoa humana, bem jurídico que a indenização do dano moral se destina a tutelar.*

A corrente que é contrária à aplicação da reparação civil por abandono afetivo afirma que não se pode quantificar o amor, nem tampouco obrigar alguém que ame outro. Por sua vez, Souza (2009) explica que a indenização não se trata de dar preço ao amor, ou compensar a dor, tendo uma função muito mais importante que é a punição de caráter pedagógico, que tem por fim conscientizar os pais de que o seu papel na vida do filho é de extrema importância e o descumprimento deste gera um dano grave no filho, devendo sua conduta ser evitada.

Nesse mesmo sentido, Pereira (2008) diz que as razões apresentadas estão apoiadas em que não se pode coagir um pai a amar seu filho, pois, afinal, o amor não tem preço e não há como obrigar alguém a amar outrem, nem mesmo pais aos filhos, ou vice-versa. Tudo isso é bem compreensível, não é possível obrigar ninguém a amar. No entanto, a esta desatenção e a este desafeto devem corresponder uma sanção, sob pena de termos um direito acéfalo, um direito vazio, um direito inexigível.

Dessa maneira, se um pai ou uma mãe não quiserem dar atenção, carinho e afeto àqueles que trouxeram ao mundo, ninguém pode obrigá-los, mas cumpre à sociedade o papel solidário de lhes dizer, de alguma forma, que isso não está certo e que tal atitude pode comprometer a formação e o caráter dessas pessoas abandonadas afetivamente.

Nesse aspecto, vale salientar que um dos pressupostos essenciais da responsabilidade civil é a ocorrência do dano, ou seja, uma lesão a um bem jurídico tutelado, causado pela conduta do agente. Levando-se este entendimento à responsabilidade decorrente da falta de afetividade dos pais, pode-se concluir que o mero abandono afetivo, sem a ocorrência de dano ao filho, não constitui causa suficiente para ensejar o dever de reparar.

Desse modo, no caso de abandono afetivo, o dano deve ser evidente e atingir a personalidade do indivíduo, devendo também o pai saber da existência do filho e este do seu pai. Dessa forma, se mesmo assim houver a omissão no dever de assistência de forma consciente, o juiz diante do caso concreto deve avaliar a existência ou não dos pressupostos, a fim de aplicar da melhor maneira a sanção.

No que tange aos pressupostos do dever de indenizar, Hironaka (2006) assevera que deve existir a presença do dano juntamente com a existência efetiva de uma relação paterno-filial em que ocorreu, culposamente, o abandono afetivo, que irá determinar a reparação, pouco importando as circunstâncias múltiplas que possam ter originado a relação paterno-filial ou materno-filial.

Assim, faz-se necessário avaliar a existência da omissão, do nexo de causalidade e do efetivo dano. Com efeito, avaliam-se então os autos, ouvem-se as partes, testemunhas e o menor passa por uma análise técnica e psicológica para se saber, através desta avaliação, a ocorrência dos danos alegados e sua extensão.

Nesse sentido, ressalta-se que a análise do caso concreto é o que determina a existência ou não da culpa, e se esta estiver presente, assim como os outros

pressupostos, é que cabe a aplicação da reparação civil. Por outro lado, é preciso também ser observado o princípio da proporcionalidade e o da razoabilidade para fixação do *quantum* da indenização, levando-se em conta a situação socioeconômica do ofensor.

Outro fato em que se deve ter muito cuidado é para não se banalizar as ações referentes ao abandono afetivo ao se propor, por exemplo, indenizações pela desavença entre casais que usam os filhos menores como escudo de suas intrigas e discórdias. Nesse caso, cabe ao genitor ofendido também exigir reparação civil do genitor guardião que deu causa à litigância de má-fé.

#### 4.5 Meios de prevenir o dano pelo abandono afetivo

Em verdade, cogitam-se algumas formas para tentar mitigar a conduta omissiva dos pais de abandonar afetivamente os filhos. Assim, faz-se necessário levantar que a melhor forma de mitigação ainda é a imposição de leis coercitivas para reprimir a prática de condutas consideradas não morais dentro da sociedade.

A segunda hipótese é a de aplicar a multa do artigo 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente no acordo de regulamentação das visitas, já a terceira é a necessária intervenção do Ministério Público e do Juiz, a fim de verificar em audiência a falta do acordo de visitas ou o seu descumprimento, aplicando a multa ou fixá-la acordando entre as partes e dando ciência do ato.

A última hipótese é a guarda compartilhada (lei 116.98/08), a qual talvez seja uma das maneiras mais eficazes de evitar os transtornos causados pelo abandono afetivo.

##### 4.5.1 Aplicação da multa prevista no artigo 249 do ECA

O artigo 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a possibilidade de aplicação de uma multa para aqueles que descumprirem, dolosa ou culposamente, os deveres de sustento, guarda educação e convivência familiar.

Com efeito, Ishida (2005, p. 419) demonstra:

Art. 249 – Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao pátrio poder ou decorrentes de tutela ou guarda, bem assim determinação de autoridade judiciária ou Conselho Tutelar: Pena – multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

A possibilidade de aplicação desta multa tem caráter pedagógico, haja vista despertar a atenção para a importância do direito de convivência e agir de forma coercitiva contra o seu descumprimento.

Dias (2006) explica que a aplicação da multa não chega a ser uma indenização, mas sim uma forma de rechaçar a atitude paterna em não cumprir com a obrigação de estar na companhia de seu filho, além de que esta multa não é astronômica e vai variar de caso para caso podendo ser reaplicada em dobro no caso de reincidência.

Portanto, o fato é que nada obsta a aplicação ou estipulação desta multa pelo Juiz, mesmo sem ser pedido pelas partes no acordo de visitas de filho para que ambos tenham ciência da importância do instituto e saibam que o não cumprimento da determinação legal, isto é, o ato de não visitar o filho, acarretará uma sanção.

#### *4.5.2 Efetivação das atribuições do Ministério Público e do Juiz*

Tanto o Ministério Público quanto o Juiz apresentam grande poder de ajudar a interceder nas situações de abandono afetivo. De fato, nas audiências da Vara de Família é que se percebe a dimensão do problema, quando é revelada pelos genitores a falta de convívio familiar e afetivo das crianças com o progenitor. Ademais, registra-se a necessária intervenção do Ministério Público em fiscalizar e aplicar os dispositivos citados, na condição de guardião do direito destas crianças.

Assim, quando em audiência verificar ou perceber que um dos pais não está cumprindo com o dever de ter o filho em sua companhia e guarda, cabe ao Ministério Público avisar aos presentes a natureza do instituto, suas possíveis sanções e fiscalizar se houve o restabelecimento ou se ainda há o descumprimento, devendo neste caso notificar a parte contrária que estará ajuizando uma ação por



descumprimento do artigo 227 da Constituição Federal como proteção ao direito da criança e do adolescente.

Vale mencionar ainda que se pode exigir mais do Ministério Público, o qual tem o dever de agir em prol destas crianças, seja de forma mediativa (mediação) ou imperativa (sanção), o que não se pode deixar é continuar estas crianças em situação de abandono afetivo.

No caso do Juiz, vislumbram-se duas hipóteses, a primeira trata-se da omissão ou do silêncio da lei, conforme o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, onde este deve utilizar aquela que melhor atenda aos direitos da criança e do adolescente e baseado nos princípios da proteção integral da criança e do adolescente e da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, o julgador deve preencher esta lacuna e não poderá negar proteção jurídica e nem deixar de assegurar estes direitos sob a alegação de ausência de lei.

Sobre tal problemática, Dias (2006) esclarece que a ausência de lei não quer dizer ausência de direito, nem impede que se extraiam efeitos jurídicos de determinada situação fática. Na omissão legal, deve socorrer-se dos princípios constitucionais que estão no vértice do sistema. Com a constitucionalização do Direito Civil, os princípios constitucionais tornaram-se fontes normativas.

Ademais, Moura (2006) preleciona que a efetiva participação dos Juízes e dos representantes do Ministério Público é um meio muito eficaz para se prevenir o abandono afetivo quando do momento da audiência de separação que envolva menores, observando por exemplo, como está a convivência da criança com os pais, se há acordo de homologação de visitas, não havendo que este seja proposto e fixado, mesmo que não acordado entre as partes, podendo neste caso o Juiz fazer uso dos princípios da proteção integral da criança, da dignidade humana e do melhor interesse da criança para determinação de ofício da fixação de visitas.

O que se vê é que as Ações nas Varas de Família versam sempre quanto ao valor dos alimentos e são, estatisticamente falando, maiores que as ações de regulamentação de visitas. Com a intervenção do Ministério Público em interceder durante as audiências nestas situações e a atuação do Juiz pode dirimir muitos dos descasos para com as crianças envolvidas nestes litígios.

### 4.5.3 A guarda compartilhada

A guarda dos filhos pode ser unilateral ou compartilhada. A primeira é atribuída a um só dos genitores que tem a guarda por apresentar melhores condições de exercitá-la, todavia o outro cônjuge terá apenas o direito de visitas e de supervisionar os interesses dos filhos, ou seja, não tem uma participação direta na vida do filho.

Já na guarda compartilhada, os pais em conjunto dividem a responsabilidade legal sobre os filhos. Desse modo, os pais são tratados de forma mais igualitária, sendo os mesmos direitos e obrigações.

A guarda compartilhada é uma maneira coerente e justa de resolver o problema da convivência dos pais separados com os filhos, evitando-se os inúmeros conflitos advindos da relação pós-divórcio.

Nessa perspectiva, Angeluci (2009) ressalta que no caso da guarda compartilhada não há um único detentor da guarda, evitando-se as regras muitas vezes abusivas e humilhantes do genitor guardião que fazem com que a relação entre a família desconstituída se torne traumática. Esta ação por parte do genitor guardião pode gerar trauma e revolta com o conseqüente afastamento do outro genitor que não tem a guarda.

No entanto, quando nenhuma dessas formas de mitigação da conduta omissiva por parte dos pais fizer efeito e os filhos forem desamparados por quem tem o dever de amparar, cuidar, educar e dar atenção necessária ao seu desenvolvimento e essa atitude causar algum dano ao filho, resta a aplicação, dentro de cada caso, da responsabilidade civil pelo o abandono dos genitores que não cumpre o seu papel.

### 4.6 Projeto de lei nº 700/ 2007

As conseqüências do desamparo dos pais podem causar danos intransponíveis ao menor no futuro e que já podem ser observados no presente, tais como, a depressão, a revolta, o abandono do lar e a delinqüência, entre outras

conseqüências. A maioria dos problemas sociais que se vivencia hoje tem sua gênese na falta de estrutura familiar.

Com o intuito de acabar com as inúmeras controvérsias existentes em relação ao julgamento das causas relativas ao abandono afetivo e a insegurança jurídica gerada por essa situação, o Senador Marcelo Crivela (PRB-RJ) elaborou projeto de lei nº 700/2007, onde este caracteriza o abandono afetivo como ilícito civil e penal.

Sendo assim, propõe-se com esse projeto a modificação do Estatuto da Criança e do Adolescente, acrescentando ao Estatuto a obrigação dos pais de assistência moral, que possibilite o acompanhamento da formação psíquica, moral e social do menor, podendo os pais em caso de negligência serem condenados à prisão e ao pagamento de indenização.

Esse projeto tem por finalidade modificar a lei nº 8.069/90 (ECA), ou seja, modificar a lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal.

Evidencia-se como justificativa ao projeto a prevenção e solução dos intoleráveis casos de negligência dos pais para com os filhos, tendo como fundamento o artigo 227 da CF/88, zelando pelo direito do menor à dignidade e ao respeito.

O Senador Crivela (2007) defende em justificativa ao projeto:

Amor e afeto não se impõem por lei! Nossa iniciativa não tem essa pretensão. Queremos, tão somente, esclarecer, de uma vez por todas, que os pais tem o dever de acompanhar formação dos filhos, orientá-los nos momentos mais importantes, presta-lhes solidariedade e apoio nas situações de sofrimento e, na medida do possível, fazerem-se presentes quando o menor reclamar espontaneamente a sua companhia.

Diante dessas considerações, o que se pretende com esse projeto é dar aos membros desamparados o respeito e dignidade que não recebem dos seus pais. De fato, tal projeto encontra-se desde 18/05/2009 na relatoria da Câmara de Constituição e Justiça do Senado Federal, onde já está em pauta de discussão.

Destarte, esse projeto vem para proporcionar às vítimas de abandono afetivo a segurança de que o julgador não irá indeferir o seu pedido por falta de norma reguladora, tendo em vista que muitos casos não são julgados favoráveis pelo fato de os juízes entenderem que não existe norma que regulamente esse tipo de

conduta, ou seja, eles entendem que apenas os preceitos existentes no Direito de Família são os cabíveis para resolução desses conflitos.

Portanto, a segurança jurídica e o amparo aos menores que são vitimadas pelo descaso dos pais serão de grande valor para o fim a que se destina o projeto de lei.

## 5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, observou-se que a priori apenas a família instituída pelo casamento era abarcada pelo ordenamento jurídico. Todavia, mudanças sociais advieram com o transcorrer do tempo e estas foram abarcadas pelo legislador pátrio.

Assim, tais transformações potencializaram a instituição de novas normas jurídicas que passaram a reger as relações particulares, ocorrendo a constitucionalização do Direito Civil, ou especificamente, do Direito de Família, em consequência da Constituição Federal de 1988.

Nesse diapasão, evidencia-se ainda a preocupação constante do Estado em proteger a família, tendo em vista ser esta a base de qualquer sociedade. Desse modo, com o advento dessa nova ordem jurídica, o Estado passa a proteger também as entidades familiares como um todo, dando margem ao surgimento de outras formas de se constituir família.

Diante disso, constatou-se que a família desempenha um papel social de muita importância no panorama atual, baseando-se no afeto e na dignidade humana. Dessa maneira, a relação familiar passou a ser pautada na afetividade, ou seja, no dever de cuidar, educar e estar presente, por parte dos pais, na vida dos filhos para que eles se desenvolvam de forma sadia, constituindo um dever legal.

Ademais, percebeu-se que a quebra desse dever pode configurar o abandono afetivo, gerando através de decisões judiciais a responsabilização civil, apoiada por grande parte da doutrina, culminando em indenização por dano moral em virtude do desamparo dos genitores para com os seus descendentes.

De fato, houve a necessidade de se fazer o uso da interdisciplinaridade na ordem jurídica, com ênfase na responsabilidade civil para a resolução desse tipo de conflito na esfera do Direito de Família.

Dessa forma, a responsabilidade civil nas relações de família é cabível quando efetivamente constatado o dano e verificados os elementos que o constituem. O objetivo precípua dessa responsabilização é a reparação do dano causado à vítima e a punição aos genitores, como forma de desestimular de tal conduta.

Contudo, existe corrente doutrinária que é contrária ao dano moral por abandono afetivo dos pais em face dos seus filhos, de maneira a afirmar que não se

pode quantificar o amor.

Para tal desiderato, demonstrou-se que a responsabilização civil por abandono afetivo revela-se condizente aos casos em que realmente configurem a quebra dos deveres paterno-filiais e o devido dano, bem como da dignidade da pessoa humana, da afetividade e da paternidade responsável, o que configura o ato ilícito que enseja a indenização.

Desse modo, verificou-se que não se pretende monetarizar o amor, mas sim punir e reparar o dano causado. Dessa forma, o Judiciário demonstra que os genitores não têm uma faculdade de dar atenção aos filhos, constituindo um dever assegurado constitucionalmente.

Diante dessas considerações, adotou-se a corrente da julgadora Maria Berenice Dias, de modo a entender que deve incidir a responsabilidade civil por abandono afetivo nas relações paterno-filiais.

Nesse contexto, apresentou-se como solução plausível a este problema o projeto de lei nº 700/2007, que modifica o ECA, caracterizando o abandono afetivo como ilícito civil e penal, bem como a aplicação de multas previstas no próprio ECA e o instituto da guarda compartilhada.

Em verdade, considerou-se de suma importância que esse projeto seja analisado com bom senso, pois muitas crianças serão beneficiadas em face de seus genitores negligentes que não cumprem com o seu dever natural como pai.

Por outro lado, o magistrado, enquanto representante do Estado, é hábil para determinar se a situação enseja ou não a reparação e, em caso afirmativo, também é o responsável para fixar a justa indenização. Com efeito, a jurisprudência já se manifestou a favor dessa tese, de maneira a esperar que esse assunto seja mais debatido nos tribunais.

Portanto, após as análises de casos concretos e preceitos que potencializam os direitos dos filhos em relação aos pais, a presente investigação defendeu a indenização pelo abandono afetivo quando verdadeiramente comprovado, tendo como objetivo maior a responsabilização dos pais pelo tamanho desamparo aos filhos em uma fase da vida que é imprescindível o acompanhamento do pai, no intuito de favorecer o seu pleno desenvolvimento.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Sylvia Maria Mendonça do. **Humanização do direito: monetarizar as relações não é impor preço ao afeto**. Revista Consultor Jurídico, 28 de maio de 2008. Disponível em:  
<[http://www.conjur.com.br/static/text/66653?display\\_mode=print](http://www.conjur.com.br/static/text/66653?display_mode=print)>. Acesso em: 28 jun. 2010.

ANGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.

ANGELUCI, Cleber Affonso. **Abandono afetivo**: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana. Disponível em:  
<<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1066>>. Acesso em: 15 jun. 2010.

ALMEIDA, Lara Oleques de. **A função social da família e a ética do afeto**: Transformação jurídica no Direito de Família. Disponível em:  
<<http://Galileu.fundanet.br/revista/index.php.REGRAD/article/viewArticle/43>>. Acesso em: 26 jun. 2010.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

ALVES, Rubem. **O pai**. Disponível em:  
[http://www.culturabrasil.org/opai\\_rubemalves.htm](http://www.culturabrasil.org/opai_rubemalves.htm). Acesso em 17 de set de 2010

ARIES, Philippe. **História social da criança e do adolescente**. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2006.

BALLONE, G. J. **Alterações da afetividade**. 2003a. Disponível em:  
<<http://virtualpsy.locaweb.com.br/index.php?art=266&sec=47>>. Acesso em: 30 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. **Alterações da afetividade 2**. 2003b. Disponível em:  
<<http://webcache.ooglegusercontent.com/search?q=cache:8sl3VXedsOYJ:www.redep si.com.br/portal/modules/smartsection/item.php%3Fitemid%3D1023+altera%C3%A7>>

%C3%B5es+da+afetividade+2.&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 30 jun. 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 21 fev. 2010.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 21 fev. 2010.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 8.069 de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente**, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.amperj.org.br/store/legislacao/codigos/eca\\_L8069.pdf](http://www.amperj.org.br/store/legislacao/codigos/eca_L8069.pdf)>. Acesso em: 21 de fev. 2010.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 116.98 de 13 de junho de 2008. **Lei da guarda compartilhada**. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=257253>. Acesso em 17 de out 2010

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 700/2007**. Dispõe sobre o abandono afetivo como ilícito civil e penal. Disponível em: <<http://www.senadogov.br/sf/atividade/material/detalhes.asp>>. Acesso em: 10 out. 2009.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Apelação Cível nº.2.0000.00.408550-5/000(1). Sétima Câmara Cível. Relator: Des. Unidas Silva. Belo Horizonte. DS 01 de abril de. 2004. **Diário de Justiça**: 29 de Abril de 2004. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3000/abandono-afetivodescumprimento-do-artigo-227-dacf/88>>. Acesso em: 11 jun. 2010.

BUENO, Silveira. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: FTD, 2000

CACHAPUZ, Rozane da Rocha. **Mediação dos conflitos e Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.



\_\_\_\_\_. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 5 v. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 7 v. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ENNECCERUS. **Tratado de Derecho Civil**. v. 2 Barcelona, Bosch, 1953.

FREITAS, Douglas Phillips. **Dano morte no ordenamento jurídico brasileiro**. Florianópolis: Conceito, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 6 v. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 4 v. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GUILHERME, Luiz F. do Vale de Almeida. A mediação interdisciplinar como tuteladora da afetividade e personalidade. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord.). **Questões controversas do novo Código Civil**. 3 v. São Paulo: Método, 2006.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Presupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: <[http://www.jusnews.com.br/portal/indez2.php?option=com\\_pdf=1&id=4](http://www.jusnews.com.br/portal/indez2.php?option=com_pdf=1&id=4)>. Acesso em: 03 abr. 2010.

\_\_\_\_\_. **Os Contornos Jurídicos da Responsabilidade Afetiva na Relação entre Pais e Filhos: Além da Obrigação Legal de Caráter Material**. Disponível em: <[http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/Giselda\\_resp2.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/Giselda_resp2.doc)>. Acesso em: 01 abr. 2010.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**: doutrina e jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.  
LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**: Fontes contratuais das obrigações e responsabilidade civil. 5 v. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

LOTUFO, Maria Alice Zarantin. **Curso avançado de Direito Civil**: Direito de Família. 5 v. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MATOS, Ana Carla. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOURA, Daniele Gomes de. **Abandono afetivo**: Descumprimento do artigo 227 da CF/88. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3000/abandonao-descumprimento-do-artigo-227-da-CF-88>>. Acesso em: 11 jun. 2010.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 5 v. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

\_\_\_\_\_. Pai porque me abandonaste? In: FARIAS, Cristiano Chaves (coord.). **Temas atuais de direito e processo de família**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

\_\_\_\_\_. **Nem só de pão vive o homem**: Responsabilidade civil por abandono afetivo. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=392>>. Acesso em: 01 jun. 2010.

REALE, Miguel. **Função social da família no Código Civil**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoc.htm>>. Acesso em: 18 jun. 2010.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Direito de Família**. 6 v. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. A culpa nas relações de família. In: DELGADO, Mário Luiz Alves; Jones Figueiredo (coord.). **Questões controvertidas do novo Código Civil**. 3 v. São Paulo: Método, 2006.

SOUZA, Patrícia de. **Não cabe indenização por danos morais resultantes do abandono moral e afetivo**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1054080//nao-cabe-indenizacao-por-danos-morais-resultantes-do-abandono-moral-e-afetivo>>. Acesso em: 11 jun. 2010.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição**. Rio de Janeiro: Lumes Júris, 2000.

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

SOUZA, José Carlos; GUIMARÃES, Lilliana A.M.; BALONE, G. J. **Psicopatologia e psiquiatria básicas**, organizadores. - São Paulo: Vetor: UCDB, 2004

\_\_\_\_\_. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 3 v. 3. ed.. Rio de Janeiro: Método, 2008.

\_\_\_\_\_. **Novos princípios do direito brasileiro**. Disponível em: <<http://www.faimi.edu.br/v8/RevistaJuridica/Edicao1/Arquivos/Novos%20princ%C3%ADpios%20do%20direito%20de%20fam%C3%ADlia%20brasileiro%20-%20Flavio%20Tartuce.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2010.

\_\_\_\_\_. **abandono afetivo (paterno-filial) – sentença de São Paulo – foro central da capital**. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/verjur.asp?art=174>. Acesso em 10 de set 2010

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 6 v. 7. ed. São Paulo:

ZANNONI, Eduardo A. **El daño em La responsabilidade civil.** Buenos Aires, Ástrea, 1982

## ANEXO A - PROJETO DE LEI DO SENADO Nº. 700/2007

Modifica a Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências.

### O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O art. 4º da Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 2º e 3º, renumerado o atual parágrafo único como § 1º:

“Art. 4º .....

§ 1º .....

§ 2º. Compete aos pais, além de zelar pelos direitos de que trata o art. 3º desta Lei, prestar aos filhos assistência moral, seja por convívio, seja por visitação períodica, que permitam o acompanhamento da formação psicológica, moral e social da pessoa em desenvolvimento.

§ 3º. Para efeitos desta Lei, compreende-se por assistência moral devida aos filhos menores de dezoito anos:

I – a orientação quanto às principais escolhas e oportunidades profissionais, educacionais e culturais;

II – a solidariedade e apoio nos momentos de intenso sofrimento ou dificuldade;

III – a presenç a física espontaneamente solicitada pela crianç a ou adolescente e possível de ser atendida.(NR)”

Art. 2º Os arts. 5º, 22, 24, 56, 58, 129 e 130 da Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 5º .....

Parágrafo  nico. Considera-se conduta ilícita, sujeita a reparação de danos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, a ação ou a omissão que ofenda direito fundamental de crianç a ou adolescente previsto nesta Lei, incluindo os casos de abandono moral. (NR)”

“Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda, convivência, assistência material e moral e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais (NR).”

“Art. 24. A perda e a suspensão do pátrio poder serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que aludem o art. 22. (NR)”

“Art.56.....

IV – negligência, abuso ou abandono na forma prevista nos arts. 4º e 5º desta Lei. (NR)”

“Art. 58. No processo educacional respeitar-se-ão os valores culturais, morais, éticos, artísticos e históricos próprios do contexto social da criança e do adolescente, garantindo-se a estes a liberdade da criação e o acesso às fontes de cultura. (NR)”

“Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável:

.....

Parágrafo único. Na aplicação das medidas previstas nos incisos IX e X deste artigo, observar-se-á o disposto nos arts. 22, 23 e 24. (NR)”

“Art. 130. Verificada a hipótese de maus-tratos, negligência, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judiciária poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor ou responsável da moradia comum. (NR)”

Art. 3º A Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 232-A:

“Art. 232-A. Deixar, sem justa causa, de prestar assistência moral ao filho menor de dezoito anos, nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 4º desta Lei, prejudicando-lhe o desenvolvimento psicológico e social.

Pena – detenção, de um a seis meses.”

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

## JUSTIFICAÇÃO

A Lei não tem o poder de alterar a consciência dos pais, mas pode prevenir e solucionar os casos intoleráveis de negligência para com os filhos. Eis a finalidade desta proposta, e fundamenta-se na Constituição Federal, que, no seu art. 227, estabelece, entre os deveres e objetivos do Estado, juntamente com a sociedade e a família, o de assegurar a crianças e adolescentes – além do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer – o direito à dignidade e ao respeito.

Mas como conferir dignidade e respeito às crianças e adolescentes, se estes não receberem a presença acolhedora dos genitores? Se os pais não lhes transmitem segurança, senão silêncio e desdém? Podem a indiferença e a distância suprir as necessidades da pessoa em desenvolvimento? Pode o pai ausente - ou a mãe omissa - atender aos desejos de proximidade, de segurança e de agregação familiar reclamados pelos jovens no momento mais delicado de sua formação? São óbvias as respostas a tais questionamentos.

Ninguém está em condições de duvidar que o abandono moral por parte dos pais produz sérias e indeléveis conseqüências sobre a formação psicológica e social dos filhos. Amor e afeto não se impõem por lei! Nossa iniciativa não tem essa pretensão.

Queremos, tão-somente, esclarecer, de uma vez por todas, que os pais têm o DEVER de acompanhar a formação dos filhos, orientá-los nos momentos mais importantes, prestar-lhes solidariedade e apoio nas situações de sofrimento e, na medida do possível, fazerem-se presentes quando o menor reclama espontaneamente a sua companhia.

Algumas decisões judiciais começam a perceber que a negligência ou sumiço dos pais são condutas inaceitáveis à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Por exemplo, o caso julgado pela juíza Simone Ramalho Novaes, da 1ª Vara Cível de São Gonçalo, região metropolitana do Rio de Janeiro, que condenou um pai a indenizar seu filho, um adolescente de treze anos, por abandono afetivo. Nas palavras da ilustre magistrada, "se o pai não tem culpa por não amar o filho, a tem por negligenciá-lo.

"O pai deve arcar com a responsabilidade de tê-lo abandonado, por não ter cumprido com o seu dever de assistência moral, por não ter convivido com o filho, por não tê-lo educado, enfim, todos esses direitos impostos pela Lei". E mais: "O poder familiar foi instituído visando à proteção dos filhos menores, por seus pais, na salvaguarda de seus direitos e deveres.

“Sendo assim, chega-se à conclusão de ser perfeitamente possível a condenação por abandono moral de filho com amparo em nossa legislação.” Por outro lado, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça não demonstrou a mesma sensibilidade, como deixa ver a ementa da seguinte decisão: “Responsabilidade civil. Abandono moral. Reparação. Danos morais. Impossibilidade. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.” (Recurso Especial nº. 757.411/MG, Relator Ministro Fernando Gonçalves, julgamento em 29/11/2005).

Entretanto, com o devido respeito à cultura jurídica dos eminentes magistrados que proferiram tal decisão, como conjugá-la com o comando do preedito art. 227 da Constituição?

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, COM ABSOLUTA PRIORIDADE, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, 5 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.” Ou, ainda, com o que determina o Código Civil: Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 Institui o Código Civil “Art. 1.579. O divórcio não modificará os direitos dos pais em relação aos filhos. Parágrafo único. Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar em restrição aos direitos e deveres previstos neste artigo.

.....  
 Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quando ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos. .

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

.....  
 II - tê-los em sua companhia e guarda;”

Portanto, embora consideremos que a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e o Código Civil contemplem a assistência moral, entendemos por bem estabelecer uma regra inequívoca que



caracterize o abandono moral como conduta ilícita passível de reparação civil, além de repercussão penal.

Fique claro que a pensão alimentícia não esgota os deveres dos pais em relação a seus filhos. Seria uma leitura muito pobre da Constituição e do ECA. A relação entre pais e filhos não pode ser reduzida a uma dimensão monetária, de cifras. Os cuidados devidos às crianças e adolescentes compreendem atenção, presença e orientação.

É verdade que a lei assegura o poder familiar aos pais que não tenham condições materiais ideais. Mas a mesma lei não absolve a negligência e o abandono de menores, pessoas em formação de caráter, desprovidas, ainda, de completo discernimento e que não podem enfrentar, como adultos, as dificuldades da vida. Portanto, aceitam-se as limitações materiais, mas não a omissão na formação da personalidade.

Diante dessas considerações, propusemos modificações em diversos dispositivos do ECA, no sentido de aperfeiçoá-lo em suas diretrizes originais. Ao formular o tipo penal do art. 232-A, tivemos a preocupação de dar contornos objetivos ao problema, exigindo o efetivo prejuízo de ordem psicológica e social para efeito de consumação. Lembramos que compromissos firmados por consenso internacional, e ratificados pelo Brasil, também apontam para a necessidade de aprimoramento das normas legais assecuratórias dos direitos das nossas criança e adolescentes, vejamos:

## DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA

Adotada pela Assembléia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº. 99.710/1990

### PRINCÍPIO 2º

**A criança gozará proteção social** e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidade e facilidades, por lei e por outros meios, **a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições**

de liberdade e dignidade. **Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta, sobretudo, os melhores interesses da criança.**

#### PRINCÍPIO 6º

**Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão.** Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. (...)

#### PRINCÍPIO 7º

**Ser-lhe-á propiciada uma educação capaz** de promover a sua cultura geral e capacitá-la a, em condições de iguais oportunidades, **desenvolverem** as suas aptidões, sua capacidade de emitir juízo e seu **senso de responsabilidade moral e social**, e a tornar-se um membro útil da sociedade. **Os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais.**

### CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA

Adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 1990

#### ARTIGO 9

Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança.

Assim, crendo que a presente proposição, além de estabelecer uma regra inequívoca que permita a caracterização do abandono moral como conduta ilícita, também irá orientar as decisões judiciais sobre o tema, superando o atual estágio de insegurança jurídica criado por divergências em várias dessas decisões, é que confiamos em seu acolhimento pelos nobres Congressistas, de sorte a permitir a sua rápida aprovação.

Sala das Sessões, 06/12/2007.

Senador MARCELO CRIVELLA