

MAYARA DO NASCIMENTO PINTO

**ESTUDO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CASOS DE
ABANDONO AFETIVO:
QUANDO AMAR É FACULDADE E CUIDAR É DEVER.**

BACHARELADO EM DIREITO

FIC – MINAS GERAIS

2013

MAYARA DO NASCIMENTO PINTO

**ESTUDO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CASOS DE
ABANDONO AFETIVO:
QUANDO AMAR É FACULDADE E CUIDAR É DEVER.**

Monografia apresentada a banca examinadora da Faculdade de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga-FIC, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharelado em Direito, sob a orientação do professor Humberto Luiz Salustiano Costa Júnior.

FIC – CARATINGA

2013



SOCIEDADE PRESBITERIANA DE EDUCAÇÃO E PESQUISA

FIC – Faculdades Integradas de Caratinga
Credenciadas pela Portaria 1644 de 20/10/2000 MEC
Curso: DIREITO

FOLHA DE APROVAÇÃO

A monografia intitulada: Estudo da Responsabilidade Civil nos casos de abandono afetivo:
Quando amar é faculdade e cuidar é dever

Elaborada pelo Aluno: Mayara do Nascimento Pinto

Foi aprovada por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga – FIC, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO

Caratinga, 22 de NOVEMBRO de 2013

Orientador

Examinador 1

Examinador 2

“Ainda bem que o tempo passa! Já imaginou o desespero que tomaria conta de nós se tivéssemos que suportar uma segunda-feira eterna? A beleza de cada dia só existe porque não é duradoura.

Tudo o que é belo não pode ser aprisionado, porque aprisionar a beleza é uma forma de desintegrar a sua essência.”

Pe. Fábio de Melo

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao meu noivo Wellington Brandão pelo apoio e compreensão nessa jornada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por manter-me constante nos meus desígnios, sempre me guiando nos momentos difíceis.

Aos meus pais, Geraldo e Vera, que construíram em mim valores que levarei por toda a eternidade.

Ao meu noivo Wellington Brandão por ter sonhado tudo isso comigo.

A todos os professores, em especial ao professor Humberto Luiz Salustiano Costa Júnior pela dedicação e orientação.

RESUMO

O ramo do direito de Família sempre busca acompanhar a evolução da sociedade e entender os anseios dos integrantes no núcleo familiar. Com esse intuito, apresenta-se o estudo da responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo, o qual analisará a possibilidade dos filhos receberem indenização dos pais que os abandonaram durante a infância. O tema em epígrafe gera polêmicas e controvérsias nos tribunais brasileiros. Hodiernamente nos deparamos com decisões que condenam pais que faltaram com assistência afetiva aos filhos durante a infância, e sentenças se manifestando contrárias ao pagamento de indenização, acreditando que a indenização monetária não é capaz de sanar tais prejuízos. Por não haver consenso entre doutrinas e jurisprudências sobre o tema, tem-se como objetivo analisar tal questão, selecionando os ensinamentos doutrinários, bem como apontando correntes jurídicas distintas, por meio de levantamentos bibliográficos, analisando os artigos atinentes à responsabilidade civil e abandono afetivo, além de analisar a jurisprudência dos tribunais que envolvam o tema em estudo e afligem a sociedade brasileira.

Palavras chave: Família; Abandono Afetivo; Abuso de Direito; Responsabilidade Civil; Dano.

INTRODUÇÃO	09
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	11
1 – RESPONSABILIDADE CIVIL	15
1.1 Natureza jurídica e função no direito brasileiro	15
1.2 Responsabilidade Civil subjetiva e objetiva	17
1.3 Pressupostos gerais da Responsabilidade Civil	20
1.3.1 A Conduta	21
1.3.2 O dano.....	22
1.3.3 O nexo de causalidade.....	23
2 - DO DIREITO DE FAMÍLIA	25
2.1 A família após a Constituição da República de 1988	25
2.2 O poder familiar e os princípios que regem o direito de família.....	28
2.3 Os deveres jurídicos dos pais em relação aos filhos.....	30
2.4 O abuso do direito nas relações familiares: uma Proteção existencial ou patrimonial?.....	32
3 – A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO	35
3.1 Quando amar é faculdade e cuidar é dever	35
3.2 O dano afetivo e sua reparação	37
3.3 Precedente jurisprudencial: Análise do Recurso Especial nº. 1.159.242-SP	39
CONSIDERAÇÕES FINAIS	43
REFERÊNCIAS	45
ANEXOS	49

INTRODUÇÃO

A presente monografia, sob o “estudo da responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo, cujo título é quando amar é faculdade e cuidar é dever”, tem como objetivo analisar a possibilidade do reconhecimento de um dever e um direito ao afeto existente nas relações familiares, notadamente entre pais e filhos, e a possibilidade da aplicabilidade da responsabilidade civil em havendo o seu descumprimento. Sendo assim, levanta-se como problema a perspectiva constitucional dos novos arranjos de famílias, se existe a possibilidade da configuração da responsabilidade civil por abandono afetivo fazendo surgir o dever jurídico sucessivo, ou seja, o dever de indenizar.

A esse respeito, tem-se como metodologia a confecção de pesquisa teórico-dogmática, tendo em vista o manuseio de doutrinas, jurisprudências junto ao Superior Tribunal de Justiça e artigos pertinentes ao assunto. A pesquisa se revela transdisciplinar, considerando o inter cruzamento de informações em diferentes ramos do direito tais como Direito Civil, Processo Civil, Direito Constitucional e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Como marco teórico da monografia em epígrafe, tem-se as ideias sustentadas por Rodrigo da Cunha Pereira o qual preleciona que o exercício da paternidade e da maternidade e, por conseguinte, do estado de filiação, é um bem indisponível para o Direito de Família, cuja ausência propositada tem repercussões e consequências psíquicas sérias, e a ordem legal/constitucional deve amparo, inclusive, com imposição de sanções, sob pena de termos um Direito acéfalo e inexigível, sendo que a função compensatória tem como objetivo retornar as coisas ao *status quo ante*. Sendo assim o bem perdido é restituído, e quando isso não é mais possível impõe-se o pagamento de uma indenização, em um *quantum* equivalente ao valor do bem material ou compensatório do direito ofendido.

A partir de então, encontra-se substrato á confirmação da hipótese que o abandono afetivo que gerar danos a prole deve ser indenizado, sendo a indenização devida pelos pais que no exercício do poder familiar agirem com abuso de direito gerando tal dano.

Neste sentido, a presente monografia será dividida em três capítulos distintos. O primeiro deles intitulado como “Responsabilidade Civil”, abordará a natureza jurídica e função no direito brasileiro”, os pressupostos gerais da responsabilidade civil subjetiva (conduta, nexo de causalidade e dano), o conceito e diferenciação de responsabilidade civil objetiva e subjetiva.

Já no segundo capítulo, sob o título “Do Direito de Família”, será analisado a família após a Constituição da República de 1988, o poder familiar e os princípios que regem o direito de família, bem como os deveres jurídicos dos pais em relação aos filhos e o abuso do direito nas relações familiares, sendo uma proteção existencial ou patrimonial.

Por derradeiro, o terceiro capítulo, a saber, “A responsabilidade civil por abandono afetivo” abordará o dano afetivo e sua reparação, bem como os precedentes jurisprudências e análise do acórdão nº. 1.159.242-SP, que tratará de uma decisão da qual a ministra Nancy Andrighi era a relatora e em seu voto ela expôs a importância e o dever de cuidado e afeto dos pais para com seus filhos. Desse modo, abarca quais resultados obtidos, o que possibilitou, portanto, a confirmação da hipótese da pesquisa em epígrafe.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Em face da temática proposta “Estudo da responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo, é fundamental a compreensão de alguns conceitos essenciais a elucidação do presente trabalho monográfico, a saber: Família, Abandono Afetivo, Abuso de Direito, Responsabilidade Civil e Dano, os quais passa-se explicar a partir de então.

No que diz respeito a Família, a Constituição da República Federativa do Brasil dá uma proteção notável e no seu artigo 226 ela retrata a sua função social quando diz que “A família, base da sociedade tem especial proteção do Estado”¹.

Para Maria Helena Diniz a “Família é o grupo fechado de pessoas, composto por pais e filhos, e para efeitos limitados, de outros parentes, unidos pela convivência e afeto numa mesma economia e sob a mesma direção”².

É o ambiente familiar que propicia as condições essenciais para o desenvolvimento de uma criança, uma vez que desempenha um papel de extrema importância na educação formal e informal.

Independente de sua estrutura e configuração a família tem um valor imensurável, pois é o primeiro núcleo de integração social desde o nascimento.

A família tanto no sentido social, quanto no sentido jurídico teve consideráveis alterações. Por conseguinte, a família tradicional sofreu modificações para atender as necessidades humanas de cada época, dando lugar a família contemporânea, cujo sua principal função é a relação afetiva.

O afeto faz parte de uma grande parcela do caráter dos indivíduos, e é através da afetividade que se formam os laços para a estrutura de uma família.

Desta forma, podemos destacar que o afeto tem grande relevância para a realização pessoal do indivíduo e que o abandono afetivo que se caracteriza pela falta de afeto acarreta em quem sofre uma auto desvalorização que pode ocasionar danos e consequências psíquicas sérias.

Em uma decisão sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, o STJ destacou o afeto como valor jurídico, incorporado ao ordenamento:

¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de outubro de 1988. Vade mecum compacto de direito. 2.ed. São Paulo: Rideel, 2011. p.119

² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 22.ed. revista e atualizada. São Paulo:Saraiva, 2007. p.15.

(...) O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. Apesar da inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação a prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda fatores atenuantes- por demandarem revolvimento de matéria fática.³

O abuso de direito é caracterizado como ato ilícito, a partir do momento que fere a ordem jurídica e o desvio de sua finalidade social.

Para salientar o abuso de direito usaremos as palavras de Fernando Noronha que aduz:

O verdadeiro critério do abuso do direito no campo das obrigações, por conseguinte, parece localizar-se no princípio da boa-fé, pois em todos os atos geralmente apontados como abuso de direito estará presente uma violação ao dever de agir de acordo com os padrões de lealdade e confiança, independentemente de qualquer propósito de prejudicar.⁴

O abuso de direito, portanto é considerado como ato ou efeito da imposição da vontade de um sobre o outro, sem levar em consideração o caráter legal da atividade. No caso ora exposto analisará a correlação do abuso de direito e responsabilidade civil dos pais perante os filhos.

A responsabilidade Civil consiste em uma obrigação imposta por lei, que incumbi o ofensor a reparar os danos causados a outrem por sua ação ou omissão, tendo assim o dever de restabelecer o equilíbrio econômico jurídico violado, isto é, o agente deverá recompor a situação da vítima anterior ao dano por ele causado (*status quo antes*).

Nos ensinamentos de Maria Helena Diniz:

A responsabilidade Civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão do ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.⁵

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação de indenização de danos materiais e compensação por danos morais. Recurso especial nº 1.159.242 – SP(2009/0193701-9). Autor: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Acórdão 24 de abril de 2012. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/acordao-abandono-afetivo.pdf>. Acesso em 20 de setembro de 2013.

⁴ NORONHA *apud* ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p.131.

⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 21.ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007. p.55.

A responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional de uma regra, ou, pela inobservância de um preceito normativo regulador.

Portanto responsabilizar-se civilmente é amparar devidamente aquele que sofreu o dano, assumindo assim a responsabilidade pelo ato que incorreu em detrimento à vítima.

Apesar da nossa Carta Magna e as demais codificações assegurarem vários direitos ao bom desenvolvimento dos filhos, elas ainda não preveem expressamente qualquer consequência em relação à falta de assistência afetiva a prole, contundo seja notório que a sua falta gera danos.

Para Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

O dano causado pelo abandono afetivo é, antes de tudo, um dano culposamente causado á 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.⁶

Nesse sentido destaca Rolf Madaleno que a falta de contato dos filhos com os pais “influencia negativamente na formação e no desenvolvimento do infante, permitindo este vazio a criação de carências incuráveis, e de resultados devastadores na autoestima da descendência”⁷.

O dano nem sempre poderá ser configurado, pois nem sempre em análise ao caso concreto, obterá os respaldos necessários para sua configuração. Apesar de aparentemente o dano ser de difícil constatação nesses casos, ele pode ser auferido por perícias psicológicas.

A paternidade/maternidade provoca o surgimento de inúmeros deveres, por tal motivo, a possibilidade de um genitor vir a ser responsabilizado civilmente pela inobservância de suas obrigações em relação à prole deve existir, sendo o abandono afetivo indenizável á medida da comprovação do dano.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka salienta que pode haver sim uma correlação direta entre o direito de família e a responsabilidade civil:

⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filho- além da obrigação legal de caráter material**. Disponível em <http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigosc&totalPage=6>. Acesso em 22 de setembro de 2013.

⁷ ROLF, Madaleno. **Curso de direito de Família**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.379.

A indenização por abandono afetivo, se for utilizada com parcimônia e bom senso, sem ser transformada em verdadeiro altar de vaidades e vinganças ou em fonte de lucro fácil, poderá converter-se em instrumento de extrema importância para a configuração de um Direito de Família mais consentâneo com a contemporaneidade, podendo desempenhar, inclusive, um importante papel pedagógico no seio das relações familiares.⁸

A responsabilidade civil por abandono afetivo gera polêmicas e controvérsias nos tribunais brasileiros, hodiernamente nos deparamos com decisões que condenam pais que faltaram com assistência afetiva aos filhos durante a infância, e sentenças se manifestando contrárias ao pagamento de indenização, acreditando que a decisão judicial não é capaz de sanar tais prejuízos. De tal modo podemos entender que quem opta por ter um filho deve desincumbir-se de sua função, sob pena de reparar os danos causados.

A intenção é chamar atenção da sociedade para a observância do dever de amparar as crianças em seu desenvolvimento moral e psíquico, visto que o abandono afetivo é tão prejudicial quanto o abandono material.

⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filho- além da obrigação legal de caráter material**. Disponível em <http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=6>. Acesso em 22 de setembro de 2013.

1. RESPONSABILIDADE CIVIL

A Responsabilidade Civil não é matéria nova no ordenamento jurídico brasileiro. Sua importância se dá na medida em que alguém se sente lesado em um direito ou no prejuízo pelo não cumprimento de uma obrigação de outro para si.

Desta forma, buscou-se neste capítulo abordar as questões básicas relacionadas à Responsabilidade Civil, como sua natureza jurídica e função no direito brasileiro, sua tipificação e os pressupostos gerais.

1.1 Natureza Jurídica e Função no Direito Brasileiro

A vida em sociedade é repleta de regras de conduta e convivência para que sejam evitados conflitos de toda sorte. Diversos grupos sociais, sejam eles grupos profissionais, religiosos, estudantis e outros, adotam regulamentos internos para salvaguardar direitos e permitir a boa convivência dos membros do grupo.

O Estado, compreendido como uma organização social, também possui regras e normas que visam regular a vida em sociedade.

Cavaliere Filho⁹ destaca que responsabilidade é um dever jurídico sucessivo decorrente à violação de uma obrigação, legal ou contratual, que, por sua vez, se constitui em um dever jurídico originário.

Quando uma destas regras é infringida, o indivíduo infrator deverá sofrer uma reparação, conforme descreve Cavalcanti:

Toda conduta humana ajustada à legislação estatal é tida como lícita, como permitida. Assim, essas condutas são os atos lícitos. Desse modo, não pode o Estado penalizar alguém que tenha agido em conformidade com as regras por ele ditadas, ou seja, que tenha atuado lícitamente. Por outro lado, as condutas que contrariam as normas ditadas pelo Estado são ilícitas e compõem os atos ilícitos. Estes são violações de deveres preestabelecidos pela norma jurídica, por uma declaração unilateral de vontade ou ainda por um contrato.¹⁰

⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.57.

¹⁰ CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado**. Biblioteca Digital Jurídica – STJ, 2002. Disponível em: <http://www.bdjur.stj.gov.br>. Acesso em 13 de outubro de 2013.

A partir da obrigatoriedade da submissão do infrator à uma reparação é que surge a responsabilidade, que tem sua origem no descumprimento de um dever, conforme se depreende dos art. 186 e 187, do Código Civil:

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

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.¹¹

Desta forma, para que seja feita a apuração da responsabilidade civil é necessária a configuração de seus requisitos essenciais, que são: a conduta (ação ou omissão), o dano e o nexó da causalidade entre o ato e o prejuízo causado pelo ato ou pela omissão.

Define-se a conduta como sendo:

O ato humano comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável. (...) O comportamento do agente poderá ser uma comissão ou uma omissão. A comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria praticar, e a omissão, a não observância de um dever de agir ou de prática de certo ato que deveria realizar-se.¹²

A conduta é, portanto, o agir contrariamente á obrigação legal ou contratual, ou mesmo deixar de agir, quando a norma jurídica ou o contrato determine obrigação legal de algo fazer.

Quanto ao dano, este é conceituado por Maria Helena Diniz como sendo:

Prejuízo ressarcível experimentado pelo lesado, traduzindo-se, se patrimonial, pela diminuição patrimonial sofrida por alguém em razão de ação deflagrada pelo agente, mas pode atingir elementos de cunho pecuniário e moral (...) lesão (diminuição ou destruição que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral).¹³

¹¹ BRASIL. **Lei n.º 10.406**, de 10 de janeiro de 2002, institui o Código Civil. Vade mecum compacto de direito. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2011. p.204.

¹²DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. p.39.

¹³ Idem. p.62.

Assim sendo, analisando os conceitos apresentados, é possível destacar que a responsabilidade civil nada mais é do que uma contraprestação obrigacional, onde o causador do dano se vê na obrigação da reparação, seja moral ou patrimonial.

Várias são as naturezas da responsabilidade civil, que não estão simplesmente ligadas ao teor jurídico, mas também social e moral.

É importante compreender que a responsabilidade civil visa reparar dano causado de forma a compensar a vítima e de punir ao agressor, no intuito de que este não volte a causar dano a outrem. Neste caso, a indenização deve ser de acordo com a extensão do dano.

1.2 Responsabilidade Civil Subjetiva e Objetiva

Pode-se considerar a responsabilidade civil sob duas óticas: a responsabilidade civil objetiva e a responsabilidade civil subjetiva. responsabilidade civil subjetiva é aquela baseada na existência de culpa do agente causador do dano, ao passo que a responsabilidade civil objetiva prescinde do elemento culpa para sua aferição.

Quando se fala em culpa, é importante salientar que esta pode ocorrer por imprudência, imperícia ou negligência.

Imprudência decorre do ato de agir de forma perigosa, sem precaução, incorrendo na violação de leis ou direitos, como por exemplo, dirigir sob o efeito de bebidas alcoólicas. Já a imperícia é agir com falta de aptidão, ou seja, fazer algo para o qual não tem competência, como o caso de uma pessoa inabilitada dirigir um automóvel. Por fim, a negligência é caracterizada pela falta de atenção na execução de uma tarefa, sem tomar as precauções necessárias, como um pai que deixa às vistas da criança uma arma carregada, que devido à negligência do pai, pode o filho pegar a arma e matar alguém por acidente.

Sob este conceito, destacam-se os dizeres de Cavalcanti, que assevera:

(...) tanto o art. 159 do antigo Código Civil quanto os artigos 186 e 927 do novo, adotando a teoria clássica, exigem que a conduta do agente seja culposa, para obrigar a reparação. Conduta culposa deve ser entendida de maneira ampla, abrangendo o dolo e a culpa *stricto sensu*. Percebe-se o

dolo pela expressão ação ou omissão voluntária (melhor seria se dissesse intencional) e a culpa pelas expressões negligência ou imprudência. Assim, alguém que, por dolo ou culpa, lesionar direito ou causar dano a outrem, deve reparar o dano, pagando-lhe a justa indenização. Note-se que esta obrigação recai somente sobre a pessoa que, com sua ação ou omissão, der causa ao prejuízo ou lesionar direito de outrem. Em outras palavras, é preciso que exista nexó de causalidade entre o atuar do agente e o dano, numa relação de causa e efeito.¹⁴

Pode-se então compreender que a responsabilidade civil subjetiva é regra descrita no Código Civil, sendo necessária a análise do fato para que exista a responsabilidade civil subjetiva, devendo-se levar em consideração a culpa.

Em se tratando de culpa, pode-se destacar o seguinte: "o agente só quer a ação, vindo a atingir o resultado por desvio accidental de conduta decorrente de falta de cuidado"¹⁵. Assim sendo, percebe-se que o agente não deseja causar dano a ninguém, mas o causa devido à imprudência, negligência ou imperícia, que podem ser considerados, segundo Cavalieri Filho¹⁶ formas de exteriorização da mesma.

Compreende-se, portanto, que para a existência da responsabilidade civil subjetiva, deve-se considerar que a culpa é tão pressuposto de sua configuração.

Cavalieri Filho esclarece, ainda, que:

Sendo o ato ilícito, conforme já assinalado, o conjunto de pressupostos da responsabilidade, quais seriam esses pressupostos na responsabilidade subjetiva? Há primeiramente um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária; um elemento subjetivo que pode ser o dolo ou a culpa; e, ainda, um elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade.¹⁷

Analisando o descrito acima, é possível perceber que em se tratando de responsabilidade civil subjetiva a vítima do dano só poderá requerer reparação caso haja como comprovar a culpa do agente, o que se torna uma tarefa difícil na sociedade moderna, pois diante das diversas situações da vida na sociedade atual, é demasiado difícil conseguir enquadrar as situações da vida moderna no conceito tradicional de culpa.

¹⁴ CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado**. Biblioteca Digital Jurídica – STJ, 2002. Disponível em: <http://www.bdjur.stj.gov.br>. Acesso em 15 de outubro de 2013.

¹⁵ Idem. p.31.

¹⁶ Ibidem. p.36.

¹⁷ Ibidem. p.17.

Destaca-se, ainda, a conhecida responsabilidade civil com culpa presumida. Neste tipo de responsabilidade civil, deve vigorar contra o agente, a presunção de culpa, cabendo ao mesmo elidi-la.

Para Cavalieri Filho, a responsabilidade civil subjetiva com culpa presumida se constituiu em:

Um dos estágios na longa evolução do sistema da responsabilidade subjetiva ao da responsabilidade objetiva. Em face da dificuldade de se provar a culpa em determinadas situações e da resistência dos autores subjetivistas em aceitar a responsabilidade objetiva, a culpa presumida foi o mecanismo encontrado para favorecer a posição da vítima.¹⁸

O referido autor prossegue com seu raciocínio, explicando que:

O fundamento da responsabilidade, entretanto, continuou o mesmo - a culpa; a diferença reside num aspecto meramente processual de distribuição do ônus da prova. Enquanto no sistema clássico (da culpa provada) cabe à vítima provar a culpa do causador do dano, no de inversão do ônus probatório atribui-se ao demandado o ônus de provar que não agiu com culpa.¹⁹

Desta forma, quando se trata da teoria da culpa presumida ainda se faz necessário a comprovação de culpa, contudo, cabe ao agente provar que agiu sem dolo ou culpa, tomando todas as medidas necessárias para que não ocorresse o fato que levou ao dano.

Passando-se à Responsabilidade Civil Objetiva, esta é decorrente da necessidade de reparação mesmo que não haja culpa do agente, mas a partir de sua conduta, seja por ação ou omissão, independente de culpa.

Neste sentido, encontra-se:

O fato é que a teoria da responsabilidade civil comporta tanto a culpa como o risco. Um como o outro devem ser encarados não propriamente como fundamentos da responsabilidade civil, mas sim como meros processos técnicos de que se pode lançar mão para assegurar às vítimas o direito à reparação dos danos injustamente sofridos. Onde a teoria subjetiva não puder explicar e basear o direito a indenização, deve-se socorrer da teoria objetiva. Isto porque, numa sociedade realmente justa, todo dano deve ser reparado.²⁰

¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007.p. 39.

¹⁹ Idem. p.39.

²⁰ FACCHINI NETO, Eugênio. **Da responsabilidade civil no novo Código**, in: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2003. p.69

Em se tratando da Responsabilidade Civil Objetiva, diferentemente da Responsabilidade Civil Subjetiva, esta constitui a responsabilidade independente da culpa do agente, consoante se extrai do texto do art. 927 do Código Civil de 2002, parágrafo único, conforme descrito abaixo:

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.²¹

Como exemplo de Responsabilidade Civil, pode-se citar aqui uma pessoa que é atacada por um cão, e que mesmo que seu dono não tenha culpa no ataque, que este não tenha sido negligente, imprudente ou tenha agido com imperícia, a culpa é presumida, e cabe a reparação do dano causado.

Outro exemplo que pode ser citado é a responsabilidade civil dos pais, tutores e curadores, que de acordo com o Código Civil de 2002, responderão civilmente, independente de culpa, por atos praticados por aqueles pelos quais são responsáveis.

1.3 Pressupostos Gerais da Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil tem como pressupostos gerais a conduta, o nexo causal, o dano e a culpa. Isto se dá devido ao fato de ninguém possuir o direito de causar dano a outrem.

Assim sendo, descreve-se que para que haja a responsabilidade civil de indenizar, é necessário que:

1. Que haja um fato (uma ação ou omissão humana, ou um fato humano, mas independente da vontade, ou ainda um fato da natureza), que seja antijurídico, isto é, que não seja permitido pelo direito, em si mesmo ou nas suas consequências;

²¹ BRASIL. **Lei n.º 10.406**, de 10 de janeiro de 2002, institui o Código Civil. Vade mecum compacto de direito. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2011. p.256.

2. Que o fato possa ser imputado a alguém, seja por dever a atuação culposa da pessoa, seja por simplesmente ter acontecido no decurso de uma atividade realizada no interesse dela;
3. Que tenham sido produzidos danos;
4. Que tais danos possam ser juridicamente considerados como causados pelo ato ou fato praticado, embora em casos excepcionais seja suficiente que o dano constitua risco próprio da atividade do responsável, sem propriamente ter sido causado por esta.²²

Assim sendo, passar-se-á à análise dos referidos tópicos, no intuito de se compreender quais são os pressupostos gerais que englobam a responsabilidade civil.

1.3.1 A Conduta

Para que seja feita a apuração da responsabilidade civil é necessária a configuração de seus requisitos essenciais, que são: a conduta (ação ou omissão), o dano e o nexo da causalidade entre o ato e o prejuízo causado pelo ato ou pela omissão.

Considera-se a conduta como o ato primário do ato ilícito, levando assim, por consequência, à responsabilidade civil.

Define-se a conduta como sendo:

O ato humano comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável. (...) O comportamento do agente poderá ser uma comissão ou uma omissão. A comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria praticar, e a omissão, a não observância de um dever de agir ou de prática de certo ato que deveria realizar-se.²³

A conduta é, portanto, o agir contrariamente á obrigação legal ou contratual, ou mesmo deixar de agir, quando a norma jurídica ou o contrato determine obrigação legal de algo fazer.

Há de se compreender que a responsabilidade quando é decorrente do ato ilícito baseia-se na culpa, enquanto a responsabilidade sem culpa é baseada no risco.

²² NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p.24.

²³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. p.39.

Outro ponto importante de ser destacado é com relação ao ato. O ato comissivo é aquele que não deveria acontecer, enquanto o ato de omissão é decorrente da não observância daquilo que deveria ser feito. A voluntariedade é reconhecida como um direito de escolha do agente, sem o qual não se poderia falar em responsabilidade civil, pois o agente escolhe ou não fazer.

1.3.2 O Dano

Durante o convívio em sociedade e no estabelecimento das relações sociais, conflitos podem surgir, e estes conflitos podem necessitar de amparo legal e de legislação específica para resolvê-los.

Quando do não cumprimento de uma obrigação, alguém não tem o seu direito atendido, ficando assim em prejuízo, que não precisa ser necessariamente financeiro ou econômico.

Desde que haja a lesão de direito devido à conduta ou falta de conduta (omissão) por parte do agente, desta surge a necessidade de se indenizar quem se encontra em prejuízo. A indenização se dá para "colocar a vítima na situação em que estaria sem a ocorrência do fato danoso."²⁴

Quanto ao dano, este é conceituado por Maria Helena Diniz como sendo:

Prejuízo ressarcível experimentado pelo lesado, traduzindo-se, se patrimonial, pela diminuição patrimonial sofrida por alguém em razão de ação deflagrada pelo agente, mas pode atingir elementos de cunho pecuniário e moral (...) lesão (diminuição ou destruição que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral.²⁵

Seguindo neste raciocínio cabe aqui abordar o abuso de direito, que nada mais é do que o predomínio da vontade do titular de um direito exercê-lo de maneira que venha a contrariar o valor referente ao direito ao qual deve tutelar, representando assim uma violação dos limites colocados na existência do direito.

²⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.04.

²⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. p.62.

Desta forma, aquele que detém o direito, além de querer exercer o seu direito, extrapola no que lhe cabe, deixando assim, que lhe seja garantida a satisfação do que lhe é legítimo.

Nos dizeres do Código Civil de 2002, com relação ao abuso de direito, encontra-se: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.²⁶

Acredita-se que o abuso de direito engloba o princípio da boa-fé, desde que ligado à análise de regularidade ou abusividade de determinado comportamento.

Quanto ao dano, este pode ser dividido em patrimonial e moral, e isto vai depender do bem jurídico afetado pelo mesmo.

1.3.3 O nexo de causalidade

Há de se ressaltar que entre a conduta e o dano há que haver uma ligação, uma correlação. Tal ligação é chamada de nexo causal.

Este último, enquanto pressuposto da responsabilidade civil, é definido como:

(...) o vínculo, a ligação ou a relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado. A relação causal, portanto, estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento (...). Determina se o resultado surge como consequência natural da voluntária conduta do agente.²⁷

A relação de causalidade é, portanto, o liame, a ligação havida entre conduta e o prejuízo ocasionado à vítima.

A obrigação de indenizar é, pois, uma "obrigação-sanção que a lei lhe impõe como resultado necessário do comportamento infringente de seus preceitos"²⁸.

No tocante ao valor da indenização, dispõe o art. 944, *caput*, do Código Civil: " (...) a indenização mede-se pela extensão do dano" ²⁹.

²⁶ BRASIL. **Lei n.º 10.406**, de 10 de janeiro de 2002, institui o Código Civil. Vade mecum compacto de direito. 2.ed. São Paulo: Rideel, 2011. p.204.

²⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 46.

²⁸ Idem. p. 04

Da análise do dispositivo colacionado e do objetivo primordial da indenização, que é o retorno à situação antes do prejuízo acarretado à vítima, conclui-se que o legislador quis que a indenização seja limitada apenas pelo valor do dano sofrido pela vítima.

²⁹ BRASIL. **Lei n.º 10.406**, de 10 de janeiro de 2002, institui o Código Civil. Vade mecum compacto de direito. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2011. p.258.

2. DO DIREITO DE FAMÍLIA

Em um de seus famosos discursos, Rui Barbosa afirmou que “a família é a célula mater da sociedade”³⁰. Por considerar sua importância e sua influência na formação da sociedade, este capítulo busca-se abordar o direito de família dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 A Família Após a Constituição da República de 1988

Desde os primórdios, a família era responsável pelo cuidado de crianças e de uns para com os outros, onde os hábitos e costumes sociais eram repassados, pois neste convívio eram ensinadas as regras e normas de conduta da sociedade.

Na Europa, a partir da revolução industrial, houve uma desestruturação do modo de vida social vigente, pois ocorreu a mudança do modo de produção fabril para o industrial, onde a força motriz humana foi substituída pelas máquinas. Assim sendo, por não se exigir mais força física para execução das tarefas nas fábricas, pois haviam máquinas para o serviço pesado, a mulher garantiu sua entrada no mercado de trabalho, mudando a estrutura da família.

Na realidade, o objetivo das famílias desta época era a sobrevivência. No Brasil o desenvolvimento da família e a resolução dos problemas seguiu a mesma linha da Europa e Estados Unidos.

Jurandir Freire Costa³¹ descreve a organização familiar no sistema colonial, onde a família funcionava como um epicentro do direito do pai que monopolizava o interesse da prole e da mulher, ou seja o pai detinha o poder familiar, era a ordem maior.

O pai na sociedade colonial brasileira era visto como guardião e protetor, o qual teria que conquistar suas terras e seus escravos, sendo assim, nessa sociedade só o homem adulto poderia assegurar e garantir a defesa dos bens, seu

³⁰ BARBOSA, Rui. **Sinto Vergonha de Mim**. Disponível em: <http://pensador.uol.com.br/frase/NTk0MDg4/>. Acesso em 12 de outubro de 2013.

³¹ COSTA, Jurandir Freire. **Ordem Médica e Norma Familiar**. 5. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2004. pp. 157-158.

poder, prestígio e honorabilidade não podiam ser tocados, sob pena de ruir todo o edifício familiar. Os demais membros assumiram posição de submissão ao chefe pai, o qual assegurava e detinha o poder sobre as terras, os escravos a mulher e os filhos.

Ana Cristina Teixeira Barreto, com relação ao formato das famílias, destaca que:

Baseadas em leis discriminatórias e exclusivistas que serviram de instrumento de consolidação da desigualdade e assimetria na relação entre homens e mulheres, as sociedades estabeleceram um patamar de inferioridade e submissão em relação ao homem, não somente na seara doméstica, no direito familiar, mas no cenário público, como, por exemplo, no mercado de trabalho, através do pagamento de remuneração inferior à percebida pelos homens pelo exercício de funções semelhantes ou da dupla jornada de trabalho. A discriminação também foi sentida nos espaços públicos e privados de poder que refletiam a tímida participação política das mulheres, quase sempre limitada ou proibida.³²

Com a mudança das condições sociais, a partir de movimentos feministas e de luta de igualdade, é que houve a necessidade de modificações relativas aos direitos dos indivíduos, e em linhas gerais, aos direitos da família.

A partir da Constituição de 1988 o conceito de família foi ampliado e modernizado, todos os membros ganharam proteção igualitária perante ao Estado e a sociedade.

No entanto, já havia uma concepção da importância da família na formação da sociedade e da necessidade de proteção de seus membros de forma igualitária.

Contudo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 veio codificar a concepção de família já existente. Foram reconhecidos os valores já sedimentados e as uniões consideradas “de fato”.

Essas modificações legais podem ser consideradas como uma evolução significativa no Direito de Família, haja vista que houve o reconhecimento do pluralismo familiar, já existente de fato, atentando para as novas modalidades de família que surgiram.

O que se pode perceber, é que essa nova perspectiva do Direito de Família trouxe valores e princípios de caráter mais abrangentes, ressaltando direitos de

³² BARRETO, Ana Cristina Teixeira. **A Constituição de 1988 é um Marco contra a Discriminação**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-nov-05/constituicao-1988-marco-discriminacao-familia-contemporanea>. Acesso em 14 de outubro de 2013.

ordem fundamentais, como por exemplo, a dignidade da pessoa humana, que consta no art. 1º da Constituição de 1988:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

(...)³³

Outros pontos importantes destacados nessa nova perspectiva são a isonomia (art.5º, I), onde há o reconhecimento de igualdade de direitos e deveres independente de sexo, e o tratamento jurídico igualitário que deve ser destinado aos filhos, qualquer que seja sua origem; a solidariedade social (art.3º, I) e a dimensão jurídica dada à afetividade.

Nos dizeres de Maria Helena Diniz³⁴, o Direito de Família moderno trouxe diversos princípios inovadores, como o princípio *ratio* concernente ao matrimônio e à união estável, elevando o convívio conjugal e a relação afetiva como necessário para estabelecimento de direitos para ambos os cônjuges.

Ainda segundo a referida autora, houve também o estabelecimento da igualdade jurídica dos cônjuges e de todos os filhos, princípio da pluralidade familiar, fazendo o reconhecimento da união estável e de família monoparental, além do princípio da consagração do poder familiar, fazendo substituição do marital ou paterno, o princípio da liberdade, dando aos cidadãos o poder de constituir uma comunhão familiar, seja contraindo um casamento ou estabelecendo união estável.

O que se pode perceber é que a Constituição de 1988 trouxe inovação na forma de compreensão da instituição familiar, não sendo necessário um casamento formal, mas podendo acontecer por meio de união estável, entre homem e mulher, podendo assim, ser facilmente convertido em casamento por instrumento de lei, conforme descrito no art. 226, § 3º:

Diante do descrito, percebe-se que a união entre pessoas que se amam, a partir de determinada duração, pode ser enquadrada na determinação de núcleo familiar, desde que hajam laços sanguíneos, afetivos ou comunhão de interesses.

³³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de outubro de 1988. Vade mecum compacto de direito. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2011.p.119.

³⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.76.

Ressalta-se por lei a igualdade de direitos e obrigações entre os cônjuges na sociedade conjugal e o tratamento igualitário que deve ser dado aos filhos.

2.2 O Poder Familiar e os Princípios que Regem o Direito de Família

Considera-se que o poder familiar, conforme os dizeres de Carlos Roberto Gonçalves, “é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores”³⁵.

Quando o assunto é poder familiar, é importante compreender que o foco está nas relações jurídicas estabelecidas entre pais e filhos. Há algumas décadas, o pai detinha o poder supremo sobre o filho, sendo unilateralmente o responsável por ele. Com o advento da Constituição de 1988, essa responsabilidade ficou dividida entre o pai e a mãe.

Todos os membros da família tem direitos e deveres visando o bem estar de todos do núcleo familiar, objetivando uma convivência pacífica. Não existe mais posição hierárquica entre o pai e mãe, mas sim a necessidade de cuidar e educar os filhos, estabelecendo limites.

Compreende-se, portanto, que o poder familiar pode ser visto como um conjunto de direitos e deveres do pai e da mãe para com seus filhos, visando sempre sua proteção.

Neste sentido, encontram-se os dizeres de Silvio de Salvo Venosa que destaca:

O pátrio poder, poder familiar ou pátrio dever, nesse sentido, tem em vista primordialmente a proteção dos filhos menores. A convivência de todos os membros do grupo familiar deve ser lastreada não em supremacia, mas em diálogo, compreensão e entendimento.³⁶

Como visto, o poder familiar tem como finalidade proteger os filhos dos perigos em sociedade, e ao mesmo tempo, prepará-los para a vida. No entanto, a

³⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de família**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.128.

³⁶ VENOSA, S. S. de. **Direito Civil**. 4.ed. São Paulo:Jurídico Atlas, 2004. p.367.

vida em família é amparada por um escopo legal, a começar pelos princípios que definem os papéis dos atores na vida familiar.

Dentro dos princípios que regem a vida em família, está o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Maria Helena Diniz³⁷ aduz que dos princípios constitucionais este é o mais amplo, pois garante o desenvolvimento aos membros da família, sendo seus anseios atendidos, além, é claro, da garantia educacional aos filhos.

Outro ponto importante a ser ressaltado, é com relação ao princípio constitucional da igualdade. Este princípio garante que homens e mulheres são iguais, e que não deve haver distinção entre os filhos, conforme descreve o art. 5º da Constituição de 1988:

Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.³⁸

O que se percebe, portanto, é que não pode haver diferenciação entre os membros do núcleo familiar, independente de sexo, credo, cor ou orientação sexual. Todos têm os mesmos direitos, e são portadores de deveres, não como homem ou mulher, mas como cidadãos.

Neste princípio enquadra-se também a igualdade jurídica dos filhos, que independente de sua origem, tem os mesmos direitos e deveres. A eles deve ser dado tratamento isonômico.

Considera-se, também, o princípio da paternidade responsável e do planejamento familiar. Pode-se compreender a paternidade responsável como sendo a obrigação que os pais têm para com seus filhos de prover assistência moral, intelectual, afetiva e material. E o planejamento familiar vai além da escolha do número de filhos, mas o intervalo entre uma gestação e outra, assim como a utilização de técnicas preventivas ou de reprodução assistida.

Já o princípio da comunhão plena de vida, trata da família como portadora de relações intrínsecas, onde encontram-se os papéis de filho, pai e mãe. O conteúdo

³⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Direito de família**. v.5, 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.85.

³⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de outubro de 1988. Vade mecum compacto de direito. 2.ed. São Paulo: Rideel, 2011. p.5.

deste conceito é subjetivo, onde as relações podem ser de caráter homoafetivo, por meio de união estável ou casamento.

Muito importante neste quesito, é o princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar. Nos dias atuais o conceito de família está muito mais ligado ao fator social, do que ao antigo casal homem e mulher, podendo ser uma família formada por um casal homoafetivo, ou até mesmo uma entidade familiar monoparental.

Com base no supracitado, os princípios constitucionais atrelados à família tendem a garantir a tutela desta dentro do ordenamento jurídico brasileiro, desde sua conceituação até à sua formação.

Desta forma, após compreender os princípios constitucionais que norteiam a vida em família, faz-se necessário analisar quando a os membros do núcleo familiar não prestam a devida assistência aos menores, crianças e adolescentes, ocorrendo o abuso do direito.

2.3 Os Deveres Jurídicos dos Pais em Relação aos Filhos

Os pais, dentro do núcleo familiar, para com seus filhos, têm o dever de educá-los e prover as necessidades para que estes tenham uma vida digna, não passando por cima de seus direitos contidos em lei.

Vale ressaltar que o dever dos pais abrange o atendimento das necessidades biopsíquicas dos filhos, além de demandas básicas, como cuidados na enfermidade, apoio psicológico, orientação moral, atendimento de necessidades como alimentação, vestimenta e acompanhamento físico e espiritual.

Os filhos possuem o direito de convívio em família, coabitando com os pais, mesmo quando estes são separados. Conforme os dizeres de Maria Berenice Dias:

A convivência dos filhos com os pais não é direito do pai, mas do filho. Com isso, quem não detém a guarda tem o dever de conviver com ele. Não é direito de visitá-lo, é obrigação de visitá-lo. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e reflexos no seu

desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida.³⁹

Desta forma, o Direito de Família tem adentrado na seara da Responsabilidade Civil. Caso os pais não cumpram seus deveres, os filhos tem o direito de reparação pelo dano causado.

O artigo 1634 do Código Civil de 2002 disciplina os deveres dos pais com os filhos:

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

- I - dirigir-lhes a criação e educação;
- II - tê-los em sua companhia e guarda;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.⁴⁰

Os referidos deveres são de natureza jurídica, e o seu descumprimento pode acarretar dano ao filho e algum tipo de prejuízo aos pais, sendo passível sua responsabilização.

Atentando para este contexto, o poder familiar trata da obrigatoriedade que o pai tem em atender o filho em suas necessidades, no que diz respeito aos direitos fundamentais descritos na Constituição de 1988, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil de 2002. Não há responsabilidade maior para qualquer um dos pais, pois o dever é igual para ambos, em condições de igualdade, visando sempre o bem estar do filho.

Importante compreender que a assistência citada no ordenamento jurídico não se restringe ao aspecto material, mas também ao afetivo. Como a família atual é pautada no caráter da afetividade, este ponto é muito importante dentro da assistência familiar prestada aos filhos.

³⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4.ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.407

⁴⁰ BRASIL. **Lei n.º 10.406**, de 10 de janeiro de 2002, institui o Código Civil. Vade mecum compacto de direito. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2011. p.324.

O papel da família, então, é prover as necessidades materiais, mas também dar assistência educacional, intelectual, moral afetivo e ético, para que o filho tenha uma formação completa, tornando-se um cidadão pleno de direitos e apto para a vida em sociedade.

2.4 O Abuso do Direito nas Relações Familiares: Uma Proteção Existencial ou Patrimonial?

Pode-se considerar como abuso de direito o ato ou efeito da imposição da vontade de um sobre outro, sem levar em consideração o caráter legal da atividade. O abuso pode ocorrer em vários níveis de poder, seja entre os membros de uma família ou em relações de democracia.⁴¹

Analisando os dizeres de Carlos Roberto Gonçalves⁴², no Direito de Família o que deve prevalecer é seu caráter personalíssimo, com características éticas e sociais, e que caso ocorra o abuso de poder, ou violação de direitos, o poder familiar poderá ser suspenso ou extinto, pois este afetará o desenvolvimento pleno da criança e do adolescente, podendo acarretar prejuízo moral a estes ou outros membros da família.

De acordo com Maria Berenice Dias, afirma-se:

O direito das famílias- por estar voltado à tutela da pessoa – é personalíssimo, adere indelevelmente à personalidade da pessoa em virtude de sua posição na família durante toda a vida. Em sua maioria é composto de direitos intransmissíveis, irrevogáveis, irrenunciáveis e indisponíveis.⁴³

Enquanto os filhos forem menores, os pais têm que cumprir com suas obrigações e exercer seus direitos. Tal função é irrenunciável, inalienável e

⁴¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito de família**. v.6, São Paulo: Saraiva, 2005. p.85.

⁴² Idem.p.138.

⁴³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Direito de família**. v.5, 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.85.

indelegável. Essa obrigação só se extingue com a maioridade do filho ou com a morte de pai ou filho.

Dentro das obrigações da família está assegurar aos filhos o direito à vida, à alimentação, saúde, educação, lazer, conforme consta no art. 227 da Constituição de 1988:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.⁴⁴

Percebe-se, diante do referido texto legal, que a família tem o objetivo de oferecer proteção às crianças e adolescentes, respeitando os princípios constitucionais, preservando sua integridade física, emocional e social.

No entanto, ocorrem casos onde os direitos dos entes da família não são respeitados, ou onde existe um abuso no que diz respeito às relações familiares.

Deve existir a proteção dos membros da família, principalmente crianças e adolescentes. Mas há de se considerar também a proteção do melhor interesse, mas esta precisa ser considerada com base no princípio da dignidade da pessoa humana, para que com base em tais princípios, sejam considerados os aspectos relativos ao exercício da autoridade parental visando a construção da subjetividade dos filhos.

Mas se a autoridade parental for exercida de forma irregular, esta pode ser considerada como ilícita, sendo considerado assim, como abuso de direito, podendo também ser aplicado a outras prerrogativas fundamentais, tais como as liberdades.

O abuso de direito pode ser considerado primordialmente sobre o aspecto patrimonial, mas este também pode ser considerado no âmbito sócio afetivo. Neste caso, a ilegalidade diz respeito ao não cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana, privando o ente de qualquer de seus direitos fundamentais.

Pode ocorrer a utilização da boa fé do outro com intenção de se causar dano a este, conforme descrito no art. 187 do Código Civil de 2002: “Art. 187: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os

⁴⁴ Idem.

limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes⁴⁵.

Pode-se citar como exemplo, neste caso, quando os pais não cumprem sua obrigação para com o filho menor, privando-o do convívio social, ou até mesmo, de frequentar a escola, ou quando abusa do seu poder familiar, na correção abusiva de atos praticados pelos filhos.

⁴⁵ BRASIL. **Lei n.º 10.406**, de 10 de janeiro de 2002, institui o Código Civil. Vade mecum compacto de direito. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2011. p.204.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Diante dos conceitos já apresentados neste estudo, destaca-se que o Direito de Família vem abrindo precedentes para a indenização por danos causados ao membro da família, seja pela negligência ou pelo abuso de direito.

Este capítulo abordará como a falta de afeto interfere nas relações familiares e no desenvolvimento das crianças e adolescentes, e como o filho abandonado pode responsabilizar civilmente seu responsável pelo abandono sofrido.

3.1 Quando Amar é Faculdade e Cuidar é Dever

Analisando o ordenamento jurídico brasileiro percebe-se que existe grande amparo legal na proteção ao direito das crianças e na proteção à família, seja na esfera constitucional ou infraconstitucional.

No entanto, existem casos cada vez mais comuns, tanto de violência física quanto psicológica sobre menores no âmbito familiar, seja por omissão ou por abuso do poder paternal.

De acordo com o art. 5º da Constituição da República, fica garantido aos filhos o direito ao convívio com os pais, mesmo que estes se encontrem separados. Isto se deve à importância que o caráter afetivo recebeu na Constituição de 1988.

Maria Helena Diniz destaca que os pais tem tanto o direito, quanto o dever de visitar e conviver de forma harmônica com seus filhos, devendo demonstrar afetividade para com estes.

Tais garantias constam no art. 227 da Constituição de 1988, conforme descrito:

[...] 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.⁴⁶

Assim sendo, o referido texto legal exige que o tratamento dispensado aos filhos seja isento de maus tratos, onde os direitos fundamentais sejam efetivamente respeitados, para que haja uma contribuição positiva para o desenvolvimento físico e de personalidade.

A Lei 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, destaca em seu art. 19 a mesma garantia legal:

Art. 19 - Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.⁴⁷

Desta forma, os pais deverão exercer seu poder familiar no sentido de garantir aos filhos os direitos fundamentais e complementares, de forma que colabore para seu desenvolvimento pleno. Este exercício deverá ser feito em igualdade de condições, ou seja, tanto pelo pai, quanto pela mãe.

O Código Civil de 2002 destaca que os pais tem a responsabilidade de prover o sustento e cuidado em relação aos filhos, através do exercício do poder familiar.

O abandono afetivo pode deixar marcas profundas na personalidade dos filhos, fazendo com que tenham baixa autoestima, depressão e pode até mesmo conduzi-los a algum tipo de desajuste social.

As atitudes dos pais acompanharão seus filhos por toda a vida. Desta forma, o exercício do poder familiar para proporcionar aos filhos práticas que venham influenciar positivamente na sua formação intelectual, social e afetiva. O abandono afetivo ou o abuso do poder familiar podem influenciar de forma negativa na formação dos filhos, principalmente os menores.

⁴⁶ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de outubro de 1988. Vade mecum compacto de direito. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2011. p.120.

⁴⁷ BRASIL, **Lei 8.069**, institui o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras Providências. 13 de julho de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 10 de novembro de 2013.

3.2 O Dano Afetivo e Sua Reparação

No que diz respeito ao abandono afetivo, pode-se destacar a discussão acerca da possibilidade da reparação do dano moral por meio de abandono afetivo de filho menor, devido à má conduta ou omissão de um dos pais ou de ambos relativo ao exercício do poder familiar.

Neste sentido, existem opiniões divergentes: uns defendem que tal questão deve encontrar solução dentro do próprio Direito de Família, através da destituição do poder familiar, enquanto outros destacam a importância das reparações de ordem pecuniária.

No entanto, até o presente momento, as demandas propostas no judiciário brasileiro, tratam do abandono afetivo do pai em relação ao filho, não abordando especificamente o abandono provocado pela mãe, apesar de ambos possuírem a mesma responsabilidade e mesmos deveres com relação aos filhos.

Neste sentido, Bernardo Castelo Branco destaca que:

É indubitoso que a negativa de convivência familiar importa nos ilícitos ora descritos que se tornam mais graves quando o agressor é o genitor que, embora reconhecidamente recebeu a prole, a ela não desfere o amparo afetivo, a assistência moral e psíquica, atingindo, por consequência, sua honra, a dignidade, a moral e a reputação social, enfim, atributos ligados à personalidade deste ofendido.⁴⁸

Pode-se destacar, que conforme legislação vigente, o abandono afetivo é decorrente de atitude omissiva por parte do pai ou da mãe, não cumprindo assim, seus deveres na assistência moral e afetiva dos filhos. Pode-se compreender, dentro desta linha de pensamento, que o abandono afetivo existe não somente quando o pai ou a mãe se fazem ausentes do convívio familiar, mas também quando este não dispensa à prole o afeto e atenção devidos.

O foco da referida discussão é com relação à responsabilidade civil, no âmbito familiar, pelo dano afetivo causado à prole pelos pais. Levando-se em consideração a dignidade da pessoa humana, abordada na Constituição de 1988, esta deve ser preservada em diversos âmbitos, principalmente na esfera familiar.

Ainda de acordo com o raciocínio de Bernardo Castelo Branco, encontra-se:

⁴⁸ BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano Moral no Direito de Família**. São Paulo: Método, 2006. p.13.

Havendo violação dos direitos da personalidade, mesmo no âmbito da família, não se pode negar ao ofendido a possibilidade de reparação do dano moral, não atuando esta como fator desagregador daquela instituição, mas de proteção da dignidade dos seus membros.⁴⁹

No caso dos filhos, sejam crianças ou adolescentes, possuem direito à tutela jurídica, necessitando do Estado um apoio no caso de atos de omissão do pai com relação aos deveres deste para com sua prole. Baseado nisto, alguns tribunais tem se amparado no princípio da dignidade da pessoa humana, amparados no princípio da afetividade, e manifestado de maneira favorável para a reparação civil de dano moral causado pelo descumprimento das obrigações paternas ou maternas.

Há de se considerar que a responsabilização por dano afetivo é matéria nova nos tribunais, e poucas doutrinas são encontradas neste sentido. O magistrado, no julgamento de tal ação, deve considerar alguns fatores, como a ocorrência de litígios no convívio familiar, os motivos do abandono que levaram ao dano, dentre outros.

Desta forma, é importante se compreender que para que se configure a responsabilização civil por dano afetivo dos pais para com os filhos, os requisitos devem estar explicitados de forma clara e concisa.

Embasando o supracitado, Rui Stoco destaca:

[...] o que se põe em relevo e exsurge como causa de responsabilização por dano moral é o abandono afetivo, decorrente do distanciamento físico e da omissão sentimental, ou seja, a negação de carinho, de atenção, de amor e de consideração, através do afastamento, do desinteresse, do desprezo e falta de apoio e, às vezes, da completa ausência de relacionamento entre pai (ou mãe) e filho.⁵⁰

Portanto, para que haja a responsabilização civil do dano afetivo é necessário que seja comprovado o nexo de causalidade entre a conduta do pai ou da mãe e o dano afetivo que esta conduta causou ao filho. Assim, com a comprovação do nexo de causalidade, não restará dúvida quanto ao dever de indenização

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.946.

3.3 Precedente jurisprudencial: Análise do Recurso Especial nº. 1.159.242-SP

Aponta-se aqui a decisão da Terceira Turma do STJ, de 10 de maio de 2012, onde foi reconhecido o direito de uma filha em receber indenização pelo abandono afetivo de seu pai.

No referido caso, a Ministra Nancy Andrighi destacou que o que foi considerado no julgamento não foi o fato de amar, mas sim o dever que os pais possuem de cuidar de seus filhos menores.

Baseado no art. 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente, os menores tem seus direitos assegurados para seu desenvolvimento sadio e harmonioso, devendo ser guardado de qualquer negligência.

Neste sentido, Fábio Siebeneichler de Andrade assevera que:

Não obstante considerar-se aqui que esta previsão legal seja suficiente para caracterizar como ilícita a prática paterna de 'abandono' do filho, ainda mais em face da decisão do Superior Tribunal de Justiça no referido REsp nº 1.159.242-SP, está em tramitação no Congresso projeto de Lei nº 700/2007, pelo qual se pretende alterar dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, incluindo, por exemplo, no art. 5º, parágrafo único, a previsão de que seria "conduta ilícita, sujeita a reparação de danos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, a ação ou omissão que ofenda direito fundamental de criança ou adolescente (...), "incluindo-se os casos de abandono moral, isto é, aquelas situações em que " deixa-se de prestar aos filhos assistência moral, seja por convívio, seja por visitação periódica, que permitam o acompanhamento da formação psicológica, moral e social do filho menor"⁵¹.

Ainda analisando a questão dos danos causados pelo abandono afetivo, é possível citar o descrito no Recurso Especial nº. 1.159.242-SP, reafirmando a obrigação e a necessidade de que os pais devem cuidar de seus filhos, não sendo esta apenas uma opção, e sim um dever:

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: **o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente**; ganha o debate contornos mais técnicos, **pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial**

⁵¹ ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Considerações sobre o Desenvolvimento da Relação entre Responsabilidade Civil e o Direito de Família no Direito Brasileiro**. Revista eletrônica Direitos Fundamentais e Justiça. Ano 6, nº21, out-dez 2012. Disponível em: http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/21_Doutrina%20Nacional%20OK.pdf. Acesso em 08 de novembro de 2013.

cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar. Negar ao cuidado o *status* de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na parte final do dispositivo citado: “(...) **além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (...)**”. (grifo nosso)⁵².

Há de se considerar que a responsabilização civil pelo abandono afetivo é considerada pelos tribunais como um dano permanente à personalidade da pessoa, deixando-a marcada para toda a vida. Isto se deve devido ao fato de que a pessoa, dotada de uma personalidade, necessita do amparo de seu ambiente familiar para sua formação e construção de forma saudável. Portanto, quando o abandono afetivo ocorre, este impede que a personalidade se forme de maneira completa.

Assim sendo, Cesar Augusto de Castro Fiúza e Thiago Penido Martins destacam:

Atualmente, tornou-se moda nos meios familiaristas uma visão romântica da família, fundada no amor e no afeto. A família, por este prisma, seria o locus do afeto, sendo o ambiente mais adequado para a promoção do ser humano. De fato, a família ainda é, como regra, o ambiente mais adequado para o desenvolvimento do ser humano. Dentre outras razões, é por ser o ambiente em que nascemos e no qual nos sentimos naturalmente mais protegidos. Seguramente, há amor e afeto no âmbito familiar, mas não só; há também ódio, rivalidades e violência (física e moral). A família, na melhor das hipóteses, é um agrupamento de neuróticos, que se fazem bem uns aos outros, mas que também se fazem muito mal.⁵³

Com relação aos direitos da criança e do adolescente e aos deveres dos pais para com estes, o Estatuto da Criança e do Adolescente aborda:

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

(...)

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão,

⁵² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Recurso Especial 1.159.242-SP. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infanciahome_c/Guarda_Tutela/qt_jurisprudencia_guarda_tutela/STJ%20-%20Recurso%20Especial%20n%C2%BA%201.159.242-SP%20-%20Ac%C3%B3rd%C3%A3o.pdf. Acesso em 8 de novembro de 2013.

⁵³ FIÚZA, Cesar Augusto De Castro. MARTINS, Thiago Penido. A Eficácia Do Direito Fundamental À Igualdade Nas Relações Familiares: Uma Análise Crítica Da Decisão Proferida No Julgamento Do Recurso Especial N.º 1.159.242-SP. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0e9d935f7e3f2b50>. Acesso em 08 de novembro de 2013.

punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.⁵⁴

Neste sentido, analisando o descrito no Recurso Especial 1.159.242-SP, pode-se destacar, que mesmo os pais tendo alguns problemas no que diz respeito ao cuidado devido à sua prole e à ausência deste, destaca-se:

Apesar das inúmeras hipóteses que poderiam justificar a ausência de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, não pode o julgador se olvidar que deve existir um núcleo mínimo de cuidados parentais com o menor que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. Assim, cabe ao julgador ponderar – sem nunca deixar de negar efetividade à norma constitucional protetiva dos menores – as situações fáticas que tenha à disposição para seu escrutínio, sopesando, como ocorre em relação às necessidades materiais da prole, o binômio necessidade e possibilidade.⁵⁵

Desta forma, é importante salientar que a partir da comprovação do dano causado pelo abandono, e pelo amparo legal afirmando que o pai deveria cuidar de sua prole, não por opção, mas por dever, pode-se passar ao entendimento que, como foi lesada em seu direito, e negligenciada por seu, que não cumpriu sua obrigação, cabendo ao filho a indenização como forma de reparo ao seu direito:

É que, reconhecida a indenizabilidade do dano moral pelo sistema jurídico, não há nele, sistema jurídico, causa dele excludente fundada em relação familiar, cujos direitos e obrigações recíprocos não podem, segundo o sistema jurídico, ser erigidos em cláusulas de não indenizar, não declaradas como tais pela lei. Assim, em princípio, é possível a indenização por dano moral, decorrente do abandono de filho, agravado por tratamento discriminatório em comparação com outros filhos, não importando seja, o filho lesado, havido em virtude de relacionamento genésico fora do casamento, antes ou depois deste, nem importando seja o reconhecimento voluntário ou judicial, porque a lei não admite a distinção, pelos genitores, entre as espécies de filhos – naturais ou reconhecidos.⁵⁶

⁵⁴ BRASIL, **Lei 8.069**. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras Providências. 13 de julho de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/leis/l8069.htm>. Acesso em 10 de novembro de 2013.

⁵⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Recurso Especial 1.159.242-SP. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infanciahome_c/Guarda_Tutela/gt_jurisprudencia_guarda_tutela/STJ%20-%20Recurso%20Especial%20n%C2%BA%201.159.242-SP%20-%20Ac%C3%B3rd%C3%A3o.pdf. Acesso em 09 de novembro de 2013.

⁵⁶ Idem.Ibidem.

Por fim, destaca-se o reconhecimento dos direitos indenizatórios da prole quando o assunto é abandono afetivo, pois os filhos têm seus direitos de cuidados garantidos em lei.

Independente das situações ocorridas, os pais não podem abdicar deste dever para com sua prole, devendo assim, quaisquer que sejam as circunstâncias, fornecer cuidado moral, intelectual e psicológico aos seus filhos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Responsabilidade Civil é algo que fica vinculado ao dever de reparação do agente para com a vítima, podendo ser o dano causado de ordem material ou moral, causado pela própria pessoa ou por pessoa ou coisa sob responsabilidade do agente.

Ela está também vinculada à conduta, onde o ser humano tem a faculdade de fazer ou não fazer, seja por vontade própria, imprudência, negligência ou imperícia.

Quando o dano causado é de ordem moral, na relação entre pai e filho, ou seja, não tem caráter patrimonial, insere-se neste contexto, o abandono afetivo. O referido dano é enquadrado nessa classificação devido a estar relacionado com os direitos de personalidade, e de forma mais estreita à dignidade da pessoa humana.

Destacou-se neste estudo que as relações familiares têm ligação direta ao aspecto da dignidade dos componentes do ambiente familiar, principalmente no que diz respeito ao crescimento dos filhos menores em condições dignas, necessitando, assim, que os papéis exercidos pelos pais devem ser no intuito de proporcionar aos filhos condições plenas para o desenvolvimento de sua personalidade.

Apesar do ordenamento jurídico brasileiro não tratar especificamente da responsabilidade civil por abandono afetivo, alguns precedentes já vem surgindo, como o Recurso Especial 1.159.242-SP, onde se destaca que amar é uma faculdade, mas cuidar é um dever, ou seja, mesmo que os pais não sintam amor pelos filhos, ou não tenham laços de afetividade para com eles, isso não é motivo para abandoná-los, já que os filhos menores possuem direitos amparados por lei de serem cuidados, física e moralmente.

Desta forma, os pais tem papel fundamental nesta questão, e esse dever não pode ser abdicado, exceto quando os pais perdem o poder familiar, e este vai para famílias substitutas.

Assim sendo, destaca-se a importância dos pais cuidarem de seus filhos, contribuir na sua formação, até mesmo para que futuramente não haja prejuízos para ambos: para os filhos em sua formação, e para os pais na indenização dos filhos por abandono afetivo.

Destaca-se, por fim, que o ordenamento jurídico brasileiro procura apresentar soluções para problemas já existentes, e até mesmo, se evitar problemas que venham a surgir. Sua intenção máxima é a garantia de que direitos sejam respeitados, e caso isso não ocorra, que a vítima seja indenizada pelo seu prejuízo.

5. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Considerações sobre o Desenvolvimento da Relação entre Responsabilidade Civil e o Direito de Família no Direito Brasileiro**. Revista eletrônica Direitos Fundamentais e Justiça. nº21, out-dez 2012. Disponível em: http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/21_Doutrina%20Nacional%202_OK.pdf. Acesso em 08 de novembro de 2013.

BARBOSA, Rui. **Sinto Vergonha de Mim**. Disponível em: <http://pensador.uol.com.br/frase/NTk0MDg4/>. Acesso em 12 de outubro de 2013.

BARRETO, Ana Cristina Teixeira. **A Constituição de 1988 é um Marco contra a Discriminação**. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-nov-05/constituicao-1988-marco-discriminacao-familia-contemporanea>. Acesso em 14 de outubro de 2013.

BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano Moral no Direito de Família**. São Paulo: Método, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de outubro de 1988. Vade mecum compacto de direito. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação de indenização de danos materiais e compensação por danos morais. Recurso especial nº 1.159.242 – SP(2009/0193701-9). Autor: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Acórdão 24 de abril de 2012. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/acordao-abandono-afetivo.pdf>. Acesso em 20 de setembro de 2013.

BRASIL. **Lei n.º 10.406**, de 10 de janeiro de 2002, institui o Código Civil. Vade mecum compacto de direito. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2011.

BRASIL, **Lei 8.069**, institui o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras Providências. 13 de julho de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 10 de novembro de 2013.

CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado**. Biblioteca Digital Jurídica – STJ, 2002. Disponível em: <http://www.bdjur.stj.gov.br>. Acesso em 13 de outubro de 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

COSTA, Jurandir Freire. **Ordem Médica e Norma Familiar**. 5. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família, 22 ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro: Direito de família**. v.5, 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 21 ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva. 2007.

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

HIRONAKA , Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filho- além da obrigação legal de caráter material**. Disponível em <http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigosc&totalPage=6>. Acesso em 22 de setembro de 2013.

IBDFAM. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Responsabilidade civil por abandono afetivo**. In: Revista Brasileira de Direito das famílias e sucessões. n°29. Porto Alegre: Magister, 2012.

FACCHINI NETO, Eugênio. **Da responsabilidade civil no novo Código**, in: SARLET, Ingo Wolfgang (org). O novo Código Civil e a Constituição. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2003.

FIÚZA, Cesar Augusto De Castro. MARTINS, Thiago Penido. **A Eficácia Do Direito Fundamental À Igualdade Nas Relações Familiares**: Uma Análise Crítica Da Decisão Proferida No Julgamento Do Recurso Especial N.º 1.159.242-SP. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0e9d935f7e3f2b50>. Acesso em 08 de novembro de 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6: direito de família. 8.ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das famílias**: Amor e bioética. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROLF, Madaleno. **Curso de direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ROSA, Conrado Paulino; CARVALHO, Dimas Messias de; FREITAS; Douglas Phillips. **Dano Moral e Direito das famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: Doutrina e Jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Recurso Especial 1.159.242-SP. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infanciahome_c/Guarda Tutela/gt_jurisprudencia_guarda_tutela/STJ%20-%20Recurso%20Especial%20n%C2%BA%201.159.242-SP%20-%20Ac%C3%B3rd%C3%A3o.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infanciahome_c/Guarda_Tutela/gt_jurisprudencia_guarda_tutela/STJ%20-%20Recurso%20Especial%20n%C2%BA%201.159.242-SP%20-%20Ac%C3%B3rd%C3%A3o.pdf). Acesso em 09 de novembro de 2013.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. vol.único. Rio de Janeiro: São Paulo; Método, 2011.

VENOSA, S. S. de. **Direito Civil**. 4. ed. São Paulo:Jurídico Atlas, 2004.

ANEXOS

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso especial interposto por ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS, com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da CF/88, contra acórdão proferido pelo TJ/SP.

Ação: de indenização por danos materiais e compensação por danos morais, ajuizada por LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA em desfavor do recorrente, por ter sofrido abandono material e afetivo durante sua infância e juventude.

Sentença: o i. Juiz julgou improcedente o pedido deduzido pela recorrida, ao fundamento de que o distanciamento entre pai e filha deveu-se, primordialmente, ao comportamento agressivo da mãe em relação ao recorrente, nas situações em que houve contato entre as partes, após a ruptura do relacionamento ocorrido entre os genitores da recorrida.

Acórdão: o TJ/SP deu provimento à apelação interposta pela recorrida, reconhecendo o seu abandono afetivo, por parte do recorrente – seu pai –, fixando a compensação por danos morais em R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais), nos termos da seguinte ementa:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. FILHA HAVIDA DE RELAÇÃO AMOROSA ANTERIOR. ABANDONO MORAL E MATERIAL. PATERNIDADE RECONHECIDA JUDICIALMENTE. PAGAMENTO DA PENSÃO ARBITRADA EM DOIS SALÁRIOS MÍNIMOS ATÉ A MAIORIDADE. ALIMENTANTE ABASTADO E PRÓSPERO. IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Superior Tribunal de Justiça

Recurso especial: alega violação dos arts. 159 do CC-16 (186 do CC-02); 944 e 1638 do Código Civil de 2002, bem como divergência jurisprudencial.

Sustenta que não abandonou a filha, conforme foi afirmado pelo Tribunal de origem e, ainda que assim tivesse procedido, esse fato não se reveste de ilicitude, sendo a única punição legal prevista para o descumprimento das obrigações relativas ao poder familiar – notadamente o abandono – a perda do respectivo poder familiar –, conforme o art. 1638 do CC-2002.

Aduz, ainda, que o posicionamento adotado pelo TJ/SP diverge do entendimento do STJ para a matéria, consolidado pelo julgamento do REsp n.º 757411/MG, que afasta a possibilidade de compensação por abandono moral ou afetivo.

Em pedido sucessivo, pugna pela redução do valor fixado a título de compensação por danos morais.

Contrarrazões: reitera a recorrida os argumentos relativos à existência de abandono material, moral, psicológico e humano de que teria sido vítima desde seu nascimento, fatos que por si só sustentariam a decisão do Tribunal de origem, quanto ao reconhecimento do abandono e a fixação de valor a título de compensação por dano moral.

Juízo prévio de admissibilidade: o TJ/SP admitiu o recurso especial (fls. 567/568, e-STJ).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

VOTO

Sintetiza-se a lide em determinar se o abandono afetivo da recorrida, levado a efeito pelo seu pai, ao se omitir da prática de fração dos deveres inerentes à paternidade, constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável.

1. Da existência do dano moral nas relações familiares

Faz-se salutar, inicialmente, antes de se adentrar no mérito propriamente dito, realizar pequena digressão quanto à possibilidade de ser aplicada às relações intrafamiliares a normatização referente ao dano moral.

Muitos, calcados em axiomas que se focam na existência de singularidades na relação familiar – sentimentos e emoções – negam a possibilidade de se indenizar ou compensar os danos decorrentes do descumprimento das obrigações parentais a que estão sujeitos os genitores.

Contudo, não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família.

Ao revés, os textos legais que regulam a matéria (art. 5,º V e X da CF e arts. 186 e 927 do CC-02) tratam do tema de maneira ampla e irrestrita, de onde

é possível se inferir que regulam, inclusive, as relações nascidas dentro de um núcleo familiar, em suas diversas formas.

Assim, a questão – que em nada contribui para uma correta aplicação da disciplina relativa ao dano moral – deve ser superada com uma interpretação técnica e sistemática do Direito aplicado à espécie, que não pode deixar de ocorrer, mesmo ante os intrincados meandros das relações familiares.

Outro aspecto que merece apreciação preliminar, diz respeito à perda do poder familiar (art. 1638, II, do CC-02), que foi apontada como a única punição possível de ser imposta aos pais que descurem do múnus a eles atribuído, de dirigirem a criação e educação de seus filhos (art. 1634, II, do CC-02).

Nota-se, contudo, que a perda do pátrio poder não suprime, nem afasta, a possibilidade de indenizações ou compensações, porque tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malcuidado recebido pelos filhos.

2. Dos elementos necessários à caracterização do dano moral

É das mais comezinhas lições de Direito, a tríade que configura a responsabilidade civil subjetiva: o dano, a culpa do autor e o nexo causal. Porém, a simples lição ganha contornos extremamente complexos quando se focam as relações familiares, porquanto nessas se entremeiam fatores de alto grau de subjetividade, como afetividade, amor, mágoa, entre outros, os quais dificultam, sobremaneira, definir, ou perfeitamente identificar e/ou constatar, os elementos configuradores do dano moral.

No entanto, a par desses elementos intangíveis, é possível se visualizar, na relação entre pais e filhos, liame objetivo e subjacente, calcado no

Superior Tribunal de Justiça

vínculo biológico ou mesmo autoimposto – casos de adoção –, para os quais há preconização constitucional e legal de obrigações mínimas.

Sendo esse elo fruto, **sempre**, de ato volitivo, emerge, para aqueles que concorreram com o nascimento ou adoção, a responsabilidade decorrente de suas ações e escolhas, vale dizer, a criação da prole.

Fernando Campos Scaff retrata bem essa vinculação entre a liberdade no exercício das ações humanas e a responsabilidade do agente pelos ônus correspondentes:

(...) a teoria da responsabilidade relaciona-se à liberdade e à racionalidade humanas, que impõe à pessoa o dever de assumir os ônus correspondentes a fatos a ela referentes. Assim, a responsabilidade é corolário da faculdade de escolha e de iniciativa que a pessoa possui no mundo, submetendo-a, ou o respectivo patrimônio, aos resultados de suas ações que, se contrários à ordem jurídica, geram-lhe, no campo civil, a obrigação de ressarcir o dano, quando atingem componentes pessoais, morais ou patrimoniais da esfera jurídica de outrem. (Da culpa ao risco na responsabilidade civil *in*: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (coords.). **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo, Atlas, pag. 75)

Sob esse aspecto, indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos, sendo monótono o entendimento doutrinário de que, entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança.

E é esse vínculo que deve ser buscado e mensurado, para garantir a proteção do filho quando o sentimento for tão tênue a ponto de não sustentarem, por si só, a manutenção física e psíquica do filho, por seus pais – biológicos ou não.

À luz desses parâmetros, há muito se cristalizou a obrigação legal dos genitores ou adotantes, quanto à manutenção material da prole, outorgando-se tanta relevância para essa responsabilidade, a ponto de, como meio de coerção, impor-se a prisão civil para os que a descumprem, sem justa causa.

Perquirir, com vagar, não sobre o dever de assistência psicológica dos pais em relação à prole – **obrigação inescapável** –, mas sobre a viabilidade técnica de se responsabilizar, civilmente, àqueles que descumprem essa incumbência, é a outra faceta dessa moeda e a questão central que se examina neste recurso.

2.1. Da ilicitude e da culpa

A responsabilidade civil subjetiva tem como gênese uma ação, ou omissão, que redunde em dano ou prejuízo para terceiro, e está associada, entre outras situações, à negligência com que o indivíduo pratica determinado ato, ou mesmo deixa de fazê-lo, quando seria essa sua incumbência.

Assim, é necessário se refletir sobre a existência de ação ou omissão, juridicamente relevante, para fins de configuração de possível responsabilidade civil e, ainda, sobre a existência de possíveis excludentes de culpabilidade incidentes à espécie.

Sob esse aspecto, calha lançar luz sobre a crescente percepção do cuidado como valor jurídico apreciável e sua repercussão no âmbito da responsabilidade civil, pois, constituindo-se o cuidado fator curial à formação da personalidade do infante, deve ele ser alçado a um patamar de relevância que mostre o impacto que tem na higidez psicológica do futuro adulto.

Nessa linha de pensamento, é possível se afirmar que tanto pela concepção, quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação

Superior Tribunal de Justiça

à sua prole, que vão além daquelas chamadas *necessarium vitae*.

A ideia subjacente é a de que o ser humano precisa, além do básico para a sua manutenção – alimento, abrigo e saúde –, também de outros elementos, normalmente imateriais, igualmente necessários para uma adequada formação – educação, lazer, regras de conduta, etc.

Tânia da Silva Pereira – autora e coordenadora, entre outras, das obras *Cuidado e vulnerabilidade* e *O cuidado como valor jurídico* – acentua o seguinte:

O cuidado como 'expressão humanizadora', preconizado por Vera Regina Waldow, também nos remete a uma efetiva reflexão, sobretudo quando estamos diante de crianças e jovens que, de alguma forma, perderam a referência da família de origem(...).a autora afirma: ' o ser humano precisa cuidar de outro ser humano para realizar a sua humanidade, para crescer no sentido ético do termo. Da mesma maneira, o ser humano precisa ser cuidado para atingir sua plenitude, para que possa superar obstáculos e dificuldades da vida humana'. (Abrigo e alternativas de acolhimento familiar, in: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 309)

Prossegue a autora afirmando, ainda, que:

Waldow alerta para atitudes de não-cuidado ou ser des-cuidado em situações de dependência e carência que desenvolvem sentimentos, tais como, de se sentir impotente, ter perdas e ser traído por aqueles que acreditava que iriam cuidá-lo. Situações graves de desatenção e de não-cuidado são relatadas como sentimentos de alienação e perda de identidade. Referindo-se às relações humanas vinculadas à enfermagem a autora destaca os sentimentos de desvalorização como pessoa e a vulnerabilidade. 'Essa experiência torna-se uma cicatriz que, embora possa ser esquecida, permanece latente na memória'. *O cuidado dentro do contexto da convivência familiar leva à releitura de toda a proposta constitucional e legal relativa à prioridade constitucional para a convivência familiar*. (op. cit. pp 311-312 - sem destaques no original).

Colhe-se tanto da manifestação da autora quanto do próprio senso comum que o desvelo e atenção à prole não podem mais ser tratadas como acessórios no processo de criação, porque, há muito, deixou de ser intuitivo que o

cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não é apenas uma fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania.

Nesse sentido, cita-se, o estudo do psicanalista Winnicott, relativo à formação da criança:

[...]do lado psicológico, um bebê privado de algumas coisas correntes, mas necessárias, como um contato afetivo, está voltado, até certo ponto, a perturbações no seu desenvolvimento emocional que se revelarão através de dificuldades pessoais, à medida que crescer. Por outras palavras: a medida que a criança cresce e transita de fase para fase do complexo de desenvolvimento interno, até seguir finalmente uma capacidade de relação, os pais poderão verificar que a sua boa assistência constitui um ingrediente essencial. (WINNICOTT, D.W. **A criança e o seu mundo**. 6ª ed. Rio de Janeiro:LTC, 2008)

Essa percepção do cuidado como tendo valor jurídico já foi, inclusive, incorporada em nosso ordenamento jurídico, não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: **o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente**; ganha o debate contornos mais técnicos, **pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar.**

Negar ao cuidado o *status* de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na

parte final do dispositivo citado: “(...) **além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (...)**”.

Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empecilho sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar.

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.

O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião.

O cuidado, distintamente, é tísado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes.

Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.

A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica, por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese o *non facere* que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal.

Fixado esse ponto, impõe-se, ainda, no universo da caracterização da ilicitude, fazer-se pequena digressão sobre a culpa e sua incidência à espécie.

Quanto a essa monótono o entendimento de que a conduta voluntária está diretamente associada à caracterização do ato ilícito, mas que se exige ainda,

Superior Tribunal de Justiça

para a caracterização deste, a existência de dolo ou culpa comprovada do agente, em relação ao evento danoso.

Eclipsa, então, a existência de ilicitude, situações que, não obstante possam gerar algum tipo de distanciamento entre pais e filhos, como o divórcio, separações temporárias, alteração de domicílio, constituição de novas famílias, reconhecimento de orientação sexual, entre outras, são decorrências das mutações sociais e orbitam o universo dos direitos potestativos dos pais – sendo certo que quem usa de um direito seu não causa dano a ninguém (*qui iure suo utitur neminem laedit*).

De igual forma, não caracteriza a vulneração do dever do cuidado a impossibilidade prática de sua prestação e, aqui, merece serena reflexão por parte dos julgadores, as inúmeras hipóteses em que essa circunstância é verificada, abarcando desde a alienação parental, em seus diversos graus – que pode e deve ser arguida como excludente de ilicitude pelo genitor/adotante que a sofra –, como também outras, mais costumeiras, como limitações financeiras, distâncias geográficas etc.

Todas essas circunstâncias e várias outras que se possam imaginar podem e devem ser consideradas na avaliação dos cuidados dispensados por um dos pais à sua prole, frisando-se, no entanto, que o torvelinho de situações práticas da vida moderna não toldam plenamente a responsabilidade dos pais naturais ou adotivos, em relação a seus filhos, pois, com a decisão de procriar ou adotar, nasce igualmente o indelegável ônus constitucional de cuidar.

Apesar das inúmeras hipóteses que poderiam justificar a ausência de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, não pode o julgador se olvidar que deve existir um núcleo mínimo de cuidados parentais com o menor que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção

social.

Assim, cabe ao julgador ponderar – sem nunca deixar de negar efetividade à norma constitucional protetiva dos menores – as situações fáticas que tenha à disposição para seu escrutínio, sopesando, como ocorre em relação às necessidades materiais da prole, o binômio necessidade e possibilidade.

2.2 Do dano e do nexo causal

Estabelecida a assertiva de que a negligência em relação ao objetivo dever de cuidado é ilícito civil, importa, para a caracterização do dever de indenizar, estabelecer a existência de dano e do necessário nexo causal.

Forma simples de verificar a ocorrência desses elementos é a existência de laudo formulado por especialista, que aponte a existência de uma determinada patologia psicológica e a vincule, no todo ou em parte, ao descuido por parte de um dos pais.

Porém, não se deve limitar a possibilidade de compensação por dano moral a situações símeis aos exemplos, porquanto inúmeras outras circunstâncias dão azo à compensação, como bem exemplificam os fatos declinados pelo Tribunal de origem.

Aqui, não obstante o desmazelo do pai em relação a sua filha, constado desde o forçado reconhecimento da paternidade – apesar da evidente presunção de sua paternidade –, passando pela ausência quase que completa de contato com a filha e coroadado com o evidente descompasso de tratamento outorgado aos filhos posteriores, a recorrida logrou superar essas vicissitudes e crescer com razoável aprumo, a ponto de conseguir inserção profissional, constituir família, ter filhos, enfim, conduzir sua vida apesar da negligência paterna.

Entretanto, mesmo assim, não se pode negar que tenha havido sofrimento, mágoa e tristeza, e que esses sentimentos ainda persistam, por ser considerada filha de segunda classe.

Esse sentimento íntimo que a recorrida levará, *ad perpetuam*, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício de seu dever de cuidado em relação à recorrida e também de suas ações, que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano *in re ipsa* e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação.

Dessa forma, está consolidado pelo Tribunal de origem ter havido negligência do recorrente no tocante ao cuidado com a sua prole – recorrida –. Ainda, é prudente sopesar da consciência do recorrente quanto as suas omissões, da existência de fatores que pudessem interferir, negativamente, no relacionamento pai-filha, bem como das nefastas decorrências para a recorrida dessas omissões – fatos que não podem ser reapreciados na estreita via do recurso especial. Dessarte, impende considerar existente o dano moral, pela concomitante existência da tríada que a ele conduz: negligência, dano e nexo.

3. Do valor da compensação

Quanto ao valor da compensação por danos morais, já é entendimento pacificado, neste Tribunal, que apenas excepcionalmente será ele objeto de nova deliberação, no STJ, exurgindo a exceção apenas quanto a valores notoriamente irrisórios ou exacerbados.

Na hipótese, não obstante o grau das agressões ao dever de cuidado, perpetradas pelo recorrente em detrimento de sua filha, tem-se como demasiadamente elevado o valor fixado pelo Tribunal de origem - R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) - , razão pela qual o reduzo para R\$ 200,000,00 (duzentos mil reais), na data do julgamento realizado pelo Tribunal de origem

Superior Tribunal de Justiça

(26/11/2008 - e-STJ, fl. 429), corrigido desde então.

Forte nessas razões, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial, apenas para reduzir o valo da compensação por danos morais.

Mantidos os ônus sucumbenciais.