

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

TALITA SANTANA PEREIRA

**RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO NAS RELAÇÕES
PATERNO-FILIAIS**

FLORIANÓPOLIS

2013

TALITA SANTANA PEREIRA

**RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO NAS RELAÇÕES
PATERNO-FILIAIS**

Monografia submetida ao Curso de Graduação
em Direito da Universidade Federal de Santa
Catarina para a obtenção do Título de Bacharel
em Direito.

Orientador: Prof^ª. Dr^ª. Josiane Rose Petry
Veronese

FLORIANÓPOLIS

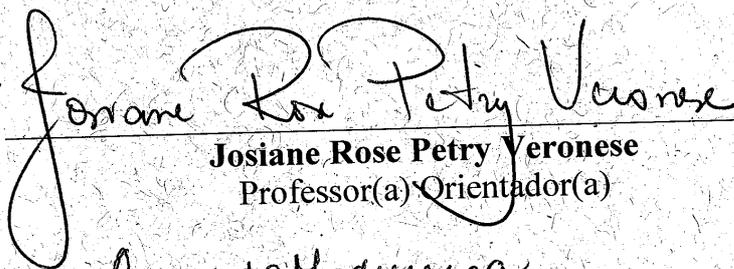
2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

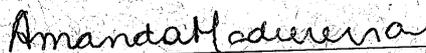
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**Responsabilidade civil pelo abandono efetivo nas relações paterno-filiais**"; elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Talita Santana Pereira**, defendida em **04/07/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 4 de Julho de 2013



Josiane Rose Petry Veronese
Professor(a) Orientador(a)



Amanda Madureira

Amanda Madureira
Membro de Banca



Mônica Nicknich

Mônica Nicknich
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

A vida nos últimos cinco anos não poderia ter reviravoltas e episódios mais diversos e enriquecedores como os que pude presenciar. O aprendizado proporcionado por uma Universidade, bem como por um corpo docente e por uma turma acadêmica de tamanha qualidade é a razão pela qual este trabalho pode ser realizado. Por outro lado, as pessoas que, de forma não menos importante, fizeram dos meus estudos uma possibilidade e, mais do que isso, um sonho, merecem minha especial gratidão.

Aos meus pais, Jonas e Cleide, pela fé e pelo amor a mim dedicados, pelos incontáveis sacrifícios, pelos sorrisos, pelas lágrimas, por terem me mostrado o caminho e ao meu lado seguirem. Aos meus irmãos Jonatas, Tanisa, Mateus e Robson, por serem meus melhores amigos e me ensinarem muito do que hoje sei sobre o verdadeiro amor.

Ao maior presente com o qual a passagem pelos corredores do Centro de Ciência Jurídicas poderia me agraciar: meu amigo e esposo, Paulo Renato Vieira Castro, pelo seu exemplo de perseverança, sabedoria, bom humor e paixão pela vida, o meu eterno amor.

Aos colegas da turma de Direito 2008.2, em especial os amigos Camilo Martins, Lothar Matheus Jacobsen, Poliana Costa, Ricardo Pereira e Willian de Souza, pelo companheirismo ao longo deste curso, pelas provas, trabalhos, conversas e, ainda, pelas cervejas e risadas no bar dos servidores.

Aos amigos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em especial aos que comigo trabalham na Diretoria-Geral Administrativa e ao Ilustríssimo Senhor Cleverson Oliveira, pela compreensão nesta fase decisiva de minha jornada acadêmica e pela confiança em mim depositada.

Aos demais familiares e aos amigos, sempre tão afetuosos e sensíveis à importância desta etapa da minha vida.

À professora e orientadora Josiane Rose Petry Veronese, pela grata satisfação de ter o acompanhamento de alguém com tamanha excelência no saber dos Direitos da Criança e do Adolescente para o empreendimento deste trabalho, além do tempo, carinho e atenção dispendidos.

Por último e mais importante, a Deus, pelo respirar, pelo pulsar de meu coração, por viver tudo aquilo pelo qual sou grata, pelas vidas aqui honradas, pelo amor aos Seus pequeninos, minha eterna gratidão.

*Não existe revelação mais nítida da alma de
uma sociedade do que a forma como esta trata
as suas crianças.*

Nelson Mandela

*Só é possível ensinar uma criança a amar,
amando-a.*

Johann Goethe

RESUMO

Diante da complexidade atinente às relações familiares, em especial às relações paterno-filiais, e da premente necessidade de tutelar o direito de toda criança e adolescente ao seu pleno desenvolvimento para a vida em sociedade, visa o presente trabalho a consagrar a aplicação dos institutos da responsabilidade civil pelo não cumprimento dos deveres parentais perante sua prole, vista sob um prisma que lhe é peculiar. Por meio deste trabalho monográfico, buscar-se-á arrolar todo um arcabouço normativo e principiológico existente para garantir à criança e ao adolescente, enquanto sujeitos de direitos e seres em desenvolvimento, o direito à prestação afetiva e ao convívio familiar, tão essenciais à sua criação quanto o próprio alimento que lhe sustenta. Visualizar-se-ão as normas atinentes à configuração da responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais, seus elementos, pressupostos e excludentes, tendo por escopo demonstrar que é legalmente permitida a condenação de genitores omissos quanto às suas obrigações perante os filhos, desde que observadas essas regras. Ao cabo, perquirir-se-á a aplicação fática dos institutos estudados quando submetidos ao crivo do Poder Judiciário de Santa Catarina e o atual ponto de vista do Superior Tribunal de Justiça acerca do assunto. Observando que não se faz cediço o entendimento pelos aplicadores do direito sobre o tema proposto, pretende-se, ainda, tecer algumas considerações sobre as dificuldades percebidas para a uniformização da compreensão em torno do assunto e sua conseqüente aplicação nas cortes brasileiras.

Palavras-chave: Constitucional, Direito da Criança e do Adolescente, Doutrina da Proteção Integral, convívio familiar, responsabilidade civil, dano extrapatrimonial, abandono afetivo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO 1 – PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE AO CONVÍVIO FAMILIAR E AO AFETO.....	11
1.1 – Princípio da dignidade da pessoa humana.....	11
1.1.1 – A origem do princípio da dignidade da pessoa humana.....	11
1.1.2 – O conceito de dignidade da pessoa humana.....	17
1.1.3 – A dignidade da pessoa humana no âmbito familiar.....	20
1.2 – Os princípios da proteção integral e do melhor interesse da Criança e do Adolescente e o direito à convivência familiar.....	23
1.2.1 – A “invenção” da infância e o advento do princípio da proteção integral.....	23
1.2.2 – O significado da proteção integral e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.....	27
1.2.3 – O direito ao convívio familiar.....	30
1.3 – O princípio da afetividade.....	34
1.3.1 – A família e a construção do afeto.....	34
1.3.2 – O afeto familiar como direito e dever jurídicos.....	38
1.3.3 – O direito ao pai.....	41
CAPÍTULO 2 – A RESPONSABILIDADE CIVIL E O DANO MORAL.....	45
2.1 – Teoria geral da responsabilidade civil.....	45
2.1.1 – Conceito de responsabilidade civil.....	45
2.1.2 – Funções da responsabilidade civil.....	47
2.1.3 – Classificação da responsabilidade civil.....	49
2.1.4 – Pressupostos da responsabilidade civil.....	52
2.1.5 – Excludentes da responsabilidade civil.....	59
2.2 – O dano moral e a sua compensação.....	62
2.2.1 – Conceito de dano moral ou extrapatrimonial.....	62
2.2.2 – A tutela dos direitos da personalidade.....	65
2.2.3 – A compensação do dano moral.....	67

CAPÍTULO 3 – O COTEJO ANALÍTICO E AS DIVERGÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS EM TORNO DO ASSUNTO....	69
3.1 – O julgado paradigmático do Superior Tribunal de Justiça.....	69
3.2 – A visão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina	72
3.2.1 – O histórico dos julgados catarinenses.....	73
3.2.2 – A atual posição nos julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.....	76
3.3 – As dificuldades encontradas na uniformização dos critérios para a configuração do dano moral pelo abandono afetivo nas relações paterno-filiais.....	79
3.3.1 – A pessoa “alvo” da responsabilidade civil.....	79
3.3.2 – A concepção de afeto pelo aplicador do direito.....	81
3.3.3 – O caráter compensatório, e não reparatório, da indenização	84
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	87
REFERÊNCIAS	92
ANEXOS.....	99

INTRODUÇÃO

A família é, sem sombra de dúvida, o núcleo de toda sociedade. É através de sua constituição e de seus membros, que se formam as mais diversas espécies de relações sociais. A participação dos genitores na criação de seus filhos como cidadãos possui grande reflexo na formação dos seus princípios éticos e morais, motivo pelo qual se faz mister a garantia destes cuidados na vida da criança e do adolescente.

Outrossim, a consolidação de uma nova forma de família pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, fundada precipuamente na existência do afeto, e não mais apenas em questões formais, trouxe à discussão a importância da existência deste tipo de vínculo para a manutenção das diversas relações existentes no seio familiar, em especial a relação entre pais e filhos.

Neste viés, o presente trabalho versa acerca da aplicabilidade do instituto da responsabilidade civil nos casos de omissão afetiva nas relações paterno-filiais.

Destarte, tem-se por escopo a demonstração da importância de atitudes afetivas por parte dos pais durante a criação dos filhos, de forma que a sua ausência – ainda que providas as condições financeiras para que o filho se desenvolva – acarreta em consequências irreversíveis a serem experimentadas na sua vida adulta.

Com a evolução da temática e a crescente valorização do instituto da família, a tutela abordada vem buscando guarida de diversas formas. Embora recente a tese da compensação pelo dano extrapatrimonial causado em virtude da ausência afetiva na filiação, a vertente a seu favor vem tomando força, em especial desde que o Superior Tribunal de Justiça posicionou-se, em abril de 2012, pela responsabilização civil de um homem que privou a filha da sua convivência e cuidados.

Por esta razão, necessário se faz investigar os efeitos e a admissibilidade da condenação em questão nas crescentes demandas indenizatórias ajuizadas com o objetivo de compensar eventuais danos extrapatrimoniais experimentados por filhos que, em sua criação, foram desprovidos dos insumos imateriais necessários ao seu pleno desenvolvimento.

Ao longo deste estudo, a problemática será a de saber se, de fato, o arcabouço normativo e principiológico em torno da proteção da figura da criança e do adolescente, na

sua condição de seres em desenvolvimento, guarda coerência com a finalidade do instituto da responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais.

Neste objetivo utilizar-se-á como forma metodológica a investigação de legislação, bem como de dispositivos constitucionais, normas de direito internacional, doutrina e jurisprudência, valendo-se do método dedutivo de pesquisa, para tecer argumentos coerentes e defensáveis.

Deste modo, o método é um conjunto das atividades sistemáticas e racionais que, com maior segurança e economia, permite alcançar o objetivo – conhecimentos válidos e verdadeiros –, traçando o caminho a ser seguido, detectando erros e auxiliando a decisão do cientista (LAKATOS; MARCONI, 2003, p. 85).

Assim, num primeiro momento, será feita uma análise da evolução histórica dos princípios norteadores do Direito da Criança e do Adolescente à prestação afetiva e ao convívio familiar. Conjuntamente, far-se-á uma conexão entre esses princípios e o direito positivo em torno da proteção integral da infância e juventude para um pleno desenvolvimento psicológico e físico, necessário à vida adulta em sociedade.

Mais adiante, no segundo capítulo, serão apresentados, de forma sucinta, os elementos da responsabilidade civil, como conceitos, funções, pressupostos e excludentes. Outrossim, demonstrar-se-ão as peculiaridades inerentes ao tipo de indenização em apreço, qual seja, por dano moral ou extrapatrimonial, passando, inclusive, pelas controvérsias interpretativas acerca destes institutos.

Já no terceiro capítulo, far-se-á um levantamento jurisprudencial de forma a demonstrar os posicionamentos adotados pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Poder Judiciário de Santa Catarina em ações ajuizadas com este fito. Perceber-se-á que a questão trata de ponto um tanto controverso e com diversas interpretações pelos operadores do direito, em especial, pela magistratura. Por esta razão, serão tecidas algumas considerações acerca das dificuldades encontradas para a uniformização do entendimento da questão proposta, à luz dos dispositivos estudados nos dois primeiros capítulos, de forma a auxiliar na solução do problema apresentado.

CAPÍTULO 1 – PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE AO CONVÍVIO FAMILIAR E AO AFETO

1.1 – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Para o início da discussão proposta neste capítulo, qual seja, a existência do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e ao afeto, faz-se necessária a análise do princípio da dignidade da pessoa humana, porquanto fundamento ao estado democrático de direito e fonte de todos os demais princípios que norteiam o direito da infância e juventude.

A dignidade da pessoa humana é proclamada logo no primeiro capítulo¹ da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sob o título de princípio fundamental, visando, com isto, elidir qualquer tentativa de interpretação que vá contra a primazia da vida humana.

É nesta senda que se entende como de marcante relevância o estudo da dignidade humana e sua aplicação no âmbito familiar, visto que tal princípio detém por escopo garantir a todos o direito a uma vida digna, é dizer, inclusive, a sua inclusão no ambiente familiar. Isto por que, observa-se, toda pessoa geralmente nasce e se desenvolve em um núcleo familiar e é nele que encontrará, desde o início de sua vida, a aceitação de sua condição como sujeito de direitos, seja à vida, à saúde, à liberdade, à educação ou mesmo à convivência entre aqueles que o geraram e fazem parte da primeira “comunidade” em que aprenderá todo o necessário para a vida adulta em sociedade.

1.1.1 – A origem do princípio da dignidade da pessoa humana

De forma resumida e detida a desenhar, a simples traços, a trajetória do princípio da dignidade da pessoa humana ao longo da história, tem-se que a ideia de dignidade da

¹Art. 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;

pessoa humana tem suas raízes na Antiguidade, e seu conceito vem sofrendo uma metamorfose constante desde o seu surgimento, conforme o ritmo de evolução do ser humano e da sociedade.

Sua origem teve base puramente deontológica, por meio da religião. Historicamente, autores explicam que o princípio da dignidade da pessoa humana é originalmente atrelado à concepção cristã do homem, como ser feito à imagem e semelhança de Deus, seu Criador². Esta identidade do homem com Deus levou o Cristianismo a produzir no homem um valor divino, intrínseco à sua existência, tornando-o insuscetível de ser reduzido a simples objeto.

Assim, foi o Cristianismo, ao retomar e aprofundar os preceitos judaicos e gregos, que primeiro visou à noção de que cada ser detém, individualmente, o atributo da dignidade.

Por muito tempo foi assim, o respeito à igualdade e à dignidade existiram no plano espiritual e subjetivo sem que, contudo, fosse reconhecido como dever prático incumbido a todo homem em relação ao seu semelhante.

Uma mudança significativa em sua trajetória foi sentida ao cabo do século XVIII, quando Immanuel Kant deu início à concepção filosófico-constitucional do princípio da dignidade, predominante na cultura ocidental até os presentes dias. Segundo ele, o homem é sujeito de conhecimento e, conseqüentemente, capaz, tanto de ter consciência de seus deveres, quanto de ser responsável por seus próprios atos.

Kant³ toma como premissa um imperativo categórico, apresentando, com ele, o princípio supremo da doutrina da virtude, fim último a ser buscado por todo homem: “age de acordo com uma máxima dos fins que possa ser uma lei universal a ser considerada por todos”.

Conclui, a partir desta premissa, que

²Então Deus disse: “Façamos o homem à nossa imagem e semelhança” [...] E Deus criou o homem à sua imagem [...]. Cf. Gênesis. Português. In: **Bíblia Sagrada**. Trad. de Ivo Stomiolo e Euclides Martins Balancin. São Paulo: Paulus, 1990, p. 15. Edição Pastoral.

³KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Trad. de Edson Bini. 2. ed. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 65.

[...] um ser humano é um fim para si mesmo, bem como para outros, e não é suficiente não estar ele autorizado a usar a si mesmo ou a outros meramente como meios (uma vez que ele poderia, neste caso, ainda ser indiferente a eles); é em si mesmo seu dever fazer do ser humano como tal seu fim⁴.

Assim, percebe-se, na concepção do filósofo, o intuito de impedir a “coisificação” do ser humano. Neste diapasão, prossegue, asseverando:

[...] um ser humano considerado como uma pessoa, isto é, como o sujeito de uma razão moralmente prática, é guindado acima de qualquer preço, pois como pessoa (*homo noumenon*) não é para ser valorado meramente como um meio para o fim de outros ou mesmo para seus próprios fins, mas como um fim em si mesmo, isto é, ele possui uma *dignidade* (um valor interno absoluto) através do qual cobra respeito por si mesmo de todos os outros seres racionais do mundo.⁵ (grifo no original)

Em sua obra “Fundamentação da metafísica dos costumes”, Kant diferencia o conceito de “preço”, atrelado a objetos, do conceito de “dignidade”, intrínseca à pessoa humana; declarou, com isto, que tudo aquilo que não pode ser substituído por algo equivalente ao seu preço é dotado de dignidade.

A dignidade da pessoa humana, na visão kantiana, é fruto da autonomia emanada de sua razão e liberdade. Desta percepção depreende-se que o uso do ser humano como objeto para a satisfação de vontade alheia, a “coisificação” do homem, como outrora dito, constitui absoluta afronta à sua dignidade.

Em que pese a excelência da concepção filosófica do princípio da dignidade, em consonância com o imperativo categórico de Kant, as condutas infames adotadas no período da Segunda Guerra Mundial trouxeram à tona a latente tendência à “coisificação” humana, deveras rechaçada por todos os fundamentos aqui levantados.

Não há momento de maior expressão e repercussão destrutiva à dignidade humana do que na Segunda Grande Guerra, como primorosamente descreve o historiador inglês J.M. Roberts:

⁴KANT, 2008, p. 239.

⁵KANT, 2008, p. 276.

Talvez seja verdade que a Segunda Guerra Mundial afetou todos os membros da raça humana. Excedeu qualquer conflito anterior em horror e destruição. Foram destruídos recursos e forças sem paralelo. Os imensos massacres e a destruição física foram apenas uma fração do seu custo. Contudo, eliminou o que certamente fora a pior ameaça imposta à civilização e à humanidade. Demoraria muitos anos para que toda a história do custo moral da guerra aparecesse, mas um sinal vivo – e do que fora conquistado – se tornou imediatamente visível e aterrorizador quando os exércitos aliados avançaram na Alemanha e na Europa Central. Descobriram-se invadindo campos onde a brutalidade sádica e a negligência desumana foram muito além do que alguém algum dia concebera. Os prisioneiros ali durante anos sofreram tortura, fome e trabalho forçado. Passaram por isso às vezes por serem opositores políticos ao nazismo, às vezes porque eram reféns ou trabalhadores escravos, às vezes simplesmente como prisioneiros de guerra. Mas isto não era o pior. A maioria dos que sofreram eram judeus, condenados a um tratamento desumano e à morte simplesmente por sua raça. Os nazistas fizeram esforços especiais para eliminar os que eles supunham ser genericamente indesejáveis. No caso dos judeus, falavam com desenvoltura em uma “Solução Final” para o “problema judeu”. Corretamente se atribuiu a palavra Holocausto aos que eles fizeram. Os números totais talvez nunca sejam conhecidos com precisão, mas cinco ou talvez seis milhões de judeus pereceram nas câmaras de gás dos campos de extermínio ou em fábricas e pedreiras onde morreram de exaustão e fome, ou no campo, onde eram cercados e fuzilados por destacamentos especiais de extermínio. Derrubar o sistema que fez isto acontecer foi uma conquista grande e nobre, uma vitória da civilização e da decência. Ironicamente, nenhuma potência aliada fora para a guerra conscientemente para conseguir um fim tão moral. O único guerreiro ideológico da luta do início ao fim fora Hitler, e os objetivos que buscara eram moralmente abomináveis.⁶

Não apenas destituída de seus pertences pessoais, toda pessoa que adentrava um campo de concentração era, sobretudo, esvaziada de seu próprio ser. Foram furtadas suas vestes, os cabelos, os filhos, suas personalidades e, em troca, lhes fora dado, em lugar do nome, um número, símbolo da propriedade que passaram a ser diante da fúria de seus opressores. O principal objetivo desta estratégia era, mais do que tirar a própria vida, despersonalizar, eliminar toda a humanidade que havia naqueles prisioneiros de guerra, destituindo-os de sentimentos e da razão, por meio da luta contra a fome, a dor e o esgotamento.

⁶ROBERTS, J.M. **O livro de ouro da história do mundo: da Pré-história à Idade Contemporânea**. 13 ed. Tradução: Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004, p. 727-728.

O término da guerra e o reconhecimento das medidas inhumanas adotadas pelo regime nazista culminaram, sem demora, na busca pela constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana. Tal objetivo foi alcançado por meio a Declaração das Nações Unidas, promulgada no dia 10 de dezembro do ano de 1948, que refletiu na positivação da dignidade da pessoa humana na maioria das constituições ocidentais⁷.

A experiência vivenciada com o fim a Segunda Guerra Mundial tratou, portanto, de grande marco para a ascensão dos direitos humanos. A repulsa causada pela constatação dos atos totalitaristas nela vivenciados foi responsável pela positivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948, fora redigida em decorrência do impacto das atrocidades cometidas durante a Segunda grande Guerra. Em seu preâmbulo, considera que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade; que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum; que se faz medida essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão.

A Declaração proclama, ainda, em seu exórdio, a fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, objetivando promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla.

Foram, dessa forma, retomados os ideais da Revolução Francesa e promovido – ante o sentimento de animosidade à “coisificação” do homem pelo exército nazista e de forma

⁷RENON. Maria Cristina. **O princípio da dignidade da pessoa humana e sua relação com a convivência familiar e o direito ao afeto**. 2009. fl. 26. Dissertação de Mestrado em Direito - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

contundente – relevante progresso na positivação dos direitos e de suas liberdades fundamentais. Observa-se, assim, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos expressou a consciência da humanidade sobre a dignidade da pessoa humana, na época atual, e demonstrou ser necessário promover sua afirmação, defesa e proteção⁸.

A partir dessa evolução que se pôde chegar à positivação do princípio da dignidade da pessoa humana pela Constituição da República Federativa do Brasil, no ano de 1988. O reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento de nosso Estado Democrático de Direito condicionou a validade de toda lei à cláusula geral de tutela da pessoa humana.

Neste trilho, importante ressaltar o reflexo da adoção deste princípio nos demais direitos tutelados em nossa Carta Maior, a exemplo do que se observa em seus artigos 226, parágrafo 7º, ao tratar da paternidade responsável e o planejamento familiar; e no 227¹⁰, ao garantir à toda criança e adolescente o direito à dignidade e à convivência no seio da família.

Cumprido, contudo, consignar que – em que pese o reconhecimento do homem como fim da atividade estatal e a atuação do princípio no sentido de tutelar o pleno desenvolvimento de todas as pessoas que integram o corpo familiar – a cada dia observa-se de forma constante e crescente a violação da dignidade de crianças, jovens e outras partes vulneráveis do grupo familiar, que tornam-se vítimas de violência, psicológica ou física, ou mesmo de abandono material e afetivo, dando ensejo à enxurrada de notícias despejadas pela mídia e à corrente demanda por solução perante o Poder Judiciário.

⁸MOURA, Laércio Dias de. **A dignidade da pessoa e os direitos humanos**: O ser humano nem mundo em transformação. Bauru, SP: EDUSC; São Paulo; Loyola; Rio de Janeiro: PUC, 2002, p. 74.

⁹Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

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

¹⁰Art. 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

1.1.2 – O conceito de dignidade da pessoa humana

Segundo Moraes¹¹, saber conceituar a dignidade da pessoa humana

[...] é uma questão que, ao longo da história, tem atormentado filósofos, teólogos, sociólogos de todos os matizes, das mais diversas perspectivas, ideológicas e metodológicas. A temática tornou-se, a partir de sua inserção nas longas Constituições, merecedora da atenção privilegiada do jurista que tem, também ele, grande dificuldade em dar substância a um conceito que, por sua polissemia e o atual uso indiscriminado, tem um conteúdo ainda mais controvertido do que no passado.

Porquanto de difícil definição, tendo em vista suas variadas concepções e significados, tratar-se-á, neste subcapítulo, do conceito do princípio da dignidade da pessoa humana. Sua acepção é dotada de contornos vagos e imprecisos e vem sofrendo modificações ao longo da história, conforme observado no subcapítulo anterior.

Percebemos que o que antes tratava de um conceito filosófico ou religioso veio evoluindo ao longo do tempo para a positivação da dignidade como atributo da vida humana em diversas constituições e declarações. Isso não quer dizer, contudo, que a dignidade da pessoa humana emanou da letra da lei, visto que trata de um valor inerente à natureza humana e preexistente ao surgimento do direito.

O valor da dignidade humana impõe-se como o centro basilar e informador do ordenamento jurídico como um todo, dando-lhe significado e revelando-se como início e fim na tarefa de interpretar as suas normas. É dizer, a dignidade da pessoa humana trata de um superprincípio de fato, de forma a convergir todo um sistema normativo, assumindo o seu topo.

Na linguagem comum, a dignidade é conceituada como o respeito que merece alguém, a maneira de se comportar de forma a demonstrar certo respeito pelo outro, bem como a qualidade de quem é digno, respeitabilidade¹².

¹¹MORAES, Maria Celina Bodin de. **O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 109.

Já se buscarmos uma conceituação etimológica da palavra, teremos que o termo “dignidade” tem sua origem no latim: *dignitas*, que quer dizer virtude, honra, consideração e que, normalmente, entende-se como atributo da pessoa, servindo de fundamento ao próprio respeito a si.

Conforme visto alhures, a concepção de Kant¹³ a respeito da dignidade da pessoa humana pressupõe a ascensão da vida humana a algo de valor imensurável, à qual não pode ser estipulado preço, impedindo, assim, a coisificação do ser e a utilização do outro como objeto ou meio para alcançar a própria felicidade. Todo homem detém, com isso, um valor interno absoluto, através do qual deve exigir a si e de si o respeito que lhe é inerente.

Portanto, concebe-se a dignidade como supedâneo a todos os valores morais e como o substrato dos direitos humanos, porquanto equivalente à tudo o que não possui preço, a tudo o que é insubstituível ou não passível de tornar-se objeto de escambo. Tal princípio fundamenta-se na valorização da pessoa humana como fim em si mesma e não como objeto ou meio para se atingir outros fins, como bem explicou Kant.

Na visão constitucionalista de Silva¹⁴, temos que:

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. “Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais (observam Gomes Canotilho e Vital Moreira), o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana”. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como

¹²Dicionário Online de Português. Disponível em <<http://www.dicio.com.br/dignidade/>>, acesso em 5 de abril de 2013.

Dicionário do Aurélio Online. Disponível em <<http://www.dicionariodoaurelio.com/Dignidade.html>>, acesso em 5 de abril de 2013.

¹³KANT, 2008, p. 276.

¹⁴SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 109.

meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.

Sarlet¹⁵, por sua vez, elege uma feliz definição para o conceito que buscamos desvendar. Define, o autor, a dignidade da pessoa humana como uma

[...] qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Assim, considerando-a como valor intrínseco à pessoa humana, falar em dignidade da pessoa humana é reconhecê-la como direito indisponível e inviolável. É reconhecê-la como a lente pela qual se deve enxergar o homem como ser digno de proteção.

Valdés¹⁶, relativamente à dignidade da pessoa humana, observa quatro importantes consequências ao seu respeito: a) igualdade de direitos entre todos os homens, uma vez que integram a sociedade como pessoas e não como cidadãos; b) garantia da independência e autonomia do ser humano, de forma a obstar toda coação externa ao desenvolvimento de sua personalidade, bem como toda atuação que implique na sua degradação; c) observância e proteção dos direitos inalienáveis do homem, e; d) não admissibilidade da negativa dos meios fundamentais para o desenvolvimento de alguém como pessoa ou a imposição de condições subumanas de vida.

Enquanto princípio jurídico e fundamento da República, a dignidade humana assume como pressuposto a intangibilidade da vida, sem a qual, não há pessoa, nem dignidade. O desrespeito à liberdade e autonomia do homem, bem como à igualdade em direitos, gera, conseqüentemente, a indignidade humana, tornando a pessoa mero objeto de arbítrio e injustiças.

¹⁵SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004, p. 60.

¹⁶FLÓREZ VALDÉS, Joaquín Arce y. **Los principios generales del derecho y su formulación constitucional**. Madri: Editora Civitas, 1990, p. 149.

Conclui-se, assim, que uma pessoa tem dignidade pelo simples fato de ser pessoa, e o princípio ao qual equivale é o primeiro de todos, sem o qual não há de se falar em qualquer outro direito. O ser humano detém, na sua existência, um valor moral indisponível e cuja a atribuição se dá pela própria vida, independentemente de qualquer qualidade individual. E é uma das finalidades do Estado promover as condições necessárias para que as pessoas tenham uma existência digna, ou, no caso em que nos aprofundaremos, proporcionar as condições necessárias para que toda criança e adolescente tenham um desenvolvimento como ser humano de forma digna.

1.1.3 – A dignidade da pessoa humana no âmbito familiar

A dignidade humana revela-se como fundamento de dois assuntos de suma importância para o tema estudado: os direitos humanos e a vida familiar.

A partir do reconhecimento da intangibilidade da vida humana, temos, como primeiro efeito do princípio da dignidade, o respeito à integridade física e psíquica da pessoa, que deve ser promovido, desde a concepção do indivíduo, no seio da entidade familiar.

Nas palavras de Dias¹⁷, é na família que a dignidade humana encontra o solo apropriado para florescer. A pessoa nasce na família, a partir da qual estabelece suas potencialidades com o fim de harmonizar a convivência com o próximo e atingir a sua realização pessoal. A vida familiar é, portanto, de suma importância para a formação do ser e seu desenvolvimento equilibrado para a vida em sociedade.

Nunes¹⁸ leciona, acerca da dignidade humana:

[...] a dignidade nasce com a pessoa. É-lhe inata. Inerente à sua essência. Mas acontece que nenhum indivíduo é isolado. Ele nasce, cresce e vive no meio social. E aí, nesse contexto, sua dignidade ganha – ou [...] tem o direito de ganhar – um acréscimo de dignidade. Ele nasce com integridade física e psíquica, mas chega um momento de seu desenvolvimento que seu

¹⁷DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 58.

¹⁸RIZZATTO NUNES, L.A. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49-50.

pensamento tem que ser respeitado, suas ações e seu comportamento – isto é, sua liberdade –, sua imagem, sua intimidade, sua consciência – religiosa, científica, espiritual – etc., tudo compõe sua dignidade. [...] Ter-se-á, então, de incorporar no conceito de dignidade uma qualidade social como limite à possibilidade de garantia. Ou seja, a dignidade só é garantia limitada se não ferir outra.

Da posição de destaque concedida à dignidade da pessoa humana pela Magna Carta de 1988 depreende-se que o suporte do Estado Democrático de Direito é o reconhecimento dos direitos individuais e fundamentais do homem em todas as suas relações, bem como o reconhecimento de que seu fundamento deve ser o respeito que cada um merece do próximo. A primeira e, geralmente, maior relação de que todo ser participa é a relação familiar, na qual o homem aprende e ensina a arte de viver e conviver com seus semelhantes.

Com efeito, a família serve como instrumento para o desenvolvimento da personalidade humana e para a plena realização de cada um de seus membros, é no seu núcleo que ocorrem os fatos elementares da vida humana, tais como as escolhas profissionais e afetivas, ou a simples convivência cotidiana dos problemas e dos sucessos¹⁹.

Outrossim, na concepção de Groeninga²⁰, a família revela-se como sistema de relações que se traduz em conceitos e preconceitos, ideias e ideais, sonhos e realizações. Uma instituição que toca os sentimentos mais internos de cada ser humano. Não é somente a célula *mater* da sociedade, mas também é um paradigma para outras formas de organização e instituições e ao mesmo tempo em que é vista como relação privada se apresenta como pública. Pode ser comparada a um caleidoscópio de relações que muda no tempo de sua constituição e consolidação a cada geração, que se transforma com a evolução da cultura, de geração para geração. E é em razão de tantas mudanças que a experiência na vida em família é especialmente enriquecedora em diversos aspectos.

Percebe-se que, a contar da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a concepção de família sofreu grandes alterações. O núcleo familiar passou de patriarcal para o reconhecimento do vínculo afetivo como fundamento para a sua existência. E foi assim

¹⁹FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 133.

²⁰GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e Psicanálise: Um novo horizonte epistemológico. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 258.

que a procura do conceito ideal da dignidade da pessoa humana passou a sobrepor-se aos valores meramente patrimoniais.

Madaleno²¹, nesta senda, considera que a família passou, então, a servir como espaço e instrumento de proteção à dignidade da pessoa, de tal forma que todas as disposições referentes à entidade familiar devem ser focadas sob a luz do Direito Constitucional.

Assim, a proteção atualmente garantida à entidade familiar respalda-se na valorização incontestável da dignidade da pessoa humana. Essa posição faz-se patente a partir da leitura de diversos artigos de nossa Carta Magna, tais como: O art. 226²², que concede à família especial proteção do Estado, considerando-a a base da sociedade; o parágrafo 7º do artigo 226²³, regendo o planejamento familiar como livre decisão do casal, enquanto fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável; o parágrafo 6º do artigo 227²⁴, que veda quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação; entre outros.

Da mesma forma, a Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, que institui o Estatuto da Criança e do Adolescente, consagra o princípio da dignidade humana, positivado em seu artigo 15²⁵, de forma a garantir a efetividade dos direitos constitucionais, levando em conta as necessidades básicas das crianças e adolescentes como seres em desenvolvimento.

Conclui-se, com isso, que a dignidade da pessoa humana encontra-se na base de todos os direitos fundamentais, servindo de pressuposto para o reconhecimento dos mesmos pelo ordenamento jurídico, em todos os seus aspectos e dimensões. Além disso, a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana direcionada à criança e ao adolescente por meio do artigo 227 da Constituição da República de 1988 concedeu-lhes especial garantia e valor, de forma a assegurar-lhes a comunhão plena de vida.

²¹MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 20.

²²CRFB/1988. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

²³CRFB/1988. Art. 226, parágrafo 7º. Fundado no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal [...]

²⁴CRFB/1988. Art. 227, parágrafo 6º. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

²⁵ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

É dessa vertente, direcionada à preservação do ser humano, que emerge a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, reconhecidos, hoje, como sujeitos de direitos. Este é o próximo princípio a ser tratado, já que, ao se falar em família, geralmente pressupõe-se a existência, em seu núcleo, de crianças e adolescentes.

1.2 – OS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

1.2.1 – A “invenção” da infância e o advento do princípio da proteção integral

No entendimento de Piovesan²⁶, foram a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente que inauguraram, na cultura jurídica brasileira, um novo paradigma inspirado na concepção da criança e do adolescente como verdadeiros sujeitos de direito, em condição especial de desenvolvimento.

Cumprе aventar, contudo, que nem sempre se teve essa percepção acerca da criança e do adolescente.

De acordo com os estudos de Ariès²⁷, os homens dos séculos X e XI não se detinham perante a figura da infância, visto que esta não possuía qualquer atributo interessante à sociedade da época, representando, simplesmente, um breve e sem importância período de transição para a vida adulta. O autor, então, explica, que a descoberta da infância começou por volta do século XIII.

Analisando as grandes mudanças na representação do núcleo familiar ao longo da história, o autor revela que a família medieval, na Inglaterra do século XV, mantinha as crianças em casa até os sete anos de idade, sendo, após, enviadas às casas de outras pessoas para um período de “aprendizagem” que, de fato, tratava-se simplesmente da realização de trabalhos pesados, até os quatorze anos de idade. A principal obrigação das crianças era fazer o serviço doméstico, de forma a proporcioná-las um constante contato com adultos, que

²⁶PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p; 296.

²⁷ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981, p. 18.

transmitiam aos filhos alheios a bagagem de conhecimentos, a experiência prática e o valor humano que pudesse possuir²⁸.

A família e a criança passaram a ter maior importância a partir do século XVIII, quando, não apenas o seu futuro, mas a simples presença e existência da criança passaram a ser dignas de preocupação. A criança passou a ser o centro da família²⁹ sem que, todavia, se falasse nos seus direitos, apenas em suas obrigações.

O movimento para a proteção dos direitos fundamentais das crianças teve início apenas no século XX, quando passaram a ser consideradas sujeitos de direito, pessoas em desenvolvimento e detentoras de prioridade absoluta.

No âmbito internacional, pode-se citar diversos fatores que influenciaram a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, como o surgimento do princípio do *best interest of the child*³⁰ no direito inglês e a *Tender Years Doctrine*³¹ nos Estados Unidos da América³². Mas foi por meio da Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança, feita pela Liga das Nações em 1924, que a proteção especial dedicada à infância teve sua primeira aparição na esfera legislativa³³.

Da mesma forma, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 consagrou o direito ao cuidado e à assistência especial às crianças. Contudo, apenas em 1959, com base na Convenção de Genebra de 1924, que foi promulgada a Declaração Universal dos

²⁸ARIÈS, 1981, p. 154-156.

²⁹ARIÈS, 1981, p. 105.

³⁰Melhor interesse da criança.

³¹Doutrina da menor idade.

³²PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do “melhor interesse da criança” no âmbito das relações familiares. *In* GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e Psicanálise: Rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 208.

³³Em 1923, pela *International Union for Child Welfare*, foram estabelecidos os princípios dos Direitos da Criança. A recém-criada Liga das Nações, reunida em Genebra no ano seguinte, incorpora-os e expressa-os na primeira Declaração dos Direitos da Criança. São apenas quatro os itens estabelecidos: 1. a criança tem o direito de se desenvolver de maneira normal, material e espiritualmente; 2. a criança que tem fome deve ser alimentada; a criança doente deve ser tratada; a criança retardada deve ser encorajada; o órfão e o abandonado devem ser abrigados e protegidos; 3. a criança deve ser preparada para ganhar sua vida e deve ser protegida contra todo tipo de exploração; 4. a criança deve ser educada dentro do sentimento de que suas melhores qualidades devem ser postas a serviço de seus irmãos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Obras-recentemente-publicadas/a-lenta-construcao-dos-direitos-da-crianca-brasileira-seculo-xx-1998.html>> Acesso em: 11/04/2013.

Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas. Em seu preâmbulo, são reafirmadas a fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano, bem como a necessidade de proteção e cuidados especiais às crianças, inclusive proteção legal apropriada antes e depois do nascimento. Enuncia, ainda, que a humanidade deve à criança o melhor dos seus esforços, estabelecendo dez princípios básicos, registrando que a criança, perante a peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, é dotada de prerrogativas e privilégios de forma a assegurar seu desenvolvimento saudável e plenamente.

Ao afirmar em seu preâmbulo que a humanidade deve dar à criança o melhor dos seus esforços, a Declaração Universal dos Direitos da Criança passou a ser reconhecida como um marco moral para os direitos da infância. Da mesma forma, passou a germinar a teoria da proteção integral da criança e do adolescente, sendo, posteriormente, englobada pelos termos da Convenção Internacional dos Direitos da Criança.

Não obstante a sua importância, Nogueira³⁴ sustenta que essa Declaração representava apenas princípios e não obrigações para os seus signatários. No mesmo diapasão, os ensinamentos de Veronese³⁵ asseveram que o referido documento apenas sugere princípios de natureza moral, sem nenhuma obrigação, representando basicamente sugestões de que os Estados poderiam ou não se utilizar. Isto porque, segundo Zisman³⁶, a Declaração da Organização das Nações Unidas (ONU) não possui eficácia jurídica porque não é obrigatório o seu cumprimento, a não ser que fosse retomado sob forma de convenção ou pacto firmado internacionalmente, caso em que os signatários passariam a ter o dever de honra.

Em 1989 é, então, aprovada pela ONU a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, integrada por 54 artigos, divididos em três partes e precedida de um preâmbulo. A Convenção define o conceito de criança³⁷, estabelecendo parâmetros para a obtenção dos

³⁴NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação se constrói**: O reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p. 168.

³⁵VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999, p. 97.

³⁶ZISMAN, Célia Rosenthal. **O princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 164.

³⁷Convenção sobre os Direitos da Criança. Art. 1. Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioria seja alcançada antes. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm> Acesso em: 11 de abril de 2013.

princípios por ela consagrados e objetivando o desenvolvimento individual e social saudável da infância, visto que considera-se esse período da vida humana como fundamental à formação do caráter e da personalidade do indivíduo.

Merece destaque nessa Convenção, bem como para o desenvolvimento deste trabalho, a importância dada à unidade familiar como suporte para o crescimento social, pleno e harmônico da criança, conferindo aos genitores ou outra pessoa encarregada, a responsabilidade de proporcionar, de acordo com suas possibilidades e meios financeiros, as condições de vida necessárias ao desenvolvimento da criança³⁸. Invoca, ainda, a participação do Estado-Parte como co-responsável pela criança, de forma a adotar medidas apropriadas para garantir este direito. Por fim, a Convenção se fundamenta em três princípios básicos, quais sejam: I - Proteção especial da criança como ser em desenvolvimento; II - O lugar ideal para o seu desenvolvimento é a família; III - As Nações obrigam-se a eleger a criança como prioridade.

Elemento essencial para a consagração da teoria da proteção integral e da prioridade aos direitos da criança, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança foi ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, aprovada no Congresso Nacional e promulgada pelo Decreto n. 99.710, transformando-se em lei interna. Para a sua efetivação fez-se necessária a observação de diversos fatores, como a não discriminação e o interesse superior da criança, direitos à sobrevivência e ao desenvolvimento pleno e o respeito à opinião da criança, se dotada de condições para expressá-la.

Essa Convenção detém, por sua vez, poder coercitivo sobre os Estados pactuantes, diferindo-se, neste ponto, da Declaração Universal dos Direitos da Criança, outrora mencionada. Por meio dela oferecem-se mecanismos de fiscalização e controle, enquanto as declarações são apenas orientadoras.

Válido, outrossim, citar a Convenção Americana de Direitos Humanos, o famoso Pacto de São José Costa Rica, que anuncia que “toda criança terá direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte de sua família, da sociedade e do

³⁸Convenção sobre os Direitos da Criança. Art. 27. Alínea 2. Cabe aos pais, ou a outras pessoas encarregadas, a responsabilidade primordial de propiciar, de acordo com suas possibilidades e meios financeiros, as condições de vida necessárias ao desenvolvimento da criança. Disponível em <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm> Acesso em: 11 de abril de 2013.

Estado”³⁹. Esse Pacto foi ratificado pelo Brasil no ano de 1992, por meio do Decreto n. 678, de forma a implementar as proteções concedidas à figura da infância no sistema normativo brasileiro.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tornou-se um grande marco na seara da proteção integral à criança e ao adolescente. Seu artigo 227 sintetiza todos os direitos fundamentais concedidos à infância e juventude, assegurando-lhes absoluta prioridade, sob responsabilidade conjunta das figuras da família, da sociedade e do Estado.

Em consonância com o disposto em nossa Carta Magna, promulgou-se, no ano de 1990, da Lei n. 8.069, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente, cujo artigo 1º estabelece como diretriz básica a teoria da proteção integral⁴⁰ à infância e à juventude. Essa Lei, tendo por suporte a Constituição Federal de 1988, tem por escopo a proteção integral das pessoas que considera como em estado de desenvolvimento, de forma a respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana, outrora estudado e elemento basilar à existência do Estado Democrático de Direito.

1.2.2 – O significado da proteção integral e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Para entender o significado da proteção integral, basear-se-á nos ensinamentos de diversos autores, buscando, assim, tornar claro aquilo de que se trata no presente capítulo.

Elias⁴¹ descreve a proteção integral como o provimento, tanto à criança quanto ao adolescente, da assistência necessária ao desenvolvimento pleno de sua personalidade. É também, segundo ele, a proteção integral tuteladora da vida, da saúde, da liberdade, do respeito, da dignidade, da convivência familiar e comunitária, da educação, da

³⁹Pacto de São José da Costa Rica. Art. 19. Toda criança terá direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em 14 de abril de 2013.

⁴⁰Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

⁴¹ELIAS, Roberto João. **Direitos fundamentais da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 2.

profissionalização, do lazer e do esporte, elementos necessários para o pleno desenvolvimento almejado à criança e ao adolescente.

Na mesma senda, Chaves⁴², assente que a proteção integral trata-se de amparo completo, não apenas na questão material, mas também sob o ponto de vista espiritual, salvaguardando a criança desde o momento da sua concepção, de forma a zelar pela saúde e bem-estar da gestante e da família da qual fará parte.

O termo proteção assume como premissa a existência de, no mínimo, dois seres, um a proteger e outro a ser protegido, ou no entendimento de Pereira⁴³, é dizer, basicamente, que uma pessoa tem necessidade de outra. Presumindo desigualdade, já que um dos lados dessa relação, o protetor, é mais forte que o outro, o protegido, existirá uma redução na liberdade do ser sob proteção, de forma a ater-se às instruções proferidas pelo seu protetor. Para a autora, a criança e o adolescente, enquanto sujeitos de direitos, deixaram de ser tratados como objeto passivo, passando a ser, como os adultos, titulares de direitos juridicamente tutelados.

O surgimento do Estatuto da Criança e do Adolescente, com a adoção da teoria da proteção integral, culminou em grandes mudanças nas relações familiares. Segundo Veronese⁴⁴, a nova postura encontrou seu fundamento na convicção de que as crianças e adolescentes são merecedores de direitos próprios e especiais que, em decorrência de sua condição específica de pessoas em desenvolvimento, necessitam de uma proteção especializada, diferenciada e integral.

Tratando-se de diretriz determinante a ser seguida pela família, bem como pela sociedade e pelo Estado, o princípio da proteção integral, consagrado pelos artigos 4º e 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente não deve e não pode ser considerado simples recomendação ética, mas sim um reflexo claro acerca do caráter integral da teoria dos direitos

⁴²CHAVES, Antonio. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**, e. ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 51.

⁴³PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do adolescente: Uma proposta interdisciplinar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 20.

⁴⁴VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999, p. 100-101.

da criança e sua relação com os direitos humanos, impondo, o princípio, a predominância do interesse do filho⁴⁵.

Assim, no anseio de se contemplar a dignidade humana na seara da proteção integral, reflete-se, verdadeiramente, a respeito de um lado um tanto quanto específico daquele princípio: a dignidade da pessoa humana reconhecida por meio do exercício do cuidado para com a criança, cujo significado implica, compulsoriamente, na garantia de condições de desenvolvimento físico e emocional adequados, de forma a permitir, à criança e ao jovem, inclusive, o sentimento de fazer parte de uma família, na qual possam vivenciar o afeto, a confiança e a cumplicidade, da mesma forma a proporcionar-lhes adequadas condições de estabilidade econômica⁴⁶.

Encontra-se inserido, na teoria da proteção integral, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, segundo o qual constitui-se dever dos pais e responsáveis e, na falta desses, dever do Estado, assegurar proteção e cuidados especiais àqueles que não têm plena capacidade para assumir, de forma autônoma, tal obrigação. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente encontra-se expresso no ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente no artigo 3, n. 1 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança do ano de 1989, ratificada por nosso País por meio do Decreto n. 99.710 de 1990.

O Artigo 227 da Constituição da República de 1988, segundo Vencelau⁴⁷, ao dispor como dever da família, da sociedade e do Estado a garantia, com absoluta prioridade, de direitos fundamentais, consignou de forma implícita o princípio do melhor interesse da criança. Tal princípio seria, portanto, de aplicação imperativa, não apenas como um critério subsidiário na ausência de legislação específica, mas também como fonte normativa quanto a situação concreta demonstrar insuficiência da lei ou, ainda, a existência de injustiças.

⁴⁵LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: Uma distinção necessária. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 516.

⁴⁶HAPNER, Adriana Antunes Maciel Aranha *et al.* O princípio da prevalência da família: a permanência do cuidar. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 138.

⁴⁷VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação**: Entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 46.

O princípio do melhor interesse da criança é, portanto, da mesma forma que a proteção integral, diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, bem como com sua família e a sociedade, não sendo mera recomendação ética, mas uma forma de interpretar e tutelar os direitos da infância e juventude de forma prioritária.

A ideia da proteção da criança e do adolescente requer a aplicação de princípios que buscam priorizar as relações afetivas, de solidariedade e responsabilidade no núcleo familiar. Essa é a previsão de tratados internacionais ratificados pelo Brasil, da Carta Magna e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Conquanto ser essencialmente autônomo, a criança e o adolescente, em virtude de sua condição como pessoa em desenvolvimento, detém capacidade limitada no exercício de seus direitos. Considerando sua condição frágil, necessário se faz, portanto, promover a sua realização enquanto pessoa humana no contexto familiar, de forma a deixar, em segundo plano, as pretensões dos adultos e prezar pelo interesse dos filhos menores de idade durante o processo de amadurecimento e formação de sua personalidade.

Por fim, cumpre consignar que a Doutrina da Proteção Integral culminou em uma profunda alteração na política de proteção aos direitos da criança e do adolescente, detentores de direitos fundamentais comuns e especiais, frente à sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Estudar-se-á, a seguir, um desses direitos fundamentais que devem ser tutelados com absoluta prioridade, qual seja, o direito ao convívio familiar.

1.2.3 – O direito ao convívio familiar

O significado e as funções da entidade familiar, da mesma forma que o conceito de dignidade da pessoa humana, vem sofrendo diversas alterações ao longo do tempo e a depender do contexto social em que se encontra inserida. A preocupação em regulamentar o seu funcionamento fez com que estas mudanças também repercutissem no âmbito normativo no decorrer do tempo. Mark Poster discorre acerca dessa evolução. Para o autor,

[...] a família hoje está sendo atacada e defendida com igual veemência. É responsabilizada por oprimir as mulheres, maltratar as crianças, disseminar a neurose e impedir a comunidade. É louvada por sustentar a moralidade, ser um freio à criminalidade, manter a ordem e perpetuar a civilização. Casamentos estão sendo mais desfeitos do que em qualquer outra época. A família é o lugar donde se procura desesperadamente fugir e o lugar onde nostálgicamente se procura refúgio. Para alguns, a família é enfadonha, sufocante e intrometida; para outros, é amorosa, solidária e confidente. E assim transcorrem as coisas no que tange à família, ora progredindo, ora retrocedendo, sem sinais de acordo no horizonte.⁴⁸

Em que pese as mudanças constatadas ao longo do tempo, bem como as controvérsias suscitadas quando o assunto se trata de família, fato é que esta foi e continuará sendo o núcleo básico de qualquer sociedade. É nela que a vida neste mundo se inicia, onde o ser humano se prepara para a vida em sociedade, tendo seu caráter formado por meio da instrução de seus membros mais experientes acerca da necessidade de reconhecimento da dignidade inerente ao ser humano.

A função da família na modernidade faz-se na qualidade de formadora, conforme dito, no sentido de preparar os filhos às responsabilidades futuras, relativamente às normas de convívio social. Nos ensinamentos de Poster, referentemente à teoria de Talcott Parsons, a família é o agente de socialização, instrumento necessário para incutir nas gerações presentes e vindouras os valores das gerações anteriores, assegurando, assim, a ordem social⁴⁹.

A partir dessa importância dada às atribuições da entidade familiar que se depreende que a convivência familiar, em uma perspectiva moderna, passa a ser vista como a relação afetiva diuturna e duradoura que vincula as pessoas que a compõem, seja em razão de laços sanguíneos ou não. Considerando que as condições de vida contemporâneas nem sempre proporcionam o compartilhamento contínuo de um mesmo espaço físico – a casa, o lar – não se pode olvidar que a presença de uma referência a um ambiente comum, pertencente a todos os seus membros, faz-se de suma importância para a plena formação da criança e do adolescente no seio familiar.

⁴⁸POSTER, Mark. **Teoria crítica da família**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, p. 10.

⁴⁹POSTER, 1978, p. 98.

Nesse diapasão, Lobo⁵⁰ afirma que a casa da família é o espaço privado revestido de intocabilidade, mostrando-se imprescindível para a que a convivência familiar se construa de modo estável e, acima de tudo, com identidade coletiva própria, de forma a impossibilitar a confusão entre as entidades familiares, já que cada uma carrega consigo características que lhe são essenciais.

Na esfera legislativa, merece destaque o 6º Princípio da Declaração dos Direitos da Criança, que preleciona que, para o desenvolvimento harmonioso de sua personalidade, a criança necessita de amor e compreensão e deve, tanto quanto possível, crescer sob a salvaguarda e responsabilidade dos pais, numa atmosfera de afeição e segurança moral e material. Ainda que não disposto expressamente, fica clara a preocupação da Organização das Nações Unidas, na Assembleia Geral do ano de 1959, com o direito da criança ao convívio familiar. Mais tarde, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança declara em seu preâmbulo que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, num ambiente de felicidade, amor e compreensão.

Em âmbito nacional, a Constituição de 1988 aponta, no artigo 227⁵¹, entre os direitos fundamentais da criança e do adolescente, o direito à convivência familiar e comunitária. Da mesma forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente⁵² reafirma o reconhecimento desse direito inerente à criança, ressaltando a importância do convívio familiar como ambiente para o desenvolvimento daqueles que ainda não atingiram a idade adulta, considerados seres em formação, de forma a dependerem do auxílio dos seus membros para alcançar o desenvolvimento físico e emocional pleno.

Em que pese o vasto arcabouço principiológico e normativo a conceder à criança e ao adolescente, enquanto seres em formação, o direito à convivência familiar para o pleno desenvolvimento de suas capacidades físicas e emocionais, se faz mister, conforme assevera

⁵⁰LOBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 52.

⁵¹CRFB de 1988. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à Criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁵²Estatuto da Criança e do Adolescente. 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.

Bittencourt⁵³, uma atuação para além do discurso eloquente e das soluções paliativas, de forma a efetivamente promover a transição da figura da criança-objeto para a imagem da criança-sujeito, enquanto credora de direitos e atuações ministeriais e judiciais audaciosas e, na mesma medida, céleres. E isso só será possível a partir de uma nova concepção da proteção jurídica destinada à infância e à juventude, por meio do princípio da proteção integral, de forma a tratá-los como os principais sujeitos de direitos das relações familiares e sociais.

Com esse objetivo é que foi criado no Brasil, e merece neste trabalho menção, um Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária⁵⁴, resultante de um engajamento coletivo que envolveu diversas esferas do governo, bem como a sociedade civil organizada e organismos internacionais, que compuseram uma Comissão Intersetorial e elaboraram subsídios apresentados ao Conselho Nacional dos Direitos da Criança e Adolescente (CONANDA) e ao Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS).

Considerando a manutenção dos vínculos familiares e comunitários como meio de fundamental importância para o desenvolvimento das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, o Plano é composto por ações, de curto a longo prazo, constituindo um marco nas políticas públicas no Brasil. Isso porque rompe com a cultura de institucionalização de crianças e adolescentes e fortalece o paradigma da proteção integral e da preservação dos vínculos familiares e comunitários preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

A essência do acolhimento familiar nos remete à ideia de cuidado, cujo significado, nas palavras de Pereira⁵⁵, é equivalente à criação de laços; cuidar é cativar, assumir compromissos e responsabilidades; é saber conviver com situações limites e ver nas diferenças uma conquista, não uma ameaça; cuidar é, outrossim, trazer um olhar novo para a realidade de crianças e adolescentes que se espalham pelo Brasil.

⁵³BITTENCOURT, Sávio Renato. O cuidado e a paternidade responsável. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 54.

⁵⁴Disponível em <[http://www.mds.gov.br/assistenciasocial/secretaria-nacional-de-assistencia-social-snas/cadernos/plano-nacional-de-promocao-protecao-e-defesa-do-direito-de-criancas-e-adolescentes-a-convivencia-familiar-e-comunitaria](http://www.mds.gov.br/assistenciasocial/secretaria-nacional-de-assistencia-social-snas/cadernos/plano-nacional-de-promocao-protecao-e-defesa-do-direito-de-criancas-e-adolescentes-a-convivencia-familiar-e-comunitaria/plano-nacional-de-promocao-protecao-e-defesa-do-direito-de-criancas-e-adolescentes-a-convivencia-familiar-e-comunitaria)> Acesso em 20 de abril de 2013.

⁵⁵PEREIRA, 2008, p. 334.

O que se busca demonstrar, dessa forma, é a existência de uma família democrática, alinhada nos parâmetros da igualdade e da solidariedade, na qual todos os seus integrantes têm espaço para expressar-se e encontrar, nela, a sua função principal: ser o local para o livre desenvolvimento da personalidade das pessoas que a compõem⁵⁶.

É possível dizer, consoante todo o exposto, que não se faz possível pensar a vida humana sem que seja provocada uma profunda reflexão a respeito da família. Dela, a existência de cada indivíduo é necessariamente dependente – desde o seu nascimento até o seu completo desenvolvimento como ser humano –, razão pela qual o direito à própria vida implica no direito à família, consagrado como fundamental e previsto por diversas normas de patamar constitucional e infraconstitucional.

Desse modo, os direitos fundamentais já proclamados – dentre os quais, a liberdade, igualdade, fraternidade e solidariedade humanas – dão fundamento ao direito à família e remetem ao recinto familiar, onde se realizam mais efetivamente, desde que envolvidos e amparados pelo afeto⁵⁷. E é desse elemento, considerado como constituinte da entidade familiar contemporânea, que dedicaremos a última etapa deste primeiro capítulo.

1.3 – O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

1.3.1 – A família e a construção do afeto

Nessa parte do trabalho, almeja-se alçar um conceito de família como aquilo que sempre foi e persiste sendo: a célula básica da sociedade. Assim, pretende-se compreender o quanto é importante que esse grupo de pessoas, ligadas por vínculo sanguíneo ou não, garanta o direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e ao afeto decorrente dessa convivência. Parte-se, assim, da premissa de que a família é a estrutura fundamental que

⁵⁶TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado *et all.* O cuidado com o menor de idade na observância de sua vontade. *In:* PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 351.

⁵⁷BARROS, Sérgio Resende de. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. *In:* GROENINGA, Gisele Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e Psicanálise: Rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 148.

molda o desenvolvimento psíquico da criança, sendo o primeiro local de troca emocional e de elaboração de complexos emocionais a refletirem no desenvolvimento histórico das sociedades, bem como nos fatores organizativos do desenvolvimento psicossocial⁵⁸.

Dessarte, talvez não possa o Direito, de forma suficiente, propor um conceito que represente, em sua totalidade, a ideia de “família”. Para tanto, utilizar-se-á, conquanto de forma sucinta, de outros campos de conhecimento, como a sociologia, a psicologia e a antropologia, de forma a aprofundar o tema.

Na seara sociológica, Segalen⁵⁹ denota que a família é uma instituição em contínua mutação, que, em virtude de seu constante processo de mudança, assume configurações diferenciadas, em conformidade com as sociedades em que estão inseridas, não tendo, assim, a mesma representação para todos. Para a autora, a palavra “família” constitui um termo cercado de diversos significados, podendo designar tanto indivíduos ligados pelo sangue e pela aliança quanto a instituição que rege esses laços⁶⁰.

Conforme o entendimento de Groeninga⁶¹, a família não se trata apenas da célula básica da sociedade, mas também de um modelo básico para todas as outras organizações e instituições. A autora faz, ainda, um paralelo entre a família e um caleidoscópio que, por suas constantes mudanças, consolida-se a cada geração, transformando com a evolução da cultura⁶².

Com efeito, a família é uma verdadeira escola, exemplo básico da vida, na qual seus membros assumem a função de educar, o risco de expor diante da razão crítica de uma nova geração o significado que encontram para a existência, podendo ser confirmado ou refutado, de forma a assumir com reflexões e reparos, ou ainda com alegria. É nela que ocorre a transmissão da cultura e da tradição⁶³.

⁵⁸FRAGA, Thelma. **A guarda e o direito à visitação sob o prisma do afeto**. Niterói, RJ: Impetus, 2005, p. 50.

⁵⁹SEGALEN, Martine. **Sociologia da família**. Lisboa: Terramar, 1996, p. 15.

⁶⁰SEGALEN, 1996, p. 20.

⁶¹GROENINGA, Giselle Câmara. O direito a ser humano: Da culpa à responsabilidade. *In*: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e Psicanálise: Rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 97.

⁶²GROENINGA, 2003, p. 125.

⁶³COURT, Pedro Morandé. Família e sociedade contemporâneas. *In*: PETRINI, João Carlos; CAVALCANTI, Vanessa Ribeiro Simon (Org.). **Família, sociedade e subjetividades: Uma perspectiva multidisciplinar**.

Lacan⁶⁴, no campo da psicanálise, considera que, entre todos os grupos humanos, a “família desempenha um papel primordial na transmissão da cultura”, não se revelando apenas como base natural, nem constituindo-se somente por homem, mulher e filhos, mas por uma edificação psíquica, na qual cada componente ocupa uma função de pai, mãe e filho, sem que, contudo, seja necessário um vínculo biológico. Tanto o é, que, para o autor, um indivíduo pode ocupar o lugar de pai sem que detenha a qualidade de pai biológico. Reconhece, dessa forma, a existência de uma família socioafetiva, que surge da Constituição da República de 1988.

Do ponto de vista jurídico, Fachin⁶⁵ apresenta a definição de família baseada em nossa Carta Magna de 1988, classificando-a como pluralista⁶⁶, dotada de igualdade substancial⁶⁷, com direção diárquica⁶⁸ e de tipo eudemonista⁶⁹.

Na mesma senda, Dias⁷⁰ afirma que a ideia de família-instituição⁷¹ foi substituída pela moderna concepção da família-instrumento⁷², existindo em virtude da contribuição para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, assim como para a formação e o

Petrópolis, RJ: Vozes, 2005, p. 23.

⁶⁴LACAN, Jacques. **Os complexos familiares na formação do indivíduo**: ensaio de análise de uma função em psicologia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 13-14.

⁶⁵FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do Direito de Família**: Curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 51.

⁶⁶Nesse sentido dispõe o artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”.

⁶⁷O parágrafo 5º do artigo 226 da Constituição assim preceitua: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

⁶⁸A direção unitária da família cede espaço à uma gestão distribuída igualmente entre homem e mulher.

⁶⁹Os novos contornos dados ao Direito de Família, com o advento da Constituição da República de 1988, transformaram o casamento e a família em geral, no âmbito legislativo, em instrumento de felicidade e promoção de dignidade de cada um de seus membros, fulcrada no respeito e na realização pessoal destes. O reconhecimento ao direito à felicidade individual, o princípio da dignidade humana e a afirmação dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, apontam para o princípio da afetividade, que vem nos dias de hoje orientando a interpretação dos múltiplos aspectos da regulamentação jurídica da vida familiar. (SILVA, Maria de Fátima Alflen da. **Direitos fundamentais e o novo direito de família**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2006, p. 94-95)

⁷⁰DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 41.

⁷¹Que se encontrava centrada no matrimônio como única modalidade de formação da família. Cfe. DIAS, 2005, p. 41.

⁷²Que se destina a ser um lugar de incentivo e crescimento pessoal, bem como de cristalização dos valores, onde as diferenças devem ser respeitadas e o entendimento do que seja a dignidade humana e respeito ao indivíduo começam sua sedimentação para a vida. Cfe. DIAS, 2005, p. 41.

crescimento da própria sociedade. A autora suscita que a sociedade atual vive um novo momento no qual a valorização da dignidade humana impõe a reconstrução de um sistema jurídico mais atrelado aos aspectos pessoais do que às antigas estruturas sociais que visavam ao engessamento do agir a modelos pré-estabelecidos de conduta. Tais mudanças implicam em uma nova concepção dos laços familiares, de forma a priorizar os vínculos afetivos que agregam os seus membros.⁷³

Diversos outros autores compõem acerca do assunto, do qual se depreende que a convivência humana está estruturada a partir das milhares de células familiares que integram a comunidade social.

Cumpra consignar, portanto, que em toda casa em que houver pessoas – unidas por vínculos sanguíneos ou não – em busca da concretização das aspirações de cada uma delas e da comunidade em geral, lá existirá uma família. Ademais, de forma mais tangível, é possível afirmar que para a existência de um grupo familiar, é necessário preencher ao menos dois requisitos, quais sejam: i) a afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, de forma superior aos interesses econômicos, e; ii) a estabilidade, de forma a excluir relacionamentos eventuais, sem objetivo de vida em comum.

Pelo exposto, percebe-se que os conceitos podem ser variados sem que, contudo, divirjam quanto à concepção de família como a célula básica da sociedade. Considera-se que a união das pessoas em seu núcleo dá-se a partir da intimidade, do respeito mútuo, do afeto, do cuidado e do crescimento conjunto. É na família moderna, portanto, que encontra-se um recinto de cuidados, considerando o afeto como um elemento constitutivo da pessoa humana.

Assim, pertencer a um conjunto de pessoas, constituindo família por meio de vínculos profundos e complexos, realiza a própria pessoa na função que lhe compete nesse espaço, seja a de pai, mãe ou filho. Trata-se, por conseguinte, de um complexo simbólico, revelando-se como o primeiro ponto de apoio e o primeiro alicerce da sociedade⁷⁴.

⁷³DIAS, Maria Berenice. Família Normal? **Revista IOB de Direito de Família**. Porto Alegre, n. 46, p. 220, fev./mar., 2008.

⁷⁴SILVA, 2006, p. 87.

1.3.2 – O afeto familiar como direito e dever jurídicos

Irrefutável se faz a afirmação de que por detrás da atual consagração do princípio da afetividade encontra-se o princípio da dignidade humana, objetivo maior da moderna ordem jurídica. Logo, o afeto⁷⁵ constitui elemento necessário para tornar a dignidade humana real e efetiva, porquanto todo ser humano dele carece para estruturar sua vida, sendo obtido, em primeiro momento, no seio familiar⁷⁶. A relevância do afeto faz-se, assim, muito clara, de forma que se pode compreender que não há de se falar em dignidade sem que o ser humano haja desenvolvido sua personalidade por meio do relacionamento social-familiar-afetivo entre os membros de sua família.

Segundo Lobo⁷⁷, o afeto não é fruto da biologia, uma vez que os laços de afeto e solidariedade derivam da convivência familiar e não de vínculo sanguíneo. É por meio das grandes transformações que a família passou do decorrer dos tempos que, atualmente, os indivíduos se unem em função da presença do vínculo afetivo e, quando este se esvazia, se promovem as separações.

Resta comprovado, portanto, que a afetividade é característica fundante da família atual, em especial no Brasil, porquanto encontra-se delineada na própria Constituição da República de 1988, valorizando-se a dignidade de cada componente do grupo familiar e consagrando, no seu artigo 227 a suprema manifestação dos princípios aqui estudados no Direito de Família.

⁷⁵O termo afeto é oriundo do latim *ad* (= para) e *fectum* (= feito), significando “feito um para o outro”. Cfe. BARROS, Sérgio Resende de. **A ideologia do afeto**. Disponível em <<http://srbarros.com.br/pt/a-ideologia-do-afeto.cont>> Acesso em 10 de março de 2013.

⁷⁶ANGELUCI, Cleber Afonso. O valor do afeto para a dignidade humana nas relações de família, **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: Divisão Jurídica**, n 44, Faculdade de Direito de Bauru, set.-dez. 2005, p. 411.

⁷⁷LOBO, 2004, p. 513.

Necessário reconhecer, nesse trilha, que o afeto⁷⁸ encontra-se presente em todas as relações que compõem o núcleo familiar, seja aquela entre homem e mulher, na relação entre pais e filhos ou mesmo entre avós e netos, que se unem por um sentimento, o de estarem juntos, nos momentos de alegria e até nos de dificuldade. Nogueira⁷⁹ relata que a presença do afeto na família patriarcal era presumida, podendo estar presente ou não; todavia, o afeto na família atual é a razão de sua própria existência, elemento responsável e essencial para a sua formação, visibilidade e continuidade.

O ser humano detém, desde a mais tenra idade, uma reserva afetiva, segundo Pereira, que lhe permite relacionar-se com outras pessoas. As crianças e adolescentes, por excelência, necessitam de receber afeto para que se tornem seres humanos integrais.

A ausência de afeto faz com que crianças e adolescentes se tornem seres tristes e revoltados, incapazes de agir com segurança e serenidade⁸⁰. Sob outra perspectiva, a criança e o adolescente que crescem em um meio cercado de afeto e cuidado têm maiores chances de tornar-se um modelo equilibrado de convivência.

A ciência jurídica, na atualidade, não mais se omite ao tratar-se à questão da afetividade. Decorre da Constituição de 1988 o reconhecimento da relevância dos laços afetivos para a concepção moderna de família, de forma a transcender aos aspectos especificamente psicológicos e sociológicos. A família, com isso, deixou de ser uma mera instituição e passou a ser uma entidade. O novo paradigma da família contemporânea, em detrimento das motivações econômicas, ampara-se pelos vínculos do afeto, o que vem culminando em diversas modificações nos casos apreciados pelo Poder Judiciário.

⁷⁸Afeto é tudo aquilo que afeta a pessoa, que faz com que ela se mova, é a energia presente no inconsciente e no consciente do ser humano, com que se investem as representações, os símbolos, as pessoas, as ideias e até as ideologias e mitos, imprimindo-lhes uma direção, um sentido, nas ações. Os afetos de amor e ódio não existem puros. O ser humano apresenta nuances afetivas, ou seja, sentimentos compostos de uma combinação entre amor e ódio que vai aprendendo a balizar nas relações familiares para, então, dar-lhes um sentido positivo. Essa é a função da família. Cf. GROENINGA, Giselle Câmara. Afetos, sexualidade e violência: a família desmistificada. In: BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice. **A família além dos mitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 75-76.

⁷⁹NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação se constrói**: O reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p. 53.

⁸⁰DALLARI, Dalmo de Abreu; KORCZAK, Janus *apud* PEREIRA, Tânia da Silva. Abrigo e alternativas ativas de acolhimento familiar. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 311.

Nesse trilho, Lobo⁸¹ ressalta que a afetividade é uma construção cultural e que, sem ostentar interesses materiais, ocorre na convivência, se revelando em ambiente de solidariedade e responsabilidade. É dizer, onde houver uma relação ou comunidade unidas por um laço de afeto, sendo por esse ensejada e sua causa final, haverá família.

O afeto precede a norma, contudo, onde falta o afeto, a lei se faz necessária. Se a lei moral e o ditame do direito são convocados para dirimir conflitos, supõe-se que faltou, aos dois lados da contenda, a capacidade de sentir como o outro. Faltou afeto⁸². Assim, a grande vantagem do afeto é a possibilidade da realização da ternura na vida de cada um, nos momentos de paz e nas ameaças de conflito.

Por derradeiro, Barros⁸³ consigna que o direito ao afeto é ainda maior que o direito fundamental à família, de forma que deve ter predominância sobre este, visto que o afeto faz do indivíduo humano um ser humano. O laço criado pelo afeto, ademais, não ocorre apenas internamente à entidade familiar, mas também nas relações entre famílias diversas, compondo, dessa forma, uma grande família humana universal, residente em um lar global.

De forma a concluir este capítulo, estudar-se-á a questão do direito ao pai, visto que a omissão do genitor em prestar afeto à criança e ao adolescente quase sempre é atrelada ao rompimento da relação conjugal e a não detenção, por um dos pais, da guarda dos filhos. Em que pese essa afirmação, nada obsta que até mesmo em uma relação conjugal não rompida ou na coexistência dos membros da família em uma mesma casa, essa omissão por parte de um dos genitores possa ocorrer, da mesma forma culminando em graves ofensas aos atributos extrapatrimoniais dos filhos.

⁸¹LOBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas**: Para além do *numerus clausus*. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>> Acesso em 24 de abril de 2013.

⁸²CUNHA, João Paulo. A ética do afeto. *In*: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e Psicanálise**: Rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro, Imago, 2003, p. 84.

⁸³BARROS, Sérgio Resende de. Direitos Humanos da família: Dos fundamentais aos operacionais. *In*: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e Psicanálise**: Rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 84.

1.3.3 – O direito ao pai

Uma relação saudável firmada entre genitores e seus filhos colabora de forma importantíssima para o adequado desenvolvimento da criança, já que esta normalmente, considerando os pais modelos a serem seguidos, tende a repetir suas condutas. Observa-se, a partir dessa percepção, que a omissão parental, seja por ausência, desprezo ou mera indiferença, acarretará, não raras vezes, interferências danosas à formação da criança.

Assim, faz-se claro e incontestável, conforme estabelecido pelo artigo 227 da Constituição da República de 1988 e pelo artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que a paternidade e a maternidade deverão ser exercidas de maneira responsável, incluindo não apenas a realização do planejamento na concepção dos filhos, mas ocupando-se em prover a prole do suporte afetivo e material essencial para o seu bom desenvolvimento.

O que se observa, contudo, na realidade social atual é uma crescente irresponsabilidade por parte dos pais perante sua prole, muitas vezes em razão de sua própria imaturidade, deixando de prover-lhe do afeto, cuidado e atenção necessários à sua condição. Ora, quem não pode arcar com essas obrigações, não dispõe de condições para ter filhos.

A figura do pai, conforme já visto, sofreu alterações no decorrer de diversas gerações, partindo de um patriarcado, onde personificava a própria lei e detinha poder sobre a vida ou a morte de seus filhos, para refletir atualmente a figura de companheiro e partícipe na formação da prole. Vislumbra-se, com essas mudanças, não apenas uma diferente concepção de pai, mas a alteração de todo um pensar e agir do homem frente à paternidade. A imagem do pai provedor e autoridade dá lugar a uma reavaliação e redimensionamento da relação pai-filho, que necessariamente passa por outras reflexões sobre o “ser homem”⁸⁴.

Nesse trilha, Pereira⁸⁵ sustenta que hoje se observa uma crise da paternidade, frente à ruptura dos modelos e padrões tradicionais. A atribuição fundamental do pai, estruturante do filho como indivíduo, passa por um momento histórico de transição de difícil

⁸⁴ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. **Os novos paradigmas da família contemporânea**: Uma perspectiva interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 76.

⁸⁵PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, por que me abandonaste: *In*: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e Psicanálise**: Rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 224-225.

entendimento, no qual o homem não assume para si o dever (e direito) de participar na formação, convivência afetiva e desenvolvimento de seus filhos. Cita, como exemplo, a situação de pais solteiros ou separados, que somente convivem com os filhos em finais de semana alternados; ou ainda os pais que, voluntariamente, deixam de pagar os alimentos e, mais, aqueles que não confessam a sua condição de pai, deixando de conceder ao filho o seu sobrenome. As situações desenhadas, caracterizadoras da ausência do pai, geram graves consequências na estruturação psíquica dos filhos, vindo a repercutir nas relações sociais e apresentar-se como um fenômeno social, considerando os indícios de que o aumento dos conflitos de adolescentes com a lei encontram-se vinculados a essa ausência paterna.

A lição de Kant⁸⁶, tão válida que merece ser retomada neste trecho, dada a sua atualidade sobre o tema, nos aponta:

Assim, de um ponto de vista prático, constitui uma ideia inteiramente correta e, inclusive, necessária, encarar o ato de procriação como um ato pelo qual trouxemos uma pessoa ao mundo sem seu consentimento e como nossa própria iniciativa, ação pela qual incorrem os pais numa obrigação de tornar a criança satisfeita com sua condição tanto quanto possam. Não podem destruir seu filho, como se ele fosse alguma coisa que ele fizeram (uma vez que um ser dotado de liberdade não é suscetível de ser um produto deste tipo) ou como se ele fosse propriedade deles, tampouco podem simplesmente abandoná-lo à própria sorte, já que não trouxeram meramente um ser mundano, mas sim um cidadão do mundo a uma condição que não pode agora lhe ser indiferente, mesmo simplesmente de acordo com conceitos do direito.

Das lições estudadas, exsurge a pergunta de qual seria o real significado de ser pai. Do ponto de vista clássico do direito, pode-se dizer que pai é aquele que assume essa condição, de forma a conceder seu nome na certidão do nascimento do filho. Da paternidade reconhecida pelo registro civil, brotam direitos e obrigações, tais como o sustento, a guarda e educação da prole⁸⁷. As mudanças da sociedade, e da própria legislação, contudo, modificaram o conceito jurídico de pai que, atualmente, figura como algo além do registro civil, já que exercício concreto da paternidade implica na existência do vínculo afetivo entre genitor e sua prole.

⁸⁶KANT, 2008, p. 125.

⁸⁷PEREIRA, 2003, p. 116.

Nessa senda, Pereira⁸⁸ consigna que, conquanto os ordenamentos jurídicos ocidentais em geral determinem a paternidade biológica como fonte de responsabilidade civil, a autêntica paternidade somente se confirma a partir de um ato de vontade, podendo, dessa forma, coincidir ou não com o fator biológico. É dizer, nas palavras de Delinski⁸⁹, que o fenômeno paternidade tem um significado mais profundo do que a simples revelação da verdade biológica, visto que ele se completa por meio da prática reiterada de atos de amor e cuidado do pai para com o filho, passando pela verdade biológica e indo ao encontro da verdade afetiva.

Concebe-se, com isso, um conceito de paternidade fulcrado no nascimento emocional, mais do que no fisiológico, residindo antes no afeto e no ato de cuidar, que na reprodução.

O reconhecimento da importância do pai como elemento da estrutura familiar deu ensejo à promulgação, em 29 de dezembro de 1992, da Lei 8.560, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento. Menciona-se, ainda que brevemente, a referida norma pela relevância de sua finalidade, qual seja, a de resguardar o direito do filho a conhecer ser pai. Com o advento desta Lei, sobre todos os registros civis de crianças, nascidas a partir de sua promulgação, que não constarem o nome do genitor, o Estado determina que seja averiguada a paternidade⁹⁰.

O direito ao pai, portanto, é condição básica para que alguém possa existir como sujeito e, a partir desta constatação, se revela como direito fundante do ser humano como indivíduo. Sem uma paternidade concreta não se faz possível existir o sujeito e não há sujeito sem que alguém haja exercido sobre ele uma função paterna⁹¹.

Fica claro, diante de todo o exposto, que crianças e adolescentes têm amparo na lei para invocar seu direito ao pai, uma vez que é no exercício da paternidade que se dá uma estruturação do ser uma pessoa humana. Assegurar esse direito é respeitar a dignidade

⁸⁸PEREIRA, 2003, p. 119.

⁸⁹DELINSKI, Julie Cristine. **O novo direito da filiação**. São Paulo: Dialética, 1997, p. 32.

⁹⁰Lei n. 8.560 de 1992. Art. 2o. Em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação.

⁹¹PEREIRA, 2003, p. 227.

humana dos filhos, em sua peculiar condição de seres em desenvolvimento, consagrando, outrossim, a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente.

No segundo capítulo deste trabalho, tratar-se-á, de forma prática e objetiva, da questão da responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais, seus pressupostos e demais elementos para suceder à reparação demandada em análise, assunto polêmico e em voga no Poder Judiciário brasileiro.

CAPÍTULO 2 – A RESPONSABILIDADE CIVIL E O DANO MORAL

2.1 – TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Reconhecido e fundamentado o direito de toda criança e adolescente ao convívio familiar e ao afeto, cumpre tecer algumas considerações acerca da teoria da responsabilidade civil e observar as regras para a constatação de eventual dano moral indenizável perante o ordenamento jurídico brasileiro.

As “regras do jogo”, que aqui se pretende demonstrar, tratarão, de forma sucinta, do conceito de responsabilidade civil, assim como de seus elementos, funções, pressupostos e excludentes, doravante observados.

2.1.1 – Conceito de responsabilidade civil

Do ponto de vista etimológico, a expressão “responsabilidade” encontra sua origem no verbo latino *respondere*, que significa o comprometimento de um sujeito em garantir algo. A raiz latina *spondeo* está relacionada a uma fórmula do direito romano, utilizada para firmar a obrigação do devedor em contratos verbais⁹².

Savatier dá conceito à responsabilidade civil com base no elemento culpa. Sílvio Rodrigues, a esse respeito, ressalta que, para esse autor, a responsabilidade civil consiste na “obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam”⁹³.

Todavia, ao longo dos anos e com a evolução do instituto, careceu de sentido defini-lo apenas baseando-se na existência de culpa. Dessa forma, o conceito de

⁹²DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Forense, 1995a, p. 2.

⁹³RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil - Responsabilidade Civil**. 19 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002a, p. 6.

responsabilidade civil passou a ser estruturado com base na culpa e no risco, conforme disserta Maria Helena Diniz⁹⁴:

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

Carlos Roberto Gonçalves, por sua vez, assim discorre acerca da questão da responsabilidade:

Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui fonte geradora da responsabilidade civil⁹⁵.

Para Cavalieri Filho⁹⁶, “em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”.

A percepção jurídica de responsabilidade, para Gagliano e Pamplona Filho, pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências de seu ato, por excelência, a obrigação de reparar⁹⁷.

Conquanto existam muitas definições e controvérsias em relação ao conceito de responsabilidade civil, é possível afirmar, resumidamente, que consiste no dever de reparação por um dano, patrimonial ou não, causado a outrem. Desta forma, a responsabilização civil do

⁹⁴DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 35.

⁹⁵GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19.

⁹⁶CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 24.

⁹⁷GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 9.

autor do dano constitui instrumento para se restabelecer o equilíbrio e harmonia social violados por sua conduta.

2.1.2 – Funções da responsabilidade civil

2.1.2.1 – Função reparatória

Consiste a responsabilidade civil em uma relação obrigacional, cujo objeto é a prestação de ressarcimento⁹⁸. Por meio do ressarcimento dos danos, o instituto transfere o ônus do mal sofrido para a figura do ofensor, com o fito de restituir o lesado ao *status quo ante*. É dizer, em outras palavras, que a responsabilidade civil visa a restabelecer o ofendido à condição anterior ao dano, tendo por instrumento indenização do bem lesado, seja ele material ou moral.

Importante frisar que a figura central na responsabilidade civil é a vítima, não o ofensor. Nesse sentido, assevera Eugênio Facchini Neto:

[...] o foco atual da responsabilidade civil, pela que se percebe da sua evolução histórica e tendências doutrinárias, reside cada vez mais no imperativo de indenizar ou compensar dano injustamente sofrido, abandonando-se a preocupação com a censura do seu responsável. Cabe ao direito penal preocupar-se com o agente, disciplinando os casos que deve ser criminalmente responsabilizado. Ao direito civil, contrariamente, compete inquietar-se com a vítima⁹⁹

A função, por excelência, da responsabilidade civil é, portanto, a reparatória. Por suas funções punitiva e preventiva, conforme veremos, aproxima-se da responsabilidade penal.

⁹⁸DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro - Responsabilidade Civil**. 17. ed. aum. atual, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 5.

⁹⁹FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 161.

2.1.2.2 – Função sancionatória ou punitiva

Em sua maioria, as obras que tratam acerca do dano moral são as que abordam o caráter punitivo da responsabilidade civil na doutrina brasileira. Um tanto polêmico, o assunto é tratado de forma controvertida em face da oposição de ideias impostas pelo caráter reparatório da responsabilidade civil.

Flávia Portella Purschel¹⁰⁰ assevera que o caráter sancionatório da responsabilidade civil possui aplicação prática, em especial nas demandas de natureza extrapatrimonial, nas quais os aplicadores do direito visam a punir prática reprovável do agente ofensor.

Assim, em repúdio à conduta do agente que infringiu norma de direito privado, reage o ordenamento jurídico, de forma a impor-lhe sanção civil, intentando obrigar o transgressor a cumprir norma violada. Ademais, o grau de reprovabilidade da conduta faz-se de grande importância para a determinação do valor que servirá de compensação nas eventuais demandas por dano extrapatrimonial¹⁰¹.

2.1.2.3 – Função preventiva ou dissuasora

Semelhantemente às funções de prevenção geral e especial da responsabilidade penal¹⁰², a cominação de reparação pelo dano, na responsabilidade civil, detém por escopo

¹⁰⁰PURSCHEL, Flávia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. **Revista de Direito GV**. São Paulo: v. 3, n. 2, p. 17-36. jul-dez 2007.

¹⁰¹MARTINS, Juliana Tavares. **Os danos morais decorrentes da desídia paterna**. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 14.

¹⁰²A função preventiva do Direito Penal, segundo o discurso doutrinário dominante, possui duas variantes, das quais decorrem ainda, duas funções específicas: a prevenção geral em sua forma positiva cumpriria o papel de normalizar as relações sociais, garantindo a ordem através da estabilização das expectativas da sociedade, e em sua forma negativa, por meio do poder intimidante que caracteriza o Direito Penal, funcionaria como inibidora de futuras ações criminosas pela certeza da punição; já a prevenção especial dá-se negativamente através da "neutralização" do sujeito criminoso (ou criminalizado) do coletivo social pelo isolamento. Disponível em

coibir o agente de reincidir em sua conduta, bem como prevenir a prática de atos similares por outras pessoas da sociedade.

Assim, fazendo uso de sua função dissuasora, o instituto da responsabilidade civil exerce importante papel social. Clayton Reis destaca que, em razão dessa influência exercida no meio social, se pode observar atualmente a tendência de nossas cortes em dar ênfase ao valor do desestímulo na reparação por danos morais¹⁰³.

2.1.3 – Classificação da responsabilidade civil

2.1.3.1 – *Quanto ao fato gerador: responsabilidade civil contratual e extracontratual*

A responsabilidade civil contratual é resultante do descumprimento de um dever pactuado, de um inadimplemento contratual. O vínculo jurídico entre o inadimplente e o prejudicado é preexistente à obrigação de indenizar.

Esse tipo de responsabilidade civil encontra-se previsto na redação do artigo 389 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, nosso Código Civil: “Não cumprida a obrigação responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

Por sua vez, a responsabilidade civil extracontratual constitui dever de reparação cuja origem encontra-se na violação de direito alheio, não existindo vínculo jurídico anterior entre as partes envolvidas. Esse vínculo passa a existir a partir da ocorrência do dano.

O regime-regra da responsabilidade civil é a responsabilidade extracontratual. Isso se deve à demanda social pela reparação de todo e qualquer dano, independentemente de vínculo prévio entre as partes envolvidas.

<<http://www.criminal.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=525>> Acesso em 12 de maio de 2013.

¹⁰³REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização por dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 161.

Autores como Aguiar Dias¹⁰⁴ suscitam a desnecessidade de distinção entre essas duas categorias de responsabilidade civil. Contudo, a vertente predominante é a de que a distinção se faz medida necessária, porquanto existentes diferenças atinentes às matérias de prova e capacidade, além do que, nosso Código Civil consagra a divisão discutida¹⁰⁵.

Cumpre, quanto ao mais, destacar as diferenças entre estes dois tipos de responsabilidade civil no que tange a produção de prova. Na primeira, de forma a reger-se pelas regras comuns contratuais, existe a presunção de culpa do devedor inadimplente, sobre quem recai o ônus probatório. Por outro lado, na responsabilidade civil extracontratual, o dever de provar as alegações encontra-se sobre a vítima, que terá de demonstrar a culpa do agente, ou que o dano decorreu da atividade exercida pelo responsável.

Busca-se averiguar, com essa diferenciação, que a responsabilidade civil pelo abandono afetivo nas relações paterno-filiais enquadra-se na categoria extracontratual.

Resta cediço, a partir do estudado no primeiro capítulo deste trabalho, que a omissão dos genitores no criar e cuidar de seus filhos, seja provendo recursos materiais ou imateriais, constitui violação a dever estabelecido em nossa Constituição, bem como nas demais leis e convenções internacionais.

A partir dessa percepção, temos que, para atingir o objetivo de eventual demanda judicial por compensação, não poderá o filho deixar de desincumbir-se do dever de prova acerca do dano sofrido, demonstrando a presença dos pressupostos necessários à sua configuração de forma indenizável, conforme observar-se-á ainda neste capítulo.

2.1.3.2 – Em relação ao seu fundamento: responsabilidade civil objetiva e subjetiva

¹⁰⁴Aguiar Dias pondera a tendência das legislações à unificação, tendo em vista o fundamento comum da falta de diligência em relação ao direito alheio. Contudo, acaba por esquecer da teoria do risco, que serve de fundamento não apenas à responsabilidade contratual, mas também à extracontratual.

¹⁰⁵RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. 19 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002a, 7 v. V. 4: Responsabilidade Civil, p. 9.

Em relação ao seu fundamento, a responsabilidade civil pode ser classificada como objetiva ou subjetiva.

A responsabilidade civil objetiva encontra base no risco gerado por algumas atividades, ainda que lícitas, de forma a impor aos seus agentes os prejuízos que dela decorrerem¹⁰⁶.

O Código Civil de 2002 determina, no parágrafo único de seu artigo 927, acerca da responsabilidade civil objetiva:

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 (sem grifo no original).

Por sua vez, a responsabilidade civil subjetiva, também conhecida como responsabilidade aquiliana, fundamenta-se na existência do elemento “culpa”. É dizer que a obrigação de reparação dos males causados é proveniente de ação ou omissão, dolosa ou culposa, por parte do seu agente causador.

A esse respeito, consagra o artigo 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Orlando Gomes discorre sobre a expressão *ato ilícito*, ao preceituar:

O ato ilícito é a ação, ou a omissão culposa, pela qual, lesando alguém, direito absoluto de outrem ou determinados interesses especialmente protegidos, fica obrigado a reparar o dano causado¹⁰⁷.

¹⁰⁶Com o aprimoramento e a complexidade das relações hoje existentes, o direito brasileiro, tão criticado, demonstra significativos avanços e inova, adequando conceitos e teses que visam garantir aos menos favorecidos o mesmo direito exercido pelos mais abastados, não permitindo o desequilíbrio que era imposto a uma das partes. Cfe. ARRUDA, Luiz Renato Tegacini de. Disponível em <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=209>> Acesso em 15 de maio de 2013.

¹⁰⁷GOMES, Orlando. **Obrigações**. 11. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 257.

Dessa forma, a prática dos aludidos atos dá ensejo à responsabilidade civil subjetiva, conforme o tratamento dado pelo artigo 927 do Código Civil: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

A responsabilidade aquiliana, ou subjetiva, é, por excelência, o regime adotado no presente estudo. Demonstra-se, com isso, que a responsabilidade civil pelo abandono afetivo perante a filiação não prescinde de que a parte demandante se desincumba do dever de provar o dano sofrido para alcançar a condenação almejada.

2.1.4 – Pressupostos da responsabilidade civil

Segundo Carlos Roberto Gonçalves¹⁰⁸, o art. 186 do Código Civil consagra uma regra universalmente aceita: a de que todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo.

Justifica a afirmação por aquilo que estabelece o dispositivo legal, informativo da responsabilidade aquiliana: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Da análise do transcrito constata-se que quatro são os elementos essenciais da responsabilidade civil subjetiva, ora em apreço: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima.

Mister verificar, contudo, que, com o advento da responsabilidade civil objetiva, não há mais sentido apontar a culpa como pressuposto necessário à responsabilização civil, de forma a desconsiderar a teoria do risco.

Constituem, assim, pressupostos da responsabilidade civil, adotados como premissas instituídas por Fernando Noronha: o fato antijurídico, o nexo de imputação, o dano

¹⁰⁸GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 52-53.

experimentado pela vítima, o nexo de causalidade e a lesão a um bem protegido. Nas palavras do autor, é necessário:

a) 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; b) que esse fato possa ser imputado a alguém, seja por se dever à atuação culposa da pessoa, seja por simplesmente ter acontecido no decurso de uma atividade realizada no interesse dela; c) que tenham sido produzidos danos; d) que tais danos possam ser juridicamente considerados como causados pelo ato ou fato praticado, embora em casos excepcionais seja suficiente que o dano seja risco próprio da atividade do responsável, sem propriamente ter sido causado por esta. A estes quatro pressupostos da responsabilidade civil, sobre os quais estão de acordo praticamente todos os juristas, deve-se acrescentar uma condição suplementar (e que, aliás, em rigor, precede todos eles): e) é preciso que o dano esteja contido no âmbito da função de proteção assinada à norma violada. Isto é, exige-se que o dano verificado seja resultado da violação de um bem protegido.

Observar-se-á, objetivamente, a seguir, cada um desses elementos.

2.1.4.1 – Fato antijurídico¹⁰⁹

Das definições dadas pelos diversos autores citados no presente trabalho, entende-se que, para se culminar na obrigação de reparação, o fato ensejador do dano tem de ser aquele que viola direito alheio, decorrente de um dever jurídico preexistente.

O fato antijurídico pode ser humano ou natural. O ato humano, por sua vez, pode ser uma conduta comissiva ou omissiva, e ainda ser classificada como culposa ou não.

Ressalta-se, contudo, que antijuridicidade não é sinônimo de ilicitude do ato. É importante deixar claro que a obrigação de reparação não se impõe somente quando há infração de lei, porquanto existem situações nas quais essa violação não é percebida, embora

¹⁰⁹Alguns autores fazem uso da expressão “ilicitude do fato”, em lugar de fato antijurídico, para nomear o pressuposto em análise. Contudo, entende-se que a concepção estrita de “ilícito” atine somente à responsabilidade civil subjetiva, consoante o disposto no artigo 186 do Código Civil.

sua reparação seja estipulada por lei. Um bom exemplo dessas situações é o ato praticado com abuso de direito¹¹⁰, causando dano outras pessoas.

A esse respeito, assevera Sílvio Rodrigues¹¹¹:

O ato do agente causador do dano impõe-lhe o dever de reparar não só quando há, de sua parte, infringência a um dever legal, portanto ato praticado contra direito, como também quando seu ato, embora sem infringir a lei, foge da finalidade social a que ele se destina. Realmente atos há em que não colidem diretamente com a norma jurídica, mas com o fim social por ela almejado.

Assim, a responsabilidade civil não decorre apenas de infração à lei, mas também do descumprimento de um dever contratual ou social.

2.1.4.2 – Nexo de imputação

O nexos de imputação nada mais é do que a atribuição da responsabilidade pelo dano a alguém. Fernando Noronha assim o descreve:

O nexos de imputação é o fundamento, ou a razão de ser da atribuição da responsabilidade a uma determinada pessoa, pelos danos ocasionados ao patrimônio ou à pessoa de outra, em consequência de um determinado fato antijurídico. É o elemento que aponta o responsável, estabelecendo a ligação do fato danoso com este¹¹².

¹¹⁰Dispõe o artigo 187 do Código Civil: “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”.

¹¹¹RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002a. 7 v. V. 4: Responsabilidade civil, p. 15.

¹¹²NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003. 4 v. V 1: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil, p. 472.

Nos casos em que a responsabilidade civil for objetiva, segundo os critérios outrora apontados, o nexo de imputação funda-se no risco, enquanto em se tratando de responsabilidade civil subjetiva ou aquiliana, a imputação em questão funda-se na culpa.

Há situações em que o nexo de imputação provém de ato de terceiro ou ainda de danos ensejados por objetos ou animais sob os cuidados de um responsável, nas quais a responsabilidade denomina-se indireta ou complexa.

A responsabilidade civil por ato de terceiro¹¹³ constitui obrigação de reparação pelo dano do responsável legal pelo seu causador. Trata-se de uma imputação objetiva (ao responsável), tendo por escopo a proteção da vítima contra os danos causados, garantindo-lhe a indenização necessária.

Por sua vez, a responsabilidade civil subjetiva direta ou por fato próprio decorre de conduta comissiva ou omissiva por parte de seu agente. Vale ressaltar, contudo, que relativamente às condutas omissivas, apenas caracteriza-se a culpa quando o responsável se abstém de praticar ato que constitui dever de agir que lhe é peculiar.

E é nessa última categoria que se enquadra a responsabilidade civil dos genitores perante os filhos pela prestação do afeto e do convívio familiar necessário ao seu pleno desenvolvimento, amplamente garantidos pela Constituição, leis e tratados internacionais. A omissão dos pais, nesse aspecto, constitui o nexo de imputação para a configuração do abalo moral sofrido por seus filhos, desde que verificados os demais pressupostos da responsabilidade civil para tanto.

¹¹³Determinam os artigos 932 e 933 do Código Civil:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

2.1.4.3 – *Dano experimentado pela vítima*

Não há de se falar em responsabilidade civil quando não verificada a existência de um dano. Sem o prejuízo experimentado pela vítima, carece de sentido a imposição de reparação, porquanto inexistente a repercussão da conduta perante o direito civil.

O conceito clássico de dano detinha-se à redução patrimonial¹¹⁴, posteriormente estendido, visando a tutelar também as lesões de natureza extrapatrimonial. Nesse diapasão, Sérgio Cavalieri Filho conceitua o dano como:

[...] a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc¹¹⁵.

Importante diferenciar o dano da violação ao bem jurídico. Esta consiste no fato antijurídico, conforme visto alhures, enquanto o dano constitui os efeitos provenientes dessa violação. Apenas o dano injusto será, portanto, reparável.

No que tange esta distinção, assevera Fernando Noronha:

Na relação do dano com o bem violado, é conveniente ressaltar que aquele não é propriamente a violação deste, e sim a consequência prejudicial resultante dessa violação. A violação do bem, em si mesma, configura o fato antijurídico, assim considerado todo o fato que se coloque em contradição com o ordenamento, deste modo afetando negativamente quaisquer situações que eram juridicamente tuteladas [...]¹¹⁶.

¹¹⁴GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 6. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 391.

¹¹⁵CAVALIERI FILHO, Sérgio; DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Comentários ao novo Código Civil**. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. V. 13: da responsabilidade civil. Das preferências e privilégios creditórios, p. 89.

¹¹⁶NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003. 4 v. V. 1: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil, p. 556.

Orlando Gomes suscita que, segundo Trabucchi, o dano constitui a “lesão de um interesse”. Logo, a lesão causada produz seus efeitos sobre o interesse da vítima em relação a um bem pelo direito tutelado.

Nos ensinamentos de Maria Helena Diniz¹¹⁷, “o dano poderá lesar interesse patrimonial ou extrapatrimonial. Deveras, o caráter patrimonial ou moral do dano não advém da natureza do direito subjetivo danificado, mas dos efeitos da lesão jurídica”.

Significa que a lesão a um interesse relaciona-se com os bens da vítima, sejam eles materiais ou morais. O dano patrimonial compreende os danos emergentes e os lucros cessantes, que implicam, respectivamente, na diminuição efetiva do patrimônio lesado e na cessão do acréscimo ao patrimônio prejudicado.

Por outro lado, a lesão poderá atingir interesse de natureza extrapatrimonial, trazendo prejuízos aos atributos morais ou espirituais da vítima. É o caso dos danos ensejados pelo abandono afetivo dos pais perante sua prole, deixando de proporcionar o substrato necessário ao seu crescimento como ser humano para a vida em sociedade, conforme estudar-se-á ainda neste capítulo.

2.1.4.4 – Nexo de causalidade

Necessária se faz a relação de causalidade entre a conduta do agente e o dano experimentado pela vítima para a caracterização da responsabilidade civil. É dizer: o prejuízo deve estar atrelado à atitude do ofensor, liame sem o qual não persiste qualquer obrigação de reparação perante o ofendido¹¹⁸.

¹¹⁷DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 17. ed. aum. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. 7 v. V. 7: Responsabilidade civil, p. 85.

¹¹⁸Como exceção a essa regra, apresenta-se a responsabilidade objetiva agravada, a qual prescinde do nexos causal, impondo-se a obrigação mesmo em face de caso fortuito ou de força maior. Na responsabilidade objetiva agravada, deve haver apenas a conexão entre a atividade e o fato ocorrido, podendo-se falar em risco inerente da atividade (NORONHA, (1998:), p. 493-494).

Ressalva-se, contudo, que o estabelecimento desta relação causal não se faz tarefa fácil. Na tentativa de mitigar esse problema, criaram-se algumas teorias da causalidade, enunciando regras gerais para a determinação do nexu causal¹¹⁹. Não obstante, sua aplicação deve ser atenta, observando-se as peculiaridades de cada caso concreto pelo magistrado, de forma a evitar a sua automatização e consequentes injustiças, em cada situação fática¹²⁰.

2.1.4.5 – Lesão a bem protegido

Novas vertentes do direito civil vêm admitindo como pressuposto da responsabilidade civil a lesão a bem protegido pelo ordenamento jurídico.

O princípio do escopo da norma violada, ou da relatividade aquiliana, é o norteador do pressuposto em questão, segundo o qual deve-se atentar para o objetivo da norma jurídica, porquanto indicador dos bens tutelados e das pessoas às quais se pretende dar especial proteção¹²¹.

Nesse tom, pode-se determinar os danos sobre os quais a pessoa tem direito à reparação, inclusive na problemática apresentada no presente trabalho, na medida em que constatamos a especial proteção dada pelo ordenamento jurídico brasileiro – bem como no internacional – às crianças e adolescentes, enquanto pessoas na condição de ser em desenvolvimento, que necessitam dos pais para seu crescimento completo.

2.1.5 – Excludentes da responsabilidade civil

¹¹⁹Dentre essas teorias, assinalam-se a teoria da equivalência de condições e a teoria da causalidade adequada. Segundo aquela, todas as condições que contribuem para a ocorrência de um dano são equivalentes e, portanto, devem ser consideradas como causas determinantes na sua produção. Essa teoria é criticada pela ampliação excessiva que pode dar à responsabilização (NORONHA, 2003, p. 601).

¹²⁰PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 82.

¹²¹MARTINS, Juliana Tavares. **Os danos morais decorrentes da desídia paterna**. 2004. 97 fls. Monografia (graduação em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 27.

As excludentes da responsabilidade civil são as causas que exoneram ou atenuam a obrigação do responsável pelo dano inferido sobre outrem. A exclusão ocorre quando um dos pressupostos da responsabilidade civil não se encontrar presente, de forma a eximir o suposto “agente” do dever de reparação.

As principais excludentes relacionam-se com a falta no nexo de imputação ou do nexo de causalidade. Encontram-se previstas, exemplificativamente, nos artigos 188¹²² e 393¹²³ do novel Código Civil.

As eximentes provenientes da ausência de nexo de imputação são denominadas atos justificados, que exoneram o responsável da reparação pelo dano causado ao agressor ou ao responsável pelo criador da situação de perigo, sem, contudo, desproteger terceiros lesados por sua conduta. São exemplos de atos justificados: o estado de necessidade, a legítima defesa, o cumprimento do dever legal, o exercício regular de direito, o consentimento do ofendido, dentre outros¹²⁴.

Por sua vez, as excludentes atreladas à inexistência do nexo de causalidade constituem a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro e o caso fortuito ou de força maior. Estas excludentes são as que, ao presente estudo, melhor interessam, de forma que a seu respeito passa-se a considerar.

2.1.5.1 – Culpa exclusiva da vítima

¹²²Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

¹²³Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

¹²⁴NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003. 4 v. V. 1: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil, p. 556, 332.

Consiste a culpa exclusiva da vítima em excludente de responsabilidade, como o próprio nome sugere, pelo fato de não haver relação entre a conduta do suposto agente e o dano.

Sílvio de Salvo Venosa¹²⁵, acerca do assunto, se volta à controvérsia proposta pela redação do Código Civil, que trata apenas da culpa concorrente, no seu artigo 945¹²⁶. A modalidade de excludente de responsabilidade por culpa exclusiva da vítima não se encontra presente na letra da lei, de forma que seu entendimento desenvolveu-se por meio da doutrina, bem como pela jurisprudência e pela legislação extravagante. Segundo essa concepção, nas situações em que o liame entre o dano e o suposto causador fica comprometido, o nexo causal inexistente.

Mister destacar que a culpa concorrente (artigo 945 do Código Civil) prevê condenação a indenização, conquanto mitigada, visando a compensar o dano causado na proporção da carga de culpa das partes envolvidas, quando ambas concorrem para o dano. Difere-se, portanto, da culpa exclusiva da vítima, por meio da qual o indivíduo se isentará do dever de indenizar.

2.1.5.2 – Fato de terceiro

O fato de terceiro constitui uma das possíveis excludentes da responsabilidade civil. O uso do termo “possível” se justifica porque, via de regra, mesmo que o prejuízo haja sido resultado da conduta de um terceiro, incumbirá ao suposto causador do dano a indenização à vítima, restando o direito de regresso contra aquele que de fato o ensejou¹²⁷.

¹²⁵VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 2. ed. V. 4: Responsabilidade Civil, pág. 38.

¹²⁶Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

¹²⁷Preceituam os artigos 929 e 930 do Código Civil:

Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Com efeito, a forma mais efetiva de o fato de terceiro eximir o “causador direto do dano” é aquela na qual o prejuízo houver se aplicado exclusivamente em razão da conduta daquele, excluindo o próprio nexos de causalidade existente entre a conduta do agente e o dano causado. Em casos assim, conforme os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves¹²⁸, o fato de terceiro equivale ao caso fortuito, porquanto imprevisível e inevitável. O agente constitui, dessa forma, simples instrumento para a produção do evento danoso, sendo o único responsável pela concretização do mesmo o terceiro.

2.1.5.3 – Caso fortuito ou de força maior

Constitui caso fortuito ou de força maior o fato que não se pode evitar e alheio à vontade do agente, rompendo o nexos de causalidade entre o evento danoso e o ato do suposto responsável¹²⁹.

Necessariamente, entende-se que o fato ocorreria com obrigatoriedade. Outrossim, a sua condição inevitável faz-se essencial para a sua caracterização.

Para que fique configurada, a excludente de responsabilidade por caso fortuito ou de força maior será dotada dos seguintes atributos: irresistibilidade, imprevisibilidade e externidade. Esta última característica da eximente, a mais importante na responsabilidade civil em sentido estrito, diz respeito a acontecimento estranho ao agente, externo à sua esfera de atuação, sobre o qual o suposto responsável não tem obrigação de reparação.

A tentativa pela doutrina de delinear as distinções entre o caso fortuito e o de força maior não sucede de forma cediça. Segundo Sérgio Cavalieri Filho¹³⁰, encontramos

¹²⁸GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 223.

¹²⁹Preceitua o artigo 393 do Código Civil:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

¹³⁰CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2ª ed. 1999. Rio de Janeiro: Malheiros, p. 66.

em face de um caso fortuito quando tratar de evento imprevisível e, por isso, inevitável; caso o evento seja inevitável, ainda que previsível, a exemplo das forças da natureza, enfrenta-se a força maior.

Por sua vez, Caio Mário Pereira da Silva¹³¹ descreve o caso fortuito como o ocorrência natural ou o acontecimento proveniente das forças da natureza, enquanto nos casos de força maior seriam os danos ensejados por fato humano (por exemplo, guerra e greves).

Em que pese as controvérsias existentes acerca dessa distinção, faz-se capricho tentar fazê-la, porquanto o Código Civil, em seu art. 393, sem diferenciá-las, estabelece a mesma consequência para ambas excludentes, qual seja, a exoneração do dever de indenizar.

2.2 – O DANO MORAL E A SUA COMPENSAÇÃO

2.2.1 – Conceito de dano moral ou extrapatrimonial

A responsabilidade civil, dentre suas ramificações, ampara a tutela de nosso bem-estar psíquico e espiritual, responsabilizando aquele que causar a outrem dano de ordem extrapatrimonial, assunto abordado por diversos autores, conforme buscar-se-á, a seguir, conceituar.

Carlos Roberto Gonçalves¹³² assim dispõe acerca do dano moral:

O dano moral não é propriamente a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sobre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano. A dor que experimentam os pais pela morte violenta do filho, o padecimento ou complexo de quem suporta um dano estético, a humilhação de quem foi publicamente injuriado são estados de espírito contingentes e variáveis em cada caso, por cada pessoa sente a seu modo. O

¹³¹PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. V. 2. Forense, p. 299-300.

¹³²GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 377.

direito, preleciona Eduardo Zannoni, “não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, m juridicamente”.

Para evitar excessos e abusos, recomenda Sérgio Cavarieri Filho¹³³, só se deve considerar como dano moral

[...] a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até mesmo no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.

O dano moral, nas palavras de Yussef Said Cahali¹³⁴, constitui

[...] a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-se desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.), dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.).

A partir de tantas definições e perante todo o caminho percorrido até esse momento do trabalho, aventa-se a seguinte questão: Seria possível – diante das dificuldades intrínsecas aos relacionamentos familiares – aferir-se a responsabilidade civil por dano extrapatrimonial em virtude do abandono afetivo parental?

Bernardo Castelo Branco¹³⁵, em sua obra *Dano Moral no Direito de Família*, discorre:

¹³³CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 24.

¹³⁴CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 22.

¹³⁵BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano Moral no Direito de Família**. 1 ed. São Paulo: Método, 2006, p. 117-118.

[...] as condutas capazes de provocar a efetiva violação à integridade física, psíquica, moral e intelectual dos filhos configuram um conjunto de comportamentos que, a priori, podem determinar o dever de indenizar os danos morais, desde que presentes os demais requisitos que admitem a incidência da responsabilidade civil no campo do direito de família, notadamente a culpa grave ou dolo.

Resguarda o autor, contudo, que:

[...] o caráter peculiar de que se reverte o vínculo entre pais e filhos não autoriza a admissão indiscriminada de demandas reparatórias por conta de comportamentos adotados na esfera das relações paterno-filiais. Se, de um lado, não se pode conceber a existência de uma imunidade conferida aos pais em relação aos atos danosos praticados contra seus filhos, por outro, não se pode deixar de reconhecer que o caráter peculiar desse vínculo não admite uma interpretação ampliativa do direito à demanda reparatória.

Carlos Roberto Gonçalves dedica um pequeno capítulo à questão da reparação por dano moral em virtude do abandono afetivo nas relações paterno-filiais, e assevera:

A questão é delicada, devendo os juízes ser cautelosos na análise de cada caso, para evitar que o Poder Judiciário seja usado, por mágoa ou outro sentimento menos nobre, como instrumento de vingança contra os pais ausentes ou negligentes no trato com os filhos. Somente casos especiais, em que fique cabalmente demonstrada a influência negativa no descaso dos pais na formação e no desenvolvimento dos filhos, com rejeição pública e humilhante, justificam o pedido de indenização por danos morais. Simples desamor e falta de afeto não bastam. Não se pode olvidar que, em muitos casos, a separação dos pais se dá de forma traumática, dificultando o relacionamento, com os filhos, do cônjuge que não ficou com a guarda. É bastante comum a mãe, sofrida e desencantada com a ruptura da sociedade conjugal, criar obstáculos ao relacionamento do pai com a prole comum. Todas essas circunstâncias devem ser levadas em consideração no julgamento de casos dessa natureza, especialmente para não transformar as relações familiares em vindita ou em jogo de interesses econômicos¹³⁶.

¹³⁶GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 420.

Com alguns sinais de resistência ao reconhecimento do afeto como direito fundamental ao desenvolvimento da criança e do adolescente para a vida social e os danos potenciais que sua ausência possam causar, a doutrina vem analisando ainda parcamente a questão da responsabilidade civil pelo abandono afetivo dos pais perante sua prole. Observa-se, contudo, uma crescente discussão sobre o tema, diante das modernas controvérsias suscitadas pela realidade brasileira, no sentido de averiguar-se as peculiaridades de cada caso concreto e preservar os valores da família como o seio e origem da sociedade.

2.2.2 – A tutela dos direitos da personalidade

De forma geral, o dano moral ou extrapatrimonial se configura a partir da violação dos direitos da personalidade, razão pela qual merece análise. Para uma melhor compreensão a seu respeito, mister abordar acerca de seus conceitos positivista e naturalista.

Conforme a concepção positivista, apenas se consideram como da personalidade os direitos essenciais inerentes ao homem, assim conhecidos pelo Estado e positivados no ordenamento jurídico. Por outro lado, a concepção naturalista aponta que os direitos essenciais ao homem lhe são inerentes por sua própria natureza e condição humana¹³⁷, independentemente de previsão em lei, sendo, portanto, fundados no consenso¹³⁸.

Carlos Alberto Bittar, adotando a tese naturalista, conceitua os direitos da personalidade:

Consideram-se como da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no

¹³⁷BITTAR, Carlos Alberto. Danos morais e materiais decorrentes da ruptura do casamento. *In*: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coord.). **O direito civil no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 101-102.

¹³⁸BRINCAS, Paulo; PASOLD, César Luiz. **Reflexões sobre a responsabilidade e a natureza jurídica do dano moral**. 1998. 146 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Curso de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, p. 93.

ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, tantos¹³⁹.

Com foco na classificação tripartite proposta pelo autor, os direitos da personalidade visam à tutela das integridades física, psíquica e moral do ser humano¹⁴⁰. Essa segmentação serve, inclusive, para a orientação da classificação dos danos morais *lato sensu* em danos à integridade física, psíquica e moral, conforme a natureza dos bens afetados.

A primazia dos direitos da personalidade evidencia-se por suas peculiaridades, porquanto constituem direitos inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes*¹⁴¹. A extrapatrimonialidade dada aos direitos da personalidade ensejou grande resistência ao seu reconhecimento, a partir da qual se entende a própria resistência ao reconhecimento dos danos morais.

Todavia, o objetivando resguardar a dignidade da pessoa humana, os direitos da personalidade culminaram na repersonalização do direito, apartando o grau de superioridade dado aos direitos patrimoniais. Paulo Marcondes Brincas, a esse respeito, assevera: “reconhecer no homem mais que apenas um elemento do processo econômico, caracterizando-o como um ser detentor de direitos inalienáveis, significa humanizar o Direito¹⁴².”

2.2.3 – A compensação do dano moral

Etimologicamente, o termo “indenizar” provém da expressão latina *indemne*, que significa tornar a vítima indene, incólume. Consoante os ensinamentos de Sílvio Rodrigues,

¹³⁹BITTAR, Carlos Alberto. Danos morais e materiais decorrentes da ruptura do casamento. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coord.). **O direito civil no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 95.

¹⁴⁰BITTAR, 2003, p. 112.

¹⁴¹BITTAR, 2003, p. 105.

¹⁴²BRINCAS, Paulo; PASOLD, César Luiz. **Reflexões sobre a responsabilidade e a natureza jurídica do dano moral**. 1998. 146 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Curso de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, p. 84-85.

“indenizar significa ressarcir o prejuízo, ou seja, tornar indene a vítima, cobrindo todo o dano por ela experimentado¹⁴³”. Assim, com o fim de restaurar o equilíbrio abalado pelo dano, a indenização objetiva restabelecer a vítima ao estado anterior à ocasião do fato ensejador do dano, como se este não houvesse ocorrido. Contudo, a restituição da vítima ao *status quo ante* nem sempre se faz possível.

Quando se trata de um dano patrimonial, almeja-se a restauração desse *status quo ante* por meio de reparação *in natura* ou de indenização pecuniária. Neste tipo de indenização, vigora princípio do *restitutio in integrum*, ou seja, do ressarcimento integral do dano, aquilatando-se o *quantum* indenizatório por meio do cálculo da diferença entre a situação atual do patrimônio prejudicado e a em que se encontraria no caso da inocorrência do dano.

Nos danos morais, contudo, não se faz possível a reintegração da vítima ao estado anterior. Outrossim, sua natureza imaterial impossibilita a restauração natural do dano causado, fazendo necessária a reparação pecuniária pelas lesões auferidas.

Necessário se faz mencionar que, em alguns casos, é possível a reparação por outros meios que não o pecuniário. Quando há ofensa à honra, a reparação do dano pode ser realizada por meio de retratação do ofensor ou de publicação na imprensa de sentença judicial. A Lei de Imprensa¹⁴⁴, por exemplo, prevê a retratação, o desmentido e a retificação de notícia injuriosa como meios reparatórios aos danos referentes aos tipos penais calúnia, injúria e difamação praticados na imprensa. A Lei de Direitos Autorais¹⁴⁵, na mesma senda, obriga a divulgação pela imprensa da autoria de obras intelectuais utilizadas sem a identificação de seu autor.

Em se tratando de danos morais, também se faz impossível a aplicação do *restitutio in integrum*, próprio dos danos patrimoniais, em virtude a imensurabilidade das lesões físicas ou psiquiátricas pelas quais se pretenderia a indenização, de forma que não se

¹⁴³RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002a. 7 v. V. 4: Responsabilidade civil, p. 185.

¹⁴⁴Lei n. 5.250/1967.

¹⁴⁵Lei n. 5.988/1973.

pode estabelecer uma equivalência entre uma quantia de dinheiro e um dano dessa natureza. Desta forma, a reparação dos danos morais corresponderá à lesão, não lhe sendo equivalente.

Cumpre consignar, ainda, não se dever, a esse respeito, falar em “reparação” pelos danos morais causados pela lesão ao direito da personalidade, e sim em compensação, cujo objetivo constitui o confortamento pelo bem atingido e pelo mal sofrido, não se eliminando o prejuízo¹⁴⁶.

Dizer, portanto, que não deve ser possível a condenação de um pai, ou uma mãe, pelo abandono afetivo de sua prole porque “não se pode comprar o amor”, ou afirmar que a falta de afeto não se paga com dinheiro, é constatar, de fato, aquilo que se acaba de explicar, embora verifique-se, perante a teoria geral da responsabilidade civil, que a condenação se faz medida de direito, trazendo algum conforto à vítima, que é o foco da presente análise.

¹⁴⁶GOMES, Orlando. **Obrigações**. 11. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 272.

CAPÍTULO 3 – O COTEJO ANALÍTICO E AS DIVERGÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS EM TORNO DO ASSUNTO

Observados os fundamentos para a consagração do dano moral pelo abandono afetivo nas relações paterno-filiais, cumpre a esta etapa do trabalho observar de que forma tem ocorrido a sua aplicação nas demandas submetidas à apreciação jurisdicional, tanto em esfera estadual quanto ao serem ascendidas ao exame do Superior Tribunal de Justiça.

Constatar-se-á que a questão suscitada não possui um entendimento cediço pelos aplicadores do direito que, não poucas vezes, abstendo-se das peculiaridades exigidas à análise de cada caso, ou mesmo eivados de opiniões próprias e parcialidades, deixam de tratar as demandas judicializadas com o grau de complexidade que lhes é inerente.

Após, tem-se por escopo tecer algumas considerações, retomando o conteúdo já observado no presente trabalho, acerca das dificuldades constatadas para a uniformização do entendimento acerca do assunto pelos operadores do direito, sejam advogados ou magistrados, que atuam em uma dissonância de opiniões e, por vezes, de conceitos para que todos os envolvidos no processo falem a mesma linguagem.

3.1 – O JULGADO PARADIGMÁTICO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Superior Tribunal de Justiça, em 24 de abril de 2012, deliberou acerca do tema proposto no presente ensaio monográfico, trazendo novidades ao seu estudo e aventando grandes polêmicas quanto à admissibilidade da condenação de um homem ao pagamento de indenização por danos morais à filha que, conquanto provida de verbas alimentares até a maioridade, fora abandonada afetivamente durante toda a sua vida.

O Recurso Especial em apreço foi interposto contra acórdão originário do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que fixou indenização em favor da filha, vítima de negligência e tratamento desigual em relação aos irmãos advindos de outro relacionamento, no patamar de R\$ 415.000,00. A decisão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça veio a confirmar a aplicabilidade dos institutos da responsabilidade civil no caso do abandono afetivo em questão, havendo sido parcialmente provido, por maioria de votos, apenas com relação ao seu *quantum*, reduzido ao montante de R\$ 200.000,00.

Em 2005, a Quarta Turma do STJ, que também analisou o tema, havia rejeitado a possibilidade de ocorrência de dano moral por abandono afetivo nas relações paterno-filiais. Este posicionamento fora o mais adotado pela maioria das Cortes estaduais, o que tornou ainda maior a polêmica em torno do assunto. Eis o antigo ponto de vista adotado pela Corte Especial:¹⁴⁷

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.
2. Recurso especial conhecido e provido.

A ultrapassada posição do Superior Tribunal de Justiça, adotada sob o argumento de que “como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada”, deu lugar a uma perspectiva sensata e protetora dos direitos da Criança e do Adolescente que, como um todo, considera a primazia da dignidade da pessoa humana, bem como os preceitos da doutrina da proteção integral e do princípio da afetividade para o pleno desenvolvimento do infante à vida em sociedade.

Dessarte, se faz relevante colacionar a ementa do recente e inovador julgado¹⁴⁸, para a elucidação da questão proposta:

¹⁴⁷REsp 757411 – Relator Ministro Fernando Gonçalves. Julgado em 29 de novembro de 2005.

¹⁴⁸REsp 1159242 – Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 24 de abril de 2012.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

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

Uma verdadeira lição acerca da aplicabilidade dos institutos da responsabilidade civil às controvérsias intrínsecas às relações intrafamiliares, o voto vencedor da relatora Ministra Nancy Andrighi – cuja íntegra, dado seu valoroso ensinamento, acompanha este trabalho – trouxe à discussão a premência da tutela ao pleno desenvolvimento psíquico-social do indivíduo a partir das primeiras fases de sua vida, bem como o dever de que este substrato seja proporcionado pelos genitores, por meio de condutas afetivas, em virtude de e desde a decisão pela constituição, seja por concepção ou adoção, de sua relação paterno-filial.

Sustenta, acertadamente, a Ministra Andrighi, no julgado de sua relatoria, que o desvelo e atenção à prole não podem mais ser tratados como acessórios no processo de criação, porquanto, há muito, deixou de ser intuitivo que o cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não é apenas um 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.

Por estas razões, explica, percebe-se hoje, nas normas constitucionais, a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, sob o ponto de vista científico, daquilo outrora percebido empiricamente: o cuidado é fundamental para a formação da criança e do adolescente, ganhando contornos mais técnicos em sua discussão. Isso porque não se debate mais a mensuração do intangível – o amor – mas a verificação do cumprimento, ou não, de uma obrigação legal: cuidar.

Afirma a Ministra, ainda, no indigitado voto, que negar ao cuidado o *status* de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção à criança e ao adolescente, cristalizada, na parte final do artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil: “(...) além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (...)”.

Diante de todo o arcabouço normativo e principiológico estudado neste trabalho, constantes dos seus dois primeiros capítulos, conclui-se que não poderiam ter sido mais acertadas as considerações tecidas pela Ministra Nancy Andrichi, embora não havendo sido acompanhadas por todos os colegas de Turma no julgamento em questão. Vive-se uma fase transitória da percepção, pelos aplicadores do direito, acerca da repercussão civil dos casos de descuido parental, alçando-se, felizmente, a um estágio evolutivo da justiça em favor daqueles que merecem a sua especial proteção.

Curiosamente, perceber-se-á adiante que, conquanto fortemente defendida pela Corte Especial Brasileira, o reconhecimento e a consequente aplicação da responsabilidade civil por dano moral decorrente do abandono afetivo na filiação não é o posicionamento em que tem se firmado o Tribunal de Justiça de Santa Catarina em casos semelhantes.

3.2 – A VISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

A matéria objeto deste estudo vem sendo apreciada nos últimos anos, ainda que parcamente, pelo Poder Judiciário de Santa Catarina. Sobrepondo-se a este fato, decisão paradigmática do Superior Tribunal de Justiça acerca do dano moral pelo abandono afetivo em abril de 2012 aventou muitas polêmicas e proporcionou a discussão que aqui se pretende deslindar, conquanto singelamente, de forma didática e objetiva, a fim de investigar as diferenças nas percepções acerca do instituto pelos aplicadores do direito.

3.2.1 – O histórico dos julgados catarinenses

No histórico dos julgados catarinenses, acerca do assunto e anteriores ao julgado paradigmático do Superior Tribunal da Justiça, encontram-se poucos registros de casos semelhantes para análise. Um exemplo deles é a sentença prolatada em ação de indenização por dano moral – movida por uma jovem contra o seu pai – da lavra do então juiz de direito Luiz Fernando Boller, titular da Segunda Vara Cível da Comarca de Tubarão, sobre a qual colhe-se a seguinte notícia, publicada no sítio do Poder Judiciário de Santa Catarina em 29 de outubro de 2008¹⁴⁹:

Um aposentado de Tubarão deverá pagar indenização de 60 salários-mínimos a filha adolescente. A decisão é do juiz Luiz Fernando Boller, titular da 2ª Vara Cível daquela Comarca, que julgou inusitada ação de indenização por dano moral movida por filha contra o próprio pai, tendo por motivo suposto abandono moral. Segundo os autos, os problemas surgiram após a separação dos pais da jovem, que optou em permanecer sob a guarda de sua mãe. Por conta disso, a garota passou a se sentir desprezada e abandonada pelo genitor, que inclusive tornou pública sua desconfiança sobre tal paternidade. Mais que isso, anunciou que deixaria de pagar pensão alimentícia e que não custearia mais seus estudos – fatos que motivaram o ajuizamento da ação. Na condução da instrução, o juiz Boller determinou a realização de exame de DNA, cujo resultado confirmou os laços sanguíneos entre as partes. Ele julgou procedente o pleito da adolescente. “(Ela) cresceu em meio a desconfiança e disputa, tendo uma infância tumultuada pelos desentendimentos dos pais que tinham o papel fundamental e comum de preservar sua integridade física e moral”, anotou o magistrado, em sua sentença. Para ele, o descumprimento do dever de convivência e participação

¹⁴⁹Disponível em <<http://www.tj.sc.jus.br>>, acesso em 01 de setembro de 2012.

ativa no desenvolvimento do ser que geraram, preparando-o para vida independente, importou sério prejuízo à personalidade da jovem, que chegou a ser publicamente renegada. O magistrado condenou o pai a pagar à filha indenização por dano moral no valor atualizado de mais de R\$ 25 mil, bem como a responsabilidade pelo pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de 15% (Ação nº 075.07.003948-2).

A Apelação Cível contra a sentença, que ainda tramita perante o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, possui boa chance de reformar por completo a decisão acertada do então juiz de direito da comarca de Tubarão. Isso porque, ver-se-á a seguir, o posicionamento da Corte catarinense, em que pese a nova decisão do STJ sobre o assunto, não vem se formando de maneira harmoniosa àquela.

Outro julgado exemplificativo do Poder Judiciário catarinense acerca do assunto, por sua vez em segunda instância, é o acórdão da Terceira Câmara de Direito Civil, de relatoria da Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta, julgado em 6 de setembro de 2011, cuja ementa¹⁵⁰ colaciona-se a seguir:

RESPONSABILIDADE CIVIL. FILIAÇÃO. ABANDONO MATERIAL, MORAL E INTELLECTUAL DO PAI EM RELAÇÃO AO FILHO. TRATAMENTO ANTI-ISONÔMICO ENTRE OS FILHOS. DANO MORAL CONFIGURADO. EXCEPCIONALIDADE DO CASO CONCRETO. RECURSO DESPROVIDO.

Mencionado acórdão manteve o antigo posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, declarando que inexistente dano moral em caso de falta de amor, atenção e carinho do pai em relação ao filho. Manteve-se a decisão, todavia, quanto ao que tange à condenação do apelante por danos morais decorrentes de tratamento anti-isonômico entre os seus filhos.

No caso em apreço, restou comprovado que o pai, então réu, em condições financeiras abonadas e proprietário de vários imóveis, apesar de não haver registrado o autor como seu filho, conhecia a sua condição de pai e nunca a contestou, seja judicial ou extrajudicialmente. Não obstante tal fato, restou constatado o descumprimento dos deveres

¹⁵⁰Apelação cível n. 2011.043951-1, da comarca da Capital – Relatora Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Julgado em 06 de setembro de 2011.

parentais, mesmo quando o réu podia regularmente adimpli-los, deixando seu filho à míngua de apoio material, instrução, educação, lazer e inúmeros direitos análogos de que era titular. E, mais que isso, a prova produzida nos autos demonstrou que o réu, em desatenção ao comando constitucional que estabelece ampla isonomia de tratamento entre os filhos (artigo 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988), vedando qualquer espécie de discriminação entre eles (artigo 227, caput, da Constituição Federal de 1988), concedeu tratamento distinto ao autor e a seus outros filhos, tratando aquele qual um agregado, destinando-lhe não os insumos necessários a sua regular criação, e que poderiam ser prestados, mas apenas algumas esmolas, favores diminutos, em quadro de total indiferença em relação a filho que sabia ser seu.

Merece destaque o julgamento em questão pela observância, por parte do órgão colegiado, das peculiaridades inerentes ao caso, ainda que lidando com a controvérsia sob a égide do antigo julgado do Superior Tribunal de Justiça. Nele, o filho negligenciado, analfabeto até os 22 anos de idade, teve sua criação preterida em favor dos irmãos havidos em outro relacionamento, formados em cursos de nível superior pagos pelo pai, além de perceptores de diversos outros privilégios, próprios de sua condição de filhos.

Com uma visão mitigada do antigo julgado do Superior Tribunal de Justiça, referência, à época, sobre o assunto, e ponderando sobre os fatores, tanto externos quanto internos à ação na ocasião de seu julgamento, a magistrada relatora negou provimento ao recurso e manteve a condenação do pai pelos danos morais causados em virtude do abandono material e do tratamento desigual dado aos seus filhos, no patamar de R\$ 40.000,00.

Vê-se, com esse julgado, que os princípios constitucionais norteadores do direito de família e também dos direitos da criança e do adolescente, não foram por todo abandonados, nem por todo observados. Isso porque, conforme visto do Recurso Especial usado como paradigma no presente estudo, o afeto, a convivência e os provimentos psicológicos também constituem obrigação dos pais para o desenvolvimento e criação dos filhos para a vida adulta em sociedade. Acertou, todavia, a magistrada, quando observou a existência de dano moral indenizável pelo disparate visível do tratamento dado aos filhos do litigante, afetando claramente a sua vida adulta.

Apontados os principais e mais simbólicos julgados do histórico da Corte catarinense, o próximo segmento deste trabalho visa à exposição da atual posição do Tribunal de Justiça de Santa Catarina a respeito da existência ou não de dano moral por abandono afetivo nas relações paterno-filiais, que vem se consolidando de forma uníssona, embora, observar-se-á, contrária à atual percepção do Superior Tribunal de Justiça acerca do assunto.

3.2.2 – A atual posição nos julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina

O precedente que aqui se apresentará fora acordado de forma unânime pela Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, da qual um dos membros é o atual Desembargador Luiz Fernando Boller, magistrado que, no julgado catarinense de 29 de outubro de 2008, exposto alhures, posicionou-se a favor da incidência da espécie de condenação que aqui se discute. Curiosamente, desta vez, o posicionamento tomado foi o oposto.

Porquanto bem deslindou o julgado¹⁵¹, cola-se aqui a notícia colhida do sítio do Poder Judiciário de Santa Catarina em 6 de agosto de 2012¹⁵², publicada pela relevância em torno do assunto que vinha sofrendo reviravoltas à sua ocasião:

A delicada questão relativa ao dano afetivo e sua reparação pecuniária foi enfrentada pela 4ª Câmara Civil, em acórdão sob relatoria do desembargador substituto Jorge Luis Costa Beber.

Mediante votação unânime, foi reconhecido que ao Poder Judiciário não é dada a incumbência de tutelar o amor ou o desafeto numa espécie de jurisdicionalização dos sentimentos, que são incontrolláveis pela sua própria essência.

Segundo o relator, “a afeição compulsória, forjada pelo receio da responsabilização pecuniária, é tão ou mais funesta do que a própria ausência de afeto”. Isto porque “responsabilizar, mediante indenização pecuniária, a ausência de sentimentos é incentivar a insinceridade do amor, conspirando para o nascimento de relações familiares assentadas sobre os

¹⁵¹Apelação Cível n. 2011.073787-1. Relator Desembargador Substituto Jorge Luis Costa Beber. Julgado em 02 de agosto de 2012.

¹⁵²Disponível em <<http://www.tj.sc.jus.br>> Acesso em 05 de março de 2013.

pilares do fingimento, o que não se coaduna com a moral, a ética e o direito”.

Para Beber, amor existe ou não; no segundo caso, pode até vir a ser cultivado com atitudes de aproximação, jamais sob ameaça de punição. Segundo o magistrado, a construção de laços afetivos mediante coação pecuniária é de todo temerária, “transparecendo bizarro imaginar pais que não nutrem afeto algum pela prole, fingindo, de um instante para outro, aquilo que são incapazes de sentir genuinamente, apenas pelo temor de virem a ser condenados a indenizar o que desditosamente já está consumado!”

Por derradeiro, a 4ª Câmara admitiu que, em situações excepcionais, “onde a falta de afeto criou espaço para um sentimento de desprezo acintoso, de menoscabo explícito, público e constrangedor, o filho possa pleitear a reparação pelo dano anímico experimentado, porque nesse caso, ao invés da inexistência de amor, não nascido espontaneamente, há uma vontade deliberada e consciente de repugnar a prole não desejada”.

Caprichosamente elaborada e um tanto quanto autoexplicativa, levanta-se a ementa do acórdão, cuja íntegra segue anexa a este trabalho, para sua melhor compreensão:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. FILHO QUE IMPUTA AO PAI O COMETIMENTO DE ABANDONO MORAL E AFETIVO, CULPANDO-LHE PELO DISTANCIAMENTO DE AMBOS AO LONGO DA VIDA E PELOS SOFRIMENTOS EXPERIMENTADOS EM VIRTUDE DISTO. AGRAVO RETIDO. INTEMPESTIVIDADE. NÃO INTERPOSIÇÃO IMEDIATA, NA PRÓPRIA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. ART. 523, § 4º, DO CPC. MÉRITO. AO PODER JUDICIÁRIO NÃO É DADA A INCUMBÊNCIA DE TUTELAR O AMOR OU O DESAFETO, NUMA ESPÉCIE DE JURISDIONALIZAÇÃO DOS SENTIMENTOS, QUE SÃO INCONTROLÁVEIS PELA SUA PRÓPRIA ESSÊNCIA. A AFEIÇÃO COMPULSÓRIA, FORJADA PELO RECEIO DA RESPONSABILIZAÇÃO PECUNIÁRIA, É TÃO OU MAIS FUNESTA DO QUE A PRÓPRIA AUSÊNCIA DE AFETO. RESPONSABILIZAR, MEDIANTE INDENIZAÇÃO PECUNÁRIA A AUSÊNCIA DE SENTIMENTOS, É INCENTIVAR A INSINCERIDADE DO AMOR, CONSPIRANDO PARA O NASCIMENTO DE RELAÇÕES FAMILIARES ASSENTADAS SOB OS PILARES DO FINGIMENTO, O QUE NÃO SE COADUNA COM A MORAL, A ÉTICA E O DIREITO. ATO ILÍCITO NÃO CARACTERIZADO. INEXISTÊNCIA DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. ARTS. 186 E 927 DO CC E ART. 333, INC. I, DO CPC. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STJ. APELO DESPROVIDO.

Amor existe ou não existe e, em não existindo, pode até vir a ser cultivado com atitudes de aproximação, jamais sob ameaça de punição. A construção de laços afetivos mediante coação pecuniária é de todo temerária,

ressumbrando bizarro imaginar pais que não nutrem afeto algum pela prole, fingirem, de um instante para outro, aquilo que são incapazes de sentir genuinamente, apenas pelo temor de virem a ser condenados a indenizar o que desditosamente já está consumado.

Quantos filhos seriam obrigados a compartilhar a presença nociva de alguns pais por força dessa imposição jurisdicional? Guarda alguma razoabilidade imaginar benefícios para o filho quando sua relação com o pai é construída sobre alicerces falsos? Quanto de humanidade realmente restaria de um afeto legalmente conduzido? Em muitos casos, seria ainda de indagar: quantos filhos seriam efetivamente beneficiados pela monetarização do afeto? Para o pai ausente, cujo coração não aflorou para o amor aos filhos, a punição maior está nos dramas da sua própria consciência.

É preciso, todavia, saber distinguir a ausência de afeição com a repugnância acintosa. Por isso, em casos excepcionais, onde a falta de afeto criou espaço para um sentimento de desprezo acintoso, de menoscabamento explícito, público e constrangedor, o filho possa pleitear a reparação pelo dano [...].

Dessarte, percebe-se, no caso, a segregação do conceito de cuidado, de certa forma defendido pelo magistrado, do conceito abstrato de sentimentos, que estão muito além da competência jurisdicional atribuída ao Estado. A ementa colacionada, que fala por si só, expressa de maneira muito transparente a forma como o magistrado relator, Desembargador Jorge Luis Costa Beber, acompanhado de seus colegas de Câmara, vê a indenização pleiteada com um caráter predominantemente punitivo, em vez de compensatório, protegendo a figura do genitor. Desfavorecidos, quedam desamparados a criança e o adolescente que, em que pese sua condição de ser em desenvolvimento, veem desconsiderados os seus direitos a uma proteção integral e à tutela que vise ao seu melhor interesse.

Quanto aos demais julgados, sobre o assunto, não há nenhuma novidade. Após a decisão paradigmática do Superior Tribunal de Justiça, de forma infeliz percebe-se uma automatização do Judiciário catarinense nos casos que guardam semelhança ao suso mencionado. Embora a demanda por esta espécie de indenização haja aumentado exponencialmente, e em que pese venha se consagrando a necessidade de uma atenção redobrada a este tipo de casos, sequer a ementa acima vem sendo modificada para o julgamento dos demais recursos interpostos perante o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, pondo-se de lado a atenção necessária às peculiaridades inerentes a cada caso submetido ao crivo da justiça.

Desta forma, percebe-se uma constante negação a um direito devido a muitos que buscam amenizar as dores de uma criação negligenciada, da falta de atenção que lhe era necessária e da ausência total de respeito à dignidade que lhe é própria enquanto filho e ser humano. Constata-se, outrossim, a adoção de um posicionamento retrógrado por parte do Poder Judiciário de Santa Catarina acerca do assunto em apreço, visto que anteriormente vinha tomando decisões mais acertadas e dedicando maior atenção às singularidades de cada demanda apreciada, visando ao alcance da justiça.

3.3 – AS DIFICULDADES ENCONTRADAS NA UNIFORMIZAÇÃO DOS CRITÉRIOS PARA A CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL PELO ABANDONO AFETIVO NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS

Por derradeiro, pretende-se tecer algumas considerações acerca das dificuldades percebidas ao longo do estudo proposto, no que tange à interpretação, pelos operadores do direito, da aplicabilidade dos institutos da responsabilidade civil aos casos de abandono afetivo, em especial pelos magistrados, que, por vezes, suscitam controvérsias ainda maiores do que as que lhe são propostas à resolução.

3.3.1 – A pessoa “alvo” da responsabilidade civil

A primeira consideração a ser feita, em especial com relação ao atual posicionamento da Corte catarinense no apreço da questão, diz respeito ao caráter predominante dos institutos da responsabilidade civil.

Conforme exposto no segundo capítulo deste trabalho, três são as funções da responsabilidade civil: i) função reparatória ou compensatória; ii) função sancionatória ou punitiva, e; iii) função preventiva ou dissuasora. Também vimos que estas duas últimas funções mais se aproximam do direito penal, voltando-se para a figura do agente causador do

dano, impondo-lhe sanção e evitando que a conduta se repita por parte do punido ou seja copiada por outros agentes em potencial.

Por outro lado, vimos que a primeira das funções – qual seja, a função reparatoria ou compensatória – constitui a função primordial da responsabilidade civil, voltando-se à figura da vítima, de modo a amparar o interesse jurídico atingido, quando legalmente protegido, e obrigar o causador do dano a reintegrar a pessoa prejudicada ao seu *status quo ante* ou, no caso de abalo moral, prover o confortamento pelo bem atingido e pelo mal sofrido.

Conforme dito, e se faz de suma importância ser retomado para o entendimento da questão, a figura central na responsabilidade civil é a *vítima*, não o ofensor. Nesse sentido, assevera Eugênio Facchini Neto:

[...] o foco atual da responsabilidade civil, pelo que se percebe da sua evolução histórica e tendências doutrinárias, reside cada vez mais no imperativo de indenizar ou compensar dano injustamente sofrido, abandonando-se a preocupação com a censura do seu responsável. Cabe ao direito penal preocupar-se com o agente, disciplinando os casos que deve ser criminalmente responsabilizado. Ao direito civil, contrariamente, compete inquietar-se com a vítima¹⁵³.

A função, por excelência, da responsabilidade civil é, portanto, a reparatoria. Dizer, então, que “...para o pai ausente, cujo coração não aflorou para o amor aos filhos, a punição maior está nos dramas da sua própria consciência¹⁵⁴”, além de misturar conceitos, é desvirtuar o caráter compensatório da responsabilidade civil pelo abandono afetivo. O que deve ser observado é a necessidade de compensação de um dano experimentado pela vítima em virtude do descumprimento de um dever legal imposto aos pais, ferindo um interesse legalmente protegido dos filhos, bem como da sociedade como um todo, dados os conhecidos reflexos da negligência na criação de um ser humano para a vida adulta.

¹⁵³FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 161.

¹⁵⁴Apelação Cível n. 2011.073787-1. Relator Desembargador Substituto Jorge Luis Costa Beber. Julgado em 02 de agosto de 2012.

Não bastasse considerar a função principal da responsabilidade civil a colocar o filho como alvo principal da indenização pelo dano moral em análise, convém destacar o que fora visto alhures: a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tornou-se um grande marco na seara da proteção integral à criança e ao adolescente. Seu artigo 227 sintetiza todos os direitos fundamentais concedidos à infância e juventude, assegurando-lhes absoluta prioridade, sob responsabilidade conjunta das figuras da família, da sociedade e do Estado.

Por meio da consagração destes direitos fundamentais, inerentes a toda criança e adolescente, restou ainda mais acentuada a necessidade de se tutelar o interesse do filho quando enfrentada uma demanda judicial em virtude da ausência dos cuidados necessários ao seu desenvolvimento íntegro e digno como pessoa.

Dito isso, fica claro que quem merece a atenção é o filho, cuja Constituição, leis e outras normas de direito internacional conferem especial proteção, devendo ser proporcionada pela figura dos pais, em conjunto com o Estado e a sociedade. Erra, portanto, aquele coloca o genitor negligente no centro da análise da demanda que pleiteia indenização em virtude de um dano moral infligido ao filho, alegando que este tipo de conduta não constitui ato ilegal passível de penalização.

Por esta razão viu-se regredir o entendimento consagrado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, mesmo após um julgamento tão bem fundamentado como o realizado pelo Superior Tribunal de Justiça, que deveria ser tomado como parâmetro pelas demais Cortes brasileiras.

3.3.2 – A concepção de afeto pelo aplicador do direito

Outra questão primordial para uma uniformização do entendimento acerca do assunto – e a que levanta maiores dúvidas, polêmicas e controvérsias – é a que se relaciona com a conceituação do termo “afeto” para a aplicação dos dispositivos estudados.

Diferentemente da ideia romântica a qual possa nos remeter, o termo afeto é oriundo do latim *ad* (= para) e *fectum* (= feito), segundo o qual os dois lados da relação pai-filho foram feitos um para o outro, figurando, respectivamente, como protetor e protegido. É o afeto que cria esse laço entre duas pessoas que, embora autônomas enquanto seres humanos, possuem uma relação de dependência que as une ao longo de boa parte de suas vidas.

O afeto constitui um elemento necessário para tornar a dignidade humana real e efetiva, porquanto todo ser humano dele carece para estruturar sua vida, sendo obtido, em primeiro momento, no seio familiar¹⁵⁵.

Em que pese a simplicidade do termo, observa-se uma grande confusão de conceitos que impede ou, no mínimo, dificulta um consenso sobre a matéria. Necessário se faz, portanto, tomar como norte os preceitos difundidos pelos princípios da afetividade, bem como da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente para a solução deste problema.

Em consonância com o estudado, o princípio da proteção integral, consagrado pelos artigos 4º e 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente não deve e não pode ser considerado simples recomendação ética, mas sim um reflexo claro acerca do caráter integral da teoria dos direitos da criança e sua relação com os direitos humanos, impondo a predominância do interesse do filho¹⁵⁶. E é do interesse da criança obter um tratamento digno em sua criação, não apenas com recursos materiais, mas principalmente com o suporte emocional, com o conforto do convívio no seio familiar e com a educação que lhe é necessária.

Assim, imperativo se faz refletir, verdadeiramente, a respeito de um lado específico daquele princípio: a dignidade da pessoa humana reconhecida por meio do *exercício do cuidado para com a criança, cujo significado implica, compulsoriamente, na garantia de condições de desenvolvimento físico e emocional adequados, de forma a permitir,*

¹⁵⁵ANGELUCI, Cleber Afonso. O valor do afeto para a dignidade humana nas relações de família, **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**: Divisão Jurídica, n 44, Faculdade de Direito de Bauru, set.-dez. 2005, p. 411.

¹⁵⁶LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: Uma distinção necessária. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 516.

à criança e ao jovem, inclusive, o sentimento de fazer parte de uma família, na qual possam vivenciar o afeto, a confiança e a cumplicidade, da mesma forma que proporcionadas as adequadas condições de estabilidade econômica¹⁵⁷.

Nesse sentido, explica Pereira:

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”¹⁵⁸.

O conceito de afeto correlaciona-se, portanto, com esse sentimento de fazer parte de uma família, com o exercício do cuidado para com a criança e o adolescente, e não apenas com a ideia de amor ou desamor. Lobo¹⁵⁹ acentua que a afetividade é uma construção cultural e que, sem ostentar interesses materiais, ocorre na convivência, se revelando em ambiente de solidariedade e responsabilidade.

Cabendo perfeitamente, os argumentos da Ministra Nancy Andrighi são contundentes e certos com relação à diferenciação do conceito de afeto da ideia de amor ou outros sentimentos:

Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empeco 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

¹⁵⁷HAPNER, Adriana Antunes Maciel Aranha *et all.* O princípio da prevalência da família: a permanência do cuidar. *In:* PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 138.

¹⁵⁸PEREIRA, Tânia da Silva. 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.

¹⁵⁹LOBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas**: Para além do *numerus clausus*. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>> Acesso em 24 de abril de 2013.

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 tizado 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**¹⁶⁰ (com grifo no original).

Efetivamente, deve-se conceber o afeto com base no dever de cuidado posto sob a responsabilidade de todo pai e toda mãe, por meio de disposições legais, de forma que se possa aferir o seu cumprimento, sob forma de condutas positivas que contribuam para o pleno desenvolvimento físico e psicológico dos filhos para a vida adulta em sociedade. Desta maneira, reduzir-se-iam as arbitrariedades cometidas pelos aplicadores do direito ao apreciarem uma diversidade de casos judicializados, em virtude de conceitos subjetivos dados à ideia de afeto, e tornando unísono o seu entendimento.

3.3.3 – O caráter compensatório, e não reparatório, da indenização

Por fim, mas não menos importante, cumpre aqui fazer algumas críticas ao pensamento inculcado por uma sociedade conservadora a respeito da judicialização de ações indenizatórias deste cunho pelo simplório argumento de que “não se pode reparar a ausência de um pai, ou de uma mãe, com dinheiro”. Ora, fato é que nenhum dinheiro no mundo é capaz de comprar o afeto de um pai ou de uma mãe, ou de restituir um dano pela sua ausência, isso bem se sabe, porquanto irrefutável.

Todavia, a análise do problema sob o ponto de vista técnico do direito civil torna incontroverso que o tipo de indenização pleiteada não possui o objetivo de reintegrar a vítima ao seu *status quo ante*, caráter próprio das reparações por danos patrimoniais. Conforme visto no segundo capítulo deste trabalho, as ações indenizatórias de cunho extrapatrimonial detém

¹⁶⁰REsp 1159242 – Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 24 de abril de 2012.

como alvo a compensação por um dano experimentado que não poderia, de nenhuma outra forma, ser reparado.

A partir do estudado, temos que nos casos de danos morais não se faz possível a reintegração da vítima ao estado anterior. De igual forma, sua natureza imaterial impossibilita a restauração *in natura* do bem danificado, tornando necessária a reparação pecuniária pelas lesões infligidas, no caso, aos filhos negligenciados.

Merece destaque também o fato de que se faz impossível a aplicação do *restitutio in integrum*, próprio dos danos patrimoniais, em virtude a imensurabilidade das lesões físicas ou psíquicas experimentadas pelas vítimas, nos casos de dano moral, razão pela qual não se pode estabelecer uma equivalência entre uma quantia de dinheiro e um dano dessa natureza.

Conquanto não se possa quantificar monetariamente a extensão do dano moral pelo abandono afetivo de um genitor, não se pode olvidar a necessidade de adoção de medidas para resguardar o interesse ou bem atingido, quais sejam, a integridade física e moral dos filhos, porquanto legalmente protegidos. Esse entendimento, proveniente de um direito civil relativamente moderno, vem corroborar os ensinamentos de Kant vistos no primeiro capítulo, a respeito da dignidade inerente a todo ser humano, segundo os quais aquele que detém dignidade, que é humano, possui valor, dignidade, e não um preço.

Desta forma, e é difícil se estabelecer parâmetros a esse respeito, a reparação dos danos morais corresponderá à lesão, embora nunca lhe sendo equivalente.

Por essa razão não se deve falar em “reparação” pelos danos morais causados pela lesão ao direito da personalidade, e sim em compensação, cujo objetivo nada mais é do que um conforto pelo bem atingido e pelo mal sofrido, não se eliminando o prejuízo¹⁶¹.

Declarar, portanto, temerária uma decisão que condena um pai ou uma mãe pelo abandono afetivo de sua prole porque “não se pode comprar o amor”, afirmando que a falta de afeto não se paga com dinheiro e que uma indenização de tal cunho não melhoraria a situação de abandono infligida sobre os filhos é dizer, na verdade, aquilo que se acaba de explicitar,

¹⁶¹GOMES, Orlando. **Obrigações**. 11. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 272.

embora verifique-se, perante aos preceitos da teoria geral da responsabilidade civil, que a condenação se faz medida de direito, trazendo algum conforto à vítima, que é o alvo da demanda, e que no caso em estudo merece ainda maior proteção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A afetividade é característica fundante da família atual, em especial no Brasil, porquanto delineada, além de na própria Constituição da República de 1988, em um amplo arcabouço normativo – nacional e internacional –, valorizando a dignidade de cada componente do grupo familiar. No presente texto, procurou-se explorar as condições fornecidas pelos princípios norteadores do Direito da Criança e do Adolescente para perquirir a possibilidade de utilização dos institutos da responsabilidade civil – com o fim de compensação de eventuais danos morais infligidos aos filhos – em virtude de abandono afetivo por parte de seus genitores.

Assim, no primeiro capítulo do ensaio monográfico, foi realizado um exame a respeito dos princípios norteadores do Direito da Criança e do Adolescente ao convívio familiar e ao afeto, investigando suas origens, evoluções, conceitos e aplicações no âmbito familiar.

Deste estudo, constatou-se que a dignidade da pessoa humana encontra-se na base de todos os direitos fundamentais, servindo de pressuposto para o seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico, em todos os aspectos e dimensões. Reparou-se, outrossim, que a positividade do princípio da dignidade da pessoa humana direcionada à criança e ao adolescente por meio do artigo 227 da Constituição da República de 1988 concedeu-lhes especial garantia e valor, de forma a assegurar-lhes a comunhão plena de vida.

Logo após, verificou-se que a doutrina da proteção integral e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, ao reconhecerem sua especial condição de ser em desenvolvimento, vieram a consagrar os cuidados parentais como direito fundamental para sua formação integral à vida adulta. Considerando sua fragilidade, percebeu-se a importância em promover a realização dos filhos enquanto pessoas humanas no contexto familiar, de forma a deixar, em segundo plano, as pretensões dos adultos e prezar pelos seus interesses durante o processo de amadurecimento e formação de sua personalidade.

Também neste capítulo, ao final, dispôs-se acerca do princípio da afetividade, percebido como elemento necessário para tornar a dignidade humana real, tendo em vista que todo ser humano dele carece para estruturar sua vida, sendo obtido, em primeiro momento, no seio familiar. A relevância do afeto fez-se, com isto, muito clara, de forma que se pode

compreender que não há de se falar em dignidade sem que o ser humano haja desenvolvido sua personalidade por meio do relacionamento social-familiar-afetivo entre os membros de sua família.

Adiante, no segundo capítulo, com o intuito de tratar da teoria geral da responsabilidade civil, foram pormenorizados seus elementos, tais como conceito, funções, classificação, pressupostos e excludentes.

Destes elementos, importa salientar que, conquanto existam muitas definições a seu respeito, é possível afirmar, resumidamente, que a responsabilidade civil consiste no dever de reparação por um dano, patrimonial ou não, causado a outrem, constituindo instrumento para se restabelecer o equilíbrio e harmonia social violados por determinada conduta.

Além disso, cumpre dizer, da análise realizada, que a responsabilidade civil pelo abandono afetivo nas relações paterno-filiais é classificada, em razão de seu fato gerador, como do tipo extracontratual e, em relação ao seu fundamento, como subjetiva, significando que o filho, em eventual demanda indenizatória, não poderá deixar de desincumbir-se do ônus probatório, demonstrando os pressupostos para a configuração do dano de forma indenizável, quais sejam: a) o fato antijurídico (no caso, o descumprimento do dever de cuidado, convívio, afeto etc); b) o nexo de imputação (a conexão entre o genitor e o dano); c) a própria existência do dano; d) o nexo de causalidade (o liame entre a conduta e o dano) e; e) a lesão ao bem protegido (no caso, a integridade física e psicológica do infante, tutelada por meio de todos os princípios e normas do Direito de Família e do Direito da Criança e do Adolescente).

Vimos também que a espécie de responsabilidade civil em apreço possui, como função primordial, a de compensação pelo abalo sofrido, e que, por outro lado, a existência de algumas excludentes tornariam possível eximir o genitor do dever de indenizar, o que demonstra a imperatividade da atenciosa análise de cada caso concreto pelos operadores do direito.

Quanto ao terceiro capítulo, este delineou a questão jurisprudencial em torno do problema proposto, revelando os disparates interpretativos entre o Superior Tribunal de

Justiça e o Poder Judiciário de Santa Catarina, através do cotejo analítico entre alguns julgados ilustrativos à luz do julgamento paradigmático realizado pelo STJ em abril do último ano. Viu-se que à ocasião em que a Corte Especial brasileira posicionava-se contrariamente à condenação em questão, nosso Poder Judiciário vinha tomando posições vanguardistas na seara do Direito da Infância e Juventude, ao passo em que, quando o STJ resolveu dar uma reviravolta em seu posicionamento, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, curiosamente, passou a retroceder sua compreensão acerca da aplicabilidade dos institutos da responsabilidade civil aos casos de abandono afetivo nas relações paterno-filiais.

Além disso, dispôs-se sobre a automatização observada no julgamento, pela Corte catarinense, de casos que guardam alguma semelhança entre si, de forma que a cópia desenfreada da própria ementa vem demonstrando o grau de atenção dispensada à análise de cada caso concreto, em que pese o muito bem fundamentado posicionamento do Superior Tribunal de Justiça a seu respeito.

Em virtude de tanta discrepância acerca da aplicabilidade de um instituto que, conforme exposto neste trabalho, não guarda grande dificuldade de verificação, fez-se necessário dispor a respeito das dificuldades encontradas na uniformização do entendimento a seu respeito, dentre as quais merecem destaque:

a) o operador do direito, por vezes, considera inútil à melhora da relação entre pai e filho a aplicação de tal “penalidade” ao genitor, enquanto desconsidera que *o foco da responsabilidade civil não é o ofensor; e sim a vítima*;

b) a concepção do termo “afeto”, pelo magistrados, sofre grandes variações, que dificultam a sua percepção na análise dos casos. Na maioria das vezes, considera-se que a falta de amor pela prole não constitui ato ilícito, enquanto, na realidade, *o afeto diz respeito ao dever de cuidado familiar, de convívio, de prestar todos os insumos imateriais necessários ao desenvolvimento pleno de um filho*, o que constitui, sim, um dever legalmente imposto aos pais; e,

c) sob o argumento de que não se pode pagar a falta de afeto com dinheiro, o julgador deixa de fazer uso da indenização em favor do filho, considerando temerária qualquer decisão que monetize as relações familiares. De fato, não há dinheiro no mundo

que pague a ausência de um pai, contudo, *a função compensatória, e não reparatória, da indenização pelo dano moral infligido ao filho negligenciado busca, legitimamente, trazer algum conforto pelo mal que não poderá ser desfeito*. A compensação do dano moral consiste em um alento para o filho, e não em um preço pela sua dor.

Pois bem, no decorrer do presente ensaio monográfico, buscou-se demonstrar que não existe qualquer óbice à aplicação dos dispositivos do direito civil, na seara da responsabilidade civil, às relações familiares, especialmente aos casos de descumprimento de um dever legalmente imposto aos pais com o fim de garantir a dignidade na existência do ser humano desde o seu nascimento.

De fato, existem mais do que suficientes dispositivos legais e princípios jurídicos que consagrem o valor e a imperiosa necessidade de se proporcionar a convivência e o afeto no seio familiar para o crescimento digno e pleno de todo o ser humano, muito além do simples dever de *prestar alimentos*.

Outrossim, desde que observadas as regras que lhe são atinentes, não há qualquer disposição, constitucional ou infraconstitucional, que impeça a aplicação das condenações, legalmente previstas, às relações intrafamiliares, muito embora a adoção de tal medida exija uma análise sensível de cada caso pelo aplicador do direito, visando ao alcance de seu fim, e não a uma monetização impensada que culmine no desvirtuamento de seus institutos.

Nesta senda, um recente julgado do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto trouxe grandes acréscimos ao estudo proposto, de forma a consagrar o dano moral pelo abandono afetivo parental, embora este entendimento não esteja sendo ampla e instantaneamente acolhido por todas as demais cortes brasileiras, conforme inferimos, por exemplo, do atual posicionamento do Poder Judiciário catarinense.

Seguindo a evolução do Direito à sua humanização, a responsabilidade civil vem desenvolvendo-se de forma a ofertar melhor salvaguarda aos direitos da vítima, lesada em razão de um fato antijurídico, afastando a primazia dos direitos patrimoniais e acolhendo também em seu âmbito a compensação pelos danos morais, dada a importância conferida à proteção da dignidade da pessoa humana por nossa Carta Magna.

Efetivamente, não se pode esquivar o operador do direito do estudo e da aplicação do dano moral em apreço pautando-se tão somente na complexidade inerente às relações familiares e em um medo da “industrialização” do instituto. Menor deve ser o temor de monetarização que o de negar à vítima a devida compensação pelo dano que sofreu.

Em especial, merece ser lembrado que a condição paternal impõe o cumprimento do dever de assistência imaterial, previsto na Constituição Federal, no Código Civil, no Estatuto da Criança e do Adolescente, na Convenção sobre os Direitos da Criança e em todas as demais normas que tratam dos direitos que lhe são peculiares, traduzindo-se nos deveres de cuidado, proteção, educação e convivência familiar a serem proporcionados pela figura dos pais.

Consubstanciando estes entendimentos, percebe-se que o confronto entre a ideia de afeto como sentimento – amor ou desamor – e a concepção de afeto como o cuidado familiar que ultrapasse os provimentos materiais, em respeito à sua dignidade, seu valor – e não seu preço –, deve receber solução em prol do último, haja vista a finalidade que este tem de garantir uma proteção integral aos seus direitos, merecedores de respeito por parte do Estado, da sociedade e, principalmente, da família.

E porquanto de forma feliz sentenciou a questão, encerro com as palavras da relatora do famoso julgado do STJ em abril de 2012, Ministra Nancy Andrighi: **“Amar é faculdade, cuidar é dever.”**

REFERÊNCIAS

ANGELUCI, Cleber Afonso. O valor do afeto para a dignidade humana nas relações de família, **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: Divisão Jurídica**, n. 44, Faculdade de Direito de Bauru, set.-dez. 2005.

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. Trad. de Ivo Stomiolo e Euclides Martins Balancin. São Paulo: Paulus, 1990, p. 15. Edição Pastoral.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 58.

BARROS, Sérgio Resende de. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. *In*: GROENINGA, Gisele Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e Psicanálise: Rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. Danos morais e materiais decorrentes da ruptura do casamento. *In*: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coord.). **O direito civil no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BITTENCOURT, Sávio Renato. O cuidado e a paternidade responsável. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano Moral no Direito de Família**. 1a Ed. São Paulo: Método, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 out. 2012.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 1º mar. 2013.

_____. **Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992**. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Brasília: Senado Federal,

1992. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8560.htm>. Acesso em: 1º mar. 2013.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília: Senado Federal, 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 mar. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 757411** – Relator Ministro Fernando Gonçalves. Julgado em 29 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsplivre=dano+moral+afetivo&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=15>>. Acesso em 16 out. 2012.

_____. **Recurso Especial nº 1159242** – Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 24 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=dano+moral+afetivo&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>. Acesso em 10 out. 2012.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação cível n. 2011.043951-1** – Relatora Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Julgado em 06 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROC&dePesquisa=20110439511&Pesquisar=Pesquisar>>. Acesso em 20 set. 2012.

_____. **Apelação Cível n. 2011.073787-1** – Relator Desembargador Substituto Jorge Luis Costa Beber. Julgado em 02 de agosto de 2012. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROC&dePesquisa=20110737871&Pesquisar=Pesquisar>>. Acesso em 20 set. 2012.

BRINCAS, Paulo; PASOLD, César Luiz. **Reflexões sobre a responsabilidade e a natureza jurídica do dano moral.** 1998. 146 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Curso de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CAVALIERI FILHO, Sérgio; DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Comentários ao novo Código Civil.** TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. V. 13: da responsabilidade civil. Das preferências e privilégios creditórios.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CHAVES, Antonio. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**, 2. ed. São Paulo: LTr, 1997.

COURT, Pedro Morandé. Família e sociedade contemporâneas. *In*: PETRINI, João Carlos; CAVALCANTI, Vanessa Ribeiro Simon (Org.). **Família, sociedade e subjetividades: Uma perspectiva multidisciplinar**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

CUNHA, João Paulo. A ética do afeto. *In*: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e Psicanálise: Rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro, Imago, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu; KORCZAK, Janus *apud* PEREIRA, Tânia da Silva. Abrigo e alternativas ativas de acolhimento familiar. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DELINSKI, Julie Cristine. **O novo direito da filiação**. São Paulo: Dialética, 1997.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Forense, 1995^a.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Família Normal? **Revista IOB de Direito de Família**. Porto Alegre, n. 46, p. 220, fev./mar., 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de direito civil brasileiro - Responsabilidade Civil**. 17. ed. aum. atual, São Paulo: Saraiva, 2003.

ELIAS, Roberto João. **Direitos fundamentais da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do Direito de Família: Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FLÓREZ VALDÉS, Joaquín Arce y. **Los principios generales del derecho y su formulación constitucional**. Madri: Editora Civitas, 1990.

FRAGA, Thelma. **A guarda e o direito à visitação sob o prisma do afeto**. Niterói, RJ: Impetus, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 11. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GROENINGA, Giselle Câmara. Afetos, sexualidade e violência: a família desmistificada. *In*: BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice. **A família além dos mitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. Direito e Psicanálise: Um novo horizonte epistemológico. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. O direito a ser humano: Da culpa à responsabilidade. *In*: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e Psicanálise: Rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

HAPNER, Adriana Antunes Maciel Aranha *et all*. O princípio da prevalência da família: a permanência do cuidar. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Trad. de Edsob Bini. 2. ed. Bauru, SP: Edipro, 2008.

LACAN, Jacques. **Os complexos familiares na formação do indivíduo: ensaio de análise de uma função em psicologia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

LOBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: Uma distinção necessária. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Entidades familiares constitucionalizadas:** Para além do *numerus clausus*. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>> Acesso em 24 de abril de 2013.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARTINS, Juliana Tavares. **Os danos morais decorrentes da desídia paterna.** Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

MICHAELIS: **moderno dicionário da língua portuguesa.** São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo.** In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MOURA, Laércio Dias de. **A dignidade da pessoa e os direitos humanos:** O ser humano nem mundo em transformação. Bauru, SP: EDUSC; São Paulo; Loyola; Rio de Janeiro: PUC, 2002.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação se constrói:** O reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações.** São Paulo: Saraiva, 2003. 4 v. V 1: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil.

Organização dos Estados Americanos, **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil.** 9. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, por que me abandonaste: *In:* GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e Psicanálise:** Rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

PEREIRA, Tânia da Silva. 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

_____. **Direito da Criança e do adolescente:** Uma proposta interdisciplinar. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

- _____. O princípio do “melhor interesse da criança” no âmbito das relações familiares. *In* GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e Psicanálise: Rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003.
- PEREIRA, Tânia da Silva. 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
- PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- POSTER, Mark. **Teoria crítica da família**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.
- PURSCHEL, Flávia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. **Revista de Direito GV**. São Paulo: v. 3, n. 2, p. 17-36. jul-dez 2007.
- REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização por dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- RENON, Maria Cristina. **O princípio da dignidade da pessoa humana e sua relação com a convivência familiar e o direito ao afeto**. 2009. fl. 26. Dissertação de Mestrado em Direito - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.
- RIZZATTO NUNES, L.A. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROBERTS, J.M. **O livro de ouro da história do mundo: da Pré-história à Idade Contemporânea**. 13 ed. Tradução: Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.
- RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil - Responsabilidade Civil**. 19 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002a.
- SEGALEN, Martine. **Sociologia da família**. Lisboa: Terramar, 1996.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado *et all*. O cuidado com o menor de idade na observância de sua vontade. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

UNICEF BRASIL. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Disponível em: <www.unicef.org.br> Acesso em 22 de fevereiro de 2013.

VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação: Entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 2. ed. V. 4: Responsabilidade Civil.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SANCHES, Helen Crystine Corrêa. **Dos filhos de criação à filiação socioafetiva**. Rio de Janeiro: Lume Juris Editora, 2012.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999.

ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. **Os novos paradigmas da família contemporânea: Uma perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ZISMAN, Célia Rosenthal. **O princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

ANEXOS

<p>Anexo A: Recurso Especial n. 757411 – Relator Ministro Fernando Gonçalves. Julgado em 29 de novembro de 2005. Ementa, acórdão, relatório e voto vencedor.</p>
<p>Anexo B: Recurso Especial n. 1159242 – Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 24 de abril de 2012. Ementa, acórdão, relatório e voto vencedor.</p>
<p>Anexo C: Ação n. 075.07.003948-2, da Segunda Vara Cível da comarca de Tubarão – Juiz de Direito Luiz Fernando Boller. Julgado em 29 de outubro de 2008. Sentença.</p>
<p>Anexo D: Apelação Cível n. 2011.043951-1 – Relatora Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Julgado em 06 de setembro de 2011. Ementa, acórdão e voto vencedor.</p>
<p>Anexo E: Apelação Cível n. 2011.073787-1 – Relator Desembargador Substituto Jorge Luis Costa Beber. Julgado em 02 de agosto de 2012. Ementa, acórdão e voto vencedor.</p>