

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXIII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

ISADORA TROG BRUGNOLO

**RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES PARENTAIS: VALORAÇÃO
JURÍDICA DO ABANDONO MORAL**

**CURITIBA
2015**

ISADORA TROG BRUGNOLO

**RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES PARENTAIS: VALORAÇÃO
JURÍDICA DO ABANDONO MORAL**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Marcos Alves da Silva.

**CURITIBA
2015**

TERMO DE APROVAÇÃO

ISADORA TROG BRUGNOLO

RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES PARENTAIS: VALORAÇÃO JURÍDICA DO ABANDONO MORAL

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2015.

À minha família: pai, mãe e irmão.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus pelo dom da vida. Cheia de incertezas e dúvidas, possivelmente sem respostas, é com ela e por ela a vontade de sempre seguir em frente, em busca do aprendizado, o qual para além da leitura se adquire, também, do ato complexo de viver.

Agradeço o meu orientador, Doutor Marcos Alves da Silva, pelas diretrizes para a realização desse trabalho e pela inspiração que me acompanha desde o tempo da graduação.

Por fim, porém não menos importante, agradeço à minha família, a minha base de formação.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS AO ABANDONO MORAL NAS RELAÇÕES DE PARENTALIDADE	9
2.1 TRANSFORMAÇÃO DA FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO	10
2.1.1 Princípio da igualdade	20
2.1.2 Princípio da liberdade.....	22
2.1.3 Princípio da solidariedade familiar.....	23
2.1.4 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente	24
3 A FALTA QUE A FALTA FAZ: O ABANDONO MORAL NAS RELAÇÕES PARENTAIS	30
3.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS	30
3.2 DISTINÇÃO ENTRE ABANDONO MORAL E ABANDONO AFETIVO	31
3.3 DA CONCRETIZAÇÃO DO ABANDONO MORAL ÀS SUAS CONSEQUÊNCIAS	33
4 RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES PARENTAIS	39
4.1 NOÇÕES GERAIS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	39
4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL SUBJETIVA E SEUS ELEMENTOS NOS CASOS DE ABANDONO MORAL DE FILHOS MENORES DE IDADE	43
4.3 OS JULGAMENTOS DOS RECURSOS ESPECIAIS N. 757411/MG E N. 1159242/SP PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	53
4.3.1 Síntese do caso concreto apreciado no Recurso Especial n. 1159242/SP do Superior Tribunal de Justiça.....	55
4.4 PROJETO DE LEI N. 700/2007.....	61
5 CONCLUSÃO	64
REFERÊNCIAS	67

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por objetivo analisar a valoração jurídica do abandono moral de filhos menores e não emancipados nas relações parentais. Através da aplicação da responsabilidade civil subjetiva às relações parentais, será demonstrado a possibilidade do filho requerer compensação por danos morais, quando violado, por um ou ambos os pais, bem jurídico imaterial tutelado pelo ordenamento. Para tanto, primeiramente, a pesquisa volta-se para a transformação do instituto da família, bem como do próprio direito civil brasileiro. Concomitantemente, expõem-se alguns dos princípios aplicáveis no seio familiar, tudo para o fim de ressaltar a função atribuída pelo Estado aos pais, ou seja, o exercício da autoridade parental cujo objetivo é a promoção dos direitos e deveres necessários ao desenvolvimento dos filhos enquanto menores e não emancipados. Após, explica-se a diferença entre abandono moral e abandono afetivo, bem como as possíveis consequências geradas nos casos de abandono de filho pelo pai ou a mãe, ou ambos. A partir da conceituação do abandono moral, verifica-se a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil subjetiva nestes casos. Todavia, demonstra-se que o direito a compensação pelo abandono moral necessita do preenchimento de alguns requisitos legais, como ato ilícito, culpa (em sentido amplo), dano e nexos de causalidade. Adverte-se, porém, que cabe ao magistrado a decisão de mérito, ao passo que a demonstração dos elementos da responsabilidade civil, não são garantia de procedência da ação.

Palavras-chave: família; relação parental; autoridade parental; negligência; abandono moral; direitos imateriais; responsabilidade extracontratual subjetiva; dano moral; compensação.

1 INTRODUÇÃO

As vicissitudes do instituto da família permite-nos constatar nos dias de hoje a existência de famílias, e não mais família. Desvencilhado cada vez mais de influências externas, tais como da religião e do Estado, este instituto passou a voltar-se para a realização pessoal e existencial dos seus membros, independente da quantidade deles, dos sexos, e da formalização da união.

A horizontalidade das relações entre os membros que a compõem, bem como a exaltação de sentimentos subjetivos, como o amor, carinho, afeto, nunca antes verificados, são alguns dos elementos concretizadores do princípio base preceituado pela Constituição da República de 1988¹, a dignidade da pessoa humana.

O sujeito no centro do ordenamento jurídico, dentre as demais influências nas áreas jurídicas, bem como nas relações sociais, na família, assumiu o papel de razão de ser, desde a sua gênese.

Dessa forma, para além da dignidade da pessoa humana, outros princípios previstos na Carta Magna, acabaram por incidir diretamente nas relações familiares, e principalmente na relação parental, ou seja, no relacionamento entre pais e filhos.

A partir do século XX é que a criança passou a ser vista como sujeito, ou seja, como uma pessoa, e passou a receber tratamento adequado que até então era dispensado. Mais tarde, com os avanços e produções legislativas, ela ganhou relevante destaque perante todo o ordenamento jurídico, de modo que hoje, recebe especial proteção, incumbindo tanto ao Estado, quanto a sociedade, vigiá-las, mas principalmente aos pais, sejam biológicos ou afetivos.

No que tange aos pais, quer-se dizer, tanto ao pai quanto a mãe em igualdade de condições, cabe o exercício da autoridade parental consistente em um conjunto de direitos e deveres para a promoção e efetivação do desenvolvimento da personalidade de seus filhos menores e não emancipados.

Em razão disso, toda vez em que houver violação de direitos em que são titulares os filhos e/ou omissão de deveres em que são titulares os pais, estar-se-á diante ao não exercício da autoridade parental, o que enseja consequências.

Este é ponto nodal do presente trabalho. Reconhecendo as demais consequências provenientes do não exercício da autoridade parental, o objetivo

¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

desta pesquisa é a apresentação da responsabilidade subjetiva dos pais frente à criação, educação e convivência com os seus filhos menores de idade e não emancipados.

Para isto, este trabalho foi dividido em cinco capítulos e adotou-se como metodologia, a pesquisa doutrinária, legislativa e jurisprudencial.

Primeiramente, no capítulo 02 (dois) será apresentada a transformação da família, a qual era formada exclusivamente pelo homem e pela mulher, através do casamento, marcada por relações verticais e de supremacia do patriarca, além do cunho eminentemente patrimonial, passando, então, a ser reconhecida pela relação horizontal entre os seus membros, provedora de princípios constitucionais.

Neste viés, serão apresentados alguns dos princípios aplicáveis nas relações familiares, como o princípio da dignidade da pessoa humana, liberdade, solidariedade familiar e o melhor interesse da criança e do adolescente.

Todo o esforço neste capítulo é para evidenciar o dever, importância e indispensabilidade dos pais na vida de seus filhos enquanto menores e não emancipados, sob pena de caracterização do abandono moral.

No capítulo 03 (três) a pesquisa é voltada para a conceituação do abandono moral, bem como a diferenciação do abandono afetivo e, quais são as consequências, efeitos, que poderão ser os filhos submetidos diante esses casos.

Já o quarto capítulo, demonstrará a aplicabilidade da responsabilidade civil nos casos de abandono moral de filhos, especificamente a responsabilidade civil subjetiva. Isso porque, será possível constatar que o abandono moral de filhos é uma violação a um bem jurídico extrapatrimonial, verificado a partir de uma conduta culposa exteriorizada de forma omissiva por um dos pais, de um dos deveres inerentes à paternidade.

Dessa forma, serão expostos os elementos necessários à configuração da responsabilidade civil extracontratual subjetiva, assim como suas constatações frente aos casos de abandono moral nas relações parentais.

Ainda este capítulo, versará sobre o caso concreto analisado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 1159242/SP, bem como o Projeto de Lei n. 700/2007, o qual visa à modificação do Estatuto da Criança e do Adolescente para o fim de tipificar o abandono moral como ilícito civil e penal.

Por fim, no capítulo 05 (cinco) serão apresentadas as considerações finais sobre a pesquisa desenvolvida em âmbito doutrinário, legislativo e jurisprudencial.

2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS AO ABANDONO MORAL NAS RELAÇÕES DE PARENTALIDADE

A família, sociologicamente, é a primeira entidade responsável pela formação do ser humano, eis que nela encontra-se o início do processo de formação da personalidade. Todavia, não se pode olvidar de que a expressão da pessoa, ou seja, sua personalidade é também construída a partir das várias fontes das quais ela se alimenta ao longo dos anos.

Contudo, sem o intento de desdobrar e esgotar o estudo da personalidade, até mesmo porque isso demandaria formação técnica e especializada em psicologia e psicanálise, o que se pode concluir é que ante a fragilidade inerente a todo novo ser, a relação de necessidade e dependência para com a família é maior na infância².

Neste sentido, afirma Dalka Chaves de Almeida Ferrari:

Ao nascer, a criança depende do ambiente à sua volta para sua sobrevivência. A relação de dependência que se estabelece com base nisso será decisiva para sua formação e seu desenvolvimento. Tudo o que irá acontecer em sua vida, desde então, passará por essa condição, pela qualidade dessa primeira acolhida³.

É partir disso que se atribui suma importância à família. Tanto é o valor social dessa entidade que a própria Constituição da República em seu artigo 226⁴ a estabelece como a base da sociedade civil e a atribui especial proteção do Estado.

Partindo desta perspectiva, no presente trabalho o enfoque é nas relações entre pais e filhos e em razão disso destacar-se-á a importância dos genitores no processo de criação da sua prole, seja qual for o modelo de família adotado, eis que

² GROENINGA, Giselle Câmara. O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade. p. 439-452. Família e dignidade humana. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. ISBN. **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família.**

³ FERRARI, Dalka Chaves de Almeida. Visão histórica da infância e a questão da violência. In: FERRARI, Dalka Chaves de Almeida; VECINA, Tereza C.C. (organização). **O fim do silêncio na violência familiar: teoria e prática.** São Paulo: Editora Ágora, 2002, p. 23.

⁴ Art. 226, CR: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

são eles os agentes responsáveis pela transmissão de valores, bem como de peculiaridades culturais, econômicas e sociais⁵.

A função da família e principalmente dos pais de fomentar a construção e desenvolvimento dos seus filhos é de tanta relevância que o próprio ordenamento jurídico elencou um extensivo leque de direitos e garantias das crianças e dos adolescentes que devem ser respeitados e promovidos por eles.

Destarte, a violação desses direitos garantidos aos filhos por um ou ambos os genitores, pode vir a configurar, dentre outras consequências jurídicas, o abandono moral.

Dito isto, pode-se concluir, para este momento, que o abandono moral corresponde à violação de um direito, que por sua vez enseja o pleito de reparação do abalo, do dano suportado, pelo filho.

Contudo, para que possa ser compreendido o abandono moral nas relações parentais, bem como delinear a sua conceituação, características, requisitos e aplicação ao caso concreto, primeiro se faz necessário o estudo das transformações ocorridas no ordenamento jurídico brasileiro no próprio instituto da família. É o que passa a ser exposto.

2.1 TRANSFORMAÇÃO DA FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO

A sociedade encontra-se em constante movimento e transformação de modo que o ordenamento jurídico é intimado a atender as necessidades emanadas dela. Com reflexos nas mais diversas searas da vida humana, as novas exigências da população referiam-se e referem-se também ao instituto da família, de modo que ao olhar para o passado e compará-lo aos dias atuais, verificamos não mais a existência de família e, sim, famílias.

Nesta toada, tem-se que para além da configuração do modelo familiar, as próprias relações entre os seus membros ao longo dos anos foram alteradas, e para melhor.

Contudo, a evolução desta entidade trouxe consigo também novos emblemas, a exemplo do abandono moral, ao passo que estudar sua existência nas relações

⁵ FERRARI, Dalka Chaves de Almeida. Definição de abuso na infância e na adolescência. In: FERRARI, Dalka Chaves de Almeida; VECINA, Tereza C.C. (organização). **O fim do silêncio na violência familiar: teoria e prática**. São Paulo: Editora Ágora, 2002, p. 89.

parentais e a possibilidade da tutela jurisdicional é antes de tudo, examinar as transformações ocorridas no âmbito familiar oriundas das alterações dos valores erigidos da sociedade e também das alterações do próprio Direito de Família, como variável dependente daquela.

Pois bem, em razão da colonização dos portugueses, vigoravam no território brasileiro as regras provenientes das Ordenações do Reino, as quais assentavam seu conteúdo no Direito Romano, Germânico e Canônico⁶.

Mesmo com a independência política do Brasil em 1822, não foi possível romper os laços jurídicos com Portugal. A exemplo, disso pode-se citar a Lei de 20-10-1823 expedida pelo Governo Imperial cujo propósito era mandar “vigorar em todo território nacional as Ordenações, leis e decretos de Portugal, enquanto não se organizasse um novo Código”⁷.

Dessa forma, até o advento do Código Civil de 1916⁸ e, também, após a sua edição, como se verá a seguir, a organização familiar brasileira era um reflexo das antigas civilizações⁹.

Partindo desta constatação, verifica-se que a família no Brasil, num primeiro momento, era projetada para ser autossuficiente¹⁰. Ou seja, na sociedade basicamente rural da época, a família era voltada para a produção, que quanto maior, mais eram as chances e as condições de sobrevivência. Para isso, no entanto, era necessária força bruta para o trabalho, o que demandava quantidade significativa de pessoas, por isso ela era formada pela reunião do homem, mulher, filhos e escravos¹¹.

Devido ao elevado número de integrantes e a imprescindibilidade de garantir o desenvolvimento da produção, era necessária uma estrutura organizada, a qual

⁶ CARBONERA, Silvana Maria. **Reserva da intimidade**: uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugalidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 100.

⁷ MONTEIRO, Washigton de Barros. **Curso de Direito Civil**: parte geral. 39ª. ed. ver., e atual. por PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 49.

⁸ BRASIL. Lei n. 3.071, de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Revogada pela Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

⁹ Cumpre destacar que o objetivo deste capítulo é demonstrar a evolução histórica do instituto da família no direito brasileiro, motivo pelo qual não será verticalizado o assunto quanto a família romana e germânica. No entanto, não se desconsidera a influência direta desses modelos de família no modelo brasileiro pré e pós codificação de 1916.

¹⁰ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 7.ed.rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 176.

¹¹ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (coord) et al. **Repensando fundamento do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.; 278.

estava sob o comando do poder ilimitado do *pater familias*, ou seja, do homem.

Neste sentido:

A divisão dos papéis se dava em função do sexo e da idade, sendo que ao homem incumbia o dever de zelar pela unidade familiar. Assim sendo, pode-se observar uma família transpessoal, preocupada principalmente com a sua continuidade, relegando a segundo plano os interesses de seus membros¹².

O pai “era, a um só tempo, chefe do empreendimento e da família”¹³, de modo que ele poderia dispor desta da forma que mais o agradasse, seja em relação aos indivíduos, seja em relação ao patrimônio.

É possível afirmar que neste período o controle da vida dos indivíduos era realizado pela Igreja, eis que a Ela incumbia todos os atos e registros praticados pela população, a exemplo disso, tem-se o casamento.

Ele, o casamento, era a forma de concretizar alianças entre grupos econômicos, e somente se formalizado perante a Igreja era válido, por isso era considerado um sacramento¹⁴. Acrescenta-se o fato de que ele era indissolúvel, pois a manutenção do vínculo matrimonial era imprescindível para preservar o patrimônio que seria transmitido aos herdeiros¹⁵.

Acrescenta-se, ainda, no que se refere à relação paterna, o poder do pai incidia somente sobre os filhos legítimos e legitimados¹⁶ e durava até que

¹² CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (coord) et al. **Repensando fundamento do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 279.

¹³ SILVA, Marcos Alves da. **Do pátrio poder à autoridade parental: repensando fundamento jurídicos da relação entre pais e filhos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 53.

¹⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.139.

¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. A família da pós- modernidade: em busca da dignidade perdida da pessoa humana. In: **Revista de Direito Privado**. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. (coord). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 19, julho- setembro2004, p. 19.

¹⁶ De acordo com José Virgílio Castelo Branco Rocha, as atribuições do pai em relação aos filhos eram: a) educá-los e dar-lhes profissão, de acordo com as condições e posses do pai; b) castigá-los moderadamente, e, se incorrigíveis, entregá-los aos magistrados de polícia para os fazer recolher à cadeia por tempo razoável, obrigando-se a sustentá-los; c) repeti-los de quem lhos subtraísse e proceder contra os que os pervertessem ou concorressem para isso; d) exigir e aproveitar seus serviços, em obrigação de soldada ou salário, salvo se lhos prometeu; e) nomear-lhes tutor testamentário e designar as pessoas que hão de compor o conselho da família; f) substituí-los pupilarmente; g) defendê-los em juízo ou fora dele; h) contratar em nome do filho impúbere, quando o contrato lhe pudesse vir em proveito, e intervir com sua autoridade nos contratos do filho púbere”. ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. **O pátrio poder: estudo teórico-prático**. Rio de Janeiro: Tupã, 1960, p. 39.

sobreviesse¹⁷, dentre outras hipóteses¹⁸, a morte do genitor ou do filho, pelo casamento, bem como nos casos em que o pai era obrigado a emancipar o filho.

Quanto a esta discricionariedade, fica evidente a supremacia ilimitada do *pater*, bem como a irrelevância para o sistema jurídico de qualquer sentimento para com os filhos, à medida que se constata a possibilidade do pai emancipar sua filha, quando a forçava prostituir-se, ou ainda, emancipar o filho como condição para receber legado ou herança¹⁹.

Importante mencionar, que em 1831 foi instituída a maioridade em 21 anos²⁰, marco em que se dava por extinto o pátrio poder, assim como em 1890²¹, o seu exercício deixou de ser exclusivamente do pai, tendo em vista que concedeu às viúvas o pátrio poder dos filhos havidos na união matrimonial, contudo esta condição era interrompida se contraísse novo casamento²².

Ocorre que com a Proclamação da República em 1889, o Estado, desvinculado da Igreja, passou a organizar juridicamente a sociedade. Todavia, importante esclarecer, que em que pese essa nova atribuição do Estado, ele pouco intervinha nas relações privadas e este período foi marcado pelo distanciamento entre o direito público e o direito privado.

Ainda, mesmo frente à supremacia do Estado em face da Igreja, as tradições por ela instituídas se perpetuaram. Ou seja, ainda que o Estado tenha assumido o controle da sociedade, o casamento- instituto criado pela Igreja²³, ainda possuía

¹⁷ COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 23.

¹⁸ Segundo os ensinamentos de Pontes de Miranda o poder do pai se extinguiu: a) pela morte do pai ou do filho; b) pela entrada do pai ou do filho, em religião aprovada; c) pelo casamento do filho; d) por carta de emancipação passada por juiz de órfãos, em virtude de escritura de demissão do pátrio poder, voluntariamente concedida pelo pai em favor do filho, quer fosse maior, quer fosse menor; e) pelo exercício, pelo filho, de cargos públicos, se fosse maior de 21 (vinte e um) anos; f) pela colação de graus acadêmicos; g) pela investidura de ordens sacras maiores; h) por sentença passada em julgado, proferida em ação competente, nos casos em que pudesse o pai ser compelido a emancipar o filho. Eram os seguintes os casos: 1., quando o pai afligia o filho com maus tratos; 2., quando aceitava legado ou herança com a condição de emancipar o filho; 3., quando forçava a filha a prostituir-se; 4., quando enjeitava o filho infante e, em virtude dessa exposição ou abandono, ele era criado por terceiro". MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. 3. ed. inteiramente refundida e aumentada. v. 3. São Paulo: Max Limonad, 1947, p. 113-114.

¹⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. 3 ed. inteiramente refundida e aumentada. v. 3. São Paulo: Max Limonad, 1947, p. 113-114.

²⁰ "Assim, em 1831, veio a Resolução de 31 de outubro que, combinada com a Lei de 22.09.1828, fixou em 21 anos a época em que se devia verificar a maioridade". (Cf) COMEL, Denise Damo, **Do poder familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 25.

²¹ REPUBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRAZIL. Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890. Dispõe sobre o casamento civil.

²² ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 28.

²³ "A regulamentação social do casamento, como forma de legitimar a união duradoura entre o homem e a mulher, surgiu entre nós através dos ditames da religião, notadamente a partir do Concílio

tanta representatividade que somente a partir dele era possível a constituição de uma família legítima.

É o que foi consagrado pelo Código Civil de 1916 cuja elaboração se deu no intento de acompanhar o modelo preconizado nos países do Ocidente, qual seja, unificar a legislação privada. Portanto, sob a influência principalmente do Código Civil francês de 1804, assim como o Código Civil alemão de 1900, o Brasil produziu seu próprio Código Civil²⁴, promulgado em janeiro de 1916, com vigência de 01 de janeiro de 1917 até 10 de janeiro de 2003, quando cedeu lugar ao Novo Código Civil brasileiro²⁵.

Neste viés, todas as relações privadas no início do século XX eram reguladas exclusivamente pelo Codex, que, traduzia “a ideologia da sociedade agrária e conservadora daquele momento histórico, preocupando-se mais com o *ter* (o contrato, a propriedade) do que com o *ser* (os direitos da personalidade, a dignidade da pessoa humana)”²⁶.

Dessa forma, o novo diploma legal que emergia não se preocupava em inovar, propriamente, o ordenamento jurídico brasileiro. Ele apenas compilou os interesses da elite da sociedade brasileira em um único documento, os quais já predominavam, sem, contudo, atender as exigências da parcela da população menos favorecida, a qual inclusive prevalecia²⁷.

Neste sentido, explica Francisco Amaral:

O Código Civil de 1916 era um código de sua época, elaborado a partir da realidade típica de uma sociedade colonial, traduzindo uma visão do mundo condicionado pela circunstância histórica, física e ética em que se revela. Sendo a cristalização axiológica das ideias dominantes no seu tempo, principalmente nas classes superiores, reflete as concepções filosóficas dos

de Trento em 1563, que decretou regras a serem observadas na solenidade. Na época exigia-se que o matrimônio fosse precedido por três anúncios feitos pelo pároco do domicílio de cada um dos contraentes, reclamando-se inequívoca manifestação de vontade perante o religioso e duas testemunhas, sendo o ato finalizado pela bênção nupcial. Em decorrência da imigração no país, a Lei de 11 de setembro de 1861 admitiu o casamento de pessoas segundo o credo professado, embora despidido dos amplos efeitos assegurados pelo catolicismo. Somente com a ruptura da unicidade do Estado e da Igreja, pelo advento da República, passou a existir o casamento civil (Decreto de 24 de janeiro de 1890), recepcionado em seguida pelo Código Civil de 1916”. OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Matheus de. **Direito de família: aspectos sociojurídicos do casamento, união estável e entidades familiares**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 5.

²⁴ BRASIL. Lei n. 3.071, de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.

²⁵ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil.

²⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de direito civil**. v. 1: parte geral/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.44.

²⁷ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 83-90.

grupos dominantes, detentores do poder político e social da época, por sua vez, determinadas, ou condicionadas, pelos fatores econômicos, políticos e sociais²⁸.

Nesta toada, o modelo de família não se distanciou daquele que já vinha sendo adotado no território brasileiro. Continuava, portanto, vigendo a necessidade do casamento para legitimar a união, que somente poderia ser entre homem e mulher.

O casamento indissolúvel ainda também condicionava a legitimidade dos filhos, que assim eram reconhecidos se provenientes do matrimônio, admitindo-se o nascimento ou concepção anterior a ele. Caso contrário, eram considerados ilegítimos²⁹ e não tinham sua filiação assegurada pelo ordenamento³⁰.

O homem continuava exercendo o papel do verdadeiro chefe da família, conforme previa o artigo 233³¹, bem como o pátrio poder, cabendo à mulher o seu exercício subsidiariamente, nos termos da redação original do extinto artigo 380³².

Em razão disso, ao homem competia o exercício de todas as funções públicas da família, enquanto à mulher, cabia o exercício das atividades domésticas. No mais, era totalmente submissa e subalterna a figura masculina³³.

A subsidiariedade no exercício do pátrio poder advinha da estrutura hierarquizada da família- o homem é o chefe- e ainda, do rol que a mulher ocupava neste diploma legal enquanto casada, ou seja, dos relativamente incapazes³⁴.

O caráter subsidiário pode ainda, também, ser observado na antiga disposição do artigo 383³⁵, ou seja, tinha-se que à mulher era atribuído o pátrio

²⁸ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 7. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 166-167.

²⁹ “Entre os ilegítimos, houve a distinção entre os naturais (aqueles cujos pais não tinham impedimentos matrimoniais quando o geraram) e os espúrios (subdivididos em adulterinos ou incestuosos, conforme, respectivamente, houvesse impedimentos matrimoniais entre seus pais, quando de sua concepção, relacionados ao fato de um deles, ou ambos, estar casados com outra pessoa, ou ligados entre si por laços de parentesco- nos termos do disposto no artigo 183, inciso I a V, do Código Civil) e apenas os filhos naturais poderiam ser reconhecidos, sendo vedada tal possibilidade aos filhos adulterinos e incestuosos. Previu-se, ainda, a possibilidade da legitimação de filhos, pelo subsequente matrimônio de seus pais; isso, porém, somente poderia beneficiar os filhos naturais”. BOSCARO, Márcio Antonio. **Direito de filiação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 63.

³⁰ OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Matheus de. **Direito de família**: aspectos sociojurídicos do casamento, união estável e entidades familiares. São Paulo: Atlas, 2011, p. 5.

³¹ Art. 233, CC/1916: O marido é o chefe da sociedade conjugal.

³² Art. 380, CC/1916: Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e na falta ou impedimento seu, a mulher.

³³ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 230.

³⁴ SILVA, Marcos Alves da. **Do pátrio poder à autoridade parental**: repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 49-52.

poder sobre o filho ilegítimo não reconhecido. Ou ainda, no artigo 382, o qual expressava que “dissolvido o casamento pela morte de um dos cônjuges, o pátrio poder compete ao cônjuge sobrevivente”.

Portanto, segundo relata Denise Damo Comel, o Código de 1916 demonstrava “o poder do pai na família, preponderante quanto ao pátrio poder, não restando dúvida de que ao homem pertencia, predominantemente, o direito de dirigir os filhos, no casamento ou fora dele, seja no aspecto pessoal, seja no patrimonial”³⁶.

Quanto aos filhos, eram juntamente com suas mães, a prova de que este modelo familiar não preocupava-se com a satisfação individual de seus membros. Eram considerados verdadeiros objetos da família, não possuíam manifestação de vontade nem no âmbito familiar, nem na ordem jurídica, para a qual eram considerados incapazes. Somente obedeciam as regras impostas pelo patriarca e não raras às vezes a educação dava-se através do uso de violência física³⁷.

Dentre os que se submetiam ao pátrio poder, englobava o artigo 379³⁸ os filhos legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos. Ou seja, o pátrio poder era exercido pelo pai, sobre “os filhos que podiam ser reconhecidos, uma vez que sem o reconhecimento sequer se falava em autoridade paterna”³⁹.

Aos pais, incumbia no exercício do pátrio poder, por exemplo, ressalvado mais uma vez a subsidiariedade da mãe quanto a esta competência, a criação e educação dos filhos, guarda e companhia, bem como exigir obediência, respeito e serviços condizentes com a idade e a condição do filho⁴⁰. Em contraposição, o ordenamento também previa a possibilidade de suspensão⁴¹ do pátrio poder ante o

³⁵ Art. 383, CC/1916: O filho ilegítimo não reconhecido pelo pai fica sob o poder materno. Se, porém, a mãe não for conhecida, ou capaz de exercer o pátrio poder, dar-se-á tutor ao menor.

³⁶ COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 32-33.

³⁷ CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 25.

³⁸ Art. 379, CC/1916: Os filhos legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores.

³⁹ COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 29.

⁴⁰ Art. 384, CC/16: Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I. Dirigir-lhes a criação e educação; II. Tê-los em sua companhia e guarda; III. Conceder-lhes, ou negar-lhes consentimento, para casarem; IV. Nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais lhe não sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o pátrio poder; V. Representar-lhes nos atos da vida civil (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº. 3725, de 1919: Representar-lhes, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento); VI. Reclamar-lhes de quem ilegalmente os detenha; VII. Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

⁴¹ Art. 394, CC/1916: Se o pai, ou a mãe, abusar do seu poder, faltando aos deveres paternos, ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar medida, que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, suspendendo até, quando convenha, o pátrio poder. Parágrafo único: Suspende-se igualmente o exercício do pátrio

não cumprimento dos deveres parentais, ou ainda, quando arruinava os bens do filho e, também previa a sua perda⁴², por ato judicial, quando se castigava imoderadamente o filho, o deixava em abandono ou quando praticava atos contrários à moral e aos bons costumes.

Em que pese a família brasileira do século XX deslocar-se da área rural para a urbana, o que conseqüentemente diminuiu a sua extensão, agora preenchida pelo pai, mãe e os filhos- família nuclear- ela ainda enaltecia o cunho patrimonial, o que era revelado pela legislação privada que não economizou nas regras referentes a transações do patrimônio⁴³.

Destarte, em suma, o Código Civil de 1916 institucionalizou um modelo de família marcado por relações verticais, hierarquizadas, transpessoal, patriarcal, e patrimonial.

Ocorre que, como já mencionado, a sociedade constantemente se transforma, e com ela novos valores e costumes emergem, ao passo que os seres que a compõe se inter- relacionam. Dessa forma situações que não foram englobadas pelo legislador, passam a surgir, e o Código que até então permanecia estático, não era mais suficiente para atender as novas relações sociais.

Frente a isso, houve a necessidade de criação imediata de legislação extracodificada⁴⁴, a um, para legislar situações que nunca haviam sido tratadas, a dois, para adequar os temas codificados originariamente, às novas demandas sociais.

Dessa forma, a separação entre o direito público e privado verificado num primeiro momento, século XIX, propiciado pela existência do Estado liberal e de um Direito individualista, o qual era posto a serviço da classe dominante que o instituiu, aos poucos iam perdendo a sua força, em razão dos avanços sociais propagados

poder ao pai ou mãe condenados por sentença irrecorrível em crime cuja pena exceda de dois anos de prisão.

⁴² Art. 395, CC/1916: Perderá por ato judicial o pátrio poder o pai, ou mãe: I. Que castigar imoderadamente o filho; II. Que o deixar em abandono; III. Que praticar atos contrários à moral e aos bons costumes. Acrescento nesta referência que extinção do pátrio poder se dava pela morte dos pais ou do filho, pela emancipação, maioridade e adoção, conforme previa o artigo 392 do Código Civil de 1916.

⁴³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Repersonalização das Relações de Família. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, IBDFAM, v.6, n.24, jun./jul. 2004.

⁴⁴ CARBONERA, Silvana Maria. **Reserva de intimidade**: uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugalidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 110.

pela industrialização e a urbanização, de modo que o modelo estático e conservador do código unificador passou a ser insuficiente⁴⁵.

Devido a isso, houve a emergência de se produzir leis especiais e estatutos a fim de atender as novas demandas sociais. Tal período marcado pela alta produção legislativa, aos moldes das novas relações e ideais humanitárias, ficou conhecido como descodificação do Direito Civil, ou seja, a quebra do sistema codificado como unidade de tutela⁴⁶.

Este fenômeno da descodificação, ou ainda, fragmentação do Direito Civil, também influenciou o modelo de família estabelecido pelo Código de 1916, dando início a mudança do cenário de opressão, subordinação e discriminação até então verificado.

A exemplo disso, pode-se citar a Lei n. 883, de 1949⁴⁷, que promoveu o reconhecimento dos filhos ilegítimos; a Lei n. 4.121, de 1962, conhecida como Estatuto da Mulher Casada⁴⁸ e, a Lei n. 6.515, de 1977, conhecida como Lei do Divórcio⁴⁹, atualizada pela EC 9/1977⁵⁰, a qual pôs fim a indissolubilidade do casamento.

Por tratarem de questões, por vezes, tão específicas, se fez necessário para além de legislações especiais, uma intervenção, que só poderia ser titularizada pelo Estado.

Neste sentido, é que surge o novo papel desempenhado pela Constituição, que de mera carta política, passou a regulamentar relações estritamente privadas, na medida em que constatou-se que interesses públicos deveriam ser observados

⁴⁵ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 83-102.

⁴⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**. v.1: parte geral/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 45.

⁴⁷ BRASIL. Lei n. 883, de 21 de outubro de 1949. Dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos. Foi revogada pela Lei n. 12.004, de 29 de julho de 2009.

⁴⁸ BRASIL. Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1961- DOU de 03 de setembro de 1962. Dispões sobre a situação jurídica da mulher casada. Destaca-se que entre outras alterações, este Estatuto atribuiu na condição de colaboração exercício do pátrio pela mãe; atribui também na condição de colaboração a chefia da sociedade conjugal, em razão do interesse comum do casal e dos filhos, e instituiu que a mulher que contraísse novas núpcias não perderia o pátrio poder quanto aos filhos do antigo casamento e ainda o exerceria sem interferência do marido.

⁴⁹ BRASIL. Lei n.6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências.

⁵⁰ BRASIL. Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977. Dá nova redação ao §1º do artigo 175 da Constituição Federal.

nas relações particulares, bem como interesses individuais influenciavam na esfera pública⁵¹.

Instalou-se assim, a crise do Estado Liberal e a sua posterior superação pelo Estado Social. Nesse embalo, o Direito também foi obrigado a se remodelar, devido ao seu vínculo inerente ao status social, político e econômico estatal.

Destarte, a ação intervencionista do Estado propiciou a reunificação do sistema jurídico “a partir da plural regulamentação privada conjugada as diretivas apontadas pela Constituição Federal de 1988”⁵², fenômeno denominado, constitucionalização do Direito Civil.

A partir de então, o direito interno passou a ser interpretado conforme os preceitos constitucionais, assim como a família, a qual assumiu nova feição.

Ao consagrar no título dos princípios fundamentais a dignidade humana⁵³, a Constituição da República, deslocou a pessoa para o centro do ordenamento jurídico a valorizando em detrimento do patrimônio⁵⁴.

Neste sentido, é possível afirmar que a dignidade “é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade”⁵⁵.

Dessa forma, para além do Estado, à família também foi imposta a observância desse princípio, uma vez que ela deve permitir a construção de um ambiente onde todos os seus integrantes possam ter atendidos seus direitos e principalmente respeitados⁵⁶, a fim de se obter desenvolvimento, seja ele físico, psíquico, moral e social.

⁵¹ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 83-102.

⁵² CARBONERA, Silvana Maria. **Reserva de intimidade**: uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugalidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 115.

⁵³ Art. 1º, CR: 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- dignidade da pessoa humana.

⁵⁴ KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono afetivo**: valorização jurídica do afeto nas relações paterno- filiais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 24-52.

⁵⁵ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. São Paulo, 2008, p.37.

⁵⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípio constitucionais de Direito de Família**: guarda compartilhada à luz da Lei nº. 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008, p. 71.

A partir disso, pode-se considerar que desse princípio base, decorrem outros previstos no ordenamento⁵⁷, os quais são imprescindíveis para a análise do ambiente familiar no novo cenário preceituado pelo Estado Social. Tanto assim o é, que as legislações referentes à família que surgiram após o advento da democracia, foram produzidas em observância a eles, como por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente⁵⁸ e o próprio Código Civil de 2002.

Portanto, passa-se a expor as relações familiares a partir da Constituição da República de 1988, sob a ótica dos princípios constitucionais, ressaltando, contudo, que os aqui apresentados não são os únicos, bem como não são exclusivamente aplicáveis às relações familiares.

Tal ressalva se faz necessária, em virtude do impasse no momento de elencá-los, pois conforme expressa Maria Berenice “cada autor traz quantidade diferenciada de princípios, não se conseguindo sequer encontrar um número mínimo em que haja consenso”⁵⁹.

Sendo assim, os princípios aqui apresentados, são aqueles eleitos a partir da relação existente com o tema do presente trabalho, qual seja, o abandono moral.

2.1.1 Princípio da igualdade

Interpretar a igualdade é reconhecer a diferença, isso porque é a partir desta que se aceita a existência de sujeitos dotados, cada um, com suas peculiaridades. Desse modo, não haveria sentido falar em igualdade, se todos fossem iguais⁶⁰.

Todavia, “as diferenças não legitimam tratamento jurídico desigual ou assimétrico no que diz respeito à base comum dos direitos ou deveres, ou afetam o núcleo intangível da dignidade de cada integrante da família”⁶¹, ou seja, a diferença,

⁵⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 94.

⁵⁸ BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

⁵⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 57.

⁶⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.140- 141.

⁶¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei n. 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 73.

seja de sexo, idade, origem, não pode ser justificativa para a subordinação, humilhação, desrespeito, ou ainda, qualificador da condição humana.

Em razão disso, este princípio previsto na Lei Maior nos artigos 5º, inciso I; 226, parágrafo 5º, e 227, parágrafo 6º, desfez o modelo patriarcal de família, pois todos os membros passaram a ser protegidos e ter seus direitos assegurados igualmente⁶².

Neste sentido, pôs fim também a estrutura hierarquizada, porque deslocou a mulher do seu status de inferioridade equiparando-a ao homem para o exercício de direitos e deveres referentes à sociedade conjugal.

Ainda, em decorrência da isonomia entre o homem e a mulher, passou a ser admitido todos os filhos, sejam eles concebidos ou não no casamento, pela adoção ou ainda, pela reprodução⁶³, encerrando a discussão quanto a legitimidade, pois filho passou a ser filho, independentemente da sua origem⁶⁴.

O Código Civil de 2002, bem como o ECA também prescrevem a igualdade entre os filhos, vedando qualquer tipo de discriminação nos artigos 1596 e 20, respectivamente.

Dessa forma:

Com efeito, o estatuto constitucional da filiação reflete uma filiação una, igualitária, qualquer que seja sua origem. Para a norma constitucional não há vínculo mais forte, nem o de sangue, nem o do amor. Filho é tão somente filho, não importa a que forma de família pertença, encontra nela instrumento de realização⁶⁵.

A família, finalmente, passou a ser o meio de satisfação de todos os seus membros.

⁶² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.30.

⁶³ Art. 227, §6º, CR: 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. Em idêntica redação o artigo 1.596, CC.

⁶⁴ KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono afetivo**: valorização jurídica do afeto nas relações paterno- filiais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 42.

⁶⁵ 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, p. 45.

2.1.2 Princípio da liberdade

Este princípio pode ser analisado a partir de duas óticas⁶⁶. A primeira refere-se à formação e manutenção da família. Isso porque no Código de 1916, foi eleito como modelo familiar aquele formalizado pelo casamento indissolúvel entre o homem e a mulher.

Contudo, quando a Carta Magna expressou a liberdade, o modelo supramencionado foi rompido, ao passo que restou garantido o “livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador”⁶⁷.

Ou seja, o casamento deixou de ser requisito de validade da família, uma vez que passou a ser reconhecido também como família a união estável e a família monoparental⁶⁸, ainda permitindo o texto constitucional, interpretação extensiva quanto à família socioafetiva e a união homoafetiva.

Com isso a Constituição permite, nos termos dos parágrafos 3º e 4º, do artigo 226, o exercício da livre vontade de cada indivíduo para a formação de uma família, de modo que incumbe ao Estado protegê-la, independentemente da sua constituição⁶⁹.

Ademais, o parágrafo 6º⁷⁰, do artigo 226, da Constituição da República, prevê a possibilidade de dissolução do casamento civil, reafirmando uma vez mais, a liberdade dos indivíduos, como também a capacidade de decidir sobre o próprio destino⁷¹.

⁶⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de Direito de Família**: guarda compartilhada à luz da Lei nº. 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008, p.76.

⁶⁷ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 46.

⁶⁸ Art. 226, CR: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado: §1º: O casamento é civil e gratuita a celebração. §2º: O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. §3º: Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. §4º: Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

⁶⁹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 46-47.

⁷⁰ Art. 226, §6º, CR: O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

⁷¹ OLIVERIA FILHO, Bertoldo Mateus de. **Direito de família**: aspectos sociojurídicos do casamento, união estável e entidades familiares. São Paulo: Atlas, 2011, p. 17.

Já quanto a segunda ótica, constata-se a “liberdade de cada familiar diante dos demais integrantes da própria entidade familiar”⁷², sem qualquer supressão de direitos por uns em detrimento de outros.

2.1.3 Princípio da solidariedade familiar

A solidariedade, expressa no artigo 3º, inciso I, da CR⁷³, é a negação ao individualismo, pois é a concretização da existência harmônica entre os interesses individuais e coletivos, ou ainda, a certa abstenção de uma vontade individual em detrimento da vontade de duas ou mais pessoas. Contudo, tal abstenção não implica em aceitação por ser minoria, nem tão pouco sujeição a outrem.

Isso porque, a ideia de solidariedade no campo familiar, implica na coexistência, em sintonia, compreensão, respeito e principalmente ajuda entre os membros. Neste sentido, a título de exemplo, pode-se citar o artigo 229, da Carta Magna⁷⁴, onde os pais em um primeiro momento têm os deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, e estes quando maiores tem o dever de prestar ajuda e auxílio àqueles.

Ainda, importante destacar, que concretizar a solidariedade no meio familiar, é possibilitar a existência de uma sociedade mais solidária, pois a família também interage com a comunidade, ao passo que seus componentes interagem com os componentes de outras famílias, e uma vez consolidada a solidariedade na base do Estado, forma-se uma cadeia de perpetuação deste princípio⁷⁵.

⁷² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família**: guarda compartilhada à luz da Lei nº. 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008, p. 76.

⁷³ Art. 3º, CR: Constitui objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I. construir uma sociedade livre, justa e solidária.

⁷⁴ Art. 229, CR: Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

⁷⁵ LÔBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. In: **Anais do VI Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Rio de Janeiro: IBDFAM, 2007.

2.1.4 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Em conformidade ao que foi exposto sobre a família pré e pós codificação de 1916, à criança e ao adolescente não era garantida nenhuma proteção frente ao poder discricionário do titular do pátrio poder, nem tão pouco do Estado, que apenas voltava os olhares a esses seres quando eram abandonados ou quando cometiam algum ilícito penal⁷⁶.

Porém, a Constituição da República proporcionou a mudança de status dos filhos. Ao preconizar o princípio da dignidade da pessoa humana, estabeleceu que a todos os seres humanos, deve ser garantido o direito a viver de forma digna, com o estrito respeito a seus direitos e o pleno desenvolvimento da personalidade. Neste sentido, reside o reconhecimento dos filhos, agora, não mais como objetos de direito, mas sim, como sujeitos de direito, e mais, em peculiar situação de desenvolvimento.

Face a isso, a Carta Magna adotou em seu texto, no artigo 227, a doutrina da proteção integral, *in verbis*:

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

Ante a vulnerabilidade que lhes é inerente, estes seres ainda não possuem condições físicas e psíquicas para gerenciar a própria vida, o que a princípio os demais seres humanos possuem. Sobre isto, afirma Antonio Carlos da Costa:

A condição peculiar de pessoa em desenvolvimento implica, primeiramente, o reconhecimento de que a criança e o adolescente não conhecem inteiramente seus direitos; não têm condições de defendê-los e fazê-los valer de modo pleno, não sendo, ainda, capazes, principalmente as crianças, de suprir, por si mesmas, as suas necessidades básicas⁷⁷.

⁷⁶ COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 90.

⁷⁷ COSTA, Antonio Carlos Gomes da. In: CURY, Munir; SILVA, Antonio Fernando do Amaral; MENDEZ, Emilio Garcia (Coords.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 39-40.

Desse modo, a Lei Maior incumbiu à família, em primeiro lugar, a sociedade e ao próprio Estado o dever de assegurar o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente.

Nisso reside, ainda, uma relativização do princípio da igualdade ao reconhecer a desigualdade existente entre criança, adolescente e os demais seres humanos, pois a proteção integral legitimou a produção no ordenamento jurídico de um sistema especial de cuidado a eles, a fim de “equilibrar a desigualdade de fato e atingir a igualdade jurídica material”⁷⁸.

O sistema especial de proteção supramencionado engloba também a elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente. Esse diploma, igualmente a Constituição, prevê em seu artigo 4º⁷⁹ a doutrina da proteção integral.

Diante do exposto, constata-se que a doutrina da proteção integral, condiciona todas as ações voltadas à criança e ao adolescente à realização do melhor interesse⁸⁰.

Ou seja, o melhor interesse deve sempre estar presente como meta, real objetivo, nas relações familiares, nas relações da criança e do adolescente com a sociedade e com o Estado⁸¹. Atingir o melhor interesse é criar um campo sólido para o desenvolvimento dos seres que assim se encontram, observando sempre, os direitos fundamentais a eles garantidos.

Depreende-se disso, também, que às crianças e aos adolescentes é garantido os mesmos direitos fundamentais dos adultos, e um a mais, consubstanciado no melhor interesse, conforme pode-se observar da redação do artigo 3º, do ECA, *in verbis*:

Art. 3º: A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as

⁷⁸ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos fundamentais**. Barueri: Manole, 2003, p. 119.

⁷⁹ Art. 4º, ECA: É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

⁸⁰ PEREIRA, Tânia da Silva. O “melhor interesse da criança”. In. PEREIRA, Tânia da Silva (coordenação). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 95.

⁸¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei nº. 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 80.

oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Contudo, destaca-se que o melhor interesse deve ser analisado sob o caso concreto, já que pode sofrer alterações no tempo e no espaço, conforme ensina Rodrigo da Cunha:

O conceito de melhor interesse é bastante relativo. O entendimento sobre seu conteúdo pode sofrer variações culturais, sociais e axiológicas. É por esta razão que a definição de mérito só pode ser feita no caso concreto, ou seja, naquela situação real, com determinados contornos predefinidos, o que é o melhor para o menor⁸².

O fato é que diante o longo período de discriminação pelo o qual os filhos passaram, ora por não serem reconhecidos quando não provenientes do casamento, ora por serem considerados objetos de direito, é chegado o momento de se assegurar integral proteção a eles, por se entender que inevitavelmente são seres vulneráveis e necessitam de especial atenção para o seu desenvolvimento, em especial dos seus pais.

Digam-se pais, referindo-se a pai e mãe, pois o pátrio poder transformou-se em poder familiar com o advento do Código Civil de 2002, afirmando o reconhecimento dos novos valores sociais brasileiros, tais como a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações e a essencialidade de promover o desenvolvimento dos filhos, o melhor interesse.

Conforme explica Antonio Cezar Lima da Fonseca:

A doutrina de longa data, passou a criticar aquela expressão – pátrio poder-, nos seus dois termos: *pátrio*, porque não era apenas o pai- o *pater*- quem exercia um *poder* com exclusividade, mas também a mãe o exercia; não era mais um *poder* do pai sobre o filho, mas sim *um feixe de direito e deveres de ambos os pais sobre os filhos*. (...) O novo texto preferiu *poder familiar*, tentando abarcar aquele *feixe de direitos e deveres* detido e exercido pelos pais, conjuntamente, à igualdade de direitos e deveres do pai e da mãe relativamente ao filho⁸³.

Todavia, alguns doutrinadores criticam esta expressão. Segundo Maria Berenice o termo *poder* como foi empregado, apenas deslocou o poder do pai para a família na tentativa de adequar este instituto a igualdade entre o homem e a mulher,

⁸² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 150.

⁸³ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **O Código Civil e o Novo Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 124.

contudo, sem se preocupar com a real relação que se pretende estabelecer entre genitores e filhos^{84 85}.

Ainda, de acordo com Vanceslau Tavares, a expressão *poder*, transmite a possibilidade de haver poder físico, ou seja, o império da condição de alguém sobre o outro, mais precisamente do pai sobre o filho, o que facilmente remeteria a relação familiar transpessoal, condenada atualmente pelo texto constitucional e estatutário⁸⁶.

As críticas referem-se também a terminologia *familiar*, pois se acredita que ela pode vir a sugerir que todos os indivíduos da relação familiar possuam a titularidade do instituto⁸⁷, além de não traduzir a igualdade no seio familiar, entre os pais e entre estes e os filhos⁸⁸.

Portanto, ao observar que a relação entre os pais e entre estes e os filhos deixou de ser verticalizada e passou a ser voltada ao pleno desenvolvimento da prole, concorda-se com os posicionamentos apresentados, e assumi-se a nomenclatura autoridade parental.

Conforme o entendimento de Paulo Lôbo:

A evolução gradativa, ao longo dos séculos, deu-se no sentido da transformação de um poder sobre os outros em autoridade natural com relação aos filhos, como pessoas dotadas de dignidade, no melhor interesse deles e da convivência familiar. Essa é a sua atual natureza. Assim, o poder familiar, sendo menos um poder e mais dever, converteu-se em múnus, concebido como encargo legalmente atribuído a alguém, em virtude, de certas circunstâncias, a que não se pode fugir⁸⁹.

Sendo assim, pode-se constatar que a autoridade parental capacita atribuir aos pais uma função, a qual é encarregada de efetivar um conjunto de direitos e deveres. E é, ainda, a nomenclatura que melhor consagra a igualdade entre homem e mulher, entre os filhos e entre estes e os pais.

⁸⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 424.

⁸⁵ COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 59.

⁸⁶ COSTA FILHO, Vanceslau Tavares. Função social da autoridade parental: algumas considerações. **Revista Síntese de Direito de Família**. São Paulo, v. 3, n. 67, agosto/ setembro. 2011, p.9-18.

⁸⁷ “Embora a locução poder familiar possa dar a entender que no polo ativo se incluiriam outros integrantes da famílias, além dos pais, tal interpretação não se afigura correta. Primeiro, pela própria natureza do poder familiar, estabelecido em virtude do vínculo da paternidade e maternidade. Depois, porque eventual inclusão de terceiro não encontra qualquer amparo no ordenamento jurídico vigente, pois certo é que tanto as normas da Constituição Federal, quanto as do Código Civil, não se compatibilizam com esse entendimento”. (Cf). COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 69.

⁸⁸ COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 59.

⁸⁹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 270.

Há que considerar da afirmação acima, que de fato o poder ainda existe, mas na medida em que serve como instrumento de efetivação dos deveres incumbidos aos pais para o fim de satisfazer os interesses do filho⁹⁰. Ou seja, o poder não pode ser compreendido atualmente, como superioridade, subordinação, mas sim como meio para garantir o pleno desenvolvimento da criança⁹¹.

Sendo assim, a autoridade parental é uma função atribuída pelo Estado aos pais, que a exercem em igualdade de condições, visando sempre o melhor interesse do filho. No entanto, para desempenhar esta função delegada, precisam concretizar um conjunto de direitos e deveres, a qual se dá pela instrumentalização de um poder.

Neste viés, prescreve o artigo 1.631, do Código Civil:

Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro exercerá com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

Em concordância a este dispositivo, preceitua o artigo 21, do ECA:

O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma de que dispuser a legislação civil, assegurando a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Embora se conclua que a literalidade do artigo 384, do Código Civil de 1916 foi mantida no artigo 1.634, do Código Civil de 2002, a sua interpretação diverge daquela, pois é acompanhada da Constituição de 88, do ECA, do CC de 2002, das demais legislações produzidas no campo do Direito de Família, bem como dos

⁹⁰ “Entretanto, para o cumprimento desse dever, impõe-se seja conferido aos pais um conjunto de prerrogativas a fim de que possam efetivamente cumprir com a obrigação devida. Volta-se, então, a noção de poder, mas não como direito subjetivo dos pais, de um poder concedido pelo próprio ordenamento jurídico como meio para a satisfação de seus interesses, mas sim como instrumento de realização da função paterna, e sempre no interesse do filho”. (Cf). COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 62.

⁹¹ “A interferência na esfera jurídica dos filhos só encontra justificativa funcional na formação e desenvolvimento da personalidade dos próprios filhos, não caracterizando posição de vantagem juridicamente tutelada em favor dos pais. A função delineada pela ordem jurídica para a autoridade parental, que justifica o espectro de poderes conferidos aos pais- muitas vezes em detrimento da isonomia na relação com os filhos, e em sacrifício da privacidade e das liberdades individuais dos filhos- só merece tutela se exercida como um múnus provado, um complexo de direitos e devres visando o melhor interesse dos filhos, sua emancipação como pessoa, na perspectiva de sua emancipação como pessoa, na perspectiva de sua futura independência”. (Cf). TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil- constitucional. **Revista Trimestral de Direito Civil**. RTDC, v. 17, ano 5, janeiro/março. 2004, p.33-49.

valores sociais, ao passo que as competências ali estampas podem ser entendidas como “o conjunto de faculdades encomendadas ao pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e formação integral dos filhos, física, mental, moral, espiritual e social”⁹².

Diante de tudo o que foi exposto até aqui, pode-se constatar que a família é uma entidade construída historicamente, ao passo que ela tende sempre a acompanhar as demandas sociais, que naturalmente, mudam de tempos em tempos⁹³.

A partir da interpretação das relações familiares a luz das normas e princípios constitucionais, bem como das legislações produzidas no período da descodificação do Direito Civil, as famílias, nos dias de hoje, são voltadas para a busca da realização pessoal dos seus membros, abandonando, assim, a finalidade exclusivamente econômica e patrimonial.

Como bem salienta a advogada Aline Karow, as transformações não se resumem apenas as alterações comportamentais entre os membros da família, mas também pelo significado e importância que se passou a dar a esta entidade, no sentido de ser reconhecida como o espaço, no qual as pessoas podem desenvolver sua personalidade, potencialidade e individualidade com respeito mútuo e dignidade⁹⁴, ressaltando o desdobramento de atenção especial a criança, pela condição de vulnerabilidade a ela inerente.

Contudo, a realidade, ainda que não de todas, mas de algumas famílias, é de desrespeito a até mesmo ausência de observância destes direitos assegurados ao filho, por um ou ambos os pais, o que conseqüentemente pode gerar danos irreparáveis. E é a partir desses danos que somado a outros elementos da responsabilidade civil, que o abandono moral tem origem.

⁹² GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 5. ed. rev. , e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 35.

⁹³ “Composta por seres humanos, decorre, por conseguinte, uma mutabilidade inexorável na feição da família, apresentando-se sob tantas e diversas formas, quantas forem as possibilidades de se relacionar, ou melhor, de expressar o amor. A família, enfim, não traz consigo a pretensão de inalterabilidade conceitual. Ao revés, seus elementos fundantes variam de acordo com os valores e ideais predominantes em cada momento histórico”. FARIAS, Cristiano Chaves de. A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida da pessoa humana. In: **Revista de Direito Privado**. Coordenação: Nelson Nery Junior; Rosa Maria de Andrade Nery. nº. 19. Julho-setembro de 2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 59.

⁹⁴ KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono afetivo**: valorização jurídica do afeto nas relações paterno- filiais. Curitiba: Juruá, 2012, 79.

3 A FALTA QUE A FALTA FAZ: O ABANDONO MORAL NAS RELAÇÕES PARENTAIS

3.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

É comum nos deparamos frente a frente com os casos de abandono material em relações parentais, seja na função de operadores do Direito, parente ou amigo próximo de alguém que tenha sido sujeito passivo ou ativo dessa espécie de abandono, ou na própria condição de vítima.

Isso porque, o alto índice de desemprego, a dificuldade financeira e a má distribuição da renda que são realidade em nosso País, não raras às vezes conduzem a esta lamentável situação, o que por sua vez, pode sugerir que o abandono material é o maior e único dano que um filho pode sofrer.

Contudo, algumas famílias nos mostram outro cenário. Além do abandono material, há um aumento considerável dos casos de abandono moral, e isso gera sérias preocupações, não somente para a família, mas também para o Estado e o poder judiciário, eis que implica em um verdadeiro retrocesso da sociedade e ineficácia do Direito, pois é como se todos os avanços conquistados no âmbito familiar, principalmente no que diz respeito à filiação, não mais vigorassem, não mais tivessem qualquer valor.

Em que pese haja desinteresse da população em assumir responsabilidades, esta não pode atingir as relações parentais, à medida que desde a concepção, seja o filho desejado ou não, o sistema jurídico impõe deveres aos pais quanto à criação, educação e convivência familiar, que devem ser assumidos⁹⁵.

Em razão disso, cabe a seguir expor o conceito de abandono moral nas relações parentais, assim como a incidência do instituto da responsabilidade civil nestes casos.

Cumprido esclarecer, que o emprego da expressão parental, bem como deveres parentais empregados neste trabalho, refere-se tanto ao pai quanto a mãe, pela simples razão de que a eles incumbe, em igualdade de condições, o exercício

⁹⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, porque me abandonaste? In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 224.

da autoridade parental e conseqüentemente a realização e promoção dos direitos de seus filhos, como já visto.

Ainda, destaca-se em razão do exposto acima, que ao falar em abandono moral, admite-se tanto o realizado pelo pai, quanto o realizado pela mãe.

3.2 DISTINÇÃO ENTRE ABANDONO MORAL E ABANDONO AFETIVO

No que tange a conceituação do abandono moral e a possibilidade de responsabilização, salienta-se que este instituto não guarda relação com o abandono afetivo. Além disso, informa-se que este trabalho de conclusão de pós-graduação refere-se exclusivamente ao abandono moral. Para tanto, far-se-á apenas uma breve distinção entre eles, a título de esclarecimento e delimitação do objeto de estudo.

Pois bem, a palavra *abandono* remete a omissão, a falta de, a partir do que se pode concluir que nas relações entre pais e filhos, ele significa a ausência de algo.

Sabendo-se que tanto ao pai quanto a mãe é delegada a função de promover o desenvolvimento dos seus filhos através do cumprimento de deveres impostos pela Constituição, Código Civil e ECA, complementa-se a primeira conclusão acima delineada, acrescentando que se trata de ausência de cumprimento de deveres.

Porém, se faz necessário esclarecer quais são esses deveres. Por referir-se a abandono *moral*, pode-se entender que tais deveres são de caráter imaterial, ou seja, aqueles que não dependem do dispêndio monetário para se concretizar, tais como, o dever de cuidado, educação e convivência familiar⁹⁶.

Entende-se, a partir disso, que aos pais não cabe somente arcar com os custos para a criação dos filhos, seus deveres vão para além da esfera patrimonial⁹⁷.

Dessa forma, verifica-se que o abandono moral é o não cumprimento pelo pai, pela mãe ou por ambos, dos deveres de assistência, criação, educação, convivência familiar, dentre outros necessários ao completo desenvolvimento físico, mental,

⁹⁶ Sobre isto, ensina Rodrigo da Cunha Pereira: “Tais deveres paternos não guardam relação com o suprimento das necessidades materiais que se faz por meio do pagamento de pensão alimentícia. A lei é muito clara ao impor aos pais a companhia, a guarda, a direção de sua educação”. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2 ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

⁹⁷ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 180.

espiritual, moral e social, dos filhos, em conformidade ao previsto nos artigos 229⁹⁸, da CR; 1.634, incisos I e II⁹⁹, do CC e, 3^o¹⁰⁰ e 4^o¹⁰¹, do ECA.

Já o abandono afetivo, por sua vez, pode ser caracterizado como a ausência de sentimento, qual seja, o amor. Nestas situações de abandono valoriza-se o amor de um dos pais ou de ambos por seus filhos, como se obrigação fosse.

Contudo, não há em nosso ordenamento jurídico previsão da obrigação de amar, diga-se, não há nenhum dispositivo normatizado que estabeleça o amor como um dever inerente a condição de pai e de mãe, nem tão pouco como direito do filho¹⁰², motivo pelo qual não há que se falar em responsabilidade civil nestes casos, pois como será visto no próximo capítulo, a pretensão reparatória nasce com a violação de um direito em decorrência do não cumprimento de um dever jurídico imposto na lei¹⁰³.

Soma-se a isso, o fato de que “pagar pela falta de amor não faz surgir o amor, e tampouco o restabelece”¹⁰⁴, pois entende-se o afeto como um sentimento espontâneo e variável, ou seja, ou há ou não. Neste sentido, é possível ainda afirmar que impô-lo contraria a sua própria razão de existência¹⁰⁵.

Além disso, outra prova de que amor não pode e não deve balizar os pedidos de compensação é a possibilidade de não se ter nenhum sentimento pelo filho, seja amor, afeto, simpatia, mas mesmo assim promover o seu desenvolvimento, auxiliando na criação.

Destarte, “não podemos exigir amor de ninguém, mas podemos exigir que haja o respeito aos preceitos constitucionais que afasta qualquer forma de

⁹⁸ Art. 229, CR: Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

⁹⁹ Art. 1.634, incisos I e II CC/02: Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I. dirigir-lhes a criação e educação; II. Tê-los em sua companhia e guarda.

¹⁰⁰ Art. 3, ECA: A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

¹⁰¹ Art. 4, ECA: É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitárias.

¹⁰² SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 180.

¹⁰³ TARTUCE, Flávio. Danos morais por abandono moral. In: **Direito das famílias e sucessões**. n. 7, dezembro/janeiro, 2009, p. 100-115.

¹⁰⁴ COSTA, Maria Aracy Menezes da. **Responsabilidade Civil no direito de família**. ADV: Advocacia dinâmica- seleções jurídicas, nº. 02, fevereiro/2005, p. 157.

¹⁰⁵ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil**: Famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

negligência parental”¹⁰⁶, acrescenta-se aos preceitos constitucionais, os previstos no ECA e também no Código Civil.

Sendo assim, a responsabilidade atribuída aos pais é aquela proveniente do não exercício da autoridade parental, que consistente em um conjunto de direitos e deveres constitucionais e infraconstitucionais inerente à condição de pai e de mãe, biológico ou não. É nisto que reside o abandono moral¹⁰⁷.

Consoante a isso, sustenta Anderson Schreiber:

O interesse por trás da demanda de abandono moral, portanto, não é, como muitas vezes se diz equivocadamente, um interesse construído sobre a violação de um dever de amar ou de dar afeto, mas um interesse fundado no dever normativo expresso dos pais de educarem e criarem seus filhos. E, neste sentido, pode-se concluir pelo seu merecimento de tutela, em abstrato”¹⁰⁸.

Face ao que foi exposto, constata-se que o abandono moral não se refere a um sentimento de pai para filho, que por vezes nunca existiu, de modo que a pretensão reparatória engloba tão somente o descumprimento de direitos e deveres previstos no ordenamento jurídico.

3.3 DA CONCRETIZAÇÃO DO ABANDONO MORAL ÀS SUAS CONSEQUÊNCIAS

Em atenção a tudo o que já foi exposto, a família tem importante função na formação do ser humano, ao passo que a relação entre pais e filhos possui especial destaque, pois é inerente a condição de pai ou de mãe, a responsabilidade de promover o completo desenvolvimento de seus filhos, ainda que não planejados ou desejados. Tal responsabilidade engloba um leque de deveres, os quais são prerrogativas do exercício da autoridade parental.

Frente a este conjunto de deveres, tem-se que o não cumprimento deles configura o abandono, que pode ser de ordem material ou moral. Para este trabalho importa tão somente o abandono moral, não porque não seja importante o suprimento dos deveres materiais através de pensão alimentícia, tendo em vista que

¹⁰⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade civil por abandono afetivo. In: **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**, n. 29, ago./set., 2012, p. 5-19.

¹⁰⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. **Revista brasileira de direito de família**. nº. 32, out./ nov., 2005, p. 151.

¹⁰⁸ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 180-181.

este também é um dos deveres parentais, o sustento, mas justamente por reconhecer que a incumbência do pai e da mãe vai para além disso, ou seja, engloba também os deveres de criação, educação e convivência com filhos, tudo para o fim exclusivo de proporcionar a formação física, psíquica, moral e social dos novos seres humanos¹⁰⁹.

Dessa forma, “a função paterna nunca poderá estar atrelada, unicamente, ao suprimento das necessidades materiais do filho”¹¹⁰, eis que o sustento é um dos deveres parentais, ao passo que o desenvolvimento da criança não depende somente dele, mas sim do exercício conjugado e harmônico deste com os demais deveres imateriais, tais como guarda, educação e convivência. Portanto, é necessário ser pai e mãe na intensidade legal- sustento, guarda e educação¹¹¹.

Destarte, quando o artigo 1.634, inciso I, do CC, atribui a competência aos pais de criar os filhos, evidencia a importância tanto do sentido comum de “cultivar, educar, fazer crescer, promover o crescimento (quanto no sentido jurídico) de assegurar aos filhos todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana”¹¹².

Já em relação à educação, também preceituada no artigo supramencionado, “inclui a educação escolar, a formação moral, política, religiosa, profissional, cívica que se dá em família e em todos os ambientes que contribuem para a formação do filho, como pessoa em desenvolvimento”¹¹³.

A importância da companhia e da guarda também é destacada no Código Civil, no artigo 1.634, inciso II. Quanto àquela consiste no direito dos filhos terem a companhia dos pais e do direito a convivência familiar¹¹⁴.

Neste mesmo sentido, assegura José Antônio de Paula Santos que “ter o filho em sua companhia é poder estar com ele, acompanhar seu desenvolvimento, conversar, orientar”¹¹⁵.

A guarda, segundo Waldyr Grisard Filho:

¹⁰⁹ DIAS, Maria Berenice. **O direito dos filhos a seus pais**. Jus Navegandi. Disponível em: <HTTP://jus.com.br/revista/texto/22355> Acesso em: 07/09/2015.

¹¹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Cláudia Maria. Nem só de pão vive o homem. **Sociedade e Estado**. Brasília, v.21, n.3, set./dez.2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922006000300006&lng=pt&nrm=iso> Acesso em: 07/09/2015.

¹¹¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Indenização por abandono afetivo e material: Decisão Comentada. In: **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. n. 25, dez./jan. IBDFAM, 2012, p. 112.

¹¹² COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 98.

¹¹³ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 276.

¹¹⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 277.

¹¹⁵ SANTOS NETO, José Antônio de Paula. **Do pátrio poder**, 1994.

A guarda é, a um tempo, um direito, como o de reter o filho no lar, conservando-o junto de si, o de reger a sua conduta, o de reclamar de quem ilegalmente o detenha, o de proibir-lhe companhias nefastas e de frequentar determinados lugares, o de fixar-lhe residência e domicílio e, a outro, um dever, como o de providenciar pela vida do filho, de velar por sua segurança e saúde e prover ao seu futuro (...) A guarda é da natureza do poder familiar, não da sua essência, tanto que transferida a terceiro não implica a transferência deste¹¹⁶.

No que tange a guarda, há que se fazer algumas distinções. Primeiramente esclarece-se que ela se distingue de autoridade parental. Dessa forma, simplificadamente, guarda é um atributo da autoridade. Ou seja, aos pais compete exercício da autoridade parental, de modo que um dos deveres do exercício dessa função é ter seus filhos menores sob sua guarda¹¹⁷.

Em concordância ao que foi exposto acima, pode-se dissociar a guarda da autoridade parental, ainda, pela redação do artigo 1.632, do CC, *in verbis*:

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

Assim, também o artigo 1.579, do CC, expressa que “o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos”. Ou seja, quando da não convivência mais entre os pais, ainda que reste acordado entre eles ou por decisão judicial que a guarda seja exercida por um deles, ou conjuntamente embora em lares diferentes, a autoridade parental não sofre nenhuma alteração, ela persiste a ambos os pais.

Sendo assim:

O que mudará na relação dos pais com os filhos após o fim da conjugalidade será o direito de tê-los em sua companhia, já que o guardião será o genitor incumbido dos cuidados quotidianos com os filhos. Contudo, as decisões relevantes para a vida dos filhos deverão ser tomadas por ambos, em conjunto, vez que afetas ao poder familiar, e não à guarda¹¹⁸.

¹¹⁶ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 47-48.

¹¹⁷ CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 77-86.

¹¹⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autoridade Parental. In. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coordenadores). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, Mandamentos, 2008, p. 258.

Quer-se dizer com isso, que as responsabilidades paternas devem ser cumpridas independentemente da existência ou não, bem como do tipo de relacionamento entre os pais. E isso é de suma importância, pois ao falar em convivência familiar é preciso atentar que ela não se baseia exclusivamente a habitação conjunta, ou a disponibilidade em tempo integral dos pais, eis que diante as necessidades do cotidiano, tal pretensão é improvável de concretização. Nesta toada, é perfeitamente possível a promoção e efetivação dos direitos da criança, por pais que convivam à distância¹¹⁹, na medida de que “o que não se admite é o completo isolamento ou a total indiferença, como se o filho não existisse ou que representasse um estranho indigno da atenção moral [...] porque esse comportamento configura um desprezo a quem, por razões de família, não pode ser ignorado”¹²⁰.

Sendo assim, a distância não baliza a condição de abandono, a qual pode ser constatada, também, na convivência diária com os pais, como exemplifica Helen Cristina no caso em que “mesmo residindo fisicamente na mesma casa, não dá qualquer atenção aos filhos ou suporte educacional”¹²¹.

Fato é, que verificado a ausência de cumprimento dos deveres parentais, por qualquer dos pais, independentemente da condição em que se encontram, se juntos diariamente ou de tempos em tempos com os filhos, nasce a pretensão reparatória.

A negligência consubstanciada no descuido, no não comprometimento dos pais em assumir o compromisso de gerenciar a formação e o desenvolvimento dos filhos de acordo com os ditames constitucionais e infraconstitucionais, inevitavelmente gerará consequências, as quais podem manifestar-se através de sentimentos de rejeição, discriminação, tristeza, decepção e frustração, por exemplo¹²².

Tais sentimentos, ainda, podem refletir negativamente no auto descobrimento da criança, bem como na sua autoestima e autoconfiança, repercutindo diretamente na fase adulta, onde poderão “desenvolver graves perturbações psicológicas-

¹¹⁹ SOUZA, Ivone M. Candido Coelho de. Dano Moral por abandono: monetarizando o afeto. **Direito das famílias e sucessões**. n. 13, dez./jan. 2010, p. 60-74.

¹²⁰ ZULIANI, Ênio Santarelli. Direito de família e responsabilidade civil. **Revista Magister de direito civil e processual civil**. v. 45, nov./dez. 2011, Porto Alegre, p. 68-80.

¹²¹ ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. Simplesmente a vida como ela é: Responsabilidade civil por abandono moral nas relações paterno-filiais. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. v. 44, out./dez. 2010. Rio de Janeiro: Padma, 2000, p. 43.

¹²² SOUZA, Ivone M. Candido Coelho de. Dano moral por abandono: monetarizando o afeto. Páginas 60-74. **Direito das famílias e sucessões**. n. 13, dez./jan. 2010, p. 66.

estados depressivos e tentativas de suicídio, perturbação da personalidade e da identidade, automutilação, consumo problemático de substâncias psicotrópicas ou distúrbios alimentares”¹²³.

Soma-se a isso, o fato de que tais danos poderão influenciar também na forma como desempenharão as funções paternas quando estiverem na condição não mais de filhos, e sim, de pais¹²⁴.

As consequências acima elencadas, ainda que não correspondam à totalidade das possíveis, são suficientes a confirmar o dano moral proveniente do abandono, uma vez que atinge a honra do sujeito, intimidade, imagem, valores pessoais e a sua dignidade¹²⁵.

Importante destacar, que embora o ordenamento jurídico preveja sanções de suspensão¹²⁶ e perda ou destituição¹²⁷ da autoridade parental em virtude de práticas não condizentes com o exercício dela e o melhor interesse da criança e do adolescente, não exclui, nem tão pouco impede, a reparação cível¹²⁸.

¹²³ FIALHO, Ana Catarina Janeiro. **Da responsabilidade civil por abandono afetivo**. Dissertação Faculdade de Direito Universidade Nova de Lisboa. Orientador: Doutora Cláudia Trabuco, professora da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Outubro, 2014, p. 45.

¹²⁴ SOUZA, Ivone M. Candido Coelho de. **Dano moral por abandono**: monetarizando o afeto. Direito das famílias e sucessões. n. 13, dez./jan.2010, p. 60- 74.

¹²⁵ CARDIN, Valeria Silva Galdino. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012, p.65.

¹²⁶ Art. 1.637, CC/02: Se o pai, ou a mãe abusar da sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao Juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. Parágrafo Único: Suspende-se igualmente o poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão. Ainda, a suspensão pode ser imposta aos genitores ou a um deles, bem como pode ser deferida em relação a um dos filhos ou a todos, ou ainda, atingir somente algumas prerrogativas da autoridade. Ela não é definitiva, certo que pode ser revista quando verificado que os fatores que a provocaram foram superados, devendo para tanto ser reestabelecido a autoridade parental. LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 280.

¹²⁷ Art. 1.638, CC/02: Perdera por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I.Castigar imoderadamente o filho; II. Deixar o filho em abandono; III. Praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV. Incidir, reiteradamente, nas faltas graves previstas no artigo antecedente. A perda da autoridade parental é uma das formas de extinção da autoridade parental, todavia, ocorre por via judicial. Ainda, é “pena civil mais grave, então, podendo atingir somente um dos pais. Sendo imperativa, abrange toda a prole”. (Cf) GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 52-53.

¹²⁸ No que refere-se a aplicação de indenização cumulada com a suspensão ou a perda da autoridade parental, esclarece o Excelentíssimo Ministro Senhor Barros Monteiro em seu voto vencido: “Penso também que a destituição do poder familiar, que é uma sanção do Direito de Família, não interfere na indenização por dano moral, ou seja, a indenização é devida além dessa outra sanção prevista não só no Estatuto da Criança e do Adolescente como também no Código Civil atual”. Conforme: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 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

Sabendo-se disso, no próximo capítulo será tratado o tema da responsabilidade civil proveniente do abandono moral, assim como qual é o tratamento dado pelo poder judiciário.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES PARENTAIS

4.1 NOÇÕES GERAIS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL

No capítulo anterior ao constatar que configurado o abandono moral, através do não exercício pelos pais dos deveres atribuídos a eles legalmente, nasce a pretensão de ação reparatória, já se reconhecia a possibilidade de compensação ao indivíduo vítima do abandono.

Soma-se a isso, que ao falar em dano moral como a consequência desse abandono, uma vez mais foi confirmada a possibilidade de propositura de ação de compensação.

Sendo assim, é incontestável o emprego da responsabilidade civil nas relações parentais, ainda mais se levarmos em conta que o grau valorativo do dano proveniente de uma relação familiar é maior do que aquele provocado por um terceiro, justamente pelo laço empírico existente entre os membros, ou seja, a parentalidade¹²⁹.

Contudo, se faz necessário discorrer sobre os elementos da responsabilidade civil aplicáveis nos casos de abandono moral nas relações parentais, bem como o tratamento empregado pelo poder judiciário.

Isso porque, a possibilidade de compensação do abandono moral gera grande repercussão no meio social, não somente em razão da proporção gerada através da mídia, mas por ser um instituto relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro que surgiu para além das causas comumente conhecidas de abandono material, como possibilidade também de se responsabilizar os pais pela ofensa a honra subjetiva de seus filhos e, justamente por este motivo ser alvo de críticas relacionadas ao que exatamente pode ser compensado nas ações reparatórias dessa ordem.

Todavia, ressalta-se que não cabe a autora deste trabalho emitir juízo de valor sobre essas demandas, nem tão pouco afirmar e defender que todo e qualquer

¹²⁹ CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 69.

desamparo constatado na família deve ser compensado e, mais, que o poder judiciário sempre dará procedência ao pedido postulado.

Ora, busca-se apresentar, portanto, quais elementos são necessários a ensejar o pedido de compensação, assim como de que forma eles se configuram diante o caso concreto. Quanto ao mérito, cabe somente ao magistrado investido na função jurisdicional.

Dito isso, passa-se primeiramente a análise do instituto da responsabilidade civil, para então, tratar da espécie deste instituto aplicável nos casos de abandono moral nas relações parentais, ou seja, a responsabilidade civil extracontratual subjetiva.

Pois bem, em linhas gerais a responsabilidade civil pode ser conceituada como o dever de reparar um prejuízo proveniente da violação de um outro dever jurídico. Ou seja, há um dever jurídico preexistente que deve ser observado, caso isso não ocorra, nasce para aquele que o descumpriu uma obrigação, a qual refere-se a reparação de um dano, eis que a violação de um dever jurídico, não raras as vezes, origina um dano¹³⁰.

Acrescenta-se, que a responsabilidade é proveniente de um ato ilícito, e que justamente por isso, a sua configuração enseja o nascimento de uma obrigação reparatória¹³¹.

Ressalta-se nesse ponto o ensinamento de Sergio Cavalieri Filho, de que a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo ou também denominado secundário, proveniente de um dever jurídico originário ou primário. Como exemplo, cita que “todos têm o dever de respeitar a integridade física do ser humano. Tem-se, aí, um dever jurídico originário, correspondente a um direito absoluto. Para aquele que descumprir esse dever surgirá outro dever jurídico: o da reparação do dano”¹³²-dever jurídico sucessivo.

Ainda, conforme preceitua Aduato de Almeida Tomaszewski:

¹³⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paul: Atlas, 2010, p. 1-3.

¹³¹ RODRIGUES JUNIOR, Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade civil contemporânea**: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011, p. 17-20.

¹³² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paul: Atlas, 2010, p. 2.

Imputar a responsabilidade a alguém é considerar-lhe responsável por alguma coisa, fazendo-o responder pelas consequências de uma conduta contrária ao dever, sendo responsável aquele indivíduo¹³³.

Dessa forma, pode-se concluir que a prática de um ato ilícito¹³⁴ voluntário que desemboca em um dano, faz surgir a responsabilidade daquele que o praticou.

Diante disso, a Constituição da República consagrou no artigo 5º, incisos V e X¹³⁵ o dever de reparação, assim como o Código Civil em seus artigos 186¹³⁶ e 927¹³⁷.

Destarte, necessário se faz, apresentar as espécies de responsabilidade civil, de acordo com a causa geradora e do elemento subjetivo da causa, todavia, sem a finalidade de esgotar o tema, mas sim tão somente apresentar as principais diferenças entre elas.

Sendo assim, quanto a causa geradora, pode-se dividir a responsabilidade civil em contratual e extracontratual. Naquela há uma relação jurídica preexistente entre as partes e o dever jurídico de reparação advém da violação de um dever proveniente dessa relação, como o inadimplemento. Já nesta, o dever jurídico de

¹³³ TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. **Separação, Violência e Danos Morais- A tutela da personalidade dos filhos**. São Paulo: Paulistana Jur, 2004, p. 245.

¹³⁴ Importante destacar que: "(...) nem sempre haverá coincidência entre dano e ilicitude. Nem todo ato danoso é ilícito, assim como nem todo ato ilícito é danoso. Por isso a obrigação de indenizar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito e causa dano a outrem. O art. 927 do Código Civil é expresso nesse sentido: 'Aquele que por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo'. E o art. 186, por sua vez, fala em violar direito e causar dano. A ilicitude, portanto, não está automaticamente atada à consequência indenizatória, podendo aquela (ilicitude) receber outras consequências jurídicas, como a nulidade do ato, a perda de um direito material ou processual, e assim por diante. Pode haver ilicitude sem dano (conduta culposa e até dolosa que não chega a causar prejuízo a outrem) e dano sem ilicitude. O art.188 do Código Civil prevê hipóteses em que a conduta do agente, embora cause dano a outrem, não viola dever jurídico, isto é, não está sob censura da lei. São *causas de exclusão da ilicitude (...) não constituem ato ilícito* os praticados no *exercício regular de um direito, em legítima defesa ou em estado de necessidade*". (Cf). CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 18-19.

¹³⁵ Art. 5º, CR/88: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à prosperidade, nos termos dos seguintes: (...) V. é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) X. são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (...).

¹³⁶ Art. 186, CC/02: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

¹³⁷ Art. 927, CC/02: Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

reparação advém da violação de um dever jurídico imposto pela lei, sem que haja relação jurídica preexistente entre as partes¹³⁸.

Em relação ao elemento subjetivo da conduta, a responsabilidade civil extracontratual foi dividida em subjetiva e objetiva. Sobre isto, esclarece Silvio Rodrigues que não se pode afirmar com precisão de que se tratam de espécies diferentes de responsabilidade, mas sim de formas distintas de concretizar a obrigação reparatória¹³⁹.

A responsabilidade subjetiva tem seu fundamento na culpa (*latu sensu*) do agente, eis que abarca a culpa (*estrito sensu*) e o dolo, de modo que a prova do elemento culpa do agente é indispensável para a verificação do dever de indenizar. Já a segunda independe da culpa (*latu sensu*)¹⁴⁰. Esta responsabilidade baseia-se na chamada teoria do risco, adotado por nosso ordenamento no parágrafo único do artigo 927, do Código Civil, *in verbis*:

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

Para além do risco da atividade exercida pelo agente- teoria do risco-, esta responsabilidade pode, ainda, ser imposta pela lei, ou decorrente do abuso de direito, consubstanciado na prática de excesso dos limites impostos para o exercício de um dado direito¹⁴¹.

Dessa forma, em relação a diferenciação em objetiva e subjetiva, pode resumir da seguinte forma: “a primeira é imposta por dispositivo legal ou quando o agente assumi o risco de sua atividade. A segunda é o preceito básico de toda responsabilidade civil, onde o agente só será responsabilizado, em princípio, se tiver agido com culpa”¹⁴² – *latu sensu*.

¹³⁸ ¹³⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 15.

¹³⁹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 13. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 9-10.

¹⁴⁰ RODRIGUES JUNIOR, Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvia de Salvo Venosa**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 76- 77.

¹⁴¹ SANTOS, Maria Alice de Souza. **A natureza do afeto nas relações paterno- filiais frente à responsabilização civil**. Dissertação (Mestrado em Direito)- Setor de Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2011, p. 47. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SantosMAS_1.pdf> Acesso em: 09/09/2015.

¹⁴² ROSA, Conrado Paulino da; CARVALHO, Dimas Messias de; FREITAS, Douglas Phillips. **Dano moral e direito de família**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 39-40.

A partir do que foi exposto, cumpre ainda destacar, que a responsabilidade civil, de modo geral, pressupõe a existência dos seguintes elementos: ato ilícito, dano e nexo de causalidade.

Pois bem, no que tange ao tema deste trabalho, a espécie aplicada é a responsabilidade extracontratual subjetiva. Desse modo, passa-se ao estudo desses elementos aplicados no caso de abandono moral nas relações parentais.

4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL SUBJETIVA E SEUS ELEMENTOS NOS CASOS DE ABANDONO MORAL DE FILHOS MENORES DE IDADE

Da leitura conjugada dos artigos 186 e 927, do Código Civil, podemos observar o que caracteriza a responsabilidade civil subjetiva ou aquiliana. Isso porque preceitua o artigo 927 que “aquele que por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Por sua vez, o artigo 186 traz o conceito de ato ilícito, encerrando a incompletude do artigo anterior. Prescreve o artigo 186 que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Dessa forma, para que a responsabilidade aquiliana seja aplicada a um dado caso concreto, é necessário o preenchimento dos seguintes elementos, extraídos da interpretação dos dispositivos supramencionados: ato ilícito; dano; nexo de causalidade e, culpa.

Nesta toada, denota-se da leitura do artigo 186 que o ato ilícito é uma conduta humana voluntária que se exterioriza através de uma ação ou omissão contrária a ordem jurídica.

Isso porque, explica Cavalieri Filho:

Convém observar, todavia, que, enquanto os atos jurídicos podem se restringir a meras declarações de vontade, como, por exemplo, prometer fazer ou contratar, etc., o ato ilícito é sempre uma *conduta* voluntária. Se é ato, nunca o ato ilícito consistirá numa simples declaração de vontade. (...) O ato ilícito, portanto, é sempre um *comportamento* voluntário que infringe um dever jurídico, e não que simplesmente prometa ou ameace infringi-lo, de tal sorte que, desde o momento em que um ato ilícito foi praticado, está-

se diante de um processo executivo, e não diante de uma simples manifestação de vontade¹⁴³.

Ainda, conforme Caio Mário, o ato ilícito refere-se ao ato em desobediência às prescrições legais, com consequência não benéfica ao autor, eis que pela natureza desse ato, lesará o direito de outrem, impondo ao agente o dever de reparar o dano causado¹⁴⁴.

Dessa forma, o ato ilícito refere-se a uma conduta humana que é exteriorizada de forma comissiva ou omissiva, contrária ao ordenamento jurídico, que possivelmente causará um dano a alguém e por esta razão, haverá o dever de reparação.

Cumprir observar, que tanto a exteriorização comissiva, quanto a omissiva são e devem ser contrárias aos dispositivos do sistema jurídico, todavia, aquela exteriorização caracteriza-se pela violação de um dever que não se deveria praticar. Enquanto esta exteriorização caracteriza-se pelo não exercício do dever de agir¹⁴⁵.

É de suma importância tais considerações, pois nos casos de abandono moral nas relações parentais, a conduta do genitor é omissiva, eis que não há o cumprimento dos deveres imateriais inerentes a autoridade parental. Ou seja, há o descumprimento de normas constitucional e infraconstitucional que preceituam deveres dos pais em relação aos seus filhos, conforme foi demonstrado ao longo dos capítulos dois e três deste trabalho¹⁴⁶.

Contudo, nesta espécie de responsabilidade a conduta humana precisa, ainda, ser culposa, pois só há que se falar em reparação se existir prova da culpa. Neste sentido, tem-se que:

Para que haja obrigação de indenizar, não basta que o autor do fato danoso tenha procedido ilicitamente, violando um direito (subjetivo) de outrem ou infringindo uma norma jurídica tuteladora de interesses particulares. A obrigação de indenizar não existe, em regra, só porque o agente causador do dano procedeu objetivamente mal. (...) Agir com culpa significa atuar o agente em termos de, pessoalmente, merecer a censura ou reprovação do direito. E o agente só pode ser pessoalmente censurado, ou reprovado na

¹⁴³ ¹⁴³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 11-12.

¹⁴⁴ SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de Direito Civil**. 26. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

¹⁴⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 23-31.

¹⁴⁶ Ressalta-se a existência de violação dos direitos dos menores de idade através de conduta comissivo dos pais, como por exemplo, nos casos de violência psicológica e sexual.

sua conduta, quando, em face das circunstâncias concretas da situação, caiba afirmar que ele podia e devia ter agido de outro modo¹⁴⁷.

A culpa como referida acima, tem seu sentido amplo (*lato sensu*) englobando toda e qualquer conduta voluntária contrária ao Direito, seja intencional ou não. Ou seja, utiliza-se o termo culpa em sentido amplo para referir-se tanto a culpa em sentido restrito (*stricto sensu*) quando ao dolo.

O que vai diferenciar um do outro, dolo e culpa, é justamente a intenção do agente. Isso porque quando a conduta é dolosa a vontade do agente é a mesma do início ao fim da conduta, ou seja, ilícita. O agente busca o resultado ilícito desde a gênese da conduta¹⁴⁸.

Já na conduta culposa, a ilicitude só é verificada no resultado da conduta, ou seja, a vontade do agente não é ilícita, passando a ser, sobretudo, no percurso até o resultado em razão da falta de cuidado- erro na conduta. É o que se identifica na redação do artigo 186, como negligência e imprudência¹⁴⁹.

Soma-se a isso, os ensinamentos de Carlos Gonçalves:

Dolo é a violação deliberada, intencional, do dever jurídico. Consiste na vontade de cometer uma violação de direito, e a culpa, na falta de diligência. A culpa, com efeito, consiste na falta de diligência que se exige do homem médio. Para que a vítima obtenha a reparação do dano, exige o referido dispositivo legal (art. 186) que esta prove dolo ou culpa *stricto sensu* (aquiliana) do agente (imprudência, negligência ou imperícia)¹⁵⁰.

Consoante, tem-se o conceito de Rui Stoco:

Quando existe intenção deliberada de ofender o direito, ou de ocasionar prejuízo a outrem, há o dolo, isto é, o pleno conhecimento do mal e o direito propósito de o praticar. Se não houvesse esse intento deliberado, proposital, mas o prejuízo veio a surgir, por imprudência ou negligência, existe a culpa (*stricto sensu*)¹⁵¹.

Ante o exposto, pode-se observar que acresce à conduta voluntária omissiva do pai ou da mãe nos casos de abandono moral, o elemento culpa. Portanto, tem-se em verdade, uma conduta voluntária omissiva culposa, eis que se trata de

¹⁴⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁴⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 23-31.

¹⁴⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 23-31.

¹⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil: parte geral. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 400.

¹⁵¹ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 9 ed. ver., atual.e ampl. com comentários ao Código Civil. São Paulo: RT, 2013.

negligência em proporcionar e efetivar a realização dos deveres imateriais inerentes ao filho.

Contudo, se faz necessário atentar para a possibilidade de existência de causa excludente da ilicitude, ou seja, “situações de distanciamento parental que são decorrentes de outros fatores que não a negligência de um dos genitores”¹⁵², como já vimos, a impossibilidade de convivência em razão de o pai ou a mãe residir em outra cidade, ou ainda, quando um dos genitores embaraça a convivência do menor com o outro genitor.

Além desses casos, pode-se citar, ainda, a possibilidade de o pai, por exemplo, não saber da existência do filho¹⁵³. Nesse seguimento, afirma Giselda Hironaka que “parece improvável que alguém possa ser civilmente responsável por uma relação parental rompida se esta pessoa não conhecia sua condição de ascendente”¹⁵⁴.

Sendo assim, somente após o reconhecimento da paternidade, espontânea ou não, é que o comportamento parental poderá ser analisado a título de abandono moral.

Todavia, situação diferente é nos casos em que o pai sempre soube da existência do filho, porém, negou-se a reconhecê-lo. Neste caso, a compensação por abandono moral poderá referir-se, também, ao período anterior ao reconhecimento jurídico da paternidade¹⁵⁵.

Cumprido neste momento, apresentar o elemento sem o qual não há que se falar em reparação, ou seja, o dano. Sua relevância é tanta no que cinge-se a indenização que “mesmo que haja violação de um dever jurídico e que tenha

¹⁵² CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 365.

¹⁵³ KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**. Curitiba: Juruá, 2012.

¹⁵⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. (In): PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

¹⁵⁵ ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. Simplesmente a vida como ela é: responsabilidade civil por abandono moral nas relações paterno-filiais. *Revista trimestral de direito civil*. **Revista trimestral de Direito Civil**, n. 44, out./dez. 2010, p. 31-70. Também sobre isso, Maria Celina Bodin de Moraes ensina: “Se este (o pai) não tinha conhecimento do filho, evidentemente não poderá ser responsabilizado pela falta de convivência; se fazia vaga ideia, mas não se negou a reconhecê-lo, tampouco deverá ser responsabilizado pelo reconhecimento não espontâneo. Outra será a situação quando se prove (e a prova é imprescindível) que tinha conhecimento e se negou ao reconhecimento, quanto então caberá reparação”. (Cf). MORAES, Maria Celina Bodin de. Deveres parentais e responsabilidade civil. **Revista brasileira de direito de família**. n. 31, ago./ set. 2005, p. 63.

existido culpa, e até mesmo dolo, por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo”¹⁵⁶.

Isso porque, segundo os ensinamentos de Cavaliéri:

Indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa para quem a recebe e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da indenização, sabemos todos, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito. E, se a vítima não sofreu nenhum prejuízo, a toda evidencia, não haverá o que ressarcir¹⁵⁷.

Sendo assim, a configuração do dever de indenizar pressupõe a existência de um dano. Intimamente ligado à ideia de lesão, ele pode, então, ser conceituado como uma lesão a um bem jurídico tutelado, o qual pode ser patrimonial ou extrapatrimonial. Desta lesão ao bem jurídico protegido patrimonial ou extrapatrimonial, surgem efeitos, que igualmente podem ser patrimoniais ou extrapatrimoniais¹⁵⁸.

Tal consideração é importante, pois:

Quando o dano não corresponde às características do dano patrimonial, dizemos que estamos em presença do dano moral. A distinção, ao contrário do que parece, não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter da sua repercussão sobre o lesado. De forma que tanto é possível ocorrer dano patrimonial em consequência de lesão a um bem não patrimonial como dano moral em resultado de ofensa a bem material¹⁵⁹.

Quer-se dizer com isso, que o dano não somente é caracterizado pela natureza do bem jurídico lesionado, se material ou imaterial, mas também pelos efeitos decorrentes dessa lesão, o que possibilita inclusive, a cumulação de pedido de dano moral e material sobre um mesmo fato, que a priori causaria apenas um determinado dano em razão do bem tutelado. É o que dispõe a Súmula 37, do

¹⁵⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil**: parte geral. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 402.

¹⁵⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 73.

¹⁵⁸ LAUTENSCHLAGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. **Abuso do direito**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 11- 12.

¹⁵⁹ DIAS, José de Aguiar de. **Da responsabilidade civil**. 12. ed. rev., atual. e aum. Por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 839.

Superior Tribunal de Justiça: “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”¹⁶⁰.

Feita esta consideração, pode-se constatar, em linhas gerais, que dano patrimonial é aquele decorrente da diminuição ou destruição, parcial ou total, de um bem patrimonial, passível de valoração econômica¹⁶¹. Já o dano extrapatrimonial, é a lesão a bem jurídico não material e desvincilhado de cunho exclusivamente econômico.

Esse dano extrapatrimonial, também é chamado de imaterial ou ainda moral. Neste ponto, cumpre ressaltar o entendimento de Sergio Cavalieri Filho que explica o dano moral sob duas óticas distintas, ou seja, em sentido estrito dano moral é a violação à dignidade humana, eis que ela é a base de todos os direitos relativos a pessoa humana. Portanto, violada a dignidade humana, configura-se o dano moral¹⁶².

Todavia, não se limita a violação da dignidade humana o dano moral, eis que outros direitos da personalidade envolvem aspectos que não estão vinculados diretamente a ela. Tem-se, assim, dano moral em sentido amplo, como sendo aquele que engloba todas as ofensas à pessoa, aos direitos da personalidade, ainda que a dignidade não tenha sido maculada¹⁶³.

Sendo assim, pode-se conceituar o dano moral como “aquele que independentemente, de prejuízo material, fere direitos personalíssimos, isto é, todo e qualquer atributo que individualiza cada pessoa, tal como a liberdade, a honra, a atividade profissional, a reputação, as manifestações culturais e intelectuais, entre outros”¹⁶⁴.

A afirmação nos parágrafos acima de que o dano é a lesão a um bem jurídico, e que dessa situação decorrem efeitos, desperta suma importância ao tratar do dano moral nos casos de abandono moral de filhos, uma vez que se refere à lesão aos

¹⁶⁰ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula n. 37: São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. Disponível em: <www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>. Acesso em: 27/08/2015.

¹⁶¹ FRANÇA, Daniel Luiz do Nascimento. Dano moral- Necessidade da prova do prejuízo para configuração da responsabilidade civil, p. 73-76. In: **Revista de Direito Privado**. NERY JUNIOR, Nelson (coord); NERY, Rosa Maria de Andrade. n. 19. jun./- set.2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

¹⁶² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 81-86.

¹⁶³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 81-86.

¹⁶⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil- constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

direitos de personalidade do menor de idade, na base e construção de suas dignidades¹⁶⁵.

Verifica-se, contudo, que embora a compensação por abandono moral trate de danos extrapatrimoniais, quer-se dizer, lesão a bem jurídico imaterial, há a possibilidade de isso gerar efeitos tanto patrimoniais quanto não patrimoniais. A exemplo de efeito patrimonial pode-se citar a condenação a pagamento de tratamento psicológico¹⁶⁶. Todavia, busca-se no presente trabalho apresentar tão somente o dano moral com efeitos de natureza não patrimonial.

Adota-se para tanto, os ensinamentos de Ricardo Lucas Calderón, ao tratar do dano moral em casos de abandono moral em seu livro, *Princípio da Afetividade no Direito de Família*.

Pois bem, de acordo com este autor o dano moral envolve dois aspectos, um objetivo e outro subjetivo. O primeiro corresponde à lesão existencial, ou seja, a lesão a um bem jurídico protegido inerente à personalidade da vítima¹⁶⁷. O aspecto subjetivo refere-se aos efeitos existenciais, quer-se dizer, os efeitos que a lesão (aspecto objetivo) poderá submeter-se a vítima. Estes efeitos estão vinculados a sentimentos, a subjetividade do indivíduo, e são expressos, por exemplo, pela dor, sofrimento, tristeza, decepção, desmotivação, etc.

A importância desses aspectos nas demandas compensatórias por abandono moral de filhos nas relações parentais dá-se em razão da prova do dano moral. De acordo com o autor supramencionado, a lesão, ofensa ao bem jurídico tutelado da vítima deve ser comprovado, tendo em vista que ele basta, por si só, a comprovação do dano compensatório. Isso porque, nem sempre estão presentes os efeitos da lesão, ou seja, dependendo do caso concreto, verifica-se somente a ocorrência do aspecto objetivo.

Destarte, caso haja efeitos, tais como dor ou sofrimento, provenientes da lesão ao bem tutelado, este sim são presumíveis, não descartando a possibilidade de comprová-los. Peço vênias para transcrever o entendimento do professor:

Caso exista algum efeito perceptível concretamente, apenas restará ainda mais clara a ofensa à esfera existencial do lesado (como um dano psíquico

¹⁶⁵ KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono afetivo**: valorização jurídica do afeto nas relações paterno- filiais. Curitiba: Juruá, p. 232.

¹⁶⁶ KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono afetivo**: valorização jurídica do afeto nas relações paterno- filiais. Curitiba: Juruá, p. 233.

¹⁶⁷ REIS, Clayton. **Dano moral**. 5. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 2-3.

decorrente do abandono afetivo: nesse exemplo se está diante de um dano extrapatrimonial decorrente da ofensa a um interesse extrapatrimonial). Por outro lado, caso tal ofensa não tenha gerado outro efeito extrapatrimonial aferível (como um dano psíquico), é desnecessária qualquer prova de dor ou sofrimento dele decorrente. Este outro efeito seria perfeitamente presumível, sendo despicienda qualquer exigência de sua prova em juízo. Neste aspecto subjetivo do dano sempre haverá presunção judicial quanto à dor, sofrimento, humilhação ou vergonha (...) ¹⁶⁸.

Consoante a isso:

(...) a dor não define, nem configura elemento hábil à definição ontológica do dano moral. (...) trata-se de uma mera consequência, eventual, da lesão à personalidade e que por isso mesmo, mostra-se irrelevante à sua configuração ¹⁶⁹.

Ainda:

O dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa a dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação da dignidade. Dor, vexame, sofrimento e humilhação podem ser consequências, e não causas. Assim como a febre é o efeito de agressão orgânica, a reação psíquica da vítima só pode ser considerada dano moral quando tiver por causa uma agressão à sua dignidade ¹⁷⁰.

Contudo, sabe-se que no que se refere a prova do dano moral no sistema jurídico como um todo, e conseqüentemente aplicado no caso do abandono moral de filhos, como a seguir será demonstrado, o entendimento jurisprudencial é de que ele prescinde de prova e, portanto, é presumido ¹⁷¹. Todavia, isso se dá, conforme afirma Calderón, pelo fato de não haver diferenciação entre aspecto objetivo e subjetivo, o que por consequência, configura o dano moral apenas através do aspecto subjetivo, comumente a dor e o sofrimento.

¹⁶⁸ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 373- 374.

¹⁶⁹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da Reparação à diluição dos danos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 202

¹⁷⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 83.

¹⁷¹ “Neste ponto a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* esta demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum”. (Cf). CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 90.

Ademais, os direitos da personalidade formam um conjunto insuscetível de valorização econômica, razão pela qual o dano proveniente da lesão a eles não pode ser restituído, mas sim compensado¹⁷².

Veja-se, diferentemente do dano material, no moral não há uma equivalência entre o dano e a indenização, eis que não há como restituir o bem lesionado. Todavia, há como compensar, no sentido de reparar o dano proveniente da lesão da esfera existencial, assim como amenizar as possíveis consequências, efeitos advindos da lesão e conseqüentemente suportados pela vítima¹⁷³. Entende-se assim, que “o dinheiro seria apenas uma forma de a vítima alcançar uma compensação da dor vivenciada em face da ação antijurídica, não mais que isso”¹⁷⁴.

A compensação do dano, portanto, deve proporcionar realizações pessoais da vítima em outras searas, em outros direitos da personalidade diferente (s) do (s) lesionado (s). Em que pese o dano moral não deixar de existir, a sua compensação possibilitará a vítima a satisfação de outros interesses que podem inclusive vir a amenizar a dor, opressão, desilusões e abalos psicológicos que possa ter sofrido em decorrência da lesão¹⁷⁵.

E esse é o entendimento também de Carlos Roberto Gonçalves, ao passo que prescreve que o objetivo da indenização é de reparar o dano causado a vítima, contudo, nos casos dessa reparação ser impossível, deve-se buscar a compensação¹⁷⁶.

Ainda sobre a compensação em virtude do dano moral, ensina Maria Celina Bodin de Moraes:

Aquele que sofre um dano moral deve ter direito a uma satisfação de cunho compensatório. Diz compensação, pois o dano moral não é propriamente indenizável; “indenizar” é palavra que provém do latim, “*in dene*”, que significa devolver (o patrimônio) ao estado anterior, ou seja, eliminar o prejuízo e suas conseqüências- o que, evidentemente, não é possível no caso de uma lesão de ordem extrapatrimonial. Prefere-se, assim, dizer que

¹⁷² FRANÇA, Daniel Luiz do Nascimento. Dano moral- Necessidade da prova do prejuízo para configuração da responsabilidade civil. In: **Revista de Direito Privado**. Coordenação NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. n. 19. jul./set. 2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.76.

¹⁷³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

¹⁷⁴ REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 115-116.

¹⁷⁵ CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 54-63.

¹⁷⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

o dano moral é compensável, embora o próprio texto constitucional, em seu artigo 5º, X, se refira à indenização do dano moral¹⁷⁷.

Portanto pode-se concluir que por se tratar de uma lesão extrapatrimonial, não é possível indenizar, no sentido de devolver e reparar o patrimônio imaterial da vítima ao estado anterior ao dano. Soma-se a isso a possibilidade de advir efeitos extrapatrimoniais desse dano, o que corresponde a um prejuízo na esfera subjetiva, íntima, da pessoa, que também encontra dificuldade de se fixar um *quantum* econômico equivalente aos efeitos suportados.

Diante o exposto até aqui, pode-se verificar que o dano moral nas relações parentais configura-se com a prova de lesão ao um bem jurídico tutelado, como por exemplo, os direitos da personalidade. Ainda, dessa lesão podem surgir efeitos patrimoniais, bem como extrapatrimoniais. Todavia no que se refere aos efeitos extrapatrimoniais estes não precisam ser comprovados, pois são presumíveis da lesão.

A partir disso é que poderá ser analisado o quanto foi a influência desse dano na formação e desenvolvimento do filho menor de idade como ser humano.

Por fim, expõe-se o elemento denominado nexos de causalidade. Este trata-se da relação de causa e efeito entre a conduta praticada e o resultado. Em outras palavras, é o vínculo entre o ato ilícito e o dano¹⁷⁸.

Dessa forma “mesmo que haja culpa e dano, não existe obrigação de reparar, se entre ambos não se estabelecer a relação causal”¹⁷⁹. Portanto, é preciso demonstrar que sem a conduta ilícita do agente, o dano não se teria produzido, ou, que o dano somente ocorreu devido a conduta ilícita do agente.

Todavia não se deve confundir nexos de causalidade com imputabilidade. Nesta o que se busca é atribuir uma conduta a um dado sujeito, já naquela pretende-se relacionar o ato ilícito praticado por alguém com o resultado danoso¹⁸⁰.

Sendo assim, nos casos de abandono moral nas relações parentais, para que possa se falar em compensação, também é necessário verificar a ligação, vínculo,

¹⁷⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil- constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹⁷⁸ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 146.

¹⁷⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 82.

¹⁸⁰ BERALDO, Leonardo de Faria. **Direito Civil: responsabilidade civil**. Coordenação Vanessa de Araújo e orientação Giselda M.F. Novaes Hironaka. v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 47.

entre a conduta omissiva culposa do pai ou da mãe e o dano que pretender ser compensado.

Diante de tudo o que foi exposto aqui, tem-se que a responsabilidade civil subjetiva nos casos de abandono moral de filhos nas relações parentais não busca compensar pura e simplesmente os sofrimentos e as decepções que o filho menor de idade pôde ter suportado em razão da ausência parental.

Em verdade, a responsabilidade civil subjetiva nestes casos visa a compensação do filho menor de idade em razão da conduta omissiva culposa (negligência) de um ou ambos os pais que lesiona um bem jurídico extrapatrimonial do filho, e ainda, que pôde ter gerado efeitos extrapatrimoniais, como dor e sofrimento, abalo psicológico, os quais foram suportados pelo menor de idade.

Dessa forma, observados todos os elementos tratados neste tópico, não há óbice a propositura da ação de compensação por abandono moral de filhos nas relações parentais.

4.3 OS JULGAMENTOS DOS RECURSOS ESPECIAIS N. 757411/MG E N. 1159242/SP PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Estes recursos são de grande importância porque representam o início e o fim de mais uma batalha no âmbito familiar, a possibilidade de compensação por abandono moral do filho nas relações parentais.

Pois bem, o REsp 757411/MG¹⁸¹ é oriundo de ação reparatória por abandono afetivo proposta no ano de 2000 no Estado de Minas Gerais, por um filho que pleiteava reparação em razão do não cumprimento pelo seu pai dos deveres de cuidado imposto pela legislação brasileira.

Em primeiro grau o pedido do autor foi julgado improcedente. Contudo, em sede recursal o Tribunal deu provimento ao recurso de apelação interposto pelo

¹⁸¹ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. 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. REsp n. 757411/MG (2005/0085464-3). V de P F de O F e A B F. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. T4- Quarta Turma. Brasília, julgamento em 29/11/2005, DJ 27.03.2006, p. 299. RB vol. 510, p. 20, REVJMG vol. 175 p. 438, RT, vol. 849, p. 228. Disponível em:< <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=757411&&b=ACOR&thesaurus=JURIDIC O&p=true>>. Acesso em: 12/09/2015.

filho, fixando indenização por danos morais em valor correspondente a duzentos salários mínimos, devidamente corrigidos monetariamente e com incidência de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês a partir da publicação do acórdão.

Contudo, o pai irrisignado interpôs Recurso Especial no Superior Tribunal de Justiça que em 2005 acabou, por maioria de votos, afastando a compensação por danos morais fixada pelo egrégio Tribunal do Estado de Minas Gerais.

Em seu voto o Relator do REsp ressaltou que demanda judicial inviabiliza senão por completo, ao menos reduz em boa parte, a possibilidade de acolhimento do filho pelo seu pai. Ainda, defendeu que o valor fixado na indenização não atenderia o objetivo de sustento financeiro, tendo em vista que a pensão alimentícia já era providenciada pelo genitor ao filho.

Expôs que a sanção prevista pela legislação ao pai que não cumpre os deveres de sustento, guarda e educação é a perda do poder familiar, motivo a mais pelo qual não há que se falar em reparação dessa inobservância legal.

Por fim, arrematou seus argumentos justificando que não cabe ao poder judiciário obrigar alguém a amar ou a manter um relacionamento afetivo.

Veja-se, portanto, que em um primeiro momento o entendimento do Superior Tribunal de Justiça era de que não caberia indenização nos casos de abandono afetivo de filhos, eis que o ordenamento prevê outras sanções aos pais frente ao não cumprimento dos deveres de sustento, guarda e educação, bem como, não cabe ao Estado impor o amor na relação entre pais e filhos.

Contudo, anos após esse entendimento foi alterado ante ao acolhimento de pedido de reparação monetária em caso de abandono afetivo no Recurso Especial n. 1159242¹⁸² de relatoria da Excelentíssima Ministra Nancy Andrighi.

¹⁸² BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. 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

4.3.1 Síntese do caso concreto apreciado no Recurso Especial n. 1159242/SP do Superior Tribunal de Justiça

A ação originária foi proposta no Estado de São Paulo pela filha Luciane Nunes de Oliveira Souza em face de seu pai biológico Antonio Carlos Jamas dos Santos. Em síntese, a autora relatou o abandono afetivo durante a infância e adolescência preconizado pelo seu genitor, mesmo após o seu reconhecimento e o pagamento dos alimentos estipulados. Em razão disso, sustentou que sofreu danos decorrentes da ausência da relação entre pai e filha, motivo pelo qual pleiteou a condenação do seu genitor ao pagamento de indenização por danos materiais e compensação por danos morais.

O magistrado singular após analisar o caso julgou improcedente o pedido deduzido por Luciane sob o fundamento de que o distanciamento entre pai e filha, na maioria das vezes, deu-se pelo comportamento agressivo que a mãe mantinha com o pai após o fim do relacionamento entre eles.

Luciane, então, interpôs recurso de Apelação Civil requerendo a reforma da r. sentença. O Tribunal, por sua vez, deu parcial provimento ao recurso interposto, fixando compensação no valor de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais).

Todavia, o pai de Luciane interpôs Recurso Especial- REsp 1159242/SP, alegando, em síntese, divergência jurisprudencial, pois o entendimento adotado pelo Tribunal do Estado de São Paulo divergia do entendimento do Superior Tribunal de Justiça ao julgar o REsp 757411/MG em 2006.

Ademais, sustentou que não tinha abandonado sua filha, e caso não fosse esse o entendimento, não poderia configurar ato ilícito, eis que a única punição legal que existe para os casos de descumprimento das obrigações da autoridade parental é a sua perda. Por fim, pleiteou a redução do *quantum* fixado pelo Tribunal.

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. REsp n. 1159242/SP (2009/0193701-9). Luciane Nunes de Oliveira Souza e Antonio Carlos Jamas dos Santos. Relator: Ministra Nancy Andrigui. T3- Terceira Turma. Brasília, julgamento em 24/04/2012, DJe 10/05/2012, RDDP vol. 112, p. 137, RDTJRJ vol. 100, p. 167, RSTJ, vol. 226, p. 435. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1159242&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 12/09/2015.

Dessa forma, no dia 24 de abril de 2012 o Superior Tribunal de Justiça pôs fim ao caso de Luciane. De forma pioneira naquela Corte foi reconhecido o abandono afetivo e concedido o direito a receber compensação em virtude desse abandono.

Por maioria de votos¹⁸³, foi dado parcial provimento ao REsp 1159242/SP, pois foi acolhido o pedido do pai da Luciane quanto ao valor fixado pelo Tribunal à título de compensação. Sendo assim, o montante foi reduzido para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais). Abaixo segue ementa desse julgado:

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 conseqüente 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 provido¹⁸⁴.

¹⁸³ “Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, a retificação de voto da Sra. Ministra Nancy Andrighi e a ratificação de voto-vencido do Sr. Ministro Massami Uyeda, por maioria, dar parcial provimento ao recurso especial nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Votou vencido o Sr. Ministro Massami

Uyeda. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1159242/SP (2009/0193701-9). Relator: Ministra Nancy Andrighi. T3- Terceira Turma. Brasília, julgamento em 24/04/2012, DJe 10/05/2012, RDDP vol. 112, p. 137, RDTJRJ vol. 100, p. 167, RSTJ, vol. 226, p. 435 em: Disponível

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.&processo=1159242&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 12/09/2015.

¹⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1159242/SP (2009/0193701-9). Relator: Ministra Nancy Andrighi. T3- Terceira Turma. Brasília, julgamento em 24/04/2012, DJe 10/05/2012, RDDP vol. 112, p. 137, RDTJRJ vol. 100, p. 167, RSTJ, vol. 226, p. 435. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.&processo=1159242&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 12/09/2015.

A relatora do acórdão inaugurou seu voto esclarecendo questões que não somente eram os argumentos do pai de Luciane, como também uma resistência que havia entre os aplicadores do direito.

Primeiramente a relatora afirmou a possibilidade de aplicação das regras atinentes a responsabilidade civil nas relações familiares, sustentando que as regras que regulam a responsabilidade civil, a tratam de modo amplo e irrestrito, de modo que não há, conseqüentemente, impedimento a aplicação nas relações familiares.

Neste sentido, defendeu a relatora que “não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família”¹⁸⁵.

Após, a Ministra trata da questão de que a única penalidade possível de ser imposta aos pais pelo descumprimento de suas obrigações para com os filhos seria a perda da autoridade parental. Aduz que a perda do poder familiar não inviabiliza a possibilidade de indenização ou compensação. Veja-se:

Nota-se, contudo, que a perda do pátrio poder não suprime, nem afasta, a possibilidade de indenizações ou compensações, porque tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhes, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malcuidado recebido pelos filhos¹⁸⁶.

Adiante, passou-se a apreciação do mérito. Cingia-se a controvérsia desse caso “se a omissão da prática de frações dos deveres inerentes à paternidade constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável”¹⁸⁷.

¹⁸⁵ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp n. 1159242/SP (2009/0193701-9). Relator: Ministra Nancy Andrighi. T3- Terceira Turma. Brasília, julgamento em 24/04/2012, DJe 10/05/2012, RDDP vol. 112, p. 137, RDTJRJ vol. 100, p. 167, RSTJ, vol. 226, p. 435. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14828610&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=51&formato=PDF>. Página 3. Acesso em: 12/09/2015.

¹⁸⁶ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp n. 1159242/SP (2009/0193701-9). Relator: Ministra Nancy Andrighi. T3- Terceira Turma. Brasília, julgamento em 24/04/2012, DJe 10/05/2012, RDDP vol. 112, p. 137, RDTJRJ vol. 100, p. 167, RSTJ, vol. 226, p. 435. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14828610&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=51&formato=PDF>. Página 4. Acesso em: 12/09/2015.

¹⁸⁷ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp n. 1159242/SP (2009/0193701-9). Relator: Ministra Nancy Andrighi. T3- Terceira Turma. Brasília, julgamento em 24/04/2012, DJe 10/05/2012, RDDP vol. 112, p. 137, RDTJRJ vol. 100, p. 167, RSTJ, vol. 226, p. 435. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14828610&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=51&formato=PDF>. Página 3. Acesso em: 12/09/2015.

Para tanto, em seu voto a relatora destacou o dever de cuidado como um valor jurídico, de modo que a fundamentação do seu voto foi inteiramente na possibilidade de ofensa a esse dever. Afirmou a relatora:

Essa percepção do cuidado como tendo valor jurídico já foi, inclusive, incorporada em nosso ordenamento jurídico, não com essa expressão mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88¹⁸⁸.

Da análise do voto, pode-se perceber que para a Ministra a observância do dever de cuidado é determinante e essencial para a criação e desenvolvimento da personalidade do filho. Neste ponto, instaura-se a distinção crucial entre este caso e as demandas anteriores que negaram o pleito compensatório.

A famosa expressão contida no acórdão resume bem o que se quer dizer: “Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever”¹⁸⁹. Peço vênica para transcrever trecho do acórdão:

O cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível- o amor- mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento de uma obrigação legal: cuidar. Negar ao cuidado o *status* de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada na parte final do dispositivo citado ‘(...) além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (...)’.

Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande 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 que gerarem ou adotarem filhos¹⁹⁰.

¹⁸⁸ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp n. 1159242/SP (2009/0193701-9). Relator: Ministra Nancy Andrighi. T3- Terceira Turma. Brasília, julgamento em 24/04/2012, DJe 10/05/2012, RDDP vol. 112, p. 137, RDTJRJ vol. 100, p. 167, RSTJ, vol. 226, p. 435. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14828610&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=51&formato=PDF>. Página 8. Acesso em: 12/09/2015.

¹⁸⁹ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp n. 1159242/SP (2009/0193701-9). Relator: Ministra Nancy Andrighi. T3- Terceira Turma. Brasília, julgamento em 24/04/2012, DJe 10/05/2012, RDDP vol. 112, p. 137, RDTJRJ vol. 100, p. 167, RSTJ, vol. 226, p. 435. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14828610&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=51&formato=PDF>. Página 9. Acesso em: 12/09/2015.

¹⁹⁰ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp n. 1159242/SP (2009/0193701-9). Relator: Ministra Nancy Andrighi. T3- Terceira Turma. Brasília, julgamento em 24/04/2012, DJe 10/05/2012, RDDP vol. 112, p. 137, RDTJRJ vol. 100, p. 167, RSTJ, vol. 226, p. 435. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14828610&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=51&formato=PDF>. Página 8-9. Acesso em: 12/09/2015.

Restou claro que o cuidado deve ser analisado objetivamente, desvinculado de conotação subjetiva que possa levar a confusão de que amor e cuidado são sinônimos. Busca-se então, averiguar nestes casos o descumprimento de um dever previsto no ordenamento incumbido aos pais no processo de formação e desenvolvimento de seus filhos menores de idade.

Destaca-se novamente trecho do acórdão:

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 tisanado 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 partes¹⁹¹.

Ainda, conforme observa Ricardo Lucas Calderón, “a subjetividade inerente ao amor impede que este seja tratado como uma categoria jurídica, visto que o Direito exige, para sua fundamentação e aplicação, um mínimo de objetividade”¹⁹².

A partir disso, a julgadora afirmou que o descumprimento da imposição legal do dever de cuidado implica na configuração de uma ilicitude civil, sob a forma de omissão, e culposa, eis que o pai deixou de fazer aquilo que lhe era devido, ou ainda, em outras palavras, o pai foi negligente com o dever de cuidado que lhe é inerente na relação parental. Ainda, a relatora ressaltou que existem situações que favorecem o distanciamento entre pais e filhos, como por exemplo, a alienação parental. Contudo, defende que mesmo nessas situações específicas, que devem ser analisadas caso a caso, “deve existir um núcleo mínimo de cuidados parentais com o menor que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e

¹⁹¹ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp n. 1159242/SP (2009/0193701-9). Relator: Ministra Nancy Andrighi. T3- Terceira Turma. Brasília, julgamento em 24/04/2012, DJe 10/05/2012, RDDP vol. 112, p. 137, RDTJRJ vol. 100, p. 167, RSTJ, vol. 226, p. 435. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14828610&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=51&formato=PDF>. Página 9. Acesso em: 12/09/2015.

¹⁹² CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 359.

inserção social¹⁹³. Frisa-se que no caso em análise no REsp 1159242/SP não foi constatado nenhuma causa que viesse a justificar o abandono do pai da Luciane.

Ao final, o acórdão tratou dos elementos do dano e do nexo de causalidade. No que tange ao dano, afirma a relatora que eles facilmente poderiam ser comprovados a partir de laudos, levando em consideração os possíveis danos psicológicos enfrentados pela autora da demanda. Contudo, concluiu a julgadora que o dano, nestes casos, é caracterizado *in re ipsa*, ou seja não precisa de prova, pois são presumíveis da conduta ilícita.

Explicou a julgadora que em que pese a Luciane tenha conseguido conduzir sua vida, pessoal e profissional, não pode olvidar o fato de que ela tenha sofrido, bem como desenvolvido sentimentos de mágoa e tristeza que sempre lhe acompanharão, em razão do abandono do seu pai¹⁹⁴.

Ainda, pode-se compreender da leitura, mais precisamente das páginas 11 e 12 do acórdão, a presunção do nexo de causalidade¹⁹⁵, eis que a julgadora menciona que o “sentimento íntimo que a recorrida levará, *ad perpetuam*, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício do seu dever de cuidado em relação a recorrida”¹⁹⁶. Ora, aqui resta demonstrado a intenção da ministra de comprovar que os sentimentos íntimos de sofrimento, mágoa e tristeza da Luciane que durarão para a vida toda, são provenientes da omissão do dever de cuidado do seu pai, logo há o vínculo entre a omissão culposa do genitor e o dano psicológico suportado pela Luciane.

¹⁹³ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp n. 1159242/SP (2009/0193701-9). Relator: Ministra Nancy Andrighi. T3- Terceira Turma. Brasília, julgamento em 24/04/2012, DJe 10/05/2012, RDDP vol. 112, p. 137, RDTJRJ vol. 100, p. 167, RSTJ, vol. 226, p. 435. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14828610&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=51&formato=PDF>. Página 10. Acesso em: 12/09/2015.

¹⁹⁴ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp n. 1159242/SP (2009/0193701-9). Relator: Ministra Nancy Andrighi. T3- Terceira Turma. Brasília, julgamento em 24/04/2012, DJe 10/05/2012, RDDP vol. 112, p. 137, RDTJRJ vol. 100, p. 167, RSTJ, vol. 226, p. 435. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14828610&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=51&formato=PDF>. Página 11. Acesso em: 12/09/2015.

¹⁹⁵ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 367.

¹⁹⁶ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp n. 1159242/SP (2009/0193701-9). Relator: Ministra Nancy Andrighi. T3- Terceira Turma. Brasília, julgamento em 24/04/2012, DJe 10/05/2012, RDDP vol. 112, p. 137, RDTJRJ vol. 100, p. 167, RSTJ, vol. 226, p. 435. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14828610&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=51&formato=PDF>. Página 11. Acesso em: 12/09/2015.

Essas foram as considerações elaboradas pela Ministra Nancy Andrigui que posteriormente passaram a ser modelo a ser seguido nas demandas desta espécie.

Pode-se perceber da redação do voto a influência da interpretação constitucional do Direito Civil, principalmente do instituto da família e da responsabilidade civil, tema este que foi tratado no segundo capítulo desse trabalho. De forma técnica e sistemática a Ministra deixa claro que o Direito não mais pode ser compreendido a partir da simples reprodução do texto legal, é preciso mais, é preciso analisar a realidade do caso concreto a luz de princípios e valores.

Importante ressaltar que o voto não abandonou a construção doutrinária e jurisprudencial dos conceitos clássicos dos institutos da família e da responsabilidade civil, mas sim, os contextualizou ao momento atual em que se encontra o Direito, garantindo assim, a efetividade das normas jurídicas perante as demandas sociais que inevitavelmente surgem e se modificam de tempos em tempos, sempre que um novo interesse é identificado pela sociedade.

4.4 PROJETO DE LEI N. 700/2007

Tamanha importância e destaque assumiu o abandono moral que o Senador Marcelo Crivella, em dezembro de 2007, apresentou no Senado Federal o Projeto de Lei n. 700/2007, objetivando a modificação da Lei n. 8.069/1990- Estatuto da Criança e do Adolescente, para o fim de tipificar o abandono moral como ilícito civil e penal.

Para isso, o relator propunha conscientizar os pais, nos seguintes termos:

Amor e afeto não se impõe por lei! Nossa iniciativa não tem essa pretensão. Queremos, tão-somente, esclarecer, de uma vez por todas, que os pais têm o DEVER de acompanhar a formação dos filhos, orientá-los nos momentos mais importantes, prestar-lhes solidariedade e apoio nas situações de sofrimento e, na medida do possível, fazerem-se presentes quando o menor reclama espontaneamente a sua companhia¹⁹⁷.

O não cumprimento do dever, como caracterizado acima, para este projeto é premissa para a caracterização do abandono moral como conduta ilícita passível de reparação civil e repercussão penal.

¹⁹⁷ BRASIL. Projeto de Lei do Senado n. 700/2007. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=51685&tp=1>>. Acesso em: 13/09/2015.

Neste sentido, propôs o relator o acréscimo do artigo 232-A no ECA, referente a um novo tipo penal: “deixar, sem justa causa, de prestar assistência moral ao filho menor de dezoito anos, nos termos dos parágrafos 2º e 3º do artigo 4º desta Lei, prejudicando-lhe o desenvolvimento psicológico e social”. Ainda, fixou a pena em um a seis meses de detenção. (Exigindo o efetivo prejuízo de ordem psicológica e social para efeito de consumação)

O projeto original previa também no artigo 4º, renumerar o parágrafo único em parágrafo primeiro e acrescentar os parágrafos 2º e 3º com as seguintes redações:

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

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

- I- a orientação quanto as principais escolhas e oportunidades profissionais, educacionais e culturais;
- II- a solidariedade e apoio nos momentos de intenso sofrimento ou dificuldade;
- III- presença física espontaneamente solicitada pela criança ou adolescente e possível de ser atendida.

Inserção de parágrafo único no artigo 5º:

Parágrafo único. Considera-se conduta ilícita, sujeita a reparação de danos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, a ação ou omissão que ofenda direito fundamental da criança ou do adolescente previsto nesta Lei, incluindo os casos de abandono moral.

No artigo 22¹⁹⁸, propunha o acréscimo na redação do caput os seguintes deveres: “convivência, assistência material e moral”.

No artigo 24¹⁹⁹ previa a alteração da expressão poder familiar pelo pátrio poder. Já no artigo 56²⁰⁰, acrescentar o inciso “IV- negligência, abuso ou abandono na forma prevista nos arts. 4º e 5º desta Lei”.

Acrescia ao artigo 58²⁰¹ os valores “morais e éticos”. Ao artigo 129²⁰², acrescentar ao parágrafo único o disposto também no artigo 22. Por fim, no *caput*

¹⁹⁸ Art. 22, ECA: Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

¹⁹⁹ Art. 24, ECA: A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

²⁰⁰ Art. 56, ECA: Os dirigentes de estabelecimentos de ensino fundamental comunicarão ao Conselho Tutelar os casos de: I- maus tratos envolvendo seus alunos; II- reiteração de faltas injustificadas e de evasão escolar, esgotando os recursos escolares; III- elevados níveis de repetência.

artigo 130²⁰³, acrescia a negligência, também, como uma das hipóteses de afastamento da moradia comum como medida cautelar.

O autor do projeto, ainda, propôs uma emenda. Referia-se ao artigo 1.589²⁰⁴ do Código Civil para o fim de substituir a expressão “poderá visitá-los e tê-los em sua companhia” por “deverá visitá-los e tê-los em sua companhia”.

Após o projeto de lei foi encaminhado as comissões de Constituição, Justiça e Cidadania- CCJ e de Direitos Humanos e Legislação Participativa- CDH. O voto da primeira comissão foi pela aprovação do PLS, contudo, acrescentou algumas emendas. Tais emendas referem-se a alteração das seguintes expressões no texto legal do ECA: “abandono moral” por “abandono afetivo”; “assistência moral” por “assistência afetiva”; bem como a supressão do artigo 3º do PLS que previa a criminalização do abandono afetivo com a condenação de dois a seis meses de detenção, e a manutenção da redação do artigo 24 do ECA.

Os pareceres dos senadores Gerson Camata e Demóstenes Torres foram no sentido de acompanhar o voto da CCJ. Já os pareceres dos Senadores Eduardo Lopes e Paulo Paim, foram também no sentido de aprovar o Projeto de Lei, contudo, divergindo quanto aos demais senadores quanto a manutenção da Emenda n. 1, a qual torna obrigatória a visita dos pais aos filhos, e também a convivência.

O parecer do Senador Paulo Paim foi, até o presente momento, a última movimentação legislativa do PLS data no dia 09/09/2015, quando foi apreciada em decisão terminativa pelas comissões²⁰⁵.

²⁰¹ Art. 58, ECA: No processo educacional respeitar-se-ão os valores culturais, artísticos e históricos próprios do contexto social da criança e do adolescente, garantindo-se a estes a liberdade de criação e o acesso às fontes de cultura.

²⁰² Art. 129, ECA: São medidas aplicáveis aos pais ou responsáveis: I- encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família. II- inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; III- encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; IV- encaminhamento a cursos ou programas de orientação; V- obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar; VI- obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado; VII- advertência; VIII- perda da guarda; IX- destituição da tutela; X- suspensão ou destituição do poder familiar. Parágrafo único: Na aplicação das medidas previstas nos incisos IX e X deste artigo, observar-se-á o disposto nos arts. 23 e 24.

²⁰³ Art. 130, ECA: Verificada a hipótese de mais tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judiciária poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum.

²⁰⁴ Art. 1.589, CC: O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

²⁰⁵ BRASIL. Projeto de Lei do Senado n. 700/2007. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/83516>>. Acesso em: 13/09/2015.

5 CONCLUSÃO

Não compete a este capítulo tecer a conclusão do presente trabalho, mas sim considerações.

Veja-se, como sustentando desde o início desta pesquisa, a sociedade vive em constante movimento e transformação, ao passo que quando é por ela reconhecido e internalizado determinados fatos sociais, o Direito, mais cedo ou mais tarde, obriga-se a atualizar-se.

Contudo, a contextualização das normas jurídicas pressupõe, no que refere-se as relações parentais, uma interpretação civil- constitucional do direito de família e no caso do abandono moral de filhos, do próprio instituto da responsabilidade civil.

A história é a prova de que não há como estudiosos, doutrinadores e julgadores aplicarem o Direito a partir de análise restrita do texto legal. Quanto maiores os avanços da sociedade e a capacidade inter- relacional dos seus membros, maior é a necessidade de efetivação dos valores existenciais da pessoa humana, e no Direito de Família não poderia ser diferente.

Após longo período de subordinação, hierarquização, supressão de direitos e opressão, foi garantido a todos os indivíduos componentes da entidade familiar o direito a uma vida digna. E é justamente a isso que se atribui tanta relevância ao tema aqui tratado, o abandono moral de filhos nas relações parentais.

No início deste trabalho foi demonstrado como era o tratamento à criança, tanto pela família como pelo próprio Estado. Eis que mais tarde, quiçá com intenção reparatória dos anos de discriminação, a ela foi atribuída especial proteção, perante o Estado, a sociedade e principalmente a família.

Antes como objeto, agora como sujeito de direito, a criança e o adolescente são titulares de um extensivo leque de direitos que devem ser respeitados, promovidos e efetivados por seus pais. Trata-se aqui do exercício da autoridade parental, atribuído tanto ao pai quanto a mãe, biológico ou não, em igualdade de condições.

Cumpra a eles, no exercício dessa função atribuída pelo Estado, o desenvolvimento de seus frutos, sejam, eles desejados ou não. Tal desenvolvimento pode ser consubstanciado tanto pelo cumprimento de deveres materiais, como o

dever de sustento, bem como pelo cumprimento de deveres ditos imateriais, aqueles sem cunho exclusivo econômico, como a educação, cuidado e convivência.

Em razão disso, foi demonstrado que o não cumprimento dos deveres inerentes a condição de pai e de mãe, enseja responsabilidades, pois configura violação a um bem jurídico tutelado do filho. Em outras palavras, aos pais é atribuída a obrigação de cumprir direitos previsto pelo ordenamento aos seus filhos, uma vez descumprido estes direitos, por uma conduta de forma comissiva ou omissiva, gera uma nova obrigação, mas agora, uma obrigação reparatória.

Sem desconsiderar a existência do dano material no âmbito familiar, esta pesquisa adotou como objetivo o possível dano moral proveniente da relação entre pais e filhos. Dessa forma, foi conceituado o abandono moral de filhos nas relações parentais como a violação a um bem jurídico extrapatrimonial tutelado do filho através de uma conduta culposa omissiva do pai ou da mãe ou de ambos, e ainda, que essa conduta para além do dano a esfera existencial do filho, pode gerar efeitos, tais como o sofrimento, dor, depressão, abalo psicológico, entre outros.

Diante disso, restou comprovado a possibilidade de responsabilização dos pais frente ao abandono moral dos filhos. Veja-se, essa responsabilização também é fruto do que foi mencionado nos parágrafos acima, ou seja, da interpretação sistemática do Direito.

Isso porque, pode-se observar neste trabalho ao tratar dos casos práticos decididos pelo Superior Tribunal de Justiça, que num primeiro momento, o julgador adstrito ao texto legal não reconheceu o direito de recompensa, pois a lei previa, assim como ainda prevê, sanções específicas para o descumprimento pelos pais dos deveres de sustento, guarda e educação, tais como a suspensão ou destituição da autoridade parental, sustentando, ainda, a impossibilidade do Estado impor amor na relação entre pais e filhos.

Todavia, a Excelentíssima Ministra Nancy Andrigui pôs fim a estas questões tão discutidas não somente pelo julgado anterior, mas também em outras demandas da mesma espécie. Conforme também demonstrado, restou claro que não se trata de amor, ou melhor, da falta de amor, mas sim, da ausência do dever legal de cuidado. Ainda, aduziu que a previsão legal de outras sanções, não impede e nem supre a condenação ao pagamento de compensação por abandono moral. Estas conclusões só foram possíveis, pois se buscou respostas para além da aplicação exclusiva de uma só lei.

Quer-se dizer com isso, que o Direito é como instrumento, ao passo que nós, seres dotados da capacidade de pensar, podemos utilizá-lo de forma sistemática para o fim de procurar respostas as demandas que constantemente surgem em nosso meio.

Faz-se referência a isso, porque como citado no primeiro parágrafo deste capítulo, não cabe por agora conclusões e sim considerações, pois por mais que o julgado do REsp n. 1159242/SP tenha concretizado um novo paradigma no sistema a ser seguido, algumas questões ainda mostram-se sem respostas. E talvez, a única forma de obtê-las seja justamente utilizar-se do maior recurso que temos, o próprio Direito.

Veja-se, é inegável e imensurável a contribuição do voto da Ministra Nancy Andrigui a respeito do abandono moral, eis que definitivamente temos diante nós a possibilidade de reparação do abandono moral de filhos.

Assim como também, temos a certeza da necessidade de preconizar a vida pelo caminho da dignidade, e que para tanto, é imprescindível a observância de direitos e deveres. Contudo, algumas questões ficam sem respostas, como por exemplo, quais são os critérios para a fixação do *quantum* compensatório; se há outra forma de configuração do nexo de causalidade sem ser por presunção; se o dano moral sempre deverá ser presumido nas demandas de abandono moral de filhos.

Em que pese estas indagações, verifica-se que elas são fundamentais. Isso porque elas que proporcionarão a atualização do instituto do abandono moral, e conseqüentemente do Direito de Família. Como tudo que se é hoje, uma construção e reconstrução, constante.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 7.ed.rev.,atual.e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil**: Famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. Curitiba: Juruá, 2009.

BRASIL. Lei n. 3.071, de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**.

BRASIL. Lei n. 883, de 21 de outubro de 1949. Dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos.

BRASIL. Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1961- DOU de 03 de setembro de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei n.6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977. Dá nova redação ao §1º do artigo 175 da Constituição Federal.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado n. 700/2007.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula n. 37: São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. Disponível em:<www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. 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. REsp n. 757411/MG (2005/0085464-3). V de P F de O F e A B F. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, julgamento em 29/11/2005, DJ 27.03.2006, p. 299. RB vol. 510, p. 20, REVJMG vol. 175 p. 438, RT, vol. 849, p. 228. Disponível em:<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=757411&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. 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. REsp n. 1159242/SP (2009/0193701-9). Luciane Nunes de Oliveira Souza e Antonio Carlos Jamas dos Santos. Relator: Ministra Nancy Andrighi. T3- Terceira Turma. Brasília, julgamento em 24/04/2012, DJe 10/05/2012, RDDP vol. 112, p. 137, RDTJRJ vol. 100, p. 167, RSTJ, vol. 226, p. 435. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1159242&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>.

BERALDO, Leonardo de Faria. **Direito Civil: responsabilidade civil**. Coordenação Vanessa de Araújo e orientação Giselda M.F. Novaes Hironaka. v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (coordenação): Carmem Lucia Silveira Ramos et al. **Repensando fundamento do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

_____. **Reserva da intimidade: uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugalidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paul: Atlas, 2010.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA, Antonio Carlos Gomes da. In: CURY, Munir; SILVA, Antonio Fernando do Amaral; MENDEZ, Emílio Garcia (Coords.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

COSTA, Maria Aracy Menezes da. **Responsabilidade Civil no direito de família**. ADV: Advocacia dinâmica- seleções jurídicas, nº. 02, fevereiro, 2005, p. 157.

COSTA FILHO, Vanceslau Tavares. Função social da autoridade parental: algumas considerações. **Revista Síntese de Direito de Família**. São Paulo, vol. 3, n. 67, ago./ set. 2011.

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

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **O direito dos filhos a seus pais**. Jus Navegandi. Disponível em: <[HTTP://jus.com.br/revista/texto/22355](http://jus.com.br/revista/texto/22355)> Acesso em: 07/09/2015.

DIAS, José de Aguiar de. Da responsabilidade civil. 12. ed. rev., atual. e aum. Por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A família da pós- modernidade: em busca da dignidade perdida da pessoa humana. In: **Revista de Direito Privado**. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. (coord). n. 19. Jul./ set. 2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FERRARI, Dalka Chaves de Almeida. Definição de abuso na infância e na adolescência. In: FERRARI, Dalka Chaves de Almeida; VECINA, Tereza C.C. (organização). **O fim do silêncio na violência familiar: teoria e prática**. São Paulo: Editora Ágora, 2002.

FIALHO, Ana Catarina Janeiro. **Da responsabilidade civil por abandono afetivo**. Dissertação Faculdade de Direito Universidade Nova de Lisboa. Orientador: Doutora Cláudia Trabuco, professora da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Outubro, 2014.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **O Código Civil e o Novo Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

FRANÇA, Daniel Luiz do Nascimento. Dano moral- Necessidade da prova do prejuízo para configuração da responsabilidade civi. In: **Revista de Direito Privado**. Coordenação NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. n. 19. jul./ set. 2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

GROENINGA, Giselle Câmara. O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade. **Família e dignidade humana**. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. ISBN. **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de direito civil**. v. 1:parte geral/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípio constitucionais de Direito de Família**: guarda compartilhada à luz da Lei nº. 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 5. ed. rev. , e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito civil: parte geral**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono afetivo**: valorização jurídica do afeto nas relações paterno- filiais. Curitiba: Juruá, 2012.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Direito de família e responsabilidade civil. **Revista Magister de direito civil e processual civil**. v. 45, nov./dez. 2011, Porto Alegre.

LAUTENSCHLAGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. **Abuso do direito**. São Paulo: Atlas, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Repersonalização das Relações de Família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, IBDFAM, v.6, n.24, jun./jul. 2004.

LÔBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. In: **Anais do VI Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Rio de Janeiro: IBDFAM, 2007.

_____. **Direito Civil**: famílias. São Paulo, 2008.

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

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. 3 ed. inteiramente refundida e aumentada. volume 3. São Paulo: Max Limonad, 1947.

MONTEIRO, Washigton de Barros. **Curso de Direito Civil**: parte geral. 39. ed. rev., e atual. por PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Deveres parentais e responsabilidade civil**. *Revista brasileira de direito de família*. n. 31, agosto- setembro de 2005.

OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Matheus de. **Direito de família**: aspectos sociojurídicos do casamento, união estável e entidades familiares. São Paulo: Atlas, 2011.

ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. Simplesmente a vida como ela é: Responsabilidade civil por abandono moral nas relações paterno- filiais. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. v. 44, out./dez. 2010. Rio de Janeiro: Padma, 2000.

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

PEREIRA, Tânia da Silva. O “melhor interesse da criança”. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord). **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, porque me abandonaste? In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de família e psicanálise**: rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

_____. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____; SILVA, Cláudia Maria. Nem só de pão vive o homem. **Sociedade e Estado**. Brasília, v. 21, n. 3, set./ dez. 2006. Disponível e:
<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922006000300006&lng=pt&nrm=iso> Acesso em: 07/09/2015.

_____. Responsabilidade civil por abandono afetivo. In: **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**, n. 29, ago./ set. 2012.

_____. Indenização por abandono afetivo e material: Decisão Comentada. In: **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**.n. 25, dezembro- janeiro 2012. IBDFAM, 2012.

REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890. Dispõe sobre o casamento civil.

REIS, Clayton. **Dano moral**. 5. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. **O pátrio poder**: estudo teórico-prático. Rio de Janeiro: Tupã, 1960.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: responsabilidade civil. v. 4. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

RODRIGUES JUNIOR, Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade civil contemporânea**: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011.

ROSA, Conrado Paulino da; CARVALHO, Dimas Messias de; FREITAS, Douglas Phillips. **Dano moral e direito de família**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 9 ed. rev., atual. e ampl. com comentários ao Código Civil. São Paulo: RT, 2013.

SANTOS NETO, José Antônio de Paula. **Do pátrio poder**, 1994.

SANTOS, Maria Alice de Souza. **A natureza do afeto nas relações paterno- filiais frente à responsabilização civil**. Dissertação (Mestrado em Direito)- Setor de Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2011, p. 47. Disponível em:<http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SantosMAS_1.pdf> Acesso em: 09/09/2015.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Marcos Alves da. **Do pátrio poder à autoridade parental: repensando fundamento jurídicos da relação entre pais e filhos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de Direito Civil**. 26. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SOUZA, Ivone M. Candido Coelho de. **Dano Moral por abandono: monetarizando o afeto**. Direito das famílias e sucessões. n. 13, dez./ jan. 2010.

TARTUCE, Flávio. Danos morais por abandono moral. In: **Direito das famílias e sucessões**.n. 7, dez./ jan. 2009.

TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil- constitucional**. Revista Trimestral de Direito Civil. RTDC, v. 17, ano 5, jan./ mar. 2004.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. **Revista brasileira de direito de família**. n. 32, out./ nov. 2005.
_____. Autoridade Parental. In. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coordenadores). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, Mandamentos, 2008.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. **Separação, Violência e Danos Morais- A tutela da personalidade dos filhos**. São Paulo: Paulistana Jur, 2004.

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.