

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

JULIANO MARCONDES PAGANINI

REPARAÇÃO DE DANOS POR ABANDONO AFETIVO DE FILHOS

**CURITIBA
2010**

JULIANO MARCONDES PAGANINI

REPARAÇÃO DE DANOS POR ABANDONO AFETIVO DE FILHOS

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

Orientador: Prof. Eros Belin de Moura Cordeiro

CURITIBA
2010

TERMO DE APROVAÇÃO

JULIANO MARCONDES PAGANINI

REPARAÇÃO DE DANOS POR ABANDONO AFETIVO DE FILHOS

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 2010.

SUMÁRIO

RESUMO	5
1. Introdução.....	6
1.1. Os “modelos familiares” no ordenamento brasileiro	6
1.2. A família na Constituição de 1988	9
1.3. Afetividade e solidariedade constitucionais	16
2. Responsabilidade Civil.....	21
2.1. Dano, responsabilidade e reparação	21
2.2. Fundamentos do dever de reparar	24
2.3. Novas tendências do instituto.....	26
3. Reparação civil do abandono afetivo.....	29
3.1. Ato ilícito	31
3.2. Dano e nexo de causalidade	36
3.3. Culpa	37
3.4. Subsidiariedade da reparação de danos	39
3.5. A indenização	41
3.6. Tendência jurisprudencial	42
4. Conclusões.....	46
5. Bibliografia	48

RESUMO

O presente trabalho se presta à investigação da reparação de danos por abandono efetivo de filhos. A partir da apresentação dos aspectos mais relevantes acerca da evolução dos modelos familiares no Brasil, bem como, das tendências e fundamentos contemporâneos do instituto da responsabilidade civil, são formuladas premissas teóricas para a fixação de pressupostos ao dever de indenizar danos decorrentes de abandono afetivos de filhos.

Apresenta-se, por fim, uma crítica ao entendimento atualmente majoritário da jurisprudência nacional, que resiste ao acolhimento desta modalidade de reparação de danos.

Palavras-chave: *responsabilidade civil; dano moral; abandono afetivo; filhos.*

1. Introdução

1.1. Os “modelos familiares” no ordenamento brasileiro

Como ponto de partida à compreensão da reparação de danos por abandono afetivo de filhos, impõe-se situar a afetividade como valor jurídico e princípio constitucional, fonte de deveres recíprocos entre membros das comunidades familiares. Para tanto, faz-se necessário delimitar o âmbito de tutela constitucional da família brasileira contemporânea, amplamente modificada – em termos sociais e jurídicos – no decorrer do século passado e início do presente.

O conceito até então vigente de família tradicional (disciplinada, em nosso direito, pelo Código Civil de 1916), estruturada sobre um matrimonialismo de ordem patriarcal, com origem reduzida ao casamento – fortemente orientado pela imposição da autoridade masculina, cuja manutenção, em nome da “honra” e da “paz familiar”, prevalecia sobre a realização dos interesses pessoais de cada cônjuge – distinções entre origem da filiação (“legítima” ou “ilegítima”, com prevalência da primeira);¹ grande especialização dos papéis e funções exercidas pelos membros; vocação patrimonial das interações entre os parentes; e, relações informadas por uma lógica de subordinação hierárquica, entra em crise.²

¹ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**, p. 46-47.

² Trata-se da família albergada pelo Código Civil de 1916, cujas “*características (...) remontam ao Brasil colonial e aos modelos de família vigentes à época. Abrigava a noção de família patriarcal,*

Este modelo cedeu espaço à família eudemonista, uma comunidade de ajuda e cooperação mútuas entre os seus integrantes, que comungam de afeto e propósitos comuns. Aqui, as relações se orientam não mais por estrita subordinação hierárquica (como se verificava no modelo anterior), mas por uma lógica de coordenação entre os membros, cuja realização pessoal se projeta como principal finalidade. A instituição familiar ora se instrumentaliza, recebendo uma espécie de outorga funcional: não mais existe apenas para se manter (subsistir à dissolução) e perpetuar relações de poder hierárquico, mas sim para garantir e promover a satisfação de necessidades e interesses subjetivos existenciais de seus membros. Em última análise, a entidade ora se presta à proteção e proteção da dignidade de seus integrantes.

A já verificada dificuldade terminológica que obstava a classificação exata das famílias em categorias estanques é ampliada pela Constituição de 1988. No atual panorama constitucional, não mais existe uma, mas sim várias entidades familiares constituídas sobre uma pluralidade de vínculos (jurídico-formais, biológicos, afetivos) ora tuteladas como células de comunhão de afeto e instrumentos de garantia e promoção da felicidade, dignidade e demais interesses existenciais de todos os seus participantes, observados, ainda, os propósitos de emancipação de sua liberdade e igualdade, inclusive no seio familiar. Daí porque se pode afirmar, com dose de segurança, que o *gênero* família se pluralizou, passando a compreender uma série de

*funcional, com base na hegemonia de poder do pai, na hierarquização das funções, na desigualdade de direitos entre marido e mulher, na discriminação dos filhos, na desconsideração das entidades familiares não fundadas no casamento e no predomínio dos interesses patrimoniais em detrimento do aspecto afetivo” (SILVA, Cláudia Maria da Silva. **Indenização ao filho**, p. 129).*

entidades familiares – que, a rigor, sempre existiram no plano dos fatos, mas não recebiam o devido reconhecimento pela sociedade, tampouco pelo Direito – como suas *espécies*. Em outras palavras:

“O ente familiar não é mais uma única definição. A família se torna plural. Da superação do antigo modelo da grande-família, na qual avultava o caráter patriarcal e hierarquizado da família, uma unidade centrada no casamento, nasce a família constitucional, com a progressiva eliminação da hierarquia, emergindo uma restrita liberdade de escolha; o casamento fica dissociado da dos filhos. Começam a dominar as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação. Proclama-se a concepção eudemonista da família: não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade”.³

Em um período inicial de sua formação a histórica, a família tinha por finalidade precípua a produção de bens de consumo – o que justificava a prevalência do intento reprodutivo, como fonte de mão de obra para o trabalho familiar. Contemporaneamente, a família eudemonista novamente se funcionaliza: contudo, os atuais objetivos residem se dirigem à plena realização e preservação dos interesses subjetivos de índole existencial de seus membros,⁴ o que se sobrepõe, inclusive, à antiga diretriz de supervalorização da manutenção dos vínculos matrimoniais.⁵

³ FACHIN, Luiz Edson. **O direito de Família** *Gauche*, p. 64.

⁴ OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**, p. 13.

⁵ “*A pequena-família, distante da família patriarcal caracterizada por ser uma unidade de produção, é muito mais um núcleo onde são dominantes as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação. A família já não mais produz bens na esfera doméstica e por isso observa-se uma separação entre o lar e o local da trabalho.*”

1.2. A família na Constituição de 1988

Este novo modelo é recepcionado e disciplinado pela Constituição de 1988 (capítulo VII do texto constitucional) que lhe dedica tutela por um arcabouço normativo revestido de uma dupla eficácia: *mediata* (servindo de parâmetro aferição da validade e eficácia; de critério informativo à interpretação das normas infraconstitucionais; bem como, de critério restritivo e informador do alcance da atividade do legislador ordinário) e *imediate*, pelo estabelecimento de regras aplicáveis diretamente, nos casos concretos. Vale dizer:

“A Constituição Federal de 1988, por meio de, apenas dois artigos, no caso, **arts. 226, §5º e 227, §6º**, provocou profunda alteração no Direito de Família brasileiro; primeiro, porque a assimetria típica de um sistema estruturado na família patriarcal, hierarquizada, e organizada com base em papéis pré-determinados se volatiliza diante do princípio da igualdade de direitos e deveres entre o marido e a mulher (art. 226, §5º); segundo, porque a categorização dos filhos, sob todos aspectos criticável e injusta, já que penalizava os filhos,

*A família, ao transformar-se, valoriza as relações afetivas entre seus membros. O que conta na família nuclear é a satisfação das necessidades pessoais, numa comunhão de sentimentos e de afeto, isto é, de vida e de história. **Sob a concepção eudemonista da família, não é o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade**”.* (Grifou-se) (FACHIN, Luis Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**, p. 25).

No mesmo sentido, anota Juliane Fernandes Queiroz: “*O papel do Estado foi ampliado: além da função de proteção da família, criou-se o dever de assegurar-lhe assistência, na pessoa de cada um dos que a integram. Entende-se portanto, que o objeto tutelado foi deslocado: não se protege mais a comunidade familiar, mas sim o indivíduo, o membro integrante dessa comunidade. (...) A proteção do Estado, antes dirigida à família-instituição, agora se volta para a família-instrumento. Se anteriormente a instituição família era preservada para atender a fins determinados pelo Estado ou pela Religião, independentemente da satisfação pessoal de seus membros (por muitas vezes sacrificados) hoje, a instituição família-instrumento só é mantida se atinge sua finalidade precípua: a de desenvolvimento integral de seus membros*”. (**Paternidade**: Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial, p. 20-22). Ver, ainda: DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**, p. 39.

igualmente desaparece face ao princípio que repudia as odiosas discriminações e inadequadas desigualdades entre os filhos”.⁶

Uma série de valores da existência humana foi incorporada pela normativa da Constituição de 1988, que os traduziu sob a forma de regras e princípios, revestidos de plena aplicabilidade.

No direito de família, é necessário que se compreenda a elevação que se operou dignidade humana (“*macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos*”)⁷ na hierarquia das fontes. Este valor foi acolhido pela constituição sob a forma de princípio fundante do ordenamento jurídico nacional (art. 1º, inc. III da Constituição). Esta relevante transformação operada pela prevalência que se imprimiu à dignidade humana, denominou-se “*repersonalização*”, e se correlaciona, de modo imediato, a outro fenômeno, a “*despatrimonialização*”.⁸

⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**. V. 5. Direito de Família, p. 200.

No mesmo sentido, anota Luis Edson Fachin: “*Operando rompimento com o que estava ancorado no Código, o novo texto constitucional transformou alguns dos princípios sobre os quais o Código Civil fincou seu sistema. O legislador constitucional assim procedeu ao reconhecer a união estável não-matrimonializada, ao lado do casamento, ao alargar a concepção de família. Recolheu ao direito o mundo dos fatos. Adotando o estatuto unitário da filiação, dissociou o casamento da legitimidade dos filhos. A família pode ter origem matrimonial ou não*”. (**Da paternidade**: Relação biológica e afetiva, p. 83).

⁷ DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 52.

⁸ Immanuel KANT contrapõe, com precisão, os conceitos de preço e dignidade, próprios às dimensões patrimonial e existencial da família, respectivamente. Para o autor, “*No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade*” (In: **Fundamentação da metafísica dos costumes**, p. 77).

Ambos os fenômenos surtem efeitos na fixação de critérios axiológicos destinados à aferição dos bens e interesses jurídicos “merecedores de tutela”, sobretudo em caso de conflito. A prioridade desfrutada pelos direitos interesses patrimoniais, no paradigma anterior, foi deslocada para a proteção da pessoa, à sua dignidade, seus direitos e demais interesses de índole subjetiva e existencial – tais como a felicidade e a viabilidade de realização de projetos de vida digna.

Estas alterações não implicaram em qualquer sorte de revogação da tutela jurídica dedicada ao patrimônio e à ampla gama de interesses correlatos, mesmo nas relações de família. Contudo, o que ora se verifica é a funcionalização (ou instrumentalização) desta tutela, que ora se orienta pela persecução de finalidades diversas daquelas tradicionalmente vigentes. O que se busca, agora, é a emancipação do sujeito e dos seus valores, interesses e direitos decorrentes de sua dignidade, ínsita à sua própria condição de pessoa humana. Nesta condição, a propriedade e a autonomia privada se projetam como instrumentos de proteção à pessoa e promoção dos seus interesses subjetivos existenciais, só se justificando o seu reconhecimento e tutela jurídica se, e na medida em que, seu exercício persiga e realize tais finalidades.⁹

⁹ Em passagem emblemática acerca da funcionalização da propriedade – idéia que pode ser transponível, sem maiores problemas, à funcionalização dos demais institutos, inclusive da autonomia privada – Perlingieri esclarece: “*Em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa (...), função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda todo o ordenamento*” Trata-se, em última análise, da “(...) *própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a um determinado sujeito*” (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**, p. 226).

As transformações trazidas pela Constituição Federal, a partir da apreensão de novos parâmetros axiológicos nascidos e desenvolvidos no curso do século passado, culminaram no estabelecimento de um “*novo modelo*” de família, ora instrumentalizado à promoção da dignidade humana. Neste sentido:

“O novo modelo da família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família. Agora, a tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado”.¹⁰

O princípio da dignidade humana é umbilicalmente conectado a outro pilar axiológico que alicerça nosso ordenamento: a *solidariedade*. A inobservância desta relação poderia relegar o fenômeno da repersonalização das relações jurídicas condição de mera releitura do individualismo (exacerbado em período histórico anterior), que tanto se lutou para combater.¹¹ A falência do individualismo demonstrou

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 39.

Tal como ocorre com a tutela dos direitos de propriedade e da autonomia privada, “*a família, embora tenha ampliado, com a Carta de 1988, o seu prestígio constitucional, deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que – e somente na exata medida em que – se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade dos seus integrantes*”. (TEPEDINO, Gustavo. **A Disciplina Civil-constitucional das Relações Familiares**, p. 352).

¹¹ Está-se diante de um aparente paradoxo: “*enquanto se proclama a exigência do princípio da solidariedade familiar, a evolução do direito de família acompanhou a progressiva expansão do princípio da dignidade da pessoa humana. (...) O direito atual, em sentido oposto [ao do direito anterior], alude à proteção da família “na pessoa de cada um dos que a integram” (art. 226, §8º da*

que apenas se pode efetivar a dignidade humana em sociedade pela observância da solidariedade, fonte de deveres de consideração, cuidados e assistência mútua entre todos os participantes do cenário social e familiar. Ambos os valores são faces indissociáveis do esquema de organização social, política e cultural vigente sob a égide da Constituição de 1988. Nas palavras de Paulo Lôbo: “*De um lado, o valor da pessoa humana enquanto tal, e os deveres de todos para com sua realização existencial, nomeadamente do grupo familiar; de outro lado, os deveres de cada pessoa humana com as demais, na construção harmônica de suas dignidades*”.¹²

Graças à sua ampla operabilidade e ao caráter propositalmente aberto de seu conteúdo – que permite sua concreção às circunstâncias do caso concreto, variáveis conforme sua apreensão pelo intérprete – os princípios são os veículos privilegiados de realização dos propósitos constitucionais, nas relações de família.

Esta referida evolução do paradigma familiar – operada em termos sociais, culturais e jurídicos – implicou em severas transformações ao instituto da paternidade e filiação. Foi completamente derogada a antiga discriminação jurídica entre filhos legítimos e ilegítimos, fundada na sua gênese (matrimonial ou não), vigendo, a partir de então, a igualdade entre os filhos, independentemente de sua origem (se biológica ou socioafetiva) ou do fato de haverem sido concebidos dentro ou fora do casamento –

Constituição). Assim, o grupo familiar permanece concebido como titular de direitos, mas tem de compartilhar essa titularidade com as titularidades de cada pessoa que o integra. É justamente a solidariedade (e não mais a autoridade do chefe) que permite a unidade familiar” (LÔBO, Paulo. **Princípio da solidariedade familiar**, p. 151).

¹² LÔBO, Paulo. Idem, p. 148.

art. 227 do Texto Constitucional. Impende consignar que estes novos tempos já haviam sido anunciados por Pontes de Miranda, na década de 50 do século passado, que, à ocasião, afirmou: *“a legitimação de todos os filhos é a boa doutrina, e devemos recebê-la com aplausos, porque se nos afigura mais equitativa, mais simples e mais acorde com as tendências igualitárias da civilização”*.¹³

Com o advento da Constituição Federal, seguido pela promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) e pelo Código Civil de 2002, institui-se um novo paradigma normativo a disciplinar as relações de paternidade e filiação, orientado pelos princípios da igualdade entre os filhos, havidos ou não na constância do casamento e do dever de observância aos seus interesses.¹⁴

A classificação anteriormente vigente, que adjetivava a filiação indesejada de *“ilegítima”*, *“espúria”* ou *“adulterina”*, foi suprimida dos textos legais em nome da proclamada igualdade entre filhos de qualquer origem, prevista pela Constituição Federal (art. 227) e endossada pelo Código Civil de 2002 (art. 1.596). *“Efeito do princípio da igualdade, de um modo especial, e das transformações sociais, de um modo geral, a nova família está colocando em cartaz a nova paternidade”*.¹⁵

¹³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado. t. IX**, p. 57.

¹⁴ *“O enunciado do art. 1596 do Código Civil de que os filhos de origem biológica e não biológica têm os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer discriminações, que reproduz norma equivalente da Constituição Federal é, ao lado da igualdade de direitos e obrigações dos cônjuges, e da liberdade de constituição de entidade familiar, uma das mais importantes e radicais modificações havidas no direito de família brasileiro, após 1988. É o ponto culminante da longa e penosa evolução por que passou a filiação ao longo do século XX, na progressiva redução das odiosas desigualdades e discriminações, ou do quantum despótico na família, para utilizarmos uma categoria expressiva de Pontes de Miranda. É o fim do vergonhoso apartheid legal”*. (LÔBO, Paulo. **Famílias**, p. 193).

¹⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: Relação biológica e afetiva**, p. 132.

Como se sabe, a vinculação familiar paterno-materna reside no núcleo mais fundamental da subjetividade humana, porquanto deve sua tutela ser operada de modo a preservar e realizar, com máxima extensão, os valores de índole existencial (e não apenas aqueles atrelados à transmissão patrimonial) envolvidos nesses vínculos, tais como a igualdade, a afetividade, a convivência familiar orientada pela emancipação de seus membros, o direito à identidade e ao conhecimento da própria história e ascendência genética, dentre outros.

Não mais subsiste a instrumentalização dos vínculos de paternidade e filiação pela garantia de preservação, acumulação ou transmissão de patrimônio, tal como se verificava na racionalidade anterior. Por vontade constitucional, a família deve servir, preponderantemente, a persecução finalidades promocionais da dignidade humana, mesmo que em detrimento de interesses proprietários.¹⁶ Neste quadro, *“os filhos, mais do que nunca, serão experimentados não como o salário do sexo, mas como o complemento livremente buscado e assumido de um empenho de personalização, que lança suas raízes no mais poderoso dinamismo transformacional do homem, que é o som de si mesmo”*.¹⁷

Em outra oportunidade, afirma o mesmo autor: *“A família é um construído. Uma caminhada que destoa da visão clássica sobre a filiação fora do casamento, em especial pela atuação direta e plena do princípio da igualdade. Na superação da grande família, passando pela família nuclear, o tempo eudemonista anuncia um novo estatuto”* (In: **O direito de Família Gauche**, p. 71).

¹⁶ Pela introdução desta nova racionalidade operou-se verdadeira *“inflexão da disciplina civilista (voltada anteriormente para a tutela dos valores patrimoniais) em obediência aos enunciados constitucionais, os quais não mais admitem a proteção da propriedade e da empresa como bens em si, mas somente enquanto destinados a efetivar valores existenciais, realizadores da justiça social”* (MORAES, Maria Celina Bodin. **A caminho de um direito civil constitucional**, p. 28).

¹⁷ VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da paternidade**, p. 414.

Em suma, a igualdade entre a filiação, a dignidade e a solidariedade, na condição de princípios vinculantes, aplicam-se de modo prevalecente, inclusive em detrimento da satisfação de egoísmos materiais.

1.3. Afetividade e solidariedade constitucionais

Como visto, em um primeiro momento, a família dotava-se de índole essencialmente institucional, privilegiando-se sua formação e manutenção inclusive em prejuízo de interesses de seus membros, o que foi modificado no decorrer do tempo, culminando, na contemporaneidade, em um modelo organizacional diverso para as relações de parentesco. Os laços nos quais se estabeleciam os papéis de cada integrante da família, construídos sobre vínculos biológicos e orientados por variados modos exercício de autoridade patriarcal – em uma relação de índole essencialmente subordinativa – foram profundamente reestruturados pela incorporação de novos valores sociais, convertidos em princípios jurídicos pela Constituição Federal.

Dentre este conjunto de valores – nascidos e desenvolvidos pela sociedade e incorporados pelo ordenamento sob as vestes de princípios – que se apresentam como causas e consequências das relevantes modificações na estruturação social e jurídica das famílias, a **afetividade** é o que ganhou maior relevo. Na busca por um elemento axiológico de unificação das diversas entidades sob o conceito de família, é forçoso concluir que:

“Esse referencial só pode ser identificado na afetividade. É o envolvimento emocional que leva a subtrair um relacionamento do

âmbito do direito obrigacional – cujo núcleo é a vontade – para inseri-lo no direito das famílias, que tem como elemento estruturante o sentimento de mor que funde as almas e confunde patrimônios, gera responsabilidades e comprometimentos mútuos”.¹⁸ (Grifou-se).

A esta altura, cumpre delimitar o alcance da expressão *afetividade* como princípio jurídico e fonte de deveres de assistência das mais diversas ordens, o que não se confunde, tampouco pressupõe a existência de *afeto* (também denominado pela psicanálise como “*afetividade real*”, por se tratar de valor de índole subjetiva, emocional). Conforme destaca Paulo Lôbo, nas relações de paternidade e filiação, a afetividade, fonte de deveres jurídicos, subsiste – desde o nascimento, até a morte ou perda de poder familiar ou autoridade parental – mesmo diante da inexistência de qualquer amor ou afeição (afeto) entre os sujeitos (pais e filhos). É apenas nas relações erótico-afetivas que a afetividade encontra-se vinculada à existência do afeto, pois este é a razão própria da constituição e pressuposto da existência e manutenção de vínculos desta natureza. Assim, “*sem qualquer contradição, podemos referir a dever jurídico de afetividade oponível a pais e filhos e aos parentes entre si, em caráter permanente, independentemente dos sentimentos que nutram entre si, e aos cônjuges e companheiros enquanto perdurar a convivência*”.¹⁹ Além disso, as expressões *afeto* e

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 39. No mesmo sentido, sustenta Paulo Lôbo: “*A família, tendo desaparecido suas funções tradicionais, no mundo do “ter” liberal burguês, reencontrou-se no fundamento da afetividade, na comunhão de afeto, pouco importando o modelo que adote, inclusive o que se constitui entre um pai ou mãe e seus filhos. A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado, que a experiência constitucional brasileira consagrou, de 1824 até 1988*” (LÔBO, Paulo. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**, p. 249)

¹⁹ LÔBO, Paulo. **Socioafetividade no Direito de Família: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental**, p. 9.

afetividade não se confundem com o conceito de “*affectio*” contido na expressão “*affectio maritalis*”, atrelada à noção de compromisso público de solidez dos vínculos do matrimônio indissolúvel, o que se presumia sob a égide do Código Civil de 1916, mesmo diante da inexistência de qualquer afeto ou afetividade.²⁰

O papel desempenhado pelo afeto (como valor subjetivo) é um dos principais traços distintivos dos modelos patriarcal e eudemonista de família. No primeiro, presumia-se o afeto pela certeza da existência relação familiar fornecida pelo vínculo jurídico – não se olvidando que, nesta época, “*no embate entre o ter e o ser, o patrimônio fez prevalecer sua força em relação ao sentimento*”.²¹ No segundo momento, este valor se torna o principal elemento de constituição e fundamento de viabilidade e manutenção das entidades familiares, que se permitiram plurais.

No plano das relações erótico-afetivas – anteriormente constituídas exclusivamente pelo matrimônio, cuja manutenção preponderava sobre a realização pessoal dos cônjuges – a contemporânea supremacia do afeto permite a construção de uma sorte de “democracia sentimental”, que apenas admite a constituição e manutenção dos vínculos enquanto perdure um projeto de vida em comum, erigido sobre afeto e desejo mútuos, que permita a ambos os envolvidos vivenciarem estados de felicidade e promoverem, dignamente, seus interesses de índole existencial. Nesta perspectiva, “*a família continua mais empenhada que nunca em ser feliz. A*

²⁰ CARBONERA, Silvana. **O papel jurídico do afeto nas relações familiares**, p. 298.

²¹ CARBONERA, Silvana. *Idem*, p. 309.

*manutenção da família visa, sobretudo, buscar a felicidade, Não é mais obrigatório manter a família – ela só sobrevive quando vale a pena. é um desafio”.*²²

No século passado, o princípio da afetividade sofreu grande ampliação no plano das relações de paternidade e filiação devido ao processo de urbanização social, que resultou na diminuição do número de filhos havidos por casal e, conseqüentemente, aprofundou os laços convívio dos pais com seus filhos, que passaram a receber maior dose de atenção e carinho do que recebiam em tempos anteriores, em que a dedicação paterna havia de ser dividida por uma quantidade muito maior de filhos.

O estreitamento dos laços de convivência entre pais e filhos originou uma nova cultura familiar, erigida sobre a solidariedade e o afeto – e não apenas baseada autoridade e no poder parental. Paulatinamente, desenvolve-se uma cultura de democracia no interior da entidade familiar, local de convivência em que se abre espaço à participação de todos os seus membros, sobretudo dos filhos. Este é o campo mais fértil ao florescimento do *afeto* – e, também, do princípio constitucional da *afetividade* – nas relações entre pais e filhos.

A efetivação desta nova tábua de valores, incorporada pelo constituinte a partir da práxis das famílias contemporâneas (que, aliás, harmoniza-se com os demais valores e princípios característicos da vocação humanista da Constituição Federal),

²² DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 40. Nesta perspectiva, “as pessoas que se unem em comunhão de afeto, não podendo, ou não querendo ter filhos, são família protegida pela Constituição” (LÔBO, Paulo. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**, p. 250).

ecoa, principalmente, em quatro momentos constitucionais, assim identificados por Paulo Lôbo:

- “a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, §6º);
- b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§5º e 6º);
- c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, §4º)
- d) a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227)”.²³

No Direito das Famílias, a afetividade irradia seus efeitos às esferas da solidariedade e cooperação familiares – próprias à dimensão eudemonista da família, que funcionaliza esta instituição pela promoção de desenvolvimento da personalidade de seus membros – da redistribuição dos papéis dos cônjuges sob o crivo do princípio da igualdade; dos limites e consequências jurídicas do emprego de técnicas de reprodução humana assistida e, sobretudo, da primazia da posse do estado de filiação, paralelamente à já mencionada revogação das distinções entre “espécies” de filhos a partir de sua origem.²⁴

O princípio da afetividade deriva, em última análise, do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III da CF), possuindo, ainda, estreita conexão com o princípio da solidariedade (art. 3º, inc. I da CF), pois também compreende deveres de

²³ LÔBO, Paulo. **Socioafetividade no Direito de Família: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental**, p. 8.

²⁴ LÔBO, Paulo. *Idem*, p. 13.

assistência mútua e consideração recíproca entre todos os membros da entidade familiar.

Assim delineados alguns dos principais contornos da evolução percebida na família e no direito brasileiro contemporâneo no decorrer do último século, bem como, a projeção dos princípios constitucionais da dignidade humana e solidariedade – e, por consequência, da afetividade – como fontes de deveres de cuidado e assistência recíproca entre os membros da família e, em especial, entre pais e filhos, passa-se ao estudo das hipóteses de violação destes deveres e de sua reparabilidade na esfera da responsabilidade civil.

2. Responsabilidade Civil

Apesar de não se pretender, pelo presente estudo, aprofundar a temática da reparação de danos – instituto em franca evolução e reestruturação destinadas à oferta de respostas mais satisfatórias aos “novos danos” surgidos pela ampliação da complexidade da vida social – cumpre apontar algumas generalidades deste instituto, que servirão de premissas teóricas à compreensão da reparação de danos por abandono afetivo de filhos, objeto da parte final desta pesquisa.

2.1. Dano, responsabilidade e reparação

No conjunto dos atos e condutas humanas que repercutem em consequências à esfera das outras pessoas, aqueles que acarretam em alguma sorte de prejuízo (de

natureza patrimonial ou extrapatrimonial) assumem relevância no campo da reparação de danos. “*Daí resulta que não há responsabilidade jurídica enquanto não há prejuízo*”, sendo este o principal traço diferenciador a responsabilidade jurídica e moral. No primeiro caso, perquire-se a afetação da esfera de interesses juridicamente relevantes, ao passo que, na segunda, busca-se apenas a repercussão subjetiva das consequências ao autor da conduta.²⁵

Fernando Noronha apresenta a responsabilidade civil a partir a ideia de obrigação (em sentido estrito, de dever, não de relação obrigacional) de reparar danos causados à pessoa ou patrimônio do afetado, ou a interesses coletivos ou transindividuais (difusos ou coletivos),²⁶ o que se desdobra em duas acepções. A primeira compreende a obrigação de ressarcimento de quaisquer danos infligidos a outros (indivíduos ou coletividade) por ato antijurídico; por acontecimentos (inclusive naturais) que decorram da atividade normalmente exercida pelo agente; ou, em casos especiais, por atos ilícitos justificados (tornados lícitos, pela exclusão da antijuridicidade).

Devido a sua pouca utilidade no propósito de encerrar categorias diversas num conceito único, porém genérico, o autor propõe a uma segunda acepção, onde se distinguem a *responsabilidade negocial* – decorrente do inadimplemento de obrigações contratuais – e a *responsabilidade civil em sentido estrito, técnico*, ou *responsabilidade civil geral*, que abrange a obrigação de danos causados pelo agente

²⁵ AGUIAR DIAS, José de. **Tratado de responsabilidade civil**, p. 7.

²⁶ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**, p. 430.

contra sujeitos com quem não mantém qualquer vínculo negocial (incluindo-se, aqui, a violação do dever de não lesar a ninguém (*neminem laedere e alterum non leadere*)²⁷, além daqueles danos que, embora causados e sofridos entre contratantes, decorram da violação de deveres gerais de respeito pela pessoa e bens – o que preexiste e subsiste ao negócio.²⁸ Trata-se, em outras palavras, da responsabilidade civil extracontratual.

Daí porque se adota, por conseguinte, a terminologia empregada por AGUIAR DIAS, segundo o qual – na medida em que o *nomem iuris* do instituto se mantém por mera conveniência (pois foram transpostos seus limites) – não é mais de responsabilidade civil que se está a tratar, mas, efetivamente, de **reparação de danos**.²⁹ Nesta perspectiva “*o problema da reparação dos danos sofridos por uma pessoa deve proposto desta maneira: quem deve reparar os danos? E não assim: quem é responsável?*”.³⁰

²⁷ “*Afinal, a idéia central da responsabilidade civil consistente no princípio romano do neminem laedere, é pressuposto de uma convivência respeitosa que deve reinar entre as pessoas no plano social. A função da responsabilidade civil, nesse aspecto particular, sempre consistiu no restabelecimento do equilíbrio violado de forma a recompor, na medida do possível, a restitutio in integrum daquilo que se perdeu, em face da ação do agente lesionador contrária ao ordenamento jurídico*”. (REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral**, p. 134).

²⁸ NORONHA, Fernando. Obra citada, p. 430. Acrescenta o autor:

“*Aliás, a expressão responsabilidade civil tem vindo a especializar-se, tanto entre nós, como noutros países, para designar essa segunda categoria de obrigações. A evolução neste sentido reflete-se no Código Civil de 2002, que regula a responsabilidade negocial dentre de um Título específico, com a epígrafe “Do inadimplemento das obrigações” (arts. 389 e s.) e dedica à responsabilidade civil em sentido estrito outro Título, com o nome “Da responsabilidade civil” (arts. 927 e s.)*” (Idem, p. 431)

²⁹ AGUIAR DIAS, José de. Obra citada, p. 17-18.

³⁰ MORIN. La loi ET Le contrat, La décadence de leus souveraineté. Apud.: AGUIAR DIAS, José de. Ibidem.

2.2. Fundamentos do dever de reparar

Em linhas gerais, o dever de reparação de danos causados, núcleo do instituto da reparação civil, pressupõe a existência de um dano causado a uma vítima por um agente a quem se possa imputar a responsabilidade pela sua ocorrência. Aprofundando a análise, surgem outros pressupostos para o dever de reparação dos prejuízos (de ordem material ou moral) sofridos por outrem, tais como antijuridicidade da conduta, culpa, risco, imputabilidade, e nexos causal.

Assim na atualidade, identificam-se cinco pressupostos fundamentais ao dever de reparar: o **fato** (ação ou omissão humanas, ou fato da natureza) dotado de **caráter antijurídico** (contrário ao Direito, por suas causas, forma ou consequências); sua **imputabilidade** a algum autor (por ato individual, próprio, ou por uma atividade realizada em seu interesse); a causação de **danos** (violação a direitos ou a interesses juridicamente relevantes, de ordem patrimonial ou extrapatrimonial / moral); o **nexo de causalidade** entre fato e o dano, que permita identificar o segundo como consequência do primeiro (com a ressalva das hipóteses em que o dano constitua risco próprio ao exercício da atividade); e, que o dano esteja contido no **âmbito da função de proteção da norma**, ou seja, *“exige-se que o dano verificado seja resultado da violação de um bem protegido”*.³¹ Todavia, ressalta NORONHA:

“Na doutrina e na jurisprudência, geralmente os únicos requisitos que se indicam são somente o segundo, o terceiro e o quarto. **Assim,**

³¹ NORONHA, Fernando. Obra citada, p. 469.

afirma-se que a responsabilidade civil envolve três requisitos: um dano, um nexo de imputação e um nexo de causalidade. É que, na vida real, o primeiro e o quinto dos requisitos são de importância menor”.³² (Grifou-se)

Isto se dá pelo fato de que o último dos referidos pressupostos (inserção do fato no âmbito de proteção da norma violada) restou superado pela extensão da proteção normativa a, praticamente, todos os bens jurídicos pertinentes à pessoa ou às coisas, sejam eles de ordem patrimonial ou extrapatrimonial, individuais ou coletivos, sobretudo no que se refere aos danos oriundos de violação a direitos da personalidade, cujo conteúdo não é taxativo, mas passível de construção (e, até mesmo, ampliação) em cada caso concreto, à luz da incidência da cláusula geral de proteção à dignidade da pessoa humana.

O primeiro dos requisitos (fato antijurídico) é, na prática, mitigado por motivo diverso. Ocorre que, embora antijurídico, por si só, o fato ilícito não é capaz de ensejar a responsabilização civil (mas apenas a responsabilidade criminal), sendo necessária a causação de dano em sua consequência imediata. Por esta razão, tende-se a agregar o primeiro ao quarto requisito, adjetivando-se o requisito, que se passa a denominar **fato danoso**.³³

³² NORONHA, Fernando. Ibidem.

³³ NORONHA, Fernando. Obra citada, p. 469.

2.3. Novas tendências do instituto

Paralelamente ao desgaste contemporâneo da perquirição da culpa na reparação de danos, o instituto da responsabilidade sofreu outras importantes alterações, notadamente quanto à flexibilização do nexo causal; à ampliação do elenco de danos (o que se denomina “novos danos”); a despatrimonialização, estendida não apenas ao dano, mas também de sua reparação (que não se dá apenas pela via da indenização pecuniária); e a perda da exclusividade da reparação elemento pedagógico à prevenção (geral e especial) de danos futuros.

Em relação ao nexo causal, houve uma gradativa redução na importância de sua prova concreta. A jurisprudência passou a se valer de uma pluralidade de teorias da ação para justificar valorações muitas vezes subjetivas, discricionárias, e, “*muitas vezes atécnicas*”, do julgador. Como exemplo, as hipóteses de “*causalidade anônima*”, em que o dano é causado pela participação de um ou de vários elementos de um determinado grupo, sem que se possa individualizar o agente responsável (o que implica na responsabilização do grupo como um todo, assegurando-se à vítima o seu devido ressarcimento). Além dessa, registram-se outras hipóteses de relativização do nexo causal, tais como as teorias da “*causalidade flexível, causalidade virtual, causalidade moral e outras teses*”.³⁴

A flexibilização do conceito de nexo causal tem, por finalidade precípua, a realização da tendência atual da reparação de danos, que – muitas vezes a despeito da

³⁴ SCHREIBER, Anderson. *As Novas Tendências da Responsabilidade Civil Brasileira*, p. 56.

busca pela exata identificação e imputação de culpa a um responsável – busca satisfazer a vítima pelos prejuízos, de índole patrimonial ou moral, que ela tenha sofrido.³⁵

Por conseqüência das alterações impressas ao instituto ocorreu uma crescente expansão das demandas indenizatórias ajuizadas perante o Poder Judiciário, tanto no aspecto quantitativo (número de processos), quanto qualitativo (novos interesses, sobretudo de índole existencial). Como exemplo de “novos danos” registra-se o dano à privacidade, à imagem, à integridade psicofísica, dano estético, bem como, o **dano moral por abandono afetivo de filhos**, que, em última análise, refletem o incremento da sensibilidade da jurisprudência a bens e interesses jurídicos de natureza existencial, atrelados à personalidade e dignidade humana.

O repisado argumento da existência de uma espécie de “indústria do dano moral” – utilizado pelos discursos contrários à reparação de danos, que sustentam a desordem na extensão da reparação a meros aborrecimentos corriqueiros, ou a situações propositalmente ordenadas à causação de danos – não encontra guarida no ordenamento brasileiro, segundo Anderson Schreiber. Para o autor, nossa práxis forense estabelece as indenizações em valores relativamente baixos em relação à gravidade dos abusos ocorridos, notadamente em relações marcadas pela vulnerabilidade de uma das partes e pelo caráter reiterado da conduta lesiva.

³⁵ SCHREIBER, Anderson. *Idem*, p. 56-57.

Para este autor, a relevância da questão não reside na limitação dos valores de indenização, mas sim na fixação de critérios de eleição dos bens e interesses jurídicos a serem tutelados, o que deve ser realizado à luz dos valores constitucionais – sobretudo da cláusula geral da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) – que configuram o parâmetro mais seguro, e socialmente mais legítimo, de aferição de merecimento e delimitação do âmbito da tutela a ser oferecida pelo ordenamento jurídico.

Outra tendência impressa ao instituto pela doutrina e jurisprudência é a aplicação prioritária de meios não pecuniários de reparação (reparação *in natura*). Sem que se olvide da indenização financeira, trata-se de outras formas de compensação que possam a ela preferir (ou a ela se associar) com o intuito de se tutelar os danos de forma mais ampla. Mesmo no âmbito dos danos materiais, revela-se uma tendência à imposição de reparação que, embora patrimonial, seja não-pecuniária – como é o caso da reconstrução do *status quo* anterior à ocorrência do dano (recomposição de prejuízos) ou retratação pública, quando cabível. Pode-se, desta forma, falar “*se não em despatrimonialização, de uma despecuniarização ou desmonetarização da reparação de danos*”.³⁶

Por fim, registra-se recente discussão no contexto da responsabilidade civil a respeito da efetividade do instituto como melhor solução para a reparação dos danos.

³⁶ SCHREIBER, Anderson. *Idem*, p. 66.

Reconhece-se que “*sobre o discurso do custo social da reparação, esconde-se o menos evidente, mas igualmente impactante, custo social da não-reparação*”.³⁷

Propõe-se a adoção de novos instrumentos, diversos da responsabilidade civil, como tutela preventiva e compensatória aos danos injustos. Estes meios gravitam pela prevenção (eliminação prévia dos riscos de lesão), maior fiscalização das atividades pelas agências reguladoras e órgãos de supervisão (CADE, Banco Central); instituição de mecanismos de seguridade social (seguros privados obrigatórios, por exemplo) e demais estruturas que, tal como já ocorre em outros países, funcionem paralelamente ao instituto jurídico da responsabilidade civil.

Há, por certo, que se promover as alterações necessárias no âmbito da responsabilidade civil (tais como adequação a novos interesses extrapatrimoniais, inclusive nas relações de família, conforme se verá adiante), mas, igualmente, adotar-se instrumentos diversos que não se limitem à mera reparação de danos já perpetrados, mas promovam sua prevenção efetiva.

3. Reparação civil do abandono afetivo

Partindo da premissa de que só há que se falar em responsabilidade em havendo descumprimento de um dever juridicamente exigível, o objetivo da presente pesquisa é delimitar o âmbito da reparação civil de danos causados pelo abandono afetivo de filhos, por parte de seus pais.

³⁷ SCHREIBER, Anderson. *Ibidem*.

A fonte de tais deveres são os princípios da solidariedade e afetividade supra referidos, cuja extensão não se resume ao provimento das necessidades materiais dos filhos pela prestação de alimentos, mas compreende um extenso rol de condutas a serem observadas por ambos os pais com vistas ao resguardo do melhor interesse de seus filhos, bem como, da proteção e promoção de sua dignidade humana. Em outras palavras:

“A paternidade é muito mais que o provimento de alimentos ou a causa de partilha de bens hereditários. Envolve a constituição de valores e da singularidade da pessoa e de sua dignidade humana, adquiridos principalmente na convivência familiar durante a infância e a adolescência. A paternidade é múnus, direito-dever, construída na relação afetiva e que assume os deveres de realização dos direitos fundamentais da pessoa em formação “à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar” (art. 227 da Constituição)”.³⁸

Conforme será visto, a seguir, o abandono afetivo indenizável não decorre da ausência de prestação de amor ou afeto, mas sim do descumprimento dos deveres decorrentes dos princípios constitucionais da afetividade e solidariedade, instituidores da paternidade responsável.

A seguir, acompanhe-se a estruturação do dever de reparação de danos causados aos filhos pelo abandono afetivo, a partir dos pressupostos tradicionais da responsabilidade civil.

³⁸ LÔBO, Paulo. **Socioafetividade no Direito de Família: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental**, p. 13

3.1. Ato ilícito

Conforme entendimento pacífico na doutrina e jurisprudência atinentes à responsabilidade civil, só há que se falar em reparação de danos se, e na medida em que, possa-se delimitar o descumprimento de um dever juridicamente atribuído ao agente causador do suposto dano.

Na questão ora posta – reparação de danos decorrentes do abandono afetivo – perpetrado-se, na doutrina e em boa da jurisprudência, o entendimento de que o fundamento para a reparação seria o descumprimento do dever de amar o filho ou de lhe prestar afeto. Manifesto equívoco.

Jamais seria de se imaginar que o Direito pudesse impor, a quem que seja, deveres de índole sentimental, tais como o amor, o carinho e o afeto. Não obstante a vontade e a intenção adquirirem relevância jurídica em variadas hipóteses – como é o caso da interpretação das manifestações de vontade no direito das obrigações e da aferição dos elementos subjetivos do tipo de injusto, no Direito Penal – não existe qualquer fundamento à imposição jurídica de deveres de ordem sentimental.

Logicamente, a inexistência do dever jurídico de prestação de amor, carinho ou afeto conduz à inafastável conclusão de que não se pode responsabilizar alguém – na posição de pai, cônjuge, filho, amigo ou desconhecido – pela falta de prestação de amor e carinho.³⁹ Este foi, aliás, o fundamento adotado pelos magistrados que, em boa

³⁹ Há, contudo, autores esposando entendimento diverso. Dentre estes, Maria Isabel Pereira da Costa sustenta que “*O tratamento carinhoso e respeitoso é, se dúvida, o que melhor atende ao interesse da criança e do adolescente. Então, se faltar o carinho, o afeto e o respeito pela personalidade da criança, que está em fase de formação, se está negando a essa criança um direito fundamental*”

parte dos casos, entenderam pela improcedência do dever de reparar o abandono afetivo. Acompanhe-se:

“Desta feita, como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada”.⁴⁰

“3. De antemão é mister destacar que o Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado no sentido de que é incabível a compensação pecuniária do filho por abandono moral do pai (REsp nºs 757411 e 514350), pois, não cabe compelir ninguém a amar alguém; ou melhor, não pode o judiciário punir pelo desamor, pois, a punição prevista em lei, para o abandono é a perda do "pater família" ou poder familiar, antigo pátrio-poder, por aquele que abandona o filho, o que já seria punição suficiente e ainda, que a condenação afastaria definitivamente a possibilidade de reaproximação entre pai e filho.

3.12. A bem da verdade, não se vislumbra no ordenamento jurídico vigente, obrigação legalmente instituída de assistência afetiva, emocional ou coisa que o valha, principalmente em reconhecimento de paternidade após a maioridade”.⁴¹

Contudo, este não é, e nem poderia ser, o fundamento para o dever de indenizar.

Os princípios da afetividade e da solidariedade familiar, constitucionalmente respaldados, não se apresentam como fonte de deveres de prestação de afeto ou de carinho – até porque, como visto, afetividade e afeto não se confundem, tampouco se pressupõem – mas sim como uma nova moldura a conformar o poder familiar que, na

protegido pela constituição” (In: Família: do Autoritarismo ao Afeto: Como a quem indenizar a omissão do afeto?, p. 33).

⁴⁰ STJ - REsp 757411/MG, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 29/11/2005, DJ 27/03/2006, p. 299.

⁴¹ TJPR – Apelação Cível 576.938-4. 10ª Câmara Cível. Rel. Des. Arquelau Araujo Ribas. DJ. 17.12.2009.

perspectiva da Constituição de 1988, reestrutura-se na forma de poder-dever, verdadeiro instrumento funcionalizado à satisfação dos interesses existenciais dos filhos, fonte de deveres referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação⁴², ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (art. 227 da CF e art. 4º do ECA). Em comentário à evolução do poder familiar, que progressivamente vem perdendo seu caráter de autoridade (típico do pátrio poder) e ganhando contornos instrumentais, Paulo Lobo conclui:

“A evolução gradativa 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 interesses deles e da convivência familiar. Essa é a sua natureza. Assim, o poder familiar, sendo menos poder e mais dever, converteu-se em múnus, concebido como encargo legalmente atribuído a alguém, em virtude de certas circunstâncias, a que se não pode fugir. O poder familiar dos pais é ônus que a sociedade organizada a eles atribui, em virtude da circunstância da parentalidade, no interesse dos filhos. O exercício do múnus não é livre, mas necessário no interesse de outrem”⁴³.

Daí porque o ato ilícito que ora se cogita não é a omissão na oferta de amor ou de carinho – “prestações” juridicamente inexigíveis – mas sim o descumprimento dos

⁴² “A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o amor, o carinho, o afeto, passear, pular, brincar, em síntese, criar condições para que a presença dos pais ajude a criança em formação a se desenvolver saudavelmente” (CANEZIN, Claudete de Carvalho. **Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial**, p. 78).

⁴³ LÔBO, Paulo. **Do poder familiar**, p. 179-180. No mesmo sentido: “Ao agirem desta maneira, os responsáveis pela família contribuem para o desenvolvimento da pessoa e, em última instância, colaboram para edificar a dignidade humana, na criança ou adolescente que se encontra em estágio inicial de autoconhecimento e evolução para a fase adulta, resultando daí a importância para o próprio Estado, pois se trata de princípio fundamental para a República” (ANGELUCI, Cleber Affonso. **Amor tem preço?**, p. 48)

deveres atinentes à paternidade e ao poder familiar responsável,⁴⁴ especialmente o relativo à convivência familiar e à educação⁴⁵, condições indispensáveis ao pleno desenvolvimento dos filhos e da efetivação da sua dignidade no âmbito mais primário de sua existência social, que é a família. Trata-se, em última análise, da frustração do “direito ao pai” que, no entender de Giselda Hironaka, significa:

“(…) o direito atribuível a alguém de conhecer, conviver, amar e ser amado, de seu cuidado, alimentado e instruído, de se colocar em situação de aprender e apreender os valores fundamentais da personalidade e da vida humanas, de ser posto a caminhar e a falar, de ser ensinado a viver, a conviver e a sobreviver, como de resto é o que ocorre – e quase toda a extensão mencionada – com a grande maioria dos animais que compõem a escala biológica que habita e vivifica a terra”.⁴⁶

Em outras palavras: “*não se trata de atribuir, simplesmente, valor pecuniário ao desamor, nem mesmo responsabilizar a pessoa pela ausência desse sentimento nas*

⁴⁴ Conforme aponta Maria Berenice Dias: “*embora a expressão “poder familiar” tenha buscado atender à igualdade entre o homem e a mulher, não agradou. Mantém ênfase no poder, somente deslocando-o do pai para a família. Pecou gravemente ao se preocupar mais em retirar da expressão a palavra “pátrio” do que incluir o seu real conteúdo, que, antes de um poder, representa obrigação dos pais, e não da família, como o nome sugere. O poder familiar, sendo menos um poder e mais dever, converteu-se num múnus, e talvez fosse melhor falar em função familiar, em deve familiar*” (DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 380).

⁴⁵ “*O descumprimento do dever de convivência familiar gera um vazio no desenvolvimento afetivo, moral e psicológico do filho. É fato tão condenável quanto repugnante que pode ocasionar, de imediato, a perda do poder familiar, conforme previsto no art. 1.638 do Código Civil, tanto por caracterizar como abandono quanto por ser classificado como prática de ato contrário à moral dos filhos*” (SILVA, Cláudia Maria da. **Indenização ao filho**, p. 140). No mesmo sentido: “*Deixar de conviver com o filho, negar amparo afetivo, é violar direito fundamental do filho*”. (COSTA, Maria Isabel Pereira. Obra citada, p. 33).

⁴⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Se eu soubesse que ele era meu pai...**, p.177. No mesmo sentido: “*partindo-se da premissa de que “pai é quem cria”, tem-se por certo que nesta “criação” deve estar inserida como prioridade a assistência afetiva, moral, psíquica, sobretudo considerando a “nova roupagem” da família como lugar de afeto e da estruturação de seus membros*”. (SILVA, Cláudia Maria da. Obra citada, p. 144).

*relações de família. Se a discussão ficar restrita a tal aspecto, não se atingirá o seu ponto fundamental, ou seja a sua grande importância para a formação da pessoa”.*⁴⁷

Paralelamente à dimensão emocional do afeto, os princípios da afetividade e da solidariedade familiar impõem, a ambos os pais, a observância de uma conduta digna de tal condição, a ser observada pelo exercício poder familiar em consonância a sua finalidade principal, que é a criação e educação adequadas ao melhor interesse do filho, de modo a lhe propiciar uma existência digna e assegurar o desenvolvimento integral de sua personalidade, livrando-os de sofrimentos e de distúrbios psíquicos típicos daqueles que tivera frustrada sua convivência familiar em razão do abandono.

Deve-se, contudo, ressaltar, que o dever de assistência e de garantia da convivência familiar não se confunde com o dever de sustento e de assistência material. Se assim o fosse, o pagamento de alimentos em valor suficiente ao custeio de todas as despesas do filho isentaria o pai da observância de quaisquer outros deveres, o que, como é sabido, não procede. As experiências levadas aos tribunais demonstraram que, em boa parte dos casos em que se buscou a indenização pelo abandono moral ou afetivo, o pai demandado sempre havia cumprido, rigorosamente, com o dever de sustento do filho, pelo pagamento de alimentos. Em alguns dos casos, as teses de defesa se estruturaram principalmente sobre a pontualidade e regularidade no pagamento da pensão alimentícia, como se tal conduta tivesse aptidão a garantir o pleno desenvolvimento da personalidade do “filho-credor”, livrando-se o pai “bom-

⁴⁷ ANGELUCI, Cleber Affonso. **Abandono afetivo**: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana, p. 43

pagador” do cumprimento de todos os demais deveres, sobretudo aqueles de vocação extrapatrimonial.

Assim, paralelamente ao dever de sustento material, financeiramente mensurável, “*é dever da família evitar negligências contra a criança e o adolescente. Deixar um filho em abandono é desrespeitar um ato disciplinado na Constituição federal. Desse modo, pode-se dizer que o pai que não cumprir o seu dever está praticando ato ilícito*”.⁴⁸

3.2. Dano e nexos de causalidade

Os danos psíquicos decorrentes do abandono afetivo de filhos são notórios, e já se encontram pacificados no âmbito da psicologia. Na grande parte dos casos, o filho abandonado desenvolve transtornos comportamentais e emocionais irreversíveis, o que configura, efetivamente, o dano de ordem moral.

A despeito da concorrência de uma infinidade de variáveis para o desenvolvimento da personalidade humana – o que, de fato, dificulta a delimitação da extensão das consequências do abandono na causação de transtornos à personalidade do filho – a avaliação do nexo causal é, possível, no caso concreto, a partir de exames técnicos apropriados, a serem realizados por profissionais da área da psicologia e assistência social.

⁴⁸ CANEZIN, Claudete de Carvalho. Obra citada, p. 78.

3.3. Culpa

Há quem sustente a impossibilidade de reparação de danos por abandono afetivo de filho com base na dificuldade da aferição do elemento da culpa, sobretudo diante das frequentes hipóteses em que um dos pais é impossibilitado de exercer devidamente os deveres decorrentes do poder familiar por causa do outro pai ou mãe, que – muitas vezes por conta de rancores oriundos da falência do relacionamento conjugal – incita o filho a nutrir uma série de sentimentos desfavoráveis em relação àquele genitor.

Trata-se da alienação parental – que, na psicanálise, deu ensejo ao conceito de “síndrome da alienação parental” – fenômeno que compreende uma injustificada transmissão, ao filho, daqueles sentimentos nutridos por um dos pais em relação ao ex-cônjuge/companheiro. Este fenômeno, de frequente ocorrência é, de fato, dotado de relevante eficácia na tarefa de desconstituir ou obstar a constituição de laços afetivos entre o pai ausente o filho, e, por consequência, atormentar o cumprimento das funções típicas à condição de pai.

Contudo, não se trata de causa suficiente à elisão generalizada da culpa do descumpridor dos deveres decorrentes do poder familiar, tampouco de argumento válido a, definitivamente, desconstituir o dever de indenização por abandono afetivo.

Tal como a possibilidade das construções premeditadas de situações danosas, com o fito exclusivo de persecução de valiosas indenizações, bem como a frequente relativização da culpa pela concorrência de várias causas independentes para a

causação do efeito danoso (como exemplos, a invenção da roda, para os danos havidos em acidentes automobilísticos, a desigualdade social para os danos patrimoniais, a necessidade de desenvolvimento econômico para os danos ambientais), são elementos excepcionais que não detêm o condão de elidir a reparação de danos, a possibilidade da alienação parental haver dificultado o cumprimento dos deveres em questão não serve de fundamento a se generalizar a negação da reparação ao abandono afetivo. Conforme bem pontuou Luis Fernando Cirillo, Juiz de Direito da 31ª Vara Cível do Foro Central de da Comarca São Paulo:

“Se a mãe da autora tumultuou, dificultou ou até mesmo impediu o acesso do autor à ré, só há notícia de que isso tenha acontecido logo após a separação dos pais da autora. Aconteceu, no caso dos autos, portanto, o que acontece em grande parte das separações de casais com filhos. Nem por isso se pode considerar que os atritos corriqueiros nas separações conjugais recentes justifiquem que, pelo resto da vida, um pai se considere desobrigado de manter qualquer relação afetiva com sua filha”.⁴⁹

Trata-se que questão a ser enfrentada no interior do caso concreto, à luz de outras possíveis excludentes de culpabilidade, tais como o exercício regular de direito, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal, doença grave ou, ainda, total desconhecimento da existência do filho, até porque, em “*não havendo culpa no sentido lato, não há que se falar em indenização*”⁵⁰

⁴⁹ Sentença proferida no processo nº. 01.036747-7 e publicada em: REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DE FAMÍLIA. Porto Alegre: Síntese Ibdfam, v.6, n.25, ago/set. 2004.

⁵⁰ COSTA, Mara Isabel Pereira da. Obra citada, p. 36.

3.4. Subsidiariedade da reparação de danos

De fato, o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecem a destituição do poder familiar como sanção ao descumprimento de deveres inerentes ao exercício responsável do poder familiar,⁵¹ o que poderia afastar o dever de indenizar em face de sua subsidiariedade.

Entretanto, adotar-se a perda do poder familiar como única consequência à omissão nos deveres paternos (abandono afetivo) significa, em última análise, recompensar a torpeza do pai negligente com uma espécie de indulto, acrescido pela isenção definitiva do cumprimento daquelas obrigações. Pela aplicação isolada da sanção legal, resulta-se em uma situação paradoxal, na qual o descumprimento dos deveres até então existentes resulta na desconstituição da sua própria fonte (que é o

⁵¹ Estabelece o Código Civil de 2002:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de 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 exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Art. 1.638. Perderá 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 previstas no artigo antecedente.

Estabelece o ECA:

Art. 22. 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

Art. 24. A perda e a suspensão do pátrio 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

poder familiar), isentando-se, definitivamente, o genitor negligente, da realização dos interesses existenciais de seu filho. Prorroga-se, por um lado, a condição desfavorável da vítima e, por outro, convalida-se a conduta ilícita do causador do dano, que, a partir de então, livra-se daquele cumprimento. Em outras palavras:

“o argumento premia a omissão e o pai relapso, pois lhe retira um dever, uma obrigação, que este ascendente não fez questão nenhuma de exercer, tanto que sofreu a demanda pelo abandono a que deu causa, portanto, não parece o melhor argumento para prestigiar a nova família e refutar o valor que ao feto representa para o desenvolvimento da pessoa”.⁵²

Por estas razões, a mera existência de sanção legal ao descumprimento dos deveres paterno-maternos não pode servir de fundamento contrário à reparação dos danos decorrentes de abandono afetivo, devida mesmo em concomitância com a perda do poder familiar.

⁵² ANGELUCI, Cleber Affonso. Obra citada, p. 50. Entendimento oposto foi esposado pelo Ministro Fernando Gonçalves, relator do supra referido Recurso Especial nº. 757.411: “*No caso de abandono ou do descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, porém, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar, antigo pátrio-poder, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 24, quanto no Código Civil, art. 1638, inciso II. Assim, o ordenamento jurídico, com a determinação da perda do poder familiar, a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização pelo abandono moral*”.

Este entendimento foi acompanhado pelo Ministro Aldir Passarinho Junior, que assim se pronunciou: “*Na hipótese de perda do pátrio poder, a tutela é dada em substituição, nos termos do art. 406, I, também do Código Civil anterior. Parece-me, pois, que não é hipótese de ato ilícito. Não é dessa forma que se enfrentaria tal situação. A legislação de família prevê institutos específicos, inclusive em relação às necessidades do filho na lei de alimentos. Aqui, ressaltado, foram prestados os alimentos*”.

3.5. A indenização

Em termos ideais, a mais adequada reparação ao abandono – e conseqüente descumprimento de deveres decorrentes da afetividade e da solidariedade familiar – seria a coerção do responsável ao cumprimento de tais deveres, quer pela imposição de um regime de visitas periódicas, quer pela instituição da guarda, compartilhada.

Nestes casos, há que se ter em mente que as relações paterno-filiais orientam-se por uma lógica diversa daquela que rege as relações erótico-afetivas. Vale dizer, se é totalmente descabido compelir cônjuges ou companheiros a permanecer unidos em contrariedade a sua vontade – o que decorre do caráter essencialmente voluntário dos laços afetivos havidos neste tipo de relação – o mesmo não ocorre com as relações paterno-filiais. Nestas, há uma probabilidade muito maior de que, pelo convívio – que, por si só, já detém aptidão a satisfazer muitos dos interesses do filho, principalmente quanto ao seu direito ao convívio familiar e à educação – nasçam sólidos e duradouros vínculos de amor e afeto entre pai e filho, solucionando-se, a partir de então, os percalços causados pelo abandono anterior.

Caso reste frustrada esta forma de reparação – especialmente nos casos em que pai não possua aptidão mínima ao exercício das funções paternas – deve-se impor, em caráter subsidiário, a reparação pecuniária, como forma de compensar os danos sofridos pelo filho abandonado.

No arbitramento judicial, devem ser levadas em conta as anteriormente referidas funções do instituto da responsabilidade civil no ato de fixação do *quantum*

indenizatório. Em especial, a fixação deste tipo de dano detém função pedagógica, destinada a desestimular o demandado, bem como os outros que tomem ciência da situação, de praticar a conduta já sancionada.⁵³

Para a corrente teórica predominante, a indenização deve ser arbitrada em importe suficiente ao custeio de tratamento psicológico ao filho, por tanto tempo quanto lhe seja necessário à superação dos transtornos causados pelo abandono paterno.⁵⁴ Trata-se parâmetro razoável de valoração, apto a evitar o enriquecimento ilícito daquele que percebe a indenização.

3.6. Tendência jurisprudencial

A questão foi inaugurada, na jurisprudência, a partir do deferimento da indenização pelo Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, que assim decidiu a questão:

"INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - RELAÇÃO PATERNO-FILIAL - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.

A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana."

⁵³ COSTA, Maria Isabel Pereira. Obra citada, p. 21.

⁵⁴ Em sentido semelhante, Maria Isabel Pereira da Costa sustenta que “o dano causado por falta de afeto deve ser compensado com o respectivo tratamento psicológico, quando este for considerado viável, só permitindo-se o reparo do dano em pecúnia quando o tratamento não for possível ou for ineficaz” (Obra citada, p. 21).

Contudo, em sede Recurso Especial, o acórdão foi reformado pelo Superior Tribunal de Justiça, que se pronunciou no sentido do indeferimento do pedido de indenização, nestes termos:

“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 757411/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 29/11/2005, DJ 27/03/2006, p. 299)

O Superior Tribunal de Justiça vem mantendo tal entendimento, em manifesta contrariedade às propostas de proteção integral dos interesses atrelados à dignidade do filho diante de descumprimento de deveres oriundos do princípio da solidariedade familiar.⁵⁵ Entretanto, este Tribunal endossa, paradoxalmente, outras formas de sanção pelo abandono de ordem afetiva, tal como a destituição do pátrio poder. Acompanhe-se:

“DIREITO CIVIL. PÁTRIO PODER. DESTITUIÇÃO POR ABANDONO AFETIVO. POSSIBILIDADE. ART. 395, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL C/C ART. 22 DO ECA. INTERESSES DO MENOR. PREVALÊNCIA. - Caracterizado o abandono efetivo,

⁵⁵ A propósito: “*CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO. DANOS MORAIS REJEITADOS. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO. I. Firmou o Superior Tribunal de Justiça que "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" (Resp n. 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 29.11.2005). II. Recurso especial não conhecido*”. (REsp 514.350/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 28/04/2009, DJe 25/05/2009).

cancela-se o pátrio poder dos pais biológicos. Inteligência do Art. 395, II do Código Bevilacqua, em conjunto com o Art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Se a mãe abandonou o filho, na própria maternidade, não mais o procurando, ela jamais exerceu o pátrio poder”.

(REsp 275.568/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/05/2004, DJ 09/08/2004, p. 267)

Este entendimento é, também, acompanhado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que assim enuncia:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO NÃO CARACTERIZADA. "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. Por sua vez, outra corrente defende que não existe obrigação legal de companhia e afeto". (STJ Resp nº 757411/MG Rel. Ministro Fernando Gonçalves Quarta Turma DJ 27.3.2006) APELAÇÃO NÃO PROVIDA”.

(TJPR - 10ª Câmara Cível. AC 0639544-4 - Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Des. Nilson Mizuta - Unânime - J. 04.03.2010)

“APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. RECUSA DO GENITOR EM ASSUMIR PATERNIDADE, RECONHECIDA SOMENTE EM AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO FEITA A APÓS A SUA MAIORIDADE. INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO E POR CONSEQUENTE, DEVER DE INDENIZAR. SENTENÇA CASSADA. RECURSO PROVIDO. "CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO. DANOS MORAIS REJEITADOS. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO. Firmou o Superior Tribunal de Justiça que "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, abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária" (Resp. n. 757.411/ MG, 4ª turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves de Oliveira, unânime, DJU de

29.11.2995) Recurso especial não conhecido" (Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 28/04/2009, v.u.)".
(TJPR – 10ª Câmara Cível. - AC 0576938-4 - Londrina - Rel.: Des. Arquelau Araujo Ribas - Por maioria - J. 17.12.2009)

No Rio Grande do Sul, a questão é enfrentada sem sentido semelhante:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. AUSÊNCIA PATERNA. INOCORRÊNCIA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. NECESSIDADE DE EFETIVA DEMONSTRAÇÃO DE DANO E DOLO. Sendo subjetiva a responsabilidade civil no Direito de Família, o dever de indenizar pressupõe ato ilícito. **Não se pode considerar como ilícito o desamparo afetivo de quem desconhecia o atributo de pai. A paternidade pressupõe a efetiva manifestação socioafetiva de convivência, amor e respeito entre pai e filho, não podendo ser quantificada, em sede indenizatória, como reparação de danos extrapatrimoniais, salvo raras situações do que os autos não tratam nesse caso.** APELAÇÃO DESPROVIDA. (SEGREDO DE JUSTIÇA)” (Grifou-se)
(Apelação Cível Nº 70026428714, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 18/02/2009)

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. FILHO RECONHECIDO POR FORÇA DE AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE. ABANDONO AFETIVO. DANO DECORRENTE DAS CIRCUNSTÂNCIA E NÃO DE AÇÃO OU OMISSÃO DELIBERADA DO PAI. Evidenciado que o dano psíquico experimentado pelo filho decorre muito mais das circunstâncias em que foi concebido e posteriormente reconhecido que de eventual ação ou omissão deliberada do pai, não ocorre a obrigação de indenizar por abandono afetivo. A relação paterno-filial, do ponto de vista psíquico, não surge com a sentença proferida na ação investigatória de paternidade, mas é construída ao longo do tempo, quando há efetiva boa vontade em se promover a aproximação de pai e filho, despojada de mágoas e centrada exclusivamente no bem estar emocional do envolvidos. O conceito de pai pressupõe um dado socioafetivo constituído na convivência, e não é uma mera decorrência do vínculo genético reconhecido na sentença, que simplesmente atribui a alguém a condição de genitor. NEGARAM PROVIMENTO, POR MAIORIA. (SEGREDO DE JUSTIÇA)”

(Apelação Cível Nº 70019263409, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 08/08/2007)

Verifica-se que a jurisprudência insiste em descurar da atribuição de plena eficácia aos princípios constitucionais da afetividade e solidariedade, negando-lhes o caráter de fonte de deveres constitutivos da paternidade responsável. Por consequência, ratifica-se, pelo indeferimento da pretensão indenizatória, o estado de abandono em que já encontrava o filho pela omissão de seu pai no cumprimento das funções a ele inatas.

4. Conclusões

No presente trabalho, buscou-se traçar um breve plano evolutivo dos modelos familiares vigentes no Brasil, demonstrando-se o declínio do patriarcalismo e patrimonialismo que orientavam as relações de família albergadas pelo Código Civil de 1916, bem como, a ascensão do modelo familiar eudemonista e plural e apreendido pela Constituição de 1988, cuja função precípua é a satisfação de interesses subjetivos de seus membros, além da promoção de sua dignidade.

A partir daí, analisou-se os princípios constitucionais da afetividade e da solidariedade como fontes de obrigações nas relações paterno filiais, de onde brotam deveres de proteção 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 (art. 227 da CF e art. 4º do ECA).

Pelo descumprimento de tais deveres, além da sanção já prevista pela legislação (Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente), é evidente o cabimento da responsabilização civil do pai negligente, como forma de se compensar ou diminuir os manifestos danos de ordem moral causados pelo abandono afetivo na esfera subjetiva do filho abandonado, em busca da realização de seu melhor interesse.

Apesar disso, a jurisprudência insiste em negar o direito à indenização – o que faz, muitas, vezes, partindo de premissas equivocadas, fruto da tradição de se negar plena eficácia aos princípios constitucionais – o que atribui à boa doutrina e aos operadores conscientes do Direito a responsabilidade pelo fornecimento, à jurisprudência, de parâmetros interpretativos mais consistentes e harmônicos com a legalidade constitucional vigente, suficientes a modificar o entendimento dos Tribunais em favor do melhor interesse da criança e a promoção plena da solidariedade no âmbito familiar. O debate está lançado.

5. Bibliografia

- AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 11.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ANGELUCI, Cleber Affonso. **Abandono Afetivo**: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana. *Revista CEJ*, Brasília, DF, v. 10, n. 33, p. 43-53, abr./jun. 2006.
- _____. **Amor tem preço?** *Revista CEJ*, Brasília, n. 35, p. 47-53, out./dez. 2006.
- CANEZIN, Claudete Carvalho. **Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial**. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. [Belo Horizonte]: Instituto Brasileiro de Direito de Família; [S.I.]: IOB Thomson, v. 8, n. 36, p. 71-87, jun./jul. 2006.
- CARBONERA, Silvana Maria. **O papel jurídico do afeto nas relações de família**. In: FACHIN, Luiz Edson (et. al.) (Coord). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- COSTA, Maria Isabel Pereira da. **Família: do Autoritarismo ao Afeto**: Como a quem indenizar a omissão do afeto? In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 7, n. 32, p.20-40, out-nov. 2005.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FACHIN, Luiz Edson. Da paternidade: **Relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- _____. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1992.
- _____. **O direito de Família Gauche**. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 9, jan./mar., 2002, p. 70.

- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Se eu soubesse que ele era meu pai...**, : direito à identidade genética. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos dos Goytacazes, RJ, v. 2-3, n. 2-3, p. 121-134, 2001-2002
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 1986., p. 77).
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**. v.5. Direito de Família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- LÔBO, Paulo. **Do poder familiar**. In: Maria Berenice Dias; Rodrigo da Cunha Pereira. (Org.). *Direito de família e o novo Código Civil*. IV ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, v. , p. 147-162.
- _____, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____, Paulo. **Princípio da solidariedade familiar**. In: Rodrigo da Cunha Pereira. (Org.). *Família e solidariedade*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. 1, p. 1-17.
- _____. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. In: *II Congresso Brasileiro de Direito de Família*, 2000, Belo Horizonte. *A Família na Travessia do Milênio*. Belo Horizonte : Livraria Del Rey Editora, 1999. v. 1. p. 245-254.
- _____. **Socioafetividade no Direito de Família: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental**. In: Maria Berenice dias; Eliene Ferreira Bastos; Naime Márcio Martins Moraes. (Org.). *Afetos e estruturas familiares*. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, v. 1, p. 453-472.
- MORAES, Maria Celina Bodin. **A caminho de um direito civil constitucional**. In: *Revista de Direito Civil*, São Paulo, v. 65, p. 21-32, jul./set. 1993
- NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. 4.ed. Curitiba: Juruá, 2006.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. IX. São Paulo: Borsoi, 1954.
- QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade**: Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002
- SCHREIBER, Anderson. **As Novas Tendências da Responsabilidade Civil Brasileira**. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 22, p. 45-69, 2005.
- SILVA, Cláudia Maria da. **Indenização ao filho**. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. São Paulo, n° 25, p.123-160, setembro de 2004.
- TEPEDINO, Gustavo. **A Disciplina Civil-constitucional das Relações Familiares**. In: _____ . *Temas de Direito Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2004.
- VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da paternidade**. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. n.21, Belo Horizonte, maio 1979, p. 401-419.