



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO**

TICIANE MARIA DE ARAÚJO BEZERRA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DIANTE DO DESCUMPRIMENTO
DO DEVER DE ASSISTÊNCIA IMATERIAL NA RELAÇÃO
PATERNO-FILIAL**

**FORTALEZA
2010**

TICIANE MARIA DE ARAÚJO BEZERRA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DIANTE DO DESCUMPRIMENTO DO DEVER
DE ASSISTÊNCIA IMATERIAL NA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL**

Monografia submetida à Coordenação de Atividades Complementares, da Universidade Federal do Ceará, como requisito para aprovação na disciplina de Monografia Jurídica do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará e para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Civil

Orientador: Professora Doutora Joyceane Bezerra de Menezes.

**FORTALEZA
2010**

TICIANE MARIA DE ARAÚJO BEZERRA

A RESPONSABILIDADE CIVIL DIANTE DO DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE
ASSISTÊNCIA IMATERIAL NA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL

Monografia submetida à Coordenação de Atividades Complementares da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Joyceane Bezerra de Menezes (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará- UFC

Prof. Francisco de Assis Filgueira Mendes
Universidade Federal do Ceará- UFC

Prof. Fernando Ferraz
Universidade Federal do Ceará- UFC

Aos meus pais, que sempre me apoiaram em todos os momentos vivenciados por mim durante a Faculdade de Direito. Aos amigos e aos colegas de turma, pelo incentivo.

*De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto
ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer
a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os
poderes na mão dos maus, o homem chega a
desanimar-se da virtude, a rir-se da honra, a
ter vergonha de ser honesto.*

Ruy Barbosa

RESUMO

O caráter afetivo e instrumental da família contemporânea deriva da principal função deste instituto: o amparo no desenvolvimento e na formação de seus membros. Os filhos têm, no ambiente familiar, o respeito, o suporte e a solidariedade necessária para a construção de sua personalidade. A violação dos deveres paternos macula esse desenvolvimento, acarretando dor moral e oportunizando a possibilidade de compensação de tal dano, através da indenização pecuniária, por via judicial. Assim, através da proteção legislativa aos direitos individuais, à dignidade da pessoa humana e à família, o não cumprimento da responsabilidade paterna de prestar condições para a formação plena dos filhos deve ser punido e a mácula compensada e resarcida, por meio do quantum indenizatório estabelecido pelo juiz, conforme o caso concreto, considerando o caráter punitivo e pedagógico e o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

Palavras-chave: Direito Civil. Família. Poder Familiar. Responsabilidade Civil.

Assistência Imaterial. Descumprimento. Dano moral. Indenização.

ABSTRACT

The affective and instrumental character of the contemporary family derives from the main function of this institute: the support in the development and educational formation of its members. The children have, in their familiar environment, the support and careness necessary for their personality build. The violation of the parental duties incurs that development, causing moral pain and bringing to light a possibility of reward after such damages through monetary compensation, by the judiciary law. Thus, by the legislative protection for individual rights, to the dignity of the human person and family, the non obedience of the paternal responsibility such as providing full conditions for their children's educational formation, must be punished, compensated and reimbursed, by means of reimbursing quantum, established by the judge, as a concrete case, considering the punitive and pedagogic principle of proportionality and reasonableness.

Key-words: Civil Law. Family. Family Power. Civil Responsibility. Immaterial Assistance. Non-Obedience. Moral damages. Reimburse.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 FAMÍLIA COMO A BASE DA SOCIEDADE	12
2.1 As transformações nas relações familiares, na sociedade e na legislação	14
2.2 A contribuição do poder familiar para o desenvolvimento do ser humano	23
2.2.1 Direitos e deveres do poder familiar como amparo para a formação do indivíduo	28
2.2.2 O dever de assistência imaterial dos pais	30
2.2.3 Cessação, suspensão e extinção do poder familiar e a necessidade de assistência imaterial do menor	33
2.3 Princípios constitucionais aplicados à família	37
2.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana	38
2.3.2 Princípio da solidariedade familiar	41
2.3.3 Princípio do melhor interesse da criança	42
3 RESPONSABILIDADE CIVIL: INSTITUTO REPARADOR DO DANO..	44
3.1 Pressupostos da responsabilidade extracontratual subjetiva	47
3.1.1 Ação ou Omissão	47
3.1.2 Dolo ou Culpa	48
3.1.3 Relação de Causalidade	51
3.1.4 Dano	52
3.2 Responsabilidade civil nas relações familiares	57
4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DIANTE DO DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE ASSISTÊNCIA IMATERIAL NA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL	61
4.1 O descumprimento da assistência imaterial e suas consequências	64
4.2 Os pressupostos da responsabilidade civil aplicados na omissão da assistência imaterial na relação paterno-filial	67
4.3 O reconhecimento do direito à indenização por não cumprimento do dever de assistência imaterial pelo Poder Judiciário	71
CONSIDERAÇÕES FINAIS	78
REFERÊNCIAS	79

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, a família vem sofrendo profundas mudanças em sua composição, mas, principalmente, em sua função. Deslocou o foco da tradicional perpetuação patrimonial para o ser humano, priorizando o desenvolvimento psíquico e social daqueles que fazem parte de sua estrutura.

Nesse sentido também é a preocupação estatal que, ao longo dos anos, tenta adaptar-se aos anseios e necessidades da sociedade, definindo modelos e protegendo os novos valores que permeiam tal instituição, haja vista que nela encontra-se a base da sociedade.

Um apanhado histórico faz-se mister para o entendimento da função da família na sociedade atual, desde a família patriarcal, que sofreu grande declínio com a transformação dos valores individuais, amparados pela Constituição Federal de 1988, até a perspectiva da família atual, que possui a solidariedade como seu alicerce fundamental.

A construção e o crescimento do indivíduo têm, na estrutura familiar, sua principal fonte de apoio, de sustentação, estabelecida através do afeto, da atenção, do respeito, da responsabilidade, da compreensão que somente aqueles que se sentem afetivamente ligados são capazes de oferecer, contribuindo, assim, para um desenvolvimento saudável de seus membros.

Dessa forma, a família deve ser um ambiente de realização humana, sem agressão à dignidade, ao contrário, como espaço de valoração dos interesses de cada um daqueles que a compõem, a partir da solidariedade e da contribuição mútua, em busca da realização pessoal e da harmonia. Desenvolvimento este que tem início no seio da família, mas que seus principais reflexos ocorrem fora dela, nas relações interpessoais da sociedade.

O poder familiar assume importante papel na formação da personalidade dos filhos. Uma posição jurídica consubstanciada em deveres voltados para o bem-estar e para o desenvolvimento dos menores, sob a perspectiva da proteção integral, por meio de prestações materiais e morais. Ademais, oportuno também a análise da aplicação de

importantes princípios constitucionais no âmbito familiar, a fim de destacar os elementos constantes na relação familiar protegidos pelos preceitos principiológicos da atual legislação.

Não se pode fugir, no entanto, da possibilidade de violação de tais deveres familiares. Apesar da valorização da solidariedade na família, frequentemente encontram-se situações que estão aquém da atual função do instituto: pais que não oferecem aos filhos o acolhimento, a harmonia, o respeito, a atenção, o carinho, o incentivo, o suporte e o amparo, tão necessários para o crescimento e desenvolvimento saudável da criança enquanto sujeito imerso na sociedade. Consustanciando-se essa falha em dano, questiona-se sobre a possibilidade da respectiva indenização.

Nesse passo, os tribunais brasileiros enfrentam conflitos de filhos que alegam dor moral face o descumprimento da assistência imaterial por parte de seus pais, pugnando, por isso, o resarcimento do dano causado. Doutrina e jurisprudência tentam encontrar a solução para tais lides, sopesando os deveres dos pais e os direitos dos filhos, considerando, ainda, que não se pode obrigar a alguém a ter afeto por outrem, mas pode-se fiscalizar o cumprimento dos deveres paternais/maternais, como forma de proteger os direitos dos menores, seres em desenvolvimento que estão dando seus primeiros passos nas relações interpessoais.

Por essa perspectiva, a responsabilidade dos pais no cumprimento de suas funções paternais/maternais deve ser analisada estritamente, considerando, primeiramente, os conceitos e requisitos apresentados para a configuração da responsabilidade civil, e seus elementos, abordando-os no âmbito do descumprimento do dever de assistência imaterial dos pais perante seus filhos.

Por fim, será verificado o parâmetro que está sendo utilizado atualmente no Poder Judiciário, em seus dois âmbitos de jurisdição. Para tanto, utiliza-se de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, de modo a proporcionar a aplicação dos métodos bibliográficos e comparativos.

Apesar da existência de possibilidade de não cumprimento da assistência imaterial tanto por parte da mãe quanto por parte do pai, a concentração do estudo que

ora se faz terá foco na relação do pai com seus filhos, em virtude da maior quantidade de precedentes jurisprudenciais nesse sentido.

Espera-se aqui contribuir para a discussão do tema e demonstrar que a indenização pela dor moral advinda da ausência dos pais, leia-se da ausência do amparo, do acolhimento, do suporte paterno, objetiva atingir o melhor desempenho das funções paternas, com o intuito de promover o pleno desenvolvimento psicossocial de seus filhos, revelando, assim, o caráter punitivo e pedagógico da indenização, tanto para aquele que descumpriu e é parte na lide quanto para outros, que estão construindo sua família, como forma de aprendizado reflexo.

Para alcançar tal objetivo, o trabalho será desenvolvido em três capítulos. O primeiro abordará a instituição familiar, sua evolução ante a sociedade e ante a legislação; a contribuição do poder familiar para o desenvolvimento do ser humano; e os princípios constitucionais aplicados à família. O segundo capítulo aborda a responsabilidade civil, seus pressupostos e sua aplicação no âmbito familiar. Já o terceiro capítulo procura demonstrar a responsabilidade civil diante do descumprimento do dever de assistência imaterial dentro da relação paterno-filial, suas consequências para a vítima e o reconhecimento do direito à indenização por tal omissão no Poder Judiciário.

2. A FAMÍLIA COMO BASE DA SOCIEDADE

Ante a rápida velocidade com que ocorrem mudanças tanto na área social quanto na científica, a sociedade já não se surpreende com as mais profundas transformações que acontecem no mundo. O avanço tecnológico, científico, nas comunicações e nas relações interpessoais influenciam diretamente o comportamento social, a individualidade e a vida em comunidade.

Imprescindível é a legislação perfazer o caminho trilhado pela sociedade ao longo da história, evitando estagnar a disciplina legal no tempo, fazendo com que o dinamismo que está incrustado na evolução da sociedade seja refletido nas previsões e disposições do ordenamento jurídico, a fim de proporcionar soluções efetivas para os conflitos atuais.

Nesse ínterim, oportuno ressaltar o esforço do legislador pátrio ao inserir sensíveis mudanças na Carta Magna de 1988, procurando dispor sobre as controvérsias que geravam instabilidade nos tribunais no período de sua elaboração e tentando prever os possíveis anseios que estavam sendo construídos na sociedade.

Correta é a afirmação que coloca a dignidade da pessoa humana como a razão de ser do Estado brasileiro. Ao contrário dos regimes totalitários, aqui, o ser humano é prioridade e sua dignidade é conquistada através do direito à proteção individual e dos direitos da personalidade.

Nessa perspectiva, além da grande inovação na ordem econômica, a Constituição Federal de 1988 trouxe, como expressa Caio Mário da Silva Pereira, “a mais profunda transformação de que se tem notícia” (PEREIRA, 2009, p.5) referindo-se à expansão da proteção do Estado à família, que se encontra refletida claramente no que dispõe seu art. 226, o qual tece a instituição como “base da sociedade”¹.

Ainda nesse passo, a família deixou de ser tratada como um fim e passou a ser vista com um meio, como um instrumento essencial para o fortalecimento dos direitos fundamentais, especialmente, os direitos da personalidade, a fim de assegurar a seus

¹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

membros que estão em desenvolvimento condições essenciais a sua formação, a melhor construção da sua personalidade e de seu caráter, visando a saudável inserção na vida em comunidade.

Assim, não se pode esquivar do impacto que a Constituição vem a exercer sobre as relações privadas. Ao transformar os valores da sociedade em princípios constitucionais, bem representado pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, a legislação constitucional abre caminho para sua aplicação no Direito Civil.

Esse processo pode ser percebido quando o legislador optou por inserir a dignidade da pessoa humana no topo do ordenamento, o que ensejou significativa alteração: a prevalência e prioridade das situações jurídicas existenciais/individuais sobre as relações patrimoniais, ou seja, em grau de importância, o ser humano está agora acima do patrimônio².

Concisa é a lição de Luiz Roberto de Assumpção ao tratar da aplicação da dignidade da pessoa humana no âmbito do ordenamento jurídico:

Uma vez eleita a dignidade como princípio norteador do sistema, coloca-se a pessoa como principal fim de proteção e o desenvolvimento de sua personalidade como objetivo primordial, que se espalha pelo sistema jurídico, vinculando o ordenamento jurídico como um todo.

A tutela da dignidade espalha-se pelo texto constitucional e por todo o ordenamento jurídico, de modo que, a partir desse princípio fundante, outros, mais específicos, irão orientar a interpretação e a aplicação da norma ou do direito às situações concretas. (ASSUMPÇÃO, 2004, p. 54/55).

As situações existenciais encontram seu ponto mais elevado quando estão inseridas na instituição familiar. Inquestionável é a visão eleita pelo constituinte ao tratar a família como patamar de sustento da sociedade, encontrando fundamentação no princípio da dignidade da pessoa humana, com a intenção de consolidar a constitucionalização do direito de família, de sorte a proporcionar uma família mais humanitária, capaz de cumprir sua finalidade de apoio, de desenvolvimento psicossocial e realização de seus membros.

² Fenômeno denominado despatrimonialização.

Vê-se a importância da família e de seu amparo na formação e valorização daqueles que participam de sua estrutura, inobstante a contribuição da sociedade em geral para o crescimento do ser enquanto pessoa inserida em um meio social, a família é a instituição primeira que colabora para tal desenvolvimento, é nela que o indivíduo irá exercer seu contato inicial com a solidariedade, com a partilha, o respeito e o afeto. Convivência essencial que, quando maculada, gera dano irreparável no indivíduo com reflexos infelizes nas relações com aqueles que estão fora do âmbito familiar.

É nesse sentido que as normas constitucionais e infraconstitucionais procuram proteger e evitar tal violação, punindo aqueles que praticam e ferem o crescimento e o melhor interesse de seus filhos.

Para tal estudo, oportuno a análise da evolução, do conceito, da estrutura e da proteção estatal dedicada à família, inserida nas transformações ocorridas no papel de cada membro e na sociedade, como forma de verificar quais os valores que permeiam atualmente a relação familiar e como tornaram-se importantes para a formação da personalidade daqueles que crescem nesse espaço afetivo.

2.1 As transformações nas relações familiares, na sociedade e na legislação

Assim como a sociedade de um modo geral, a família, uma das principais instituições que a compõe, também sofreu mudanças significativas ao longo do tempo. Como já foi dito, atualmente, a entidade familiar é tratada como a base da sociedade pela Constituição Federal, que a dedica grande proteção, e, para possuir esse status, transformações foram delineando-se influenciadas pelo contexto social.

É inquestionável que o modelo tradicional de família possui sustentação na origem genética. Contemporaneamente, no entanto, está a se desenvolver a transição para um modelo familiar determinado pela evolução social, considerando as atuais necessidades do ser humano.

Não há mais que se pensar a família como um núcleo isolado na sociedade, em função da integração de seus componentes (intrafamiliar) e destes com aqueles de

outros núcleos familiares (interfamiliar), relação indispensável para a vida em comunidade.

Nesse diapasão, a família é vista como fenômeno cultural e não somente como uma instituição formada por meio de laços biológicos. Segundo Maria Salete Ribeiro, “a família é uma estrutura social, isto é, uma construção humana que se consolida, se modifica, se transforma sob influência recíproca com o meio social” (RIBEIRO, 1999, p.7/8).

Dessa forma, a família é conceituada como um fato cultural historicamente construído, que, devido à influência do contexto social, encontra-se em constantes e profundas transformações.

Imperioso, portanto, realizar um bosquejo histórico a fim de avaliar a evolução da instituição familiar até os dias atuais, com um apanhado específico sobre seu caráter instrumental para a formação e o desenvolvimento do indivíduo, permeado pelo afeto, a fim de aliar a necessidade do ser humano contemporâneo à hermenêutica jurídica no âmbito da família.

A primeira ideia de instituição familiar tem suas bases na noção de dependência para a sobrevivência, pois “tão logo cessa tal necessidade, esse vínculo natural se dissolve” (ROUSSEAU, 2010, p.24). Há, então, tanto isenção de obediência por parte dos filhos, quanto isenção de cuidados pelo pais.

A transição na estrutura da família teve início com sua constituição como fator econômico de produção, instituindo o regime patriarcal como regente da ordem familiar. A figura do *pater familias* era respeitada como um senhor absoluto, inclusive pelo Estado, que não intervnia nem influenciava nos conflitos particulares.

Não havia qualquer proteção do Estado ao indivíduo ou sequer à família. Grande importância era conferida ao patrimônio, desvalorizando a pessoa enquanto ser de direitos e, principalmente, de dignidade. Ressalte-se a lição de Fustel de Coulanges: “Os antigos não conheciam, portanto, nem a liberdade de vida privada, nem a de educação, nem a liberdade religiosa. A pessoa humana tinha muito pouco valor, perante esta

autoridade santa e quase divina, que se chamava pátria ou Estado” (COULANGES, 1957, p. 352).

Ao mais, o patriarcalismo foi essencial para a valorização da propriedade privada, quando a principal preocupação era com sua permanência na própria família, após a morte do patriarca. Desta feita, a formação da prole constituía requisito essencial e urgente na vida do casal, como forma de garantir a transmissão da herança.

A base da família romana, portanto, era fundamentada no vínculo biológico, em detrimento do afeto que, muito embora pudesse existir, não predominava no âmbito familiar. Esclarecedor é o magistério de Fustel de Coulanges:

O esteio da família não o encontramos tão-pouco no afecto natural. O direito grego como o direito romano não tomavam na menor conta este sentimento. Podia este realmente existir no íntimo dos corações, mas para o direito não contava, nada era. O pai podia estremecer sua filha, mas nada em seus bens lhe poderia legar. As leis da sucessão, isto é, aquelas leis de entre as demais que com mais exactidão traduzem as ideias formadas pelos homens acerca da família, essas, estão em flagrante contradição, tanto com a ordem de nascimento como com o afecto natural (Coulanges, 1957, p. 54).

O afeto estava longe de ser um elemento importante na união familiar. Realizada como um planejamento administrativo, a união e a formação da prole constituía-se de forma objetiva e predeterminada. Características opostas da instituição familiar atual, que encontra fundamento, principalmente, no afeto e na solidariedade, através da “formação social, lugar-comunidade tendente à formação e ao desenvolvimento da personalidade de seus participantes; de maneira que exprime uma função instrumental para melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes” (PERLINGIERI, 1999, p.16).

O século XX trouxe consigo o Estado Social, caracterizado pela intervenção estatal na propriedade privada e pelo controle do poder econômico, desestruturando, assim, o ordem familiar que outrora predominara. O ordenamento jurídico tornou-se protetor dos mais fracos, através da promoção da solidariedade e da justiça social. Nesse momento, o intervencionismo alcançou a família, principalmente, como forma de

diminuir o poder do déspota que reinava no lar, promovendo a dignidade da pessoa humana.

No Brasil, as constituições sociais (1934 a 1988), mesmo as autoritárias, trouxeram em seu bojo normas explícitas dispostas sobre a família. A Constituição democrática de 1934 dedicou-lhe um capítulo inteiro; a Constituição de 1937 colocou a educação como um dever dos pais, equiparou os filhos naturais aos legítimos e delegou ao Estado a tutela das crianças abandonadas; na de 1946, o legislador estimulou o aumento da prole e assegurou assistência à maternidade, à infância e à adolescência.

A proteção à família como instrumento de desenvolvimento humano conferida pelo Estado foi aumentando com o decorrer da valorização do indivíduo na sociedade.

É uma via de mão dupla: o Estado dispõe da legislação e da fiscalização para preservar a família como espaço de respeito, solidariedade e afeto enquanto a família encarrega-se de formar e desenvolver, em um ambiente saudável, aqueles que crescem em seu seio, lançando para a sociedade indivíduos preparados para relações interpessoais.

A legislação civil promulgada em 1916 refletiu as doutrinas individualista e voluntarista, predominantes no final do século XIX. Sua finalidade maior era proteger a organização familiar da sociedade da época: o homem, como chefe da família, representava o topo da hierarquia no núcleo familiar, administrava todos os bens, com poderes também sobre os filhos, a esposa e os empregados. Estes deviam-lhe obediência absoluta e respeito às suas decisões.

Assim, expressou Gilberto Freyre, em sua obra *Casa Grande e Senzala*:

Esse duro costume modificou-se, porém, no século XIX. Como modificou-se o das mulheres só chamarem o marido de “senhor”; as mais afoitas foram chamando-o de “tu”, as outras de “você”, acabando-se com o rígido tratamento colonial de “senhor” da parte das esposas e dos filhos. Até então, esposas e filhos se achavam quase no mesmo nível dos escravos (FREYRE, 2006, p. 509).

A esse conjunto de direitos e obrigações do *pater* familiar a legislação denominou de pátrio poder, direito subjetivo exclusivo do homem. A mulher, ao contrário, não possuía qualquer autonomia, permanecendo em estado de submissão, inclusive em relação à administração de seus próprios bens.

Exemplos lembram dos séculos que o sistema jurídico embalou com formas diferentes de redução da mulher a uma ser juridicamente incapaz. Uma potencialidade contida. O traço de exclusão da condição feminina marcou o patriarcado e fundou um padrão familiar sob a lei da desigualdade. Do mesmo modo, os filhos tidos fora do casamento foram excluídos da cidadania jurídica, pois embora fossem filhos, no sentido natural, direito algum tinham em homenagem à paz e à honra das famílias matrimonializadas (FACHIN, 1999, p.15).

Nessa perspectiva, os laços familiares objetivavam apenas a coexistência, importando para o chefe da família somente a manutenção da família, vez que equivaleria a um empreendimento organizacional bem sucedido, determinante para seu sucesso nas esferas política e econômica.

O Código Civil de 1916 reconhecia como família somente aquela constituída pelo matrimônio, reflexo dos valores religiosos no ordenamento jurídico. Assim, o concubinato era repudiado pela sociedade, bem como os filhos concebidos nesta relação, tidos como ilegítimos, sem direito à sucessão hereditária.

Nesse sentido, constata-se a grande relevância que tal legislação outorgou ao patrimônio e à ordem econômica, tal como acontecia nos moldes romanos. O casamento, ao representar a única forma legítima de constituição familiar, demonstrou-se mais como uma união de bens que de afetos. Colaborando com tal entendimento, extrai-se o excerto de Lôbo Netto:

A família patriarcal perpassou a história deste país e marcou, profundamente, a formação do homem brasileiro. Suas funções mais evidentes eram econômico-patrimoniais, políticas, procriacionais e religiosas. A função de realização da comunidade afetiva, que passou a ser determinante ao final do século XX, era secundária. A filiação biológica, desde que originada na família matrimonializada, era imprescindível para ao cumprimento dessas funções e papéis, notadamente de preservação da unidade patrimonial (LÔBO NETTO, 2000, p.3).

A indissolubilidade do matrimônio foi mecanismo encontrado pelo Estado para preservar o patrimônio que a família carregava. Dessa forma, a interferência estatal caracterizou as normas que regiam a família como de ordem pública, ou seja, indisponível por qualquer membro familiar, com apenas uma exceção: a autonomia mitigada quanto ao regime de bens. Nesse período, a família era vista como um meio de preservação da riqueza, ao contrário do que se apresenta hoje, como um instrumento de desenvolvimento humano.

Merece destaque a crítica de Maria Berenice Dias, doutrinadora e desembargadora aposentada do Tribunal do Rio Grande do Sul:

Eleito o casamento como modelo de família, foi consagrado como a única modalidade aceitável de convívio. Como forma de impor obediência à lei, por meio de comandos intimidatórios e punitivos e por normas cogentes e imperativas, são estabelecidos paradigmas comportamentais na esperança de gerar posturas alinhadas com o perfil moral majoritário. A jurisprudência igualmente não resiste à sedutora arrogância de punir quem vive de maneira diversa do aceito como certo. Na tentativa de desestimular atitudes que se afastem do parâmetro reconhecido como legítimo, nega juridicidade a quem se rebela e afronta o normatizado. Com isso, acaba-se não só negando direitos, também se deixa de reconhecer a existência de fatos (DIAS, 2005).

Com o início do século XX, a família patriarcal começou a ser substituída pelo modelo nuclear urbano de organização familiar, sem, no entanto, abolir a patriarcalismo por completo.

Em sua segunda metade, trouxe consigo a Revolução Industrial e a inserção da mulher no mercado de trabalho, significando sua emancipação, plenamente demonstrada pela atenuação do seu vínculo com as atividades domésticas. Por sua vez, o homem adentrou-se mais ao lar, tornando-se também responsável pelo cuidado com a casa e pela educação dos filhos.

As consequências de tal liberdade espalharam-se em todas as esferas. A mulher começa a reivindicar direitos igualitários e sua nova atitude traz grandes mudanças para a família. Não se pode olvidar que a família é, antes de tudo, um

organismo social e, como tal, “a mudança nas funções de um membro do sistema acarreta mudança simultânea nas funções complementares dos outros e caracteriza tanto o processo de crescimento do indivíduo como a reorganização contínua do sistema familiar através de seu ciclo de vida” (ANDOLFI, 1984, p. 19).

Com o trabalho externo, o ambiente familiar passou a ser lugar de descanso, de formação, de afeto e solidariedade, lugar de preservação do aconchego e de crescimento psicossocial, tanto para o homem quanto para a mulher e sua prole.

Houve constituições que proclamaram a família como base do Estado, no entanto, só a consideravam aquela constituída através do matrimônio e não de uma forma mais ampla, abrangente e plural, como trouxe a Constituição de 1988.

Desta feita, o ordenamento jurídico proclamou a família como base da sociedade, admitindo que sua violação acarretaria um abalo nas estruturas da sociedade e, consequentemente, também no Estado.

Tal preceito veio para ratificar o já estabelecido direito de constituição de família, através da Declaração Universal dos Direitos Humanos, votada pela ONU em 1948, a qual determina que “a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”.

Mesmo em se tratando de relação privada, a atividade estatal pode intervir no âmbito familiar sempre que configurada situação de interesse social ou público, assegurando sempre o direito à convivência familiar.

Novos valores éticos e morais constituíram-se sob esses novos parâmetros. Antes tratado como simples força braçal, o ser humano passou a ser considerado em sua individualidade como ente particular e fundamental para a organização familiar e para a sociedade. Tem-se, a partir de então, sua maior valorização, com foco na dignidade e na solidariedade.

O declínio do modelo tradicional de família teve início com a frequente divergência e insatisfação de seus membros quanto aos diferentes valores presentes no seio familiar. Para tanto, buscou-se satisfação em outros moldes familiares, os quais se amoldaram conforme a necessidade dos indivíduos partícipes, havendo, portanto,

aplicação direta do princípio da autonomia e da liberdade para o alcance da felicidade almejada. Instaura-se, assim, o tempo do pluralismo familiar. “Esse processo de separação-individualização requer que a família passe por fases de desorganização, na medida do equilíbrio de um estágio mais adequado” (ANDOLFI, 1984, p.18).

O pátrio poder passa, então, a ser exercido levando em conta o interesse dos filhos, como forma de proporcionar um ambiente saudável para o desenvolvimento pessoal. A família começa a girar em torno do melhor interesse da criança, havendo, inclusive, aqueles que classificam a família contemporânea como “filhocentrista”, caracterizada pela primazia da realização do ser humano através da solidariedade dentro do espaço familiar.

Por isso, a família atual é fundada sobretudo nos laços afetivos e vista como um lugar onde a satisfação e o crescimento valorativo e intelectual encontram condições favoráveis para sua efetividade. Derivados desse aspecto, os laços formais e biológicos perderam seus postos determinantes para a formação da família.

Sobre o tema, manifesta-se Caio Mário da Silva Pereira:

Os vínculos de afetividade projetam-se no campo jurídico como a essência das relações familiares. O afeto constitui a diferença específica que define a entidade familiar. É o sentimento entre duas ou mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio diurno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum que conjuga suas vidas tão intimamente, que as torna cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua afeição até mesmo gerando efeitos patrimoniais, seja de patrimônio moral, seja de patrimônio econômico (PEREIRA, 2009, p. 33).

Assim, não mais se permite qualquer discriminação quanto aos filhos, a igualdade de direitos entre eles deve estar presente em todos os âmbitos, independentemente da forma de filiação.

Dessa forma, os Tribunais pátrios priorizam a proteção familiar centrada especialmente nos filhos menores e orientada pelo princípio do melhor interesse da criança, objetivando essencialmente a convivência familiar dentro ou fora do casamento.

A família contemporânea tornou-se, então, um meio de desenvolvimento do menor, sendo a filiação um dever e não mais um poder.

Consequência lógica para tal destaque do afeto é a despatrimonialização, ou seja, os valores patrimoniais cedem lugar para os valores existenciais, elevando o ser humano para o centro da ordem jurídica e sua dignidade para o topo do ordenamento. Ocorre, assim, a chamada repersonalização do direito civil.

Um fenômeno que colocou a dignidade da pessoa humana e suas necessidades fundamentais como tópico principal nas discussões jurídicas. A Constituição de 1988, ao dispor sobre as relações familiares, tornou concreta a repersonalização do Direito de Família, considerando as relações em sua intersubjetividade, com a função de promover a realização do ser humano.

Nesse sentido, não se pode admitir como taxativo o rol de modelos de organizações familiares reconhecidos pela legislação, cabendo ao judiciário a adequação entre a liberdade adquirida pelos indivíduos de organizarem seu próprio núcleo de afeto e de solidariedade e o elenco designado no ordenamento jurídico.

Argumento para tanto está na própria Constituição, a qual determina que todas as formas de família devem ser protegidas pelo Estado Social Democrático de Direito como entidade familiar, sendo esta o agrupamento de pessoas envolvidas por laços de sangue, vínculos afetivos e comunhão de interesses.

Assevera Paulo Luiz Netto Lôbo que “se a Constituição abandonou o casamento como único tipo de família juridicamente tutelada, é porque abdicou dos valores que justificavam a norma de exclusão, passando a privilegiar o fundamento comum a todas as entidades, ou seja, a afetividade (...)” (LÔBO NETTO, 2002, p. 6).

O fim primeiro é a promoção do indivíduo como um ser de valores e de direitos, mais equilibrado em seu meio social, haja vista que a “chave da compreensão da interação entre o desenvolvimento pessoal e a mudança social reside na família” (CAMPOS, 1997. p. 50).

O Novo Código Civil causou decepção no meio jurídico. Apesar dos reconhecidos avanços no âmbito das relações familiares, permaneceu aquém dos valores e dos arranjos familiares já estabelecidos pela Carta Magna.

Importa, porém, mencionar os principais avanços normativos trazidos pelo novo *Codex*. Não fugindo da também nova conjuntura ontológica (predominância do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio da solidariedade), excluiu de seu bojo as designações pejorativas que antes delegava aos companheiros e aos filhos de relações extraconjugais; elevou os direitos da personalidade; alterou a denominação “pátrio poder” para “poder familiar” e implementou dispositivos concernentes à proteção da dignidade da pessoa humana.

A família começa a moldar-se conforme as transformações que estão havendo na sociedade e nos valores humanos, com foco na qualidade das relações entre as pessoas e seus interesses primordiais. O Estado coloca o indivíduo sob seu manto protetor, desde o seu nascimento, a fim de garantir um crescimento saudável e uma formação satisfatória para a aquisição de caráter e personalidade adequados para a convivência coletiva.

2.2 A contribuição do poder familiar para o desenvolvimento do ser humano

Assim como a sociedade e a família, o poder familiar também perfilhou um caminho ao longo tempo, afastando-se da ideia primária de demonstração de poder dos pais sobre os filhos – justificando, por isso, sua antiga denominação – para tornar-se um dever em prol do desenvolvimento saudável dos filhos.

A função e o fundamento do poder familiar alteraram-se conforme os valores e o formato da família. Crescia progressivamente quanto maior a hierarquia, a desigualdade e o poder de mando dentro da família e, a medida em que as mudanças do início do século foram acontecendo, como a emancipação da mulher, a facilidade do divórcio, o reconhecimento da dignidade dos filhos, bem como sua proteção pela legislação, independente de sua origem, o poder familiar perdeu seu tom ditatorial e passou a ser mais coerente com a ascensão do afeto nas relações familiares.

Assim, a evolução ocorreu com a substituição do poder de um pai déspota para um pai – leia-se tanto pai quanto mãe – com autoridade natural sobre seus filhos, por quem nutre amor, carinho e proteção e opta por uma relação em benefício e no interesse deles, além da boa convivência familiar.

Necessário, portanto, considerar o poder familiar como um dever, um múnus legalmente atribuído a alguém, em face de circunstâncias naturais, qual seja a paternidade. Esta, além de estar prevista no ordenamento jurídico, também é encargo determinado pela sociedade àqueles com o título de “pais”, exercido sempre em benefício de outrem (GOMES, 1998, p. 389).

Maria Helena Diniz conceitua o poder familiar como o conjunto de direitos e obrigações dos pais para com seus filhos menores, objetivando o melhor interesse e a proteção das crianças (DINIZ, 2007, p. 514).

Com a Lei 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, o pátrio poder foi regulamentado a título de exercício conjunto tanto pelo pai quanto pela mãe, em igualdade de condições, desdobramento do princípio da isonomia presente no art. 226, §5º da Constituição Federal.

A dita legislação expressa em seu bojo dispositivos regulamentares do poder familiar em dois momentos: ao tratar do direito à convivência familiar e comunitária (arts. 21 a 24, ECA) e na seção que delineia os procedimentos para a perda e a suspensão do poder familiar (arts. 155 a 163, ECA).

Nessa esteira, o Código Civil de 2002 adaptou os preceitos normativos do Código anterior que disciplinavam a matéria para a mesma linha do Estatuto da Criança e do Adolescente e dos princípios constitucionais. Vale ressaltar que tal adaptação ocorreu em relação à nomenclatura, que passou a ser “poder familiar”; aos seus titulares, agora incluindo a mãe; e à exclusão da discriminação entre filhos havidos fora do casamento.

Em seu art. 1.630, o Código Civil estabelece que “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”. Com uma leve mirada, poder-se-ia interpretar que somente os pais seriam titulares ativos do instituto e os filhos seu sujeito passivo, no entanto, ao perceber o poder familiar como um dever, tem-se os filhos como titulares do

direito que decorre desse dever. Há, então, uma titularidade recíproca de direito e deveres decorrentes do poder familiar, quando para cada direito do pai ou da mãe corresponde um dever do filho, assim como o direito do filho advém do dever dos pais.

Como já foi visto, a Constituição de 1988 reconheceu como família outras relações sociais, quer explicitamente quer implicitamente, que não aquelas estabelecidas pela união estável e pelo casamento. Nesse sentido, o Código Civil não estabeleceu a integração com a Constituição, quando conferiu à titularidade do poder familiar aos pais somente durante o casamento ou a união estável, conforme seu art. 1.631.

Por sua vez, o art. 1.632 do CC/2002 prevê que, em casos de separação judicial, divórcio ou dissolução da união estável, o poder familiar não será esfacelado, mas permanecerá íntegro. O artigo em análise complementa o preceito disposto no art. 1.579 do mesmo código, pois este afirma que “o divórcio não modifica os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos”, além da autorização dada pelo art. 1.589, quando da ocorrência da dissolução da sociedade conjugal, de que aquele que não detiver a guarda poderá, não apenas visitar o filho, mas também tê-lo em sua companhia, fiscalizando sua saúde, educação e acompanhando seu desenvolvimento.

Objetivando o atendimento ao princípio do melhor interesse da criança, a interdisciplinaridade propõe a utilização, sempre que possível, da guarda compartilhada³ e da manutenção da coparentalidade⁴, assim como, a preservação do direito à companhia dos pais, sem a mitigação da convivência com qualquer deles.

³ Instituída pela Lei 11.698/2008, a guarda compartilhada é oportuna quando os pais revelam maturidade e possibilidades funcionais de compartilhar a rotina dos filhos. Assim leciona Caio Mário da Silva Pereira, em seu livro **Instituições de Direito Civil - Direito de Família**, vol. 5. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 462: “Mantida a residência fixa em comum acordo com qualquer deles ou com terceiros, nesta modalidade de guarda os filhos permanecem assistidos por ambos os pais, dividindo responsabilidades, sem a necessidade de fixação prévia e rigorosa dos períodos de convivência, cabendo-lhes as principais decisões relativas à educação, instrução, religiosidade, saúde, lazer, etc”.

⁴ A maior diferença entre o conceito de coparentalidade e o de relacionamento conjugal é que o primeiro está associado e é motivado pela preocupação com o bem-estar da criança, enquanto que o relacionamento conjugal refere-se à intensa preocupação com o parceiro, por si e pela relação conjugal. Essencialmente, a coparentalidade envolve apoio e comprometimento mútuo no exercício da parentalidade. É através desta relação que os pais podem negociar seus papéis, responsabilidades e contribuições para a criança. A dinâmica conjugal, ainda que certamente influenciada por aspectos da parentalidade, normalmente tem sua origem anterior ao nascimento da criança e forma uma esfera separada de interação. Além disso, a relação coparental segue seu próprio trajeto desenvolvimental, representando os laços dos cônjuges enquanto pais, um laço que persiste mesmo que o casamento se desfaça (FRIZZO, Giana Bitencourt et al . **O conceito de coparentalidade e suas implicações para a pesquisa e para a clínica**. Rev. bras. crescimento desenvolv.

Imperioso fazer a ressalva de que o Código Civil de 2002 revogou a norma contida no art. 10 da Lei 6.515/77, a qual determinava que, em caso de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, a guarda dos filhos pertenceria ao cônjuge que não tivesse dado causa à separação. Atualmente, a guarda deverá ser determinada àquele que oferecer melhores condições para exercê-la, tentando sempre preservar o ambiente em que a criança vivia antes da dissolução.

Em seguida, o art. 1633 do mesmo Código amplia a titularidade do poder familiar ao declarar que o filho, quando não reconhecido pelo pai, permanecerá “sob o poder familiar exclusivo da mãe”. Ressalta, ainda, que, em caso de a mãe também ser desconhecida, o menor ficará sob a autoridade de tutor.

Em virtude da valorização da convivência familiar, da solidariedade, da permanência em um lar onde o afeto predomina, através do respeito, do cuidado, da atenção e do carinho, o legislador não deixou, em nenhum momento, o menor desamparado.

Percebe-se que, mesmo com a quebra da união entre os pais, os filhos devem ser protegidos, devem permanecer em um ambiente saudável, sem alterar, sempre que possível, sua rotina e o meio ao qual já está acostumado, preservando seu bem-estar familiar e social.

Com esse mesmo objetivo, o Estatuto da Criança e do Adolescente regula os casos em que os pais são desconhecidos, possibilitando a colocação do menor em família substituta, a partir de critérios estabelecidos sempre em função do melhor interesse da criança, podendo ser feito mediante guarda, adoção e tutela, conforme dispositivo preceituado no art. 28 do ECA. Sobre a matéria, menciona Válter Kenji Ishida:

O ECA dispôs critérios para a colocação em família substituta. Como é sabido, tal medida se faz quase sempre de modo traumatizante, haja vista a ausência da família natural, o que quase sempre traz revolta à criança e ao adolescente.

Nesse sentido, dois critérios são mencionados: (1º) o grau de parentesco: os parentes próximos ao menor devem, de certo modo, possuir prioridade como

no caso de irmãos, tios, avós; (2º) verificada a impossibilidade destes (por exemplo, em decorrência de comportamento inadequado, como o alcoolismo etc., seguindo-se o parâmetro estipulado pelo art. 29 infra), devem-se buscar pessoas com afinidade ou afetividade (ISHIDA, 2009, p. 52).

Ainda nesse sentido, ao protagonizar a situação de desconhecimento dos pais, o poder familiar garante ao menor a imprescritibilidade ao reconhecimento do estado de filiação, ou seja, a ação de reconhecimento de paternidade pode ser exercida a qualquer tempo contra o possível pai e/ou mãe.

A legislação confere, em primeiro lugar, a garantia da proteção ao desenvolvimento do indivíduo no âmbito familiar, mesmo que este não seja constituído pelos laços biológicos, mas não afasta a possibilidade de reconhecimento e inserção dentro do ambiente no qual foi gerado.

Assim, o Estado reconhece a indispensabilidade da família e da relação familiar para o crescimento e acolhimento da criança na sociedade, onde manterá outros vínculos, mas, para isso, deve estar preparada e amparada por aqueles que a ampararam no primeiro período de sua existência.

Por último, cabe destacar as principais características do poder familiar que contribuem para o desenvolvimento do ser humano. Como decorrente do direito de família, com balizas no direito da personalidade, mister é a indisponibilidade de tal instituto, vez que o poder familiar não pode ser alvo de negociações; essencial é sua inalienabilidade, sendo impossível sua transferência a outrem; havendo, ainda, o impedimento a sua renúncia, quando o titular do *patria potestas* não pode abrir mão de tal dever; e, por fim, a ausência de prescrição ante a omissão no exercício desse mister.

A regulamentação legislativa do poder familiar, além de atuar em prol da manutenção do vínculo e da solidariedade, tenta evitar a falta injustificada em seu exercício, capaz de originar evidente dor psíquica e abalo moral na vida do indivíduo. Esse é também o sentido das características elucidadas acima, vez que o detentor do poder familiar não pode renunciar, nem transferir, nem dispor de seu dever, ao contrário, deve preservá-lo e exercê-lo em sua melhor forma, em respeito àquele que ainda está em fase de desenvolvimento.

2.2.1 Direitos e deveres do poder familiar como amparo para a formação do indivíduo

O art. 227⁵ da Constituição dispõe sobre os deveres essenciais que acometem a família, com o objetivo de promover o bem estar dos filhos, vistos como pessoa em desenvolvimento.

Com efeito, a partir da análise do *caput* do art. 227, pode-se aferir que a Constituição de 1988 dispôs um princípio programático de proteção. Caio Mário afirma que tal enunciado pode ser considerado como “uma síntese da conceituação internacional dos Direitos da Criança, proclamados pela ONU” (PEREIRA, 2009, p. 47).

Percebe-se, ainda, que aí encontra assento o princípio da solidariedade quanto à proteção às crianças e aos adolescentes, além, como já foi mencionado, do princípio do melhor interesse da criança, um dos principais pilares do Direito de Família.

Tais deveres correspondem a alguns dos direitos da criança e do adolescente, elencados por seu caráter essencial ao desenvolvimento saudável dos menores, aplicados, inclusive, no âmbito familiar.

Reveste-se também da roupagem princiológica o disposto no art. 229 da CF/88, o qual determina o dever genérico imposto aos pais de assistir, criar e educar os filhos menores que, em contrapartida, devem ajudar e amparar os pais na velhice, carência e enfermidade.

O Código Civil encarregou-se de enumerar a competência dos pais em relação à pessoa do filho, quais sejam: 1) dirigir a criação e educação do filho (art. 1.634, I, CC/02), determinando o tipo de ensino, a escola e o grau de instrução que a criança deverá receber, seu conhecimento cultural e religioso, além de orientações e encaminhamentos profissionais, configurando-se crime, previsto no Código Penal, o abandono intelectual; 2) ter o filho em sua companhia e guarda (art. 1.634, II, CC/02),

⁵ 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.

direito reconhecido inclusive pelo Estatuto da Criança e do Adolescente que reveste como direito fundamental a garantia da visita e da companhia dos filhos aos pais, em igualdade de condições, sem qualquer alteração em função do divórcio ou dissolução conjugal; 3) dar ou negar consentimento para casar (art. 1.634, III, CC/02), haja vista que se pressupõe serem os pais os maiores interessados na felicidade e no bem estar de seus filhos; 4) nomear tutor por testamento ou documento autêntico (art. 1.634, IV, CC/02), em função do mesmo princípio do melhor interesse da criança; 5) a representação do filho até os 16 anos e sua assistência após essa idade (art. 1.634, V, CC/02), ocorre devido a sua incapacidade para atos da vida civil, quando menor de 16 anos, e em relação à incapacidade relativa para certos atos, aqueles maiores de 16 anos e menores de 18 anos; 6) reclamar o filho contra quem ilegalmente o detenha (art. 1.634, VI, CC/02), através de medida cautelar de busca e apreensão, objetivando o retorno do filho ao lar, quando retirado ilegalmente; 7) exigir obediência, respeito e serviços próprios de sua idade e condição (art. 1.634, VII, CC/02), como forma de incentivar o filho a participar das tarefas domésticas, observando os limites determinados pela legislação, que proíbe o trabalho infantil, sem prejudicar sua formação e educação.

Oportuno mencionar que, apesar de não estar previsto em lei, boa parte da doutrina proclama o direito do filho ao nome paterno, com inscrição obrigatória no Assento de Nascimento, exercitando aqui seu direito ao reconhecimento da origem genética, o qual integra o direito da personalidade de qualquer indivíduo.

O Estatuto da Criança e do Adolescente realça aos pais, em seu art. 22, “o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores” e, ainda, o dever de cumprir as obrigações previstas em determinações judiciais. Este último refere-se à obediência devida em caso de fixação de guarda e do direito de visita e horários em relação aos pais.

Importante tópico inserido neste assunto é o dever de prestação de assistência imaterial que, em função de sua essencialidade para o estudo que ora se faz, será tratado em separado, no subitem abaixo.

2.2.2 O dever de assistência imaterial dos pais

As primeiras pessoas com quem o indivíduo cria laços e permanece no convívio durante os primeiros anos de vida são diretamente responsáveis por seu desenvolvimento, além daqueles que estarão presentes no curso de sua existência. Tão importante quanto o desejo de presenciar todas as etapas do crescimento do filho é a presença constante do pai para um desenvolvimento equilibrado e saudável.

Dessa forma, tanto o pai como a mãe contribuem na estrutura psíquica, moral e ética do filho, incumbindo à mãe o colo, o carinho, a compreensão e a confidencialidade, ao pai, a fixação do caráter, da personalidade, dos valores, do trabalho e da cultura. A complementariedade desses papéis, combinada com o saudável reflexo na criança, torna-se fundamental para o surgimento de um adulto forte, coerente com seus valores e princípios, perante si mesmo e perante a sociedade.

Entendimento majoritário da doutrina, podendo-se até mesmo dizer unânime, é o de que a necessidade do ser humano vai além do reconhecimento biológico e das necessidades materiais para a subsistência. Concluem que, tão importante quanto o provimento material, é a demanda afetiva, valor inerente à vida humana. Assim leciona Arnaldo Rizzato:

Os seres humanos estão destinados a viver em união, formando grupos, comunidades e sociedade. Cada indivíduo possui o seu mundo interior, necessitando de carinho, atenção, valorização, companhia, ajuda, doação e outras formas de presença dirigida a ele. Desde o nascimento até a completa emancipação, a afetividade se expande normalmente no meio do conjunto familiar. Quando, entretanto, se manifestar uma tendência íntima especial de agrado, de atração sexual, tem-se a afetividade que leva para a conjunção, para a união de corpos, para a formação de uma nova comunidade (RIZZARDO, 2009, p. 692).

Giselda Hironaka reconhece que o ser humano faz jus ao direito ao pai, entendendo-o como o direito de conhecer, conviver, amar e ser amado, cuidar e ser cuidado, alimentado e instruído, do convívio e da sobrevivência. Em contrapartida, verifica-se o dever do pai, e também da mãe, de proporcionar tal troca, tal relacionamento

direto, a fim de cumprir com sua função para a boa formação dos filhos (HIRONAKA, 2006).

Percebe-se que a relação paterno-filial, ao contrário das outras formas de relações entre seres humanos, é caracterizada pela indisponibilidade e pela perpetualidade, incomparável em termos afetivos, dado o tamanho da sua potencialidade.

Muito embora não haja menção expressa ao dever da afetividade no ordenamento jurídico brasileiro, uma interpretação mais próxima da realidade, utilizando-se a hermenêutica sistemática e a teleológica na Constituição Federal, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente, poderá clarificar a afetividade presente nas entrelinhas.

Como já foi mencionado anteriormente, o direito à convivência familiar é amparado pelos arts. 227 e 229 da CF/88, colocando a criança a salvo de toda negligência e atribuindo expressamente aos pais o dever da assistência, da criação e educação dos filhos. A assistência imaterial está aqui presente em sua melhor forma. O amparo, a assistência, a convivência e o cuidado são meio para a concretização do fim primordial da formação sadia, na qual a afetividade é intrínseca, podendo ser considerada como o instrumento essencial para a consecução desse objetivo.

A legislação infraconstitucional igualmente contribui para resguardar os direitos da criança e do adolescente. O Código Civil traz o poder familiar como, além de uma obrigação jurídica, uma obrigação moral e ética, conforme preceituado em seu art. 1634. Regulamenta, ainda, a relação entre pais e filhos após a separação, o divórcio ou a dissolução da união estável, em seu art. 1.632, vez que o rompimento da relação conjugal não obsta o exercício dos deveres contidos no art. 1.634. Tais dispositivos visam proteger e implementar a relação entre pais e filhos, contribuindo para a preservação da solidariedade e criando oportunidade para o seu cultivo.

Ainda nesse sentido, em 2008, foi publicada a Lei nº 11.698 que alterou dispositivos do Código Civil (arts. 1583 e 1.584) para a instituição da guarda compartilhada. Nessa modalidade de guarda, os filhos permanecem assistidos por ambos os pais, que dividem por igual as responsabilidades, não necessitando do rigor das visitas

agendadas. Os pais detém controle e opinião sobre a educação, a instrução, a religiosidade e o lazer, tomando decisões conjuntas para o desenvolvimento dos filhos.

Cumpre destacar que a responsabilidade dos pais independe de casamento, advém somente da paternidade e da maternidade. Esclarece Rainer Czajkowski que “as obrigações para com os filhos, notadamente na menoridade, mas não só nela, existem para cada um dos pais independentemente do casamento” (CZAJKOWSKI, 1997, p. 88).

Ressalta-se, porém, que a nova lei admitiu, ainda, a guarda unilateral autorizando seu exercício àquele capaz de propiciar aos filhos maior afeto nas relações familiares, saúde, segurança e educação (art. 1.583 §2º, CC). Entretanto, tal modelo não afasta os direitos e obrigações do genitor que não a detenha, sendo de grande importância sua participação e supervisão na vida dos filhos (art. 1.583 §3º, CC). Sobre a importância das visitas, assim destaca Rolf Madaleno: “...têm a concreta finalidade de favorecer as relações humanas e de estimular a corrente de afeto entre o titular e o menor.” (MADALENO, 2008, p. 64).

Completando o âmbito infraconstitucional na proteção dos interesses dos filhos, o Estatuto da Criança e do Adolescente ratifica o direito da criança de permanecer na companhia dos pais, bem como o dever destes de prestar assistência imaterial a sua prole, igualando tanto o pai quanto a mãe em suas condições (arts. 19, 21 e 22, ECA).

O grupo familiar é o primeiro que a criança frequenta, é onde ela vai desenvolver sua responsabilidade social, sua personalidade, seus questionamentos, onde vai cumprir suas primeiras obrigações como cidadão e indivíduo pertencente a uma sociedade e delinear os limites de sua atuação, de forma a respeitar o direito do outro. Esse ambiente, portanto, deve ser saudável, educativo, com trocas de experiências e afetos, com enriquecimento psíquico, a fim de preparar a criança para o mundo exterior, para o cultivo de outras formas de relacionamento. Rodrigo da Cunha Pereira posiciona-se que é somente através do cumprimento das funções maternas e paternas “que se pode garantir uma construção biopsíquica saudável de alguém” (PEREIRA, 2006, p. 184).

Somente a presença dos pais não se mostra suficiente, mister é o desempenho satisfatório das funções parentais, que deve se moldar-se conforme a necessidade da

criança, devendo existir a face autoritária, mas também companheira, a face pedagógica, mas também punitiva, a face do entretenimento e da responsabilidade.

Essas faces, no entanto, complementam-se determinando a segurança, a capacidade, a definição de projetos de vida, a aceitação de limites e o respeito. A base é essencial para o fortalecimento da estrutura, o fundamento em que está sustentado serve de guia, de vetor para o comportamento para toda a vida.

2.2.3 Cessação, suspensão e extinção do poder familiar e a necessidade de assistência imaterial do menor

Casos excepcionais fizeram com que o legislador previsse situações que antecipam o termo final do poder familiar. Via de regra, deve perdurar até a cessação da menoridade, com a função de proteção e defesa do filho/família, mas causas naturais ou determinações jurídicas podem extinguir ou suspender o poder familiar.

A suspensão do poder familiar, disposta no art. 1.637 do Código Civil, consiste no impedimento temporário de seu exercício e ocorre em virtude de ato de autoridade, após a devida apuração. Pode decorrer de três hipóteses fundamentais: 1) o descumprimento dos deveres inerentes aos pais; 2) a ruína dos bens dos filhos; 3) a condenação por crime cuja pena exceda dois anos de prisão.

O ato determinante da suspensão poderá ser realizado *ex officio* pelo juiz, a requerimento de algum parente ou por representação do Ministério Público. Não há, no entanto, estabelecimento de prazo ou limite de tempo em lei, mas deve cessar quando superados os fatores que a provocaram, sempre em função do melhor interesse da criança. Dita pena somente deve ser adotada quando outra medida mais leve não suprir o efeito desejado de proteção, salvaguarda e defesa do menor e de seus haveres.

Impende esclarecer que os deveres inerentes aos pais a que o art. 1.637 faz menção são aqueles previstos na Constituição Federal, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente, que se referem ao sustento, guarda e educação dos filhos e, de forma mais ampla, o dever de assegurar a vida, a saúde, a alimentação, o lazer, a

profissionalização, a dignidade, o respeito, a liberdade, a convivência familiar e comunitária, bem como a não submissão à discriminação, à exploração, à violência, à crueldade e à opressão.

Pode-se perceber, aqui, que o legislador procurou proteger a integridade física e psíquica dos filhos ao punir os pais que violam o direito à vida, à saúde, à alimentação, enfim, todos aqueles garantidos pelo ordenamento jurídico, com a suspensão do poder familiar, afastando-o de tal mister, face a vulnerabilidade e a dependência daqueles que ainda estão em desenvolvimento.

O parágrafo único do art. 1.637 corresponde à suspensão do poder familiar no caso de o pai ou a mãe ser condenado por sentença irrecorrível em crime cuja pena exceda dois anos de prisão, devendo o poder familiar ser restaurado tão logo findo o cumprimento da pena.

No que concerne à extinção do poder familiar, esta é classificada como sua interrupção definitiva, cujos fatores estão elencados no art. 1.635 do Código Civil.

O primeiro deles é a morte do filho ou dos pais (inciso I do art. 1.635, CC), falecendo um genitor somente, o poder familiar permanece nas mãos do sobrevivente, ocorrendo a extinção total com a morte de ambos ou do filho. A emancipação do filho, outra forma de extinção (inciso II do art. 1.635, CC), dá-se nos termos do parágrafo único do art. 5º do Código Buzaid, cuja eficácia depende de registro no Ofício de Registro Civil das Pessoas Naturais, com a devida anotação no assento de nascimento. Vale lembrar aqui que o poder familiar é instituído em função da incapacidade do menor e, quando esta cessa, não mais se faz necessária a existência do poder familiar. Reforça, ainda, tal posicionamento a característica da irrevogabilidade e da irrenunciabilidade da emancipação.

Outra forma de cessação da incapacidade do menor é o atingimento de sua maioridade (inciso III do art. 1.635, CC). A adoção (inciso IV do art. 1.635, CC) é exemplo de transferência do poder familiar, extinguindo-se o dos pais biológicos e inicia-se o dos pais adotantes, assim em nenhum momento a criança fica desamparada.

A última possibilidade de extinção é aquela que a admite por decisão judicial (inciso V do art. 1.635, CC) na forma do art. 1.638, CC, que enumera os castigos imoderados, o abandono, a prática de atos contrários à moral e aos bons costumes ou a incidência reiterada dos genitores nos casos de suspensão, previstos no art. 1.637.

Importa mencionar que a extinção só deve ocorrer quando o fato ensejador colocar em perigo permanente a segurança e a dignidade do filho. Deve-se preferir a suspensão à extinção, haja vista que a primeira é pena mais leve e propicia o posterior retorno ao convívio, através de sua recomposição.

O art. 1.636 do Código Civil faz inferência à manutenção do poder familiar mesmo na hipótese de casamento ou união estável contraída por um dos pais, quanto aos filhos do casamento anterior, não podendo haver qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.

Já a perda ou destituição do poder familiar pode ser considerada como a pena mais grave imposta para a falta ou falha dos deveres da condição materna ou paterna. Cabe sua aplicação ao abuso de autoridade e à falta aos deveres inerentes à autoridade parental. É, também, medida aplicada judicialmente mediante omissão ou abuso em relação aos filhos. Suas hipóteses de configuração estão previstas no art. 1.638, CC.

O primeiro no rol é o castigo imoderado (inciso I do art. 1.638, CC), punindo aquele que age com excessos, seja na sua intensidade ou na sua qualidade. A lei protege a conduta moderada, ficando o sopesamento a critério do juiz, considerando o melhor interesse do filho. A sanção à hipótese de deixar o filho em abandono (inciso II do art. 1.638, CC) é a aplicação concreta do preceito constitucional do direito à convivência familiar e comunitária elencado no art. 227 da Constituição Federal e ao direito à assistência material, à educação, à instrução, à alimentação e à vida. Não se pode excluir também a possibilidade de configuração de delito criminoso ao incorrer o pai ou a mãe ou o detentor da guarda ou o representante legal na falta ou omissão a qualquer desses direitos, previstos no Código Penal. Ressalte-se, ainda, que, visando garantir o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como os direitos previstos na Carta Magna, o legislador, no art. 1.624 do Código Civil, dispensou o consentimento do representante legal do menor para a adoção, em caso de “infante exposto”, que está inserido no

conceito de “criança abandonada”, que, mesmo sendo necessário o processo de destituição do poder familiar, torna mais fácil o processo adotivo ao excluir a obrigatoriedade do consentimento dos pais biológicos.

Há, ainda, a punição àqueles que praticarem atos contrários à moral e aos bons costumes (inciso III do art. 1.638, CC), inserindo-se aqui a situação de violência intrafamiliar, os maus tratos, a opressão e o abuso sexual. O novo Código Civil acrescentou ainda a imposição da destituição em face da incidência reiterada nas faltas previstas em caso de suspensão do poder familiar (inciso IV do art 1.638, CC).

Importa mencionar que o art. 98, inciso II do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê ser competência da Justiça da Infância e Juventude os casos de falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, ante a possibilidade de utilização das medidas de proteção a esses casos, bem como quando houver divergência entre os pais no exercício do poder familiar, conforme o art. 148, parágrafo único, alínea “d”, face a possível configuração de situações de maus tratos, opressão e abuso sexual.

O art. 130 do ECA confere a competência do juiz da Infância e Juventude para determinar a medida cautelar cabível para o afastamento do agressor da moradia comum, a fim de prevenir a reincidência na violação dos direitos da criança e do adolescente, de acordo com o previsto no art. 70 do ECA.

Com relação à medida cautelar, Caio Mário da Silva Pereira comenta:

Analiticamente, envolve a verificação de fatos ou omissões reveladoras de deficiências incompatíveis com o exercício da autoridade parental, como deixar o filho em estado de vadiagem, mendicidade, libertinagem ou criminalidade; excitar ou propiciar esses estados ou concorrer para a perversão; infligir à criança ou ao jovem maus-tratos ou privá-lo de alimentos ou cuidados; empregar o filho em ocupação proibida, ou manifestamente contrária à moral e aos bons costumes; pôr em risco a vida, a saúde ou a moralidade do filho; faltar aos deveres paternos por abuso de autoridade, negligência, incapacidade, impossibilidade de exercer o poder familiar (PEREIRA, 2009, p. 461).

Fundado sempre no princípio do melhor interesse da criança, oportunizou-se a revogabilidade de qualquer medida de suspensão ou perda do poder familiar, de fixação de guarda, de determinação de visitas, etc.

A manutenção da criança ou adolescente na sua família de origem deve ser prioridade para os juízes e aplicadores do Direito, devendo somente ser afastada em caso de motivo ponderável (art. 23, parágrafo único, ECA). Desta feita, não cabe a destituição em caso de carência de recursos materiais, a não ser que venha cumulado com a inaptidão para o exercício das obrigações paternais. Nesse sentido, afirma José Mônaco da Silva:

A contrario sensu, se os pais forem irresponsáveis, omissos, não cumpridores dos mínimos encargos legais, aí sim perderão não apenas a guarda do filho mas também o pátrio poder, complexo de direitos e obrigações que recai sobre a pessoa e os bens dos filhos. É que, *in casu*, à insuficiência de recursos aliou-se uma outra causa: a inaptidão para o exercício das obrigações previstas tanto do Estatuto da Criança e do Adolescente quanto no Código Civil (SILVA, 1995, p. 10).

A destituição acontece através de procedimento determinado nos arts. 155 a 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ressalvado o contraditório (art. 24, ECA), reportando-se aos arts. 1.635 e 1.638 do Código Civil. Reafirme-se mais uma vez que, todo procedimento que envolve criança e adolescente, deve priorizar sempre o princípio do melhor interesse da criança, tendo-o por fundamento para qualquer medida tomada.

Conclui-se, aqui, que a solidariedade é intrínseca ao poder familiar, haja vista que as funções e papéis outorgados aos pais estão diretamente associados ao afeto, sem o que haveria falha no desenvolvimento dos filhos.

2.3 Princípios constitucionais aplicados à família

A proteção à família pelo ordenamento jurídico configura-se como instrumento de realização de seus membros e importante papel na concretização dos

direitos humanos fundamentais, vez que traz à família condições e meios necessários para a consecução de seus fins.

Atualmente, os princípios jurídicos, previstos tanto na Constituição quanto na legislação infraconstitucional, refletem os anseios vigentes na sociedade contemporânea, no âmbito dos direitos fundamentais dos cidadãos e das famílias, como forma de acompanhar a realidade e a evolução social na interpretação e aplicação do Direito ao caso concreto.

Parte dos princípios são cláusulas gerais e abertas, com a função de sistematização e otimização legislativa, objetivando a realização de sua complementação pelo aplicador do Direito.

Face tal prerrogativa, os princípios abrangem de forma mais ampla as situações levadas ao judiciário e conferem a elas o dinamismo que se faz necessário, constituindo base fundamental para a aplicação dos demais dispositivos legais.

Na seara do Direito de Família, alguns princípios merecem especial atenção, em virtude da aproximação e aplicação direta nas relações familiares, quais sejam: o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da solidariedade familiar e o princípio do melhor interesse da criança.

2.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Como visto anteriormente, a família patriarcal girava em torno da pessoa do pai, detentor exclusivo de direitos e de dignidade. Com a mudança do modelo familiar e consequente dissolução do caráter patriarcal, os papéis exercidos por seus membros também sofrem alterações a fim de moldarem-se aos valores atuais, sobretudo em função do princípio da dignidade da pessoa humana.

No Brasil, a concretização desse anseio da sociedade deu-se com a Constituição de 1988, que promoveu uma reestruturação dogmática ao conceber o ser humano como centro do ordenamento jurídico.

Tal fundamento transformou-se no princípio de maior valor axiológico da Carta Magna. Previsto em seu art. 1º, inciso III, o princípio da dignidade da pessoa humana é concebido como estruturante e conformador dos demais, sendo, por isso, considerado como o princípio máximo ou macroprincípio, do qual derivam outros preceitos normativos como a liberdade, a autonomia, a cidadania e a solidariedade. Seu conteúdo renova-se a cada dia, com as mudanças na sociedade e com o surgimento de novos valores, em dinâmico processo de construção.

Segundo leciona Immanuel Kant, em sua Fundamentação Metafísica dos Costumes, dignidade é tudo aquilo que não tem preço, seja pecuniário seja estimativo, a saber, o que é inestimável, indisponível, que não pode ser objeto de troca. Assim afirma:

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 (KANT, 1976, p. 77).

Princípio constitucional fundamental da ordem jurídica, a dignidade da pessoa humana é assegurada a todos, sem qualquer distinção, pressupondo requisitos essenciais para um vida digna, como saúde, educação, família, alimentação, moradia, lazer, dentre outros.

Imperioso ressaltar seu caráter irrenunciável e indisponível. Paulo Luiz Netto Lôbo coloca a dignidade da pessoa humana como “aquilo que é essencialmente comum a todas as pessoas, impondo-se um dever de respeito e intocabilidade, inclusive em face do Poder Público” (LÔBO NETTO, 2000, p. 251).

José Afonso da Silva assim conceitua: “Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida” (SILVA, 2001, p. 109). É o vetor que conduz a interpretação e a aplicação sistemática das normas constitucionais e infraconstitucionais.

A valorização da pessoa é tratada de forma singular. Conseqüência direta da dignidade, a supremacia dos direitos da personalidade coloca-se também como merecedora de inigualável tutela, vez que tem o homem como vértice principal, a partir

da cláusula geral de tutela da personalidade, que visa proteger os direitos existenciais, relativos à pessoa e a sua dignidade.

Gustavo Tepedino acredita que a maior preocupação da atualidade é com “a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social” (TEPEDINO, 2001, p. 328).

Assim, a dignidade da pessoa humana goza de prioridade interpretativa no momento da aplicação do direito, devido a sua proteção à vasta gama de valores, nos âmbitos pessoais e existenciais. Maria Celina Bodin de Moraes acrescenta que, no caso concreto, deve haver uma ponderação, um sopesamento, entre os princípios que podem ser aplicados, de modo a alcançar a dignidade (MORAES, 2003, p. 85).

O princípio da dignidade da pessoa humana tem sua principal atuação no Direito de Família, configurando a chamada constitucionalização do direito de família, com fim precípuo na promoção da dignidade no seio das entidades familiares, capacitando-as para o cumprimento de sua função de apoio, sustento e realização a seus titulares.

Interpretando extensivamente, o princípio da dignidade também é aplicado à criança e ao adolescente no dispositivo constitucional que trata do dever da família, art. 227, de assegurar, “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”, bem como protege de “toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” que pode ser exercida pela sociedade, pelo Estado e até mesmo por algum ente familiar.

Fator essencial para a formação da personalidade, a dignidade deve ser inerente ao relacionamento familiar, ocorrendo, em sua melhor versão, na relação paterno-filial, com reflexos na valorização dos laços de afetividade e da convivência familiar oriundas da filiação.

2.3.2 Princípio da solidariedade familiar

Importante ramificação do princípio da dignidade da pessoa humana está consagrada no princípio da solidariedade familiar, que adquire inspiração nos vínculos afetivos.

A solidariedade é característica indispensável dos grupos que se formam através de laços afetivos, com deveres recíprocos de assistência imaterial, como a prestação de cuidados, atenção e apoio físico e moral.

A entidade familiar pode, então, ser vista como uma ampla rede solidária, calcada no afeto, com um fim precípuo de promover o desenvolvimento físico, mental e emocional de seus membros, assegurando sua dignidade, protegida pelo ordenamento jurídico. Maria Berenice Dias assim manifesta-se sobre o tema:

Solidariedade é o que cada um deve ao outro Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de conteúdo ético, pois contém em suas entradas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade. A pessoa só existe enquanto coexiste. O princípio da solidariedade tem assento constitucional, tanto que seu preâmbulo assegura uma sociedade fraterna (DIAS, 2008, p. 63).

Inquestionável, portanto, é a constitucionalidade do princípio da solidariedade, com conteúdo ético-filosófico em seu bojo, intenção primeira do legislador ao elaborar a Carta Magna. Encontrando assento no art. 3º, inciso I da CF/88, a solidariedade deve permear todos os ramos do Direito, em especial, o Direito de Família, que encontra fundamento ainda nos arts. 226, 227 e 230 da Constituição Federal.

Maria Celina Bodin de Moraes ensina que o inciso I do art. 3º da CF/88 objetiva a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sendo, ainda, complementado pelo inciso III do mesmo artigo que torna a objetivação mais específica ao enumerar: a erradicação da pobreza e da marginalização social e a redução das desigualdades sociais e regionais (MORAES, 2001, p. 168).

A aplicação da solidariedade nas relações familiares traz consigo a fraternidade e a reciprocidade, esta referindo-se à troca e à colaboração existente no lar e aquela representando os laços de afeto, o respeito e considerações mútuos.

Relevante questão é a ressalva aludida por Maria Berenice Dias quanto à necessidade de interação, quando aduz que a existência por si só não concretiza a solidariedade, que deve ser viabilizada pela coexistência, pela convivência, indispensável para sua realização pessoal (DIAS, 2008, p. 63).

Nesse sentido, constitui a solidariedade um fato social, cuja existência está subordinada à inserção do indivíduo na sociedade, tornando imprescindível a coexistência humana, no âmbito do grupo familiar (art. 226, CF), na proteção das crianças e adolescentes (art. 227, CF) e dos idosos (art. 230, CF).

A interpretação extensiva também pode ser aqui utilizada. Ao mencionar a sociedade solidária (inciso I, art. 3º da CF/88) e considerar a família como a base da sociedade (art. 226, CF), indiretamente o legislador intencionou conceber a família como uma instituição solidária.

Paulo Lôbo interpreta a solidariedade familiar como fato e direito, realidade e norma, justificando que as pessoas convivem no seio da família em virtude do compartilhamento dos afetos e das responsabilidades. Afirma ainda que o ordenamento jurídico logrou êxito ao alcançar a dimensão ideal da sociedade com o Código Civil de 2002 (LÔBO NETTO, 2007, p. 159).

Assim, a afetividade, a solidariedade e o respeito fazem parte do conjunto de valores essenciais à vida e aos relacionamentos interpessoais, contribuindo de forma direta para o desenvolvimento e para a formação saudável do indivíduo.

2.3.3 Princípio do melhor interesse da criança

A origem do princípio em comento está localizada no seio da desigualdade social produzida pelo sistema capitalista, instituto com potencial gerador de conflito de interesses. Nesse âmbito, questões que envolvam necessidades de crianças ou

adolescentes, quer direta ou indiretamente, devem ter como critério fundamental a preservação e proteção de seus interesses, sob o fundamento de que são seres que estão vivenciando o processo de amadurecimento e formação de personalidade.

Essa perspectiva deve orientar as ações provenientes da família, da sociedade e do Estado, as quais, nos processos de tomada de decisão, devem sempre ponderar quais as melhores oportunidades para o menor.

Constituindo outro pilar fundamental do Direito da Família contemporâneo, o princípio do melhor interesse da criança, assim como os princípios acima descritos, também encontra sustento constitucional no art. 227.

Ademais, após a ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança da ONU/89 (Decreto n. 99.710/90) e sua consequente incorporação no ordenamento jurídico pátrio, o princípio adquiriu maior robustez com disposto no art. 3º, I do Decreto, o qual determina que “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos devem considerar, primordialmente, o maior interesse da criança”. Seu fundamento principiológico advém, portanto, do reconhecimento da condição peculiar da criança e do adolescente como pessoa em processo de desenvolvimento.

A Convenção determina, ainda, a impossibilidade de obstar sua aplicação como diretriz para a proteção e atendimento dos menores, ao prevê em seu art. 41: “...nada do estipulado no seu texto afetará disposições que sejam mais favoráveis para a realização dos direitos da criança”.

Não se pode olvidar que tal preceito está permeado pela relatividade e pela subjetividade em sua aplicação. Deve-se, portanto, adequá-lo da melhor forma ao caso concreto utilizando-se o senso comum para a definição do que é melhor para a criança.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL: INSTITUTO REPARADOR DO DANO

A origem etimológica da palavra é encontrada no termo latim *Spondeo* (prometo), transparecendo que o responsável está assumindo um compromisso através da promessa. José de Aguiar Dias afirma que há aqui uma ideia de equivalência, de contraprestação, de correspondência. E, nessa relação, identifica-se dois lados distintos: o ofendido e o agressor-responsável, que devem entrar em acordo para solucionar/reparar o dano que foi ocasionado (DIAS, 1995, p. 2).

Decorre daí um direito e um dever: o direito da vítima à reparação ou, quando possível, ao retorno ao *status quo ante* e o dever do ofensor ao conserto, ao desfazimento da ofensa.

Nesse sentido, a responsabilidade está estritamente relacionada com a ideia de obrigação, surgindo em virtude do descumprimento desta. Orlando Soares afirma que “a noção de responsabilidade também envolve o sentido geral de obrigação, encargo, dever, compromisso, sanção, imposição” (SOARES, 1997, p. 9).

Nesse passo, o ordenamento jurídico atual preceitua a responsabilidade civil como consequência direta da obrigação decorrente de lei imposta ao ofensor, a fim de reparar os danos causados por sua conduta ou por sua omissão. Ressalte-se, ainda, que a responsabilização pode decorrer de fato praticado por terceiro, animal ou coisa, conforme previsto em lei.

O fundamento da responsabilidade civil está na quebra do equilíbrio econômico-jurídico entre o ofensor e a vítima provocada pelo dano, havendo a estrita necessidade de restabelecimento de tal equilíbrio, que se dará com o surgimento de uma garantia à reparação do dano ou, pelo menos, sua compensação.

De tal fundamento deriva as funções da responsabilidade: punitiva e pedagógica. A primeira configura-se com o sentido sancionatório que possui o dever de reparação para o ofensor, punindo-o pelo evento danoso a que deu causa. A função pedagógica é reflexo do ato perante terceiros, com o intuito de desestimular a prática recorrente de tais danos.

Contratual é a responsabilidade prevista nos arts. 389 e seguintes do Código Civil, decorrente do descumprimento de obrigação descrita em cláusula contratual, de um inadimplemento, quando há vínculo jurídico derivado de convenção estabelecida pela vontade das partes. Imprescindível, nesse caso, a culpa, de forma que, em caso de sua inexistência, não ensejará responsabilidade, como no caso fortuito ou força maior.

Ao contrário, a responsabilidade civil extracontratual não se funda em contrato, parte, antes de tudo, de transgressão a um dever jurídico imposto pela lei. Deriva, portanto, de dano sofrido a partir de uma ação ou omissão do ofensor, estando prevista nos artigos 186, 927 e seguintes do Código Civil. Nessa espécie não existe nenhum vínculo jurídico estabelecido entre as partes, o qual se formará somente com a ocorrência do dano e a consequente obrigação de indenizar.

Doutrina mais recente fala, ainda, na responsabilidade pré-contratual, estabelecida na fase preliminar-negociatória do contrato. Nesse momento, as partes estão formalizando suas intenções, havendo somente uma promessa de contratar. O fato é que nesse ínterim pode haver prejuízo para uma das partes, seja por ação ou omissão, por imprudência ou culpa do autor. E não é porque ainda não foi estabelecido acordo definitivo que a vítima deixará de ser resarcida.

Outra forma de classificar a responsabilidade é considerá-la quanto a seu fundamento. Para tanto, tem-se a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva.

Nesse contexto, além da obrigação, a ideia de culpa está intrinsecamente conectada à responsabilidade. Em sentido estrito, a culpa refere-se à ação ou omissão involuntária, da qual surge o dano, através da imprudência, negligência ou imperícia. Por outro lado, o dolo decorre da vontade do ofensor, é voluntário, pretendido, almejado.

A teoria da responsabilidade subjetiva encontra fundamento na culpabilidade que reconhece a imputabilidade do ofensor, que será aquele que praticou o ato faltoso que poderia ter sido evitado. Se o sujeito age com determinada cautela, não podendo prever nem determinar a ocorrência do fato danoso, não poderá ser responsável por ele.

Assim, para tal teoria, imprescindível é o elemento subjetivo, caracterizado pela culpa ou pelo dolo, existindo também o elemento formal, que é a violação de um dever previsto no ordenamento jurídico e um elemento causal-material, configurado no dano e a relação de causalidade entre a conduta antijurídica e o prejuízo.

O Código Civil brasileiro adotou a teoria da responsabilidade subjetiva como regra geral da responsabilização, como bem expressam seus arts. 186⁶ e 927, *caput*⁷, considerando a ideia de culpa e dolo, além do conceito de ato ilícito.

Por sua vez, a teoria da responsabilidade objetiva deixa de lado a culpa como pressuposto da conduta antijurídica. A obrigação de reparar o dano emerge do risco criado por determinado ato, devendo seu responsável suportar os prejuízos causados por tal risco. Para que haja o dever de indenizar basta a simples verificação do dano.

Considera que o conceito de culpa não abrange todos os possíveis prejuízos inerentes de reparação, haja vista que danos nem sempre decorrem de condutas irresponsáveis e culposas.

Essa interpretação da responsabilidade é considerada exceção no ordenamento jurídico brasileiro, com aplicação somente para casos restritos, quando o legislador considera a responsabilidade subjetiva insuficiente.

A teoria da responsabilidade objetiva recebe também a nomenclatura de teoria do risco. Conceitualmente, risco é todo perigo que incorre determinada pessoa ou coisa, é a probabilidade de dano. A teoria dispõe que todo aquele que exercer atividade ou função perigosa, oferecendo riscos a terceiros, deve assumí-los com a obrigação de repará-los, independentemente de culpa.

Não havendo especificação legal ou atividade da qual decorra risco, o ordenamento jurídico brasileiro determina que deverá ser aplicada a responsabilidade civil subjetiva, a partir da ideia da culpa.

⁶ Art. 186 Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁷ Art. 927 Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Para o estudo que ora se faz, mister adentrar nos pressupostos da responsabilidade civil extracontratual subjetiva, tendo em vista que é indiscutível sua aplicabilidade para o consecução dos fins a que se objetiva neste trabalho.

3.1 Pressupostos da responsabilidade extracontratual subjetiva

O ordenamento jurídico deixa claro na redação adotada do art. 186⁸ do Código Civil que a conduta do agente, constituída na ação ou na omissão, o dano, o nexo causal e a culpa são elementos indispensáveis para o surgimento do dever de reparação.

A forma de conduta do agente está patente na primeira parte do preceito, com a expressão “ação ou omissão”; o tipo de conduta que enseja a responsabilização encontra-se inserido nos termos “voluntária, negligência ou imperícia”; o nexo causal advém da simples menção do verbo “causar”; e, enfim, o dano corresponde ao excerto “violar direito ou causar dano a outrem”.

3.1.1 Ação ou omissão

Inicialmente, para se falar em responsabilidade, é necessário que se identifique a conduta que deu causa ao evento danoso, ou seja, o ato humano do qual decorreu o dano.

Para que haja a aplicação da responsabilidade civil subjetiva, é necessário que esta conduta seja culposa (culpa ou dolo), e, causando o fato danoso, traz o dever de repará-lo para aquele que praticou tal conduta culposa.

Desta feita, o dano poderá advir de uma conduta positiva (ação) ou de uma conduta negativa (omissão). A ação é a forma mais comum de comportamento, é um movimento corpóreo comissivo, um fazer, uma atividade dinâmica.

⁸ Art. 186 Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Já a omissão trata-se de um não fazer, caracteriza-se pela inatividade, pela abstenção de uma conduta que deveria ser realizada. Ocorre no caso de haver um dever jurídico de praticar determinado ato e o indivíduo não cumprir tal obrigação, gerando, por isso, um dano, como, por exemplo, quando o pai não confere alimentos aos filhos, vez que a ele cabe o dever de alimentá-los.

Cabe destacar que o dever jurídico positivo é elemento essencial para a responsabilidade por omissão, haja vista que não havendo a necessidade de uma conduta comissiva, a omissão não ensejaria qualquer forma de dano. Entende-se, pois, que o dever jurídico de fazer (positivo) pode advir de lei, convenção, negócio jurídico e, até mesmo, de uma situação de risco.

Assim entende Cavalieri:

Em suma, só pode ser responsabilizado por omissão quem tiver o dever jurídico de agir, vale dizer, estiver numa situação jurídica que o obrigue a impedir a ocorrência do resultado. Se assim não fosse, toda e qualquer omissão seria relevante e, consequentemente, todos teriam contas a prestar à Justiça (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 25).

De regra, responde pelo dano aquele que lhe der causa, é a chamada responsabilidade direta por fato próprio. Excepcionalmente, a lei admite a responsabilização indireta quando o evento danoso foi causado por outrem ou por terceiro a quem o responsável está ligado, de algum modo, em virtude de um dever de guarda, vigilância e cuidado. É o caso do pai que responde pelos danos causados por seus filhos.

3.1.2 Dolo ou culpa

Verificou-se acima que a conduta pode ser caracterizada pela ação ou omissão, os quais são os aspectos externos da conduta. Há, ainda, para que haja determinada atividade ou abstenção, o caráter da vontade, que constitui o aspecto

psicológico, intrínseco e subjetivo da conduta, fator essencial para a configuração da responsabilidade civil subjetiva.

A culpa deriva da vontade de agir de forma contrária ao Direito, seja de forma intencional, no caso do dolo, ou tencional, no caso da culpa. Tanto no dolo quanto na culpa há uma conduta voluntária do agente, a diferença principal consiste em que, no dolo, a intenção já nasce ilícita, em virtude da vontade de praticar ato antijurídico com efeito lesivo; enquanto, na culpa, a intenção inicial é lícita, mas, no decorrer da ação, ela vai desvirtuando-se e tomado a forma de conduta antijurídica.

Dessa forma, do conceito de dolo pode-se extrair o elemento da previsão, a premeditação da consequência que terá determinada conduta e a consciência da ilicitude, quando o agente sabe que age de forma contrária ao determinado pelo ordenamento jurídico ou pela ética e pela moral, desejando romper com a ordem natural das coisas ou com o equilíbrio do relacionamento humano.

Para a caracterização da culpa, porém, deve ser analisada a previsibilidade do resultado danoso que, em virtude de seu caráter subjetivo, considera-se a possibilidade de um homem médio fazer tal previsão, bem como as condições pessoais do sujeito, como sexo, idade, grau de instrução, para que, consequentemente, possa evitá-la.

Passível de análise também é a evitabilidade, haja vista que só se pode evitar o que se pode prever. A *contrario sensu*, a impossibilidade de qualquer sujeito evitar o resultado danoso não pode ensejar o dever de reparação, senão estar-se-ia admitindo a necessidade de reparação de lesões provocadas por caso fortuito ou força maior.

A culpa pode, ainda, ser mensurada de acordo com a sua gravidade. Levíssima é aquela na qual o erro só seria evitado com um cuidado especial, exercido por um indivíduo extremamente cauteloso. Culpa leve expressa-se pelo dano que poderia ser evitado com uma atenção comum, no procedimento normal do homem médio. Já a culpa grave decorre de uma grave desatenção e a violação de um dever comum de cuidado.

A relação entre o grau da culpa e a indenização decorre da análise do caso concreto, estando previsto em lei (art. 944, parágrafo único do Código Civil⁹) a possibilidade do magistrado diminuir o montante indenizatório diante de um menor grau de culpa para a consecução do evento danoso.

Yussef Said Cahali é adepto ao posicionamento de que, no direito civil, a intenção do autor não é tão relevante quanto no direito penal. O que se pretende, no âmbito civilista, é ressarcir a vítima pelo tamanho do prejuízo causado.

O ponto de vista do ilustre doutrinador encontra sustentação quando se interpreta que a regra disposta no parágrafo único do art. 944 é exceção do preceito inserido no *caput* do mesmo artigo, devendo, assim, ser aplicado somente em casos excepcionais, normalmente em casos de culpa levíssima.

Há, ainda, situações em que o agente, agindo com culpa, concorre paralelamente com a vítima como causador do prejuízo. Nesse caso, fala-se em culpa concorrente. Por recomendação da doutrina e da jurisprudência, necessário é o sopesamento de ambas as ações, levando em conta o grau de culpabilidade de todos os envolvidos, a fim de equilibrar a divisão da reparação em partes proporcionais, conforme a contribuição de cada um para o prejuízo. José de Aguiar Dias é favorável a esse entendimento ao declarar: “Quanto aos demais domínios da responsabilidade civil, a culpa da vítima concorre para a produção do dano, influi na indenização, contribuindo para a repartição proporcional dos prejuízos” (DIAS, 1995, p. 314).

Pode ocorrer também a situação de prejuízo causado por mais de um ofensor, quando todos os agentes atuam com culpa para o nascimento da lesão à vítima, é a chamada culpa conjunta, havendo aqui responsabilidade solidária na reparação do dano.

⁹ Art. 944. *Omissis* Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

3.1.3 Relação de causalidade

A responsabilidade necessita, para configurar-se nos moldes que ensejam a reparação, de um estreito laime entre a conduta culposa do agente e o dano causado. Na relação de causalidade, o ofensor deve ter dado causa ao prejuízo, obrigatoriamente.

Não seria possível imputar responsabilidade a alguém que agiu com ilicitude, quando tal conduta ilícita não foi fonte da lesão, ninguém pode ser responsável por aquilo que não fez. Importa que havendo a conduta ilícita e o dano, haja, ainda, o vínculo conectando os dois fatores. A lição de Serpa Lopes insere-se em tal contexto:

São dois os pontos que não se confundem – a relação causal e a imputabilidade. Quando se cogita de imputabilidade ou da culpabilidade, temos que determinar quais as condições necessárias a que um resultado deva ser imputado subjetivamente ao seu autor, enquanto o problema do nexo causal diz respeito às condições mediante as quais o dano deve ser imputado objetivamente à ação ou omissão de uma pessoa. No primeiro caso, temos uma questão de uma *imputatio iuris*, ao passo que, na segunda, um problema de *imputatio facti*. Na *imputatio iuris* impõe-se responder ao seguinte questionário: o causador do dano deve ser também considerado dele culpado, para os efeitos da responsabilidade? (SERPA LOPES, 1995, p. 219)

A relação de causalidade é pressuposto indispensável para qualquer espécie de responsabilidade, devendo sofrer uma avaliação jurídica pelo magistrado a fim de comprovar a relação entre fato e resultado.

Para tal constatação, o Direito Civil brasileiro adota a teoria da causalidade direta e adequada, a qual dispõe que o prejuízo sofrido pela vítima necessariamente deverá ter nascido a partir da conduta do ofensor, sendo sua causa direta e imediata, bem como compatível e adequada ao resultado danoso. Desta feita, se várias condições concorrem para tal resultado, nem todas serão causas, importando aquela que tiver sido a mais adequada para a produção do evento. Doutrinadores adeptos a esta teoria definem causa adequada como aquela que, de acordo com o curso normal das coisas e a experiência de um homem comum, se revele a mais idônea para a ocorrência do resultado. A teoria estabelece, ainda, que só há uma relação de causalidade adequada

entre fato e dano quando o ato ilícito exercido pelo ofensor provoca o prejuízo sofrido pela vítima, nos moldes do curso normal da vida.

Com o advento do Código Civil de 2002, parte da doutrina e da jurisprudência afirmam que a teoria da causalidade direta e imediata foi positivada no art. 403¹⁰, quando este afirma que é causa jurídica apenas o evento que está diretamente ligado ao dano, sem a interferência de outra condição. Entende-se também que tal dispositivo pode ser aplicado tanto na responsabilidade contratual quanto na extracontratual.

Em certos casos, a ausência do nexo de causalidade pode atuar como excludente de responsabilidade. São hipóteses em que não se pode imputar ao suposto agente o dever de cumprimento da obrigação, como no caso fortuito, na força maior e no fato exclusivo da vítima ou de terceiro.

3.1.4 Dano

Protagonista do instituto da responsabilidade civil, não haveria indenização nem resarcimento, se não houvesse dano. É, pois, pressuposto essencial para a caracterização da responsabilidade civil.

Derivado da conduta ilícita, constitui toda lesão ou prejuízo a um bem jurídico tutelado, qualquer que seja sua natureza: patrimonial, moral ou estética.

Encontra sustentação no art. 186 do Código Civil na expressão “violar direito ou causar dano a outrem”. A primeira parte da expressão refere-se ao direito posto, positivado, e a segunda à violação estabelecida em contrato, vez que, nesse caso, não se fala em infração de norma jurídica, mas sim de inadimplemento contratual.

Oportuno, nesse momento, caracterizar as modalidades de dano, pois conforme o interesse protegido nasce a espécie de dano.

¹⁰ Art. 403 Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato.

Patrimoniais ou materiais são aqueles prejuízos de natureza econômica, passíveis de avaliação pecuniária, que atingem o patrimônio do ofendido, diminuindo-o. Regra geral, os efeitos danosos incidem no patrimônio imediatamente da sua ocorrência (danos emergentes), entretanto, pode acontecer que reproduzam efeitos em relação ao futuro (lucros cessantes).

Essa modalidade de ressarcimento baseada nos danos emergentes e os lucros cessantes encontra-se prevista no art. 402 do Código Civil da seguinte forma: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

Dano estético refere-se aos aleijões, às marcas e cicatrizes, como também outro defeito físico capaz de provocar na vítima diminuição na sua auto-estima. Por isso, tem-se caracterizado o dano estético a partir de dois elementos: a deformidade física ou a ausência de um órgão e a dignidade do indivíduo, que está diminuída.

O ressarcimento pode também derivar de prejuízos extrapatrimoniais, identificados pelo sofrimento psíquico, pelas dores, humilhações e frustrações. É o chamado dano moral. Nesse caso, o ato ilícito provoca perturbação nas relações psíquicas, na tranquilidade do indivíduo através de forte abalo emocional.

Para sua caracterização, faz-se necessário a presença de dois elementos: o dano e a ausência de diminuição de patrimônio material. A base de reparação do dano moral encontra sustentação também no art. 186¹¹ do Código Civil, mais especificamente na expressão “ainda que exclusivamente moral”.

Na verdade, a utilização do termo reparação, em sentido estrito, quando se fala em dano moral, é equivocada, vez que não há o que reparar, mas, sim, há o que compensar. Melhor, portanto, falar em compensação.

Nas palavras de Arnaldo Rizzato, “o dano moral é aquele que atinge valores eminentemente espirituais ou morais, como a honra, a paz, a liberdade física, a tranquilidade de espírito, a reputação, etc” (RIZZARDO, 2009, p. 246).

¹¹ Art. 186 Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Oportuno salientar que os tribunais superiores não reconhecem a compensação por meros dissabores do cotidiano, aos quais todos os cidadãos estão sujeitos, só sendo admitidos quando estes estiverem em nível superior ao razoável.

Com suporte na Constituição, o dano moral pode ser visto como a violação ao direito da dignidade da pessoa humana. E foi, a partir dessa interpretação que o constituinte inseriu, no art. 5º, incisos V e X da Carta Magna, a possibilidade de reparação por dano moral.

Essa perspectiva amplia o rol de eventos passíveis de classificação como dano moral, colocando em pauta aqueles que têm a dignidade abalada, como a vergonha, a humilhação e a desmoralização. Afinal, fundamento principal dos direitos humanos, a dignidade da pessoa humana deve ser protegida e compensada quando lesionada.

Na seara das relações familiares, o dano moral é comumente recorrente. Neste ambiente, almeja-se a preservação da privacidade, da tolerância, do respeito, além da obediência aos deveres apontados na legislação constitucional e infraconstitucional (conforme foi analisado no capítulo anterior), mas, infelizmente, não é o que normalmente ocorre.

Sobre o assunto, Sérgio Cavalieri Filho expõe sua opinião:

Mesmo nas relações familiares podem ocorrer situações que ensejam indenização por dano moral. Pais e filhos, marido e mulher na constância do casamento, não perdem o direito à intimidade, à privacidade, à autoestima, e outros valores que integram a dignidade. Pelo contrário, a vida em comum, reforçada por relações íntimas, cria o que tem sido chamado de moral conjugal ou honra familiar, que se materializa nos deveres de sinceridade, de tolerância de velar pela própria honra do outro cônjuge e da família (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 83/84).

Questão bastante discutida em relação ao dano moral é quanto a sua comprovação. Boa parte da doutrina entra em consenso ao entender que o dano moral está inserido na própria ofensa, no ilícito determinante, que, em virtude de sua gravidade e da publicização do fato, por si só enseja compensação. Dessa forma, o dano moral é caracterizado como *in re ipsa*, ou seja, comprovada a conduta ofensiva, comprovado está

o dano moral, originado do sofrimento e da humilhação que partiu da conduta ofensiva. Como já foi dito, a análise e o sopesamento da lesão deve partir da experiência de vida do homem médio, de molde a evitar o enriquecimento ilícito, mas, ao mesmo tempo, promover o caráter pedagógico e punitivo do montante indenizatório para o ofensor, além da consideração dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Tais fatores são de grande relevância no momento da quantificação da indenização. Arnaldo Rizzato enumera os princípios que devem ser considerados pelo magistrado para a fixação do *quantum* compensatório:

Na fixação, levam-se em conta vários princípios, sobressaindo os seguintes:

- a intensidade do sofrimento moral, da dor física, da depressão resultante do ato ofensivo;
- a gravidade do ato que acarretou a dor moral, como a morte do progenitor, do filho, ou do irmão, ou de outro parente mais distante;
- o grau de relacionamento da pessoa que suporta a dor e a vítima que faleceu, ou a amizade e coabitação do falecido com o parente que ficou;
- o teor da ofensa, como se injúria, ou calúnia ou difamação, e se atinge a honra subjetiva, isto é, valores morais, ou meras qualidades externas;
- o alcance da ofensa, isto é, se chegou ao conhecimento de algumas pessoas ou do público em geral;
- o grau de maldade ou de dolo do ofensor, e inclusive se houve ou não culpa concorrente, seguindo-se o parâmetro: “O reconhecimento da culpa concorrente tem o condão de reduzir o valor da indenização, sabido, outrossim, que, entre outros critérios, o grau de culpa deve ser observado no arbitramento do dano moral”¹²;
- o estado econômico do ofensor e do ofendido, porquanto de pouca significação se o impropério partiu de alguém econômica, profissional ou socialmente inferior ao ofendido; já agrava-se a gravidade se partiu o mal de pessoa do mesmo nível ou superior do ofendido; assim, o que satisfaz uma pessoa de baixa renda nem sempre atende as pretensões de um alguém em patamar mais elevado;
- não seguir uma tarifação, posto que acarreta a desconsideração das peculiaridades de caso a caso;
- não se pode converter o dano moral numa fonte de lucro, pois perderia o caráter meramente compensatório, que é a sua natureza;
- o princípio da razoabilidade importa em não se conceder um dano moral superior à indenização por dano material, de modo que, no protesto indevido de um título, ou a sua inscrição em cadastro de devedores,

¹² REsp nº 403.940/TO, da 4ª Turma do STJ, j. em 02.05.2002, DJU de 12.08.2002.

comporta a reparação no equivalente à cifra do título, se de valor médio, ou a uma proporção, se de significativa expressão econômica;

- embora se deva objetivar o desestimular das ofensas (theory of deterrence do direito inglês), não se deve imprimir à reparação o exagerado caráter de punição, ou valorizar demais o sentido de exemplary damages, que excepciona a regra geral de que as perdas e danos servem apenas para reparar o prejuízo causado; mesmo que inerente a dupla finalidade de punição do agente e compensação pela dor sofrida, impõe-se dar realce ao segundo fator, que é o que se busca com a demanda;
- assim como não se pode servir de fonte de enriquecimento, não se arbitra uma quantia simbólica, pois não atingiria a sua finalidade de compensação, segundo orientação do STJ: “A indenização por danos morais deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento sem causa, com manifestos, abusos e exageros, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Ademais, deve ela contribuir para desestimular o ofensor a repetir o ato, inibindo sua conduta antijurídica”¹³;
- na inviabilidade de se dar um parâmetro com base no valor do dano material, ou do título, segue-se o critério da fixação em salários mínimos, sendo um critério do conhecimento geral, tendo merecido a aceitação e se coadunando à cultura brasileira, tanto que ensejou a formulação da Súmula nº 490 do STF: “A pensão correspondente à indenização oriunda de responsabilidade civil deve ser calculada com base no salário mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se às variações ulteriores” (RIZZARDO, 2009, p. 269/270).

Imperioso lembrar que não há nenhuma tabela, nenhuma pré-fixação de valor adotado pelo ordenamento jurídico, cabendo, por isso, ao juiz, a utilização do bom senso, da moderação e da prudência no caso que está sendo analisado, vez que deverão ser considerados fatores subjetivos, relativos à vítima e ao ofensor, ponderação que deverá ser realizada com a mais lídima cautela.

Grande preocupação paira sobre a doutrina e a jurisprudência com o aumento desordenado de ações reivindicando indenização, face aos mais diversos tipos de dano, a imensa maioria em relação a lesões simples e irrelevantes. É o que comumente denominou-se a “indústria do dano moral”. Não se discute que tal fato demonstra o amadurecimento da cidadania, a expressiva luta pelos direitos consubstanciados na Constituição, mas o magistrado deve analisar o pedido e os fatos com a maior seriedade,

¹³ REsp. nº 265.133-0-RJ, da 4ª Turma, DJU de 23.10.2000.

tanto científica quanto metodológica, a fim de proteger, de forma eficaz, o preceito constitucional da dignidade da pessoa humana, sem banalizá-lo.

3.2 Responsabilidade Civil no Direito de Família

Como já foi dito, a responsabilidade advém dos danos gerados pelos conflitos sociais, pelas relações entre os indivíduos, pela convivência, que comumente geram atritos e insatisfações para alguns.

O ordenamento jurídico interveio nesses conflitos regulando as possíveis situações, haja vista que estão dentro do rol dos fato sociais. Nesse abrigo também encontram-se as relações familiares.

Não é de se surpreender a possibilidade da existência de controvérsias mesmo no âmbito da família, ante a aproximação de indivíduos muitas vezes com interesses diferentes, configurando abusos e omissões passíveis de caracterizar o dano.

Confrontando tais situações com o fundamento da responsabilidade civil, qual seja o dever de respeito ao direito alheio, oportuniza-se o dever de indenizar em caso de lesão ou ameaça a lesão ao patrimônio material ou moral de outrem.

Não está, no entanto, consolidada a questão da indenização pecuniária na omissão da assistência imaterial nas relações afetivas.

Veja-se que o direito de família encontra bases tanto no princípio da liberdade quanto no da solidariedade, ambos classificados como direitos fundamentais invioláveis, intrinsecamente ligados à dignidade da pessoa humana.

O princípio da liberdade pode ser inserido na família por duas vertentes: a liberdade da instituição familiar perante o Estado e a sociedade e a liberdade de cada membro diante dos demais e da própria entidade familiar. Está claramente disposto no art. 1.513 do Código Civil, *in verbis*: “É defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família”. Encontra, ainda, estreita relação com o princípio da autonomia da vontade privada, expresso por Kant

como “a capacidade e a tarefa que caracteriza o homem como homem, ou seja, de autodeterminar-se e de autoconstruir-se em acordo com as regras de sua própria razão” (KANT, 1986, p. 85).

Imersa no ambiente familiar, a autonomia da vontade é exercida através do processo de livre escolha do parceiro/cônjuge, da forma de constituição familiar, seja através do matrimônio ou da união estável, do número de filhos, da escolha da educação dos menores, do planejamento familiar, da garantia contra a violência, a exploração e o abandono na família.

Entretanto, tal autonomia sofre limites, principalmente em razão do princípio da solidariedade, reconhecido pelo Estado social como o objetivo fundamental para a busca da construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

O compartilhamento dentro do seio da família ocorre tanto no âmbito afetivo quanto no âmbito das responsabilidades. É a comunhão de vontades, a reunião de esforços em função de um objetivo comum: o bem-estar e o desenvolvimento dos participantes do vínculo afetivo-familiar.

O espaço de desenvolvimento saudável da família deve conjugar harmoniosamente os princípios da autonomia ou da liberdade com o princípio da solidariedade, com o fim precípuo da cooperação, do respeito e considerações mútuos.

O ser humano, como sujeito de direitos que é, tem sua personalidade protegida pelo ordenamento jurídico, através dos chamados direitos da personalidade, os quais abrangem os atributos físicos, psíquicos e morais de um pessoa em si e em suas projeções na vida e na sociedade.

Conjugando o direito de família e os direitos da personalidade, tem-se a estruturação da identidade familiar, com o direito ao nome, à identidade, ao conhecimento sobre a verdade relativa à origem biológica, ao bem-estar no lar, à compreensão, ao respeito, à atenção, à solidariedade e ao pleno desenvolvimento.

A violação dos fatores que estão consubstanciados nos princípios da liberdade e da solidariedade maculam, ainda, os direitos da personalidade, valores inatos, absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, subjetivos e vitalícios de uma pessoa.

No conflito familiar, subsiste o princípio da solidariedade correspondendo à pessoa da vítima e o princípio da liberdade quanto à pessoa do ofensor, necessitando verdadeira ponderação desses dois aspectos para a caracterização do grau do evento danoso na relação concreta.

O dano psicológico, derivado do desrespeito ao direito à integridade psíquica, encontra-se próximo ao topo das violências mais frequentes ocorridas dentro do lar. Manifesta-se pelo desrespeito, seja por ações diretas, seja por indiretas, pelas interferências nas ideias, convicções e valores do outro.

Presume-se que a instituição familiar deveria ser ambiente de acolhimento e proteção, onde poder-se-ia estar longe desse tipo de violência, no entanto, situações que maculam a psiqué dos membros da família ocorrem com certa frequência.

Ao tutelar a dignidade, a honra e a convivência, a legislação confere reparação em caso de dano moral, ou seja, quando da lesão ao bem jurídico tutelado, através de ofensas à integridade psíquica, agravada quando praticada por membro da mesma família. Surge, assim, o dever de indenizar.

A tutela ao direito da personalidade pode tanto ser inibitória quanto resarcitória, ou mesmo ambas, conforme a situação concreta. A tutela inibitória, prevista no art. 461 §§ 3º a 5º do CPC, tem como escopo a cessação da ação lesiva, sob o argumento de que, com a demora na análise do pedido pelo Poder Judiciário, a lesão pode agravar-se, gerando um dano ainda maior à vítima. Assim atesta Marinoni: “Os arts. 461 e 84 do CDC uma vez lidos à luz da teoria da tutela inibitória abrem oportunidade para procedimento capazes de tutelar de forma adequada e efetiva os direitos, notadamente os de conteúdo não patrimonial” (MARINONI, 2003, p.302). Já a tutela resarcitória traduz-se na reparação dos danos extrapatrimoniais sofridos pela vítima, com supedâneo no art. 186 do CC, almeja a indenização do direito da personalidade violado, mais como uma punição e aprendizagem para o agente que uma reparação à vítima.

As condutas lesivas praticadas dentro dos limites das relações familiares não estão fora da incidência das regras da responsabilidade civil, diversamente do que defendem alguns que aplicam o Direito de Família somente por institutos próprios.

Não se pode discutir que os membros da relação familiar pertencem também ao núcleo social e, por isso, gozam de ampla proteção aos seus direitos da personalidade, dos quais são titulares, sendo inadmissível que os responsáveis pela violação permaneçam imunes à respectiva sanção, mesmo quando a infração se dê em torno dos direitos e deveres referentes à família. Essa também é a opinião de Bernardo Castelo Branco:

Não se propugna a aplicação da responsabilidade civil a tais relações, como uma fonte, para a obtenção de vantagens econômicas por parte do lesado, o que somente contribuiria para a efetiva desagregação da família, porquanto seria inconcebível que a instituição familiar ficasse resumida a vínculos puramente patrimoniais. O que se busca, ao contrário, é uma análise mais profunda, a partir da ordem normativa já existente, relativamente aos mecanismos capazes de coibir os abusos ordinariamente praticados por aqueles que, cientes da falta de qualquer sanção, violam sistematicamente os direitos fundamentais de pessoas que, muitas vezes, deles deveriam receber a devida proteção (BRANCO, 2006, p. 20).

Realmente, o mais adequado seria que os conflitos de interesses familiares encontrassem solução na própria compreensão, no respeito e afetos mútuos inerentes ao âmbito familiar, mas não se pode negar que a conduta humana nem sempre se pauta nesses valores.

O vínculo derivado do relacionamento paterno-filial não afasta a tutela estatal aos direitos da personalidade, cogitando-se no acionamento de tais meios jurídicos para a sanção e prevenção das ofensas e das violações praticadas nos limites internos da relação entre pais e filhos.

4. A RESPONSABILIDADE CIVIL DIANTE DO DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE ASSISTÊNCIA IMATERIAL NA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL

Em algumas vertentes da relação jurídica de caráter privado, tem sido marcante o intervencionismo estatal a fim de proteger aqueles que, de algum modo, se encontram em posição de hipossuficiência na tutela de seus direitos. É o que está ocorrendo nas relações de consumo, na flexibilização dos direitos inerentes à propriedade, na adoção da teoria do risco na seara trabalhista, na aplicação da responsabilidade objetiva nas ações e omissões praticadas pelo Estado.

Mesmo com um certo avanço no tratamento de questões importantes como a igualdade entre os filhos, a ausência de hierarquia entre os cônjuges e a priorização do melhor interesse da criança, só há pouco tempo, a proteção estatal aos direitos advindos da relação familiar começou a dar seus primeiros passos.

O que ocorre motivado pela inegável peculiaridade das relações familiares: suas bases estão formadas nos laços afetivos, na solidariedade, na moralidade e na eticidade. Os conflitos entre seus membros não podem simplesmente ser resolvidos pela aplicação da norma, vez que envolvem sentimentos e um relacionamento que não deve se romper. Sobre o assunto discorre Maria Berenice Dias: “Quando se trata das relações afetivas – afinal é disso que trata o direito das famílias -, a missão é muito mais delicada em face de seus reflexos comportamentais que interferem na própria estrutura da sociedade. É o direito que diz com a vida das pessoas, seus sentimentos, enfim, com a alma do ser humano” (DIAS, 2008, p. 29).

Por muito tempo, predominou a ideia de impossibilidade de aplicação de outros institutos que não aqueles previstos pelo Direito de Família. Mas as transformações ocorridas na sociedade, com as mudanças de valores, trouxeram um novo entendimento para o tema.

Ressalte-se que a divergência ainda não está pacificada. Na doutrina, representando aqueles que opinam pela impossibilidade de aplicação da responsabilidade civil no direito de família está Lopes (2006, p. 54): “Filio-me ao entendimento que a

violação aos deveres familiares gera apenas as sanções no âmbito do direito de família, refletindo, evidentemente, no íntimo afetivo e psicológico da relação...”. Com opinião oposta está Madaleno (2006, p. 159) ao afirmar que o direito de dano é aplicável sim ao direito de família, tendo por fundamento o abuso de direito que prevê o artigo 187 do Código Civil e não o ato ilícito.

Inexistem razões que impeçam a aplicação da responsabilidade nas relações familiares, que obstaculizem a indenização por danos morais e materiais na família.

Mister a oportunização da responsabilidade civil no meio familiar a fim de trazer maior eficácia à proteção da instituição da família, visando defender a própria dignidade da pessoa humana, sob o manto do princípio da solidariedade e do melhor interesse da criança.

A solidariedade é o grande elemento responsável pelo vínculo de identidade fundamental do direito inserido na relação paterno-filial. É ela que está incrustada nos demais deveres de assistência imaterial, como o respeito, a atenção, o acolhimento, a educação, e que vai servir de motor para o desenvolvimento saudável da parte mais frágil dessa relação.

Valor inerente à formação da dignidade da pessoa humana, o afeto não deve permanecer à margem dos atributos levados em consideração no julgamento das lides forenses em que se invoca a reparação pela dor moral causada pelo não cumprimento do dever de prestação imaterial dos pais.

A falta de assistência imaterial é capaz de retirar da criança a possibilidade de uma saudável e plena formação individual, indispensável para o convívio social que está em sua primeira fase de desenvolvimento e estruturação. Dá margem ao distanciamento do menor no ambiente familiar, que deveria ser lugar de compreensão e afeto, levando-o a uma ruptura afetiva que será refletida em toda a sua vida.

Mesmo diante de tais argumentos inquestionáveis, outra divergência aqui se impõe. Questiona-se em qual âmbito a indenização atuará para solucionar tal conflito. Há doutrinadores que consideram que a indenização nesta situação não surtiria efeitos na aproximação entre pai e filho. Leonardo Castro posiciona-se contra a possibilidade de

indenização da seguinte forma: “a relação afetuosa deverá ser fruto de aproximação espontânea, cultivada reciprocamente e não por força judicial” (CASTRO, 2009). O Ministro César Asfor Rocha também integra este grupo ao afirmar:

Penso que o Direito de Família tem princípios próprios que não podem receber influências de outros princípios que são atinentes exclusivamente ou – no mínimo – mais fortemente – a outras ramificações do Direito. Esses princípios do Direito de Família não permitem que as relações familiares, sobretudo aquelas atinentes a pai e filho, mesmo aquelas referentes a patrimônio, a bens e responsabilidades materiais, a resarcimento, a tudo quanto disser respeito a pecúnia, sejam disciplinadas pelos princípios próprios do Direito das Obrigações¹⁴.

Posição contrária adota Rodrigo da Cunha Pereira, presidente do IBDFAM¹⁵, conforme o seguinte excerto:

Não se trata, aqui, de uma imposição jurídica de amar, mas de um imperativo judicial de criação da possibilidade da construção do afeto, em um relacionamento em que o amor, a afetividade lhe seriam inerentes. Essa edificação torna-se apenas possível na convivência, na proximidade, no ato de educar, no qual são estruturados e instalados a referencia paterna. Em função da expressa negativa deste pai de proporcionar ao filho a possibilidade de construção mútua da afetividade, violando, por esta razão, seus direitos de personalidade, é que foi imputado ao pai o pagamento da indenização por dano moral (PEREIRA, 2006, p. 188).

Ora, realmente, não se pode compelir os pais a amar seus filhos e este também não é o objetivo da indenização. Pode-se admitir que a indenização pelo descumprimento do dever de assistência imaterial possui três motivos como razão de ser: o punitivo, o compensatório e o dissuasório ou pedagógico.

O caráter punitivo tem a função de sancionar o agressor pelo descumprimento do dever jurídico e pelo dano, como consequência. O valor deve ser tal a ponto de causar no ofensor certo abalo como forma de punição. O caráter compensatório funda-se no resarcimento pelo dano causado. Como o dano é no âmbito da moralidade, fala-se em compensação, haja vista que o resarcimento pressupõe a possibilidade de retorno ao

¹⁴ RESP 757411/MG, Quarta Turma, Relator Min. Fernando Gonçalves, D.J. 29/11/2005.

¹⁵ Instituto Brasileiro de Direito de Família.

statu quo ante. No caso, a função compensatória atua em face da violação ao direito de ser criado e educado pelo pai, do dano sofrido na formação da personalidade, decorrente da falta de convivência com o genitor. O terceiro objetivo da indenização reveste-se do caráter pedagógico para o ofensor e para outros, haja vista que as decisões judiciais possuem efeitos para além das partes envolvidas, o que levaria outros pais a cumprirem com seus deveres, como forma de desencorajar tal omissão, sendo, por isso, também uma forma de prevenção.

Inobstante, não se pode questionar que o relacionamento paterno-filial pautado na solidariedade, no afeto e no respeito contribui da maneira mais eficaz para o crescimento emocional e para a formação do caráter, em sua melhor composição, da criança, tornando-a um indivíduo convicto de seus valores e apto a sair da esfera familiar e iniciar suas relações interpessoais como ser inserido na coletividade.

4.1 O descumprimento da assistência imaterial e suas consequências

Sabe-se que a relação paterno-filial não pertence ao rol de relacionamentos transitórios pelos quais passa o ser humano em sua vida, é caracterizada como relação inamovível e perpétua. É a relação de maior potencialidade afetiva.

A família é a escola primária das relações sociais, da ideia de troca, de solidariedade, local onde o indivíduo humaniza-se, socializa-se e constitui-se como um ser de afetos.

Rodrigo da Cunha Pereira, reportando-se a Jacques Lacan, procura demonstrar que a família não se constitui por um homem, mulher e filhos. É uma estruturação psíquica, onde cada um de seus membros ocupa um lugar. Lugar de pai, lugar de mãe, lugar de filho, sem, entretanto, estarem ligados biologicamente. “É nesta estrutura familiar que existe, antes e acima do Direito, que devemos buscar, para sermos profundos, o que realmente é uma família, para não incorrermos em moralismo e temporalidade que só fazem impedir o avanço da ciência jurídica” (PEREIRA, 2001, p. 10/11).

Infelizmente, em muitas situações de rompimento conjugal, há também o corte vertical na relação paterno-filial, isso porque vê-se o fim da conjugalidade com o fim da parentalidade, a partir do afastamento da convivência familiar. Aquele que se afasta do seio familiar fica também ausente da criação, da educação e do compartilhamento filial e, quando é obrigado a contribuir, o faz através de insignificante pensão alimentar, disponibilizada com muito penar, através de processos judiciais.

Não se quer dizer aqui que, por isso, pode-se obrigar alguém a ter afetos por outrem, ao pai a amar e zelar por seus filhos. O Direito, no entanto, possui instrumentos aptos a disciplinar o exercício da prestação imaterial que os pais conferem aos menores, com o intuito de aplicar o poder parental da maneira mais adequada e em sua melhor forma.

Importa lembrar que ambos os pais têm responsabilidade sobre a educação e o desenvolvimento de seus filhos, têm o dever de assistir, criar e educar (art. 229,CF), além da prestação de assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para a prevenção da violência (PEREIRA, 2002, p. 97).

É dever dos pais propiciar o desenvolvimento das potencialidades dos filhos, de promover o incentivo para o crescimento intelectual e cultural, respeitando sua condição socioeconômica e o ambiente onde está inserido, exercendo um comportamento adequado à moral, a fim de ser visto como modelo a ser seguido.

Destaque-se que o legislador infraconstitucional elencou a infração a tais deveres como condutas ilícitas, passíveis de sanção no âmbito penal (arts. 246 e 247 do CP), como ocorre com o dever de sustento.

A omissão quanto à formação moral dos filhos tem, como consequência, o livre acesso a ambientes nocivos a seu desenvolvimento, capazes de fazer um verdadeiro retrocesso ao desenvolvimento já adquirido, possibilitando o exercício de condutas ilícitas por parte dos menores, abalando a frágil personalidade que estava sendo formada.

O desprezo pelo relacionamento em família, pela guarda compartilhada e pelos demais direitos pertencentes aos filhos na sua realidade familiar vai de encontro aos principais fundamentos da condição humana, como a existencialidade, a gênese da vida e

a unicidade do ser no mundo, a solidariedade, além de ferir a essência da existência: a liberdade.

Por vezes, a convivência familiar pode ser prejudicial ao filho, como é o caso da convivência pautada diariamente em um clima de animosidade, de hostilidade e de violência, desajustando todo o ambiente de afeto. Essa mácula reflete externamente e atua como elemento fomentador dos desajustes sociais como um todo.

Não se pode esquecer das consequências psicológicas que o não cumprimento do dever de assistencial imaterial pode causar nas crianças. Sensação de rejeição, comportamentos solitários, isolamento, temor e carência podem advir da negligência paterna às necessidades físicas e emocionais dos menores.

Ademais, importa para a configuração do dano, especialmente o dano moral, não a ilicitude em si mesma, mas a repercussão e os reflexos que dele possa decorrer. Nesse sentido, inegável é que as vítimas de grande dor psíquica, de sofrimento e de humilhação sofrem tal abalo emocional, que são capazes de refletir seus efeitos ao longo dos anos, ensejando aí a repercussão suficiente para originar a responsabilidade civil. Exemplificando a situação, vale transcrever trecho do conto “Para o aniversário de um pai muito ausente”, a fim de alçar reflexão sobre o tema:

O *Corriere della Sera*, famoso matutino italiano, na coluna de Paolo Mieli, que estampa cartas selecionadas dos leitores, de tempos em tempos alguma respondida por ele, no dia 15 de junho de 2002, publicou uma, escrita por uma senhora da cidade de *Bari*, com o título "Votos da filha, pelo aniversário do pai".

Narra Glória Smaldini, como se apresentou a remetente, e escreve: "Caro Mieli, hoje meu pai faz 67 anos. Separou-nos a vida e, no meu coração, vivo uma relação conflitual, porque me considero sua filha 'não aproveitada'. Aos três anos fui levada a um colégio interno, onde permaneci até a maioridade. Meu pai deixara minha mãe para tornar a se casar com uma senhora. Não conheço seus dois outros filhos, porque, no dizer dele, a segunda mulher 'não quer misturar as famílias'.

Faz 30 anos que nos relacionamos à distância, vemo-nos esporadicamente e presumo que isso ocorra sem que saiba a segunda mulher. Esperava que a velhice lhe trouxesse sabedoria e bom senso, dissipando antigos rancores. Hoje, aos 39 anos, encontro-me ainda a esperar. Como meu pai é leitor do Corriere, peço-lhe abrigar em suas páginas meus cumprimentos para meu pai que não aproveitei (ROSO, 2005, p. 21).

Dessa forma, as condutas capazes de provocar a efetiva violação à integridade física e psíquica, moral e intelectual dos filhos configuram comportamentos capazes de ensejar o dever de indenizar pelo dano moral causado àqueles que estão em pleno desenvolvimento, desde que presentes os demais requisitos que compõem a responsabilidade civil no direito de família, quais sejam a culpa ou o dolo, a relação de causalidade e a ação ou omissão, haja vista que o dano está perfeitamente caracterizado.

4.2 Os pressupostos da responsabilidade civil aplicados à relação paterno-filial

O dever de indenizar decorrente do não cumprimento da assistência imaterial por parte de qualquer dos pais encontra elementos para sua configuração na funcionalização das entidades familiares, pressupondo que estas devem atuar para a realização dos interesses e das necessidades de cada membro, priorizando aqueles que ainda estão em desenvolvimento.

Como já foi dito, o dano, no caso do descumprimento de prestação imaterial, relaciona-se à lesão à personalidade do indivíduo, ao ser humano enquanto pessoa de direitos e em fase de crescimento.

É certo que o grupo familiar é responsável por inserir na criança o sentimento de responsabilidade social, de atuação perante a sociedade, objetivando a formação de um ser com plena capacidade, juridicamente aceita e aprovada socialmente. Mas o mero descumprimento desse mister não enseja por si só causa suficiente para surgir o dever de reparação. Explica-se. Necessária a verificação do evento danoso, da mácula que o descumprimento venha a causar no íntimo do ser.

Exemplo pode ser tirado de algumas famílias tradicionais, nas quais os pais tratam os filhos de forma fria e rigorosa. Um meio onde a vontade dos filhos é sempre mitigada e o pai exerce seu poder ante todos os membros da família. No entanto, essa configuração advém da cultura. Os filhos obedecem sem qualquer resistência e, por isso, não sofrem danos por esta criação. Não há aqui o que indenizar, pois não se formou o elemento dano, pressuposto essencial na responsabilidade civil.

Atualmente, entretanto, o mais comum é a lesão extrapatrimonial ao indivíduo quando do descumprimento da prestação imaterial, causando o dano moral. Assim manifesta-se Giselda Hironaka:

O que produzirá o liame necessário – nexo de causalidade essencial – para a ocorrência da responsabilidade civil por abandono afetivo deverá ser a consequência nefasta e prejudicial que se produzirá na esfera subjetiva, íntia e moral do filho, pelo fato desse abandono perpetrado culposamente por seu pai, o que resultou em dano para a ordem psíquica daquele (HIRONAKA, 2006).

Analizando pela ótica da solidariedade, os prejuízos emocionais do filho podem ser tais, que são capazes de comprometer até mesmo a formação intelectual e a personalidade da criança, trazendo os sentimentos de tristeza, insatisfação, angústia, insegurança, depressão, ansiedade, medo e traumas, derivados da ausência de cuidado, de proteção e de afeto, principalmente quando já se estabeleceu um vínculo de afetividade entre pai e filho.

Com efeito, com o vínculo já formado, a possibilidade de dano torna-se concreta diante da cessação da convivência, que pode ser causada por motivos vários, desde o rompimento conjugal até o abandono sem motivo justificado.

A sensação de abandono e de rejeição é vista como uma lesão à dignidade da pessoa humana, passível de resarcimento. Sobre o assunto, ensina Maria Celina Bodin de Moraes: “toda e qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição humana, que (mesmo longinquamente) pretenda tê-lo como objeto que negue sua qualidade de pessoa, será automaticamente considerada violadora de sua personalidade e, se concretizada, causadora de dano moral” (MORAES, 2003, p. 188). É contrário à dignidade tudo aquilo que reduzir a pessoa à condição de ser inanimado, tudo o que ferir seu direito ao pleno desenvolvimento e a sua integridade física e psíquica.

Erroneamente alguns doutrinadores acreditam que a ausência de afeto e o malferimento no dever de convivência por parte dos pais só poderiam causar danos àqueles que ainda estão em fase de formação, não atingindo filhos maiores, vez que estes já têm sua personalidade formada.

Contudo, estudos na seara da psicologia têm entendido que não se pode medir quando a personalidade de determinado indivíduo já está plenamente formada, considerando que como atributo da dignidade humana, a personalidade pode estar em contínua evolução, não se tornando perfeitamente acabada com a assunção da capacidade.

Imperioso, portanto, a demonstração do dano efetivo à criança, determinando o seu grau para o sopesamento do *quantum* indenizatório capaz de resarcir o prejuízo causado. Esta análise deverá ser feita através de perícia técnica, autorizada pelo juízo, por meio de profissionais como psicólogos e sociólogos.

Arnaldo Rizzato compara, para fins de indenização, o afastamento da convivência com um dos genitores com a morte, nesses termos:

Se a morte de um dos progenitores, em face da sensação de ausência, enseja o direito à reparação por dano moral, o que se tornou um consenso universal, não é diferente no caso do irredutível afastamento voluntário do pai ou da mãe, até porque encontra repulsa pela consciência comum e ofende os mais comezinhos princípios da humanidade. (RIZZARDO, 2009, p. 699).

Além da concretização do dano, necessária é a comprovação da culpa do genitor, que deve ter se esquivado do dever de assistência imaterial, consubstanciada na convivência, no respeito, no acolhimento, no amparo e na solidariedade. A culpa estará configurada quando o genitor deliberadamente negou-se a participar e a promover a formação da personalidade da criança, de forma negligente e imprudente, diante da inobservância dos deveres previstos no poder familiar.

Face a negligência, a modalidade de conduta presente nesse âmbito é a omissiva, configurada pela ausência do dever jurídico de assistência imaterial e da proteção determinadas pelo poder familiar.

A sensibilidade do juiz, nesses casos, é essencial para a constatação do caráter danoso advindo da omissão. Casos há em que, num primeiro momento, se pode perceber a existência de dano e a necessidade de reparação, mas, com uma análise mais acurada, vê-se que a culpa não está configurada. É o caso, por exemplo, da fixação de domicílio

por parte de um dos genitores em outro estado ou mesmo outro país, impossibilitando a convivência frequente, mormente em situações de famílias que vivem em situações precárias ou ainda a hipótese de doença grave do genitor que, preservando a saúde dos filhos, afasta-se diante de internação em hospital ou instituição de recuperação.

Pode-se configurar, ainda, a hipótese de alienação parental, que ocorre quando o genitor guardião cria obstáculos e dificulta o contato e a participação do genitor não-guardião na vida dos filhos. Ressalte-se a publicação de lei (Lei 12.318/2010) sobre a alienação parental em 26 de agosto de 2010, enumerando, exemplificativamente, hipóteses de alienação parental e determinando instrumentos com o objetivo de coibir sua prática. Nesse caso, a punição deverá ser revertida para aquele que obsta o exercício pleno do poder parental do genitor não-guardião, vez que o dano está sendo causado pelo genitor que impede a permanência do laço afetivo entre o filho e aquele que não detém a sua guarda.

A despeito de tais situações, dificuldade maior encontra-se na identificação da configuração do nexo de causalidade. Ainda que provada a culpa do genitor, face a omissão e a negligência no cumprimento de seu dever parental, e a existência de dano moral na criança, atestada por perícia psicológica, importa a comprovação de um liame que determine que o dano foi causado pela ausência e pela negligência do genitor.

A submissão da criança a análises periciais importa, assim, o estabelecimento não só do dano, mas também da sua causa, da identificação de sua origem, através de um histórico dos acontecimentos e das reações manifestadas pelo menor, a fim de apurar o real motivo do dano, evitando a aplicação de sanção injusta ao genitor.

Outro relevante pressuposto a ser considerado para a configuração do dever de indenizar na situação que ora se trata é a existência efetiva de uma relação paterno-filial em que ocorreu negligência no cumprimento dos deveres parentais, no âmbito da assistência imaterial. Não se deve conspirar como a origem da prole se deu, se na constância do matrimônio ou não, se no âmbito da união estável ou, ainda, no caso de uma relação passageira, a importância dessa situação é ínfima, haja vista que a responsabilidade do pai/mãe em relação a seus filhos independe de relacionamento matrimonial. Importa somente a existência de relação paterno-filial, seja derivada de

vínculo biológico ou de vínculo sócio-afetivo. Confirma-se tal posicionamento pela lição de Giselda Hironaka:

A existência de tal relação ultrapassa, sem dúvida, o simples contorno biológico da mesma. Não é apenas disso que se fala, uma vez que há pais biológicos que se distanciam afetivamente de seus filhos por razões alheias à sua vontade real; há, enfim, pais e relacionamentos paterno-filiais pautados pela ausência afetiva que, embora possa ter produzido danos, poderão não configurar situações sólidas de suporte à demanda (HIRONAKA, 2006).

Quando se fala em dever de indenizar, nessa situação específica, o fundamento deve consistir na dignidade da pessoa humana combinada com o saudável desenvolvimento sociopsicocultural dos filhos, considerados como elementos valorativos, nos quais irá se fundar a pretensão reparatória.

A possibilidade de interposição de demanda nesta seara encontra guarida nos já elencados direitos e deveres decorrentes do poder familiar, no afeto que permeia as relações familiares e na atual visão da despatrimonialização das relações, que estão sob a égide do princípio maior da dignidade da pessoa humana, em detrimento do autoritarismo e da perversão contidos na relação paterno-filial.

Dessa forma, o juízo, ao analisar o caso concreto, deverá buscar a realização da configuração dos elementos clássicos da responsabilidade civil sob a influência de tais paradigmas, de forma responsável e aplicada dentro da realidade em que a criança está inserida.

4.3 O reconhecimento do direito à indenização por não cumprimento do dever de assistência imaterial pelo Poder Judiciário

Justificando o estudo que ora se faz, o tema chegou à discussão no Poder Judiciário através de decisão judicial inovadora.

A primeira decisão, publicada em setembro de 2003, foi proferida pela 2^a Vara da Comarca de Capão da Canoa/RS¹⁶. Na referida ação, a filha, alegando abandono material e moral do pai, requereu indenização por danos morais e materiais na quantia de R\$ 48.000,00.

No teor da decisão proferida pelo juiz *a quo*, a rejeição do pai foi comparada à inclusão do nome de consumidor indevidamente nos cadastros de restrição ao crédito. Data vénia a fundamentação do julgador, importa mencionar que a responsabilidade civil aplicada às relações familiares não pode ser comparada à relação consumerista, face ter a afetividade e a solidariedade como elementos basilares do instituto familiar. O julgador deve, portanto, analisar tais demandas com a devida parcimônia que merecem, afastando a praticidade própria das relações de Direito do Consumidor.

Apesar da fundamentação encontrar-se aquém da real necessidade que o assunto demanda, o magistrado conferiu provimento ao pedido e condenou o pai ao pagamento do valor requerido pela demandante.

Em decisório posterior, a 7^a Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, em sede de apelação cível¹⁷ interposta contra sentença que negou provimento ao pedido formulado na inicial, reformou a decisão e condenou o pai a pagar ao filho uma indenização por danos morais, decorrente de abandono afetivo, com um *quantum* de 200 salários mínimos.

O caso é de um rompimento conjugal, no qual, embora prestasse auxílio alimentar, o pai rompeu também com a assistência imaterial em relação ao filho, que, até os seis anos de idade, convivia normalmente em família. Por inúmeras vezes, a criança tentou uma reaproximação, contudo, todas restaram infrutíferas. Assim ementou o desembargador relator do acórdão:

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

¹⁶ Processo nº 141/1030012032-0, de setembro de 2003.

¹⁷ Apelação Cível nº 408.550-5, de 01 de abril de 2004.

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.

Constata-se aqui que o pai relacionou a ruptura da relação conjugal com a extinção do dever paterno de prestação de assistência imaterial, conquanto o poder familiar não é passível de renúncia ou disponibilidade. No caso em análise, após perícia judicial comprovou-se o efetivo dano e seu liame com a ausência paterna, conforme depreende-se do seguinte trecho do julgado:

De acordo com o estudo psicológico realizado nos autos, constata-se que o afastamento entre pai e filho transformou-se em uma questão psíquica de difícil elaboração para Alexandre, interferindo nos fatores psicológicos que compõem sua própria identidade.

...

Assim, ao meu entendimento, encontra-se configurado o dano sofrido pelo autor, em relação a sua dignidade, a conduta ilícita praticada pelo réu, ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio e educação, a fim de, através da afetividade, formar laço paternal com seu filho, e o nexo causal entre ambos.

O pai, então, interpôs Recurso Especial junto ao Superior Tribunal de Justiça, que conferiu provimento ao recurso especial e reformou a decisão da segunda instância não reconhecendo direito à indenização. Entendeu o Ministro-relator que a punição para o descumprimento do dever de prestação imaterial deverá ser da ordem do Direito de Família, justificando, para tanto, a perda do poder familiar imputada ao pai que deu causa ao dano. Manifestou-se, assim, o insígne Ministro:

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, 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 afetivo¹⁸.

Questiona-se, contudo, se o pai que descumpre seu mister decorrente do poder familiar terá, com a determinação da perda de tal poder, o devido abalo com o caráter punitivo desta aplicação.

Ora, a perda do poder familiar poderia ser vista como punição para aquele que efetivamente a exerce e não para quem deliberadamente deixou de exercê-lo. Ao contrário, no caso, a desconstituição do poder familiar pode ser vista até mesmo como uma benesse, haja vista que o dever de convivência, guarda e cuidado deixa de existir. O judiciário estaria, dessa forma, liberando o pai-ofensor da obrigação legal de exercício do poder familiar.

Nesse sentido, o caráter punitivo da determinação judicial esvai-se. Ressalte-se, ainda, que se o filho já tiver atingido a maioridade, quando da publicação da decisão, o pai já não mais detém o poder familiar, face sua extinção determinada pela maioridade.

Oportuno lembrar que o instituto da perda do poder familiar foi criado para fins de proteção àqueles que estão submetidos a ele e que se encontram em situações de risco geradas pelos próprios pais. Não há, na seara da destituição do poder familiar, qualquer caráter punitivo para os pais omissos em seus deveres.

Apesar de vencido o voto do Ministro Barros Monteiro, importa mencioná-lo em virtude de sua análise, embora sucinta e objetiva, mas perfeitamente coerente com o caso concreto. O referido Ministro identificou, na situação tratada, todos os elementos presentes no ato ilícito e concluiu, por consequência, a existência do dever de indenizar. Mencionou, ainda, que apesar de pertencer ao Direito de Família, a destituição do poder familiar em nada interfere na indenização por dano moral. Extrai-se trecho do voto vencido elaborado pelo Min. Barros Monteiro:

O Tribunal de Alçada de Minas Gerais condenou o réu a pagar 44 mil reais por entender configurado nos autos o dano sofrido pelo autor em sua dignidade, bem como por reconhecer a conduta ilícita do genitor ao deixar de cumprir seu

¹⁸ RESP 757411/MG, Quarta Turma, Relator Min. Fernando Gonçalves, D.J. 29/11/2005

dever familiar de convívio e afeto com o filho, deixando assim de preservar os laços da paternidade. Esses fatos são incontrovertíveis. Penso que daí decorre uma conduta ilícita da parte do genitor que, ao lado do dever de assistência material, tem o dever de dar assistência moral ao filho, de conviver com ele, de acompanhá-lo e de dar-lhe o necessário afeto.

...

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 anterior e no atual¹⁹.

Relevante afirmar novamente que tal posicionamento foi voto vencido. Necessária, portanto, crítica a tal decisão do Superior Tribunal de Justiça. Como já foi dito anteriormente, os valores da sociedade mudaram, os valores patriarcais tradicionais estão em declínio, enquanto a dignidade e o afeto subiram ao topo do ordenamento jurídico, regendo as relações sociais e, especialmente, as relações familiares. A garantia de proteção aos institutos que hoje regem as relações familiares deve ser prioridade para os aplicadores do Direito, a fim de atender a todos os anseios da sociedade atual.

Outra decisão, desta vez reconhecendo a possibilidade compensatória da dor moral decorrente do descumprimento do dever de assistência imaterial, foi proferida pelo juiz de direito da 31ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo nos autos do processo nº 01.36747-0. O magistrado julgou procedente a ação e condenou o pai ao pagamento do valor de R\$ 50.000,00 como forma de indenização pelos danos morais sofridos pela filha e para custeio de tratamento psicológico. Segue abaixo parte da sentença:

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

Em julho de 2004, a 4ª Câmara Cível do Tribunal do Rio de Janeiro teve a oportunidade de manifestar-se sobre o tema. O acórdão negou provimento ao recurso interposto a fim de modificar a sentença que extinguiu o processo sem exame de mérito.

¹⁹ RESP 757411/MG, Quarta Turma, Relator Min. Fernando Gonçalves, D.J. 29/11/2005.

O caso era de filha que alegava dano moral pela falta de afeto por parte do pai, requerendo, por isso, a devida indenização.

Agiu corretamente o tribunal em tal decisão, pois, no caso em questão a filha, além da ação indenizatória, havia proposto ação de investigação de paternidade que foi julgada procedente. Não carece, portanto, de indenização por descumprimento do dever de assistência imaterial na situação de desconhecimento da existência de filiação.

Ficou clara nesta lide a intenção da demandante em obter vantagem patrimonial de maneira fácil. Evitou, assim, incentivo à indústria do dano moral, tão temida pelos atuais magistrados, que padece de um aumento exorbitante no número de processos alegando dano moral nas situações mais improváveis e corriqueiras, tudo como forma de obtenção de dinheiro fácil. Nesse sentido é a crítica de Alexandre Morais da Rosa:

Os exemplos se diversificam: Pais demandam indenização moral porque não podem ver os filhos; filhos querem indenização moral porque os pais não os querem ver. Maridos e mulheres que se separam e exigem dano moral pela destruição de outro sonho feliz-de-cidade. Demandas postas, acolhidas/rejeitadas, e trocadas por dinheiro, cuja função simbólica é sabida: pago para que não nos relacionemos. (ROSA, 2008, p. 92)

Diante de tal análise, vê-se que a responsabilidade decorrente do descumprimento do dever de prestação imaterial está inserida em um ambiente de revisão e de ampliação da responsabilidade civil aplicada aos danos provenientes da relação familiar nos dias atuais, advindos da omissão na prestação da solidariedade, do cuidado, do amparo e da convivência.

O alcance de maior eficácia na reparação de tais danos extrapatrimoniais poderá ocorrer com a conscientização e a flexibilização dos magistrados na aplicação do Direito, pois questiona-se: porque restringir o caráter reparatório, em caso de dano na relação familiar, para os institutos presentes somente no Direito de Família se a própria legislação constitucional prevê uma forma mais eficaz de coibir tal abuso do direito?

Explica Paulo Luiz Netto Lôbo que:

O desafio que se coloca aos juristas, principalmente aos que lidam com o direito de família, é a capacidade de ver a pessoa em toda a sua dimensão ontológica, a ela subordinando as considerações de caráter biológico ou patrimonial. Impõe-se a materialização dos sujeitos de direitos, que são mais que apenas titulares de bens. A restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito à realidade social e aos fundamentos constitucionais. (LÔBO NETTO, 2003, p. 141)

Não se pode simplesmente fechar os olhos para a gravidade do assunto. Importa, sim, a reciclagem e a atualização dos aplicadores do Direito conforme as atuais necessidades da sociedade, a fim de contribuir para a consecução do principal objetivo do ordenamento jurídico: solucionar os conflitos da sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do exposto, conclui-se pela possibilidade de indenização pelo dano extrapatrimonial decorrente do descumprimento do dever de prestação imaterial dentro da relação paterno-filial, em virtude do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana aliado ao princípio da solidariedade na relação familiar.

Isso significa que no exercício das funções parentais, os pais devem garantir aos filhos, além do dever material de prestação alimentícia, o dever imaterial, relacionado com a criação, o carinho e o afeto, como forma de assegurar o sadio desenvolvimento da personalidade da pessoa em formação.

Assim, o descumprimento dos deveres decorrentes do poder familiar, como o abandono emocional do pai para com o filho, viola preceitos legais.

A indenização têm por escopo a função punitiva-compensatória-pedagógica, não podendo, neste âmbito, ser substituída por outra forma de sanção que não possua este tripé como objetivo.

Entretanto, a jurisprudência deve agir com a devida parcimônia, sob pena de gerar a monetarização das relações afetivas e banalizar a referida indenização, utilizando para tanto todos os meios possíveis, através de perícias, de entrevistas dos pais e da criança com profissionais especializados, de depoimentos testemunhais.

A possibilidade de desvirtuamento não deve ofuscar o verdadeiro papel dos magistrados: de agentes transformadores e oportunizadores da adequação do ordenamento jurídico ao caso concreto que a sociedade vivencia.

Dessa forma, a ação de indenização por descumprimento do dever de assistência imaterial não deve se transformar em palco de disputa de vaidades, nem como forma de vingança ou, nem mesmo, como fonte de lucro. Deve, sim, ser considerada como instrumento de grande importância para a efetivação de um Direito de Família mais adequado à realidade e aos valores atuais da sociedade.

REFERÊNCIAS

- ANDOLFI, Maurizio et al. **Por trás da máscara familiar:** um novo enfoque em terapia da família. Trad. Maria Cristina R. Goulart. Porto Alegre: Artes Médicas, 1984.
- ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto de. **Aspectos da Paternidade no Novo Código Civil.** São Paulo: Saraiva, 2004.
- BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo.** Trad. Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.
- BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **O pátrio poder:** regime jurídico atual. Revista dos Tribunais, vol. 676. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- BOFF, Leonardo. **São José:** a personificação do pai. Campinas: Véus, 2005.
- BONAVIDES, Paulo *apud* DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 4 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano moral no Direito de Família.** São Paulo: Método, 2006.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>.
- CAHALI, Yussef Said. **Dano e indenização.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de Direito da Família e das Sucessões.** 2^a ed., Coimbra: Almedina, 1997.
- CASTRO, Leonardo. **Precedente perigoso.** O preço do abandono afetivo. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1607, 25 nov. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10696>>. Acesso em: 21 ago. 2010.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga:** Estudo sobre o culto, o direito e instituições da Grécia e de Roma. Trad. Fernando de Aguiar. vol 1. 9^a ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1957.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988.** vol. 2, 1991.
- CZAJKOWSKI, Rainer. **União Livre.** Curitiba: Juruá, 1997.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil.** vol. 1, 10^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil.** vol. 2, 4^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1962.

DIAS, Maria Berenice. **A ética do afeto.** Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 668, 4 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6668>>. Acesso em: 02 out. 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** vol. 5, 22^a ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** vol. 7, 17^a ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena apud PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família.** Curitiba: UFPR, 2004.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade e do Estado.** Trad. Abgnar Bastos. 14^a ed. Rio de Janeiro: Calvino, 1944. Título original: Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: Relação biológica e afetiva.** Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos de Direito de Família.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FREYRE, Gilberto. **Casa Grande e Senzala:** Formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 51^a ed. rev. São Paulo: Global, 2006.

FRIZZO, Giana Bitencourt et al . O conceito de coparentalidade e suas implicações para a pesquisa e para a clínica. **Revista brasileira de crescimento e desenvolvimento humano,** São Paulo, v. 15, n. 3, 2005. Disponível em <http://pepsic.homolog.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010412822005000300010&lng=es&nrm=iso>. Acesso em 07 out 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil.** vol. 3, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. **Direito de Família.** Rio de Janeiro: Forense, 1998.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material. **Repertório de Jurisprudência IOB**. São Paulo, v. 3, n. 18, p. 582, 2. quinz. set. 2006.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil na relação paterno-filial. **Família e cidadania: Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. 10^a ed., São Paulo: Atlas, 2009.

KANT, Immanuel. **Fundamentação Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Quintela, Lisboa: Edições 70, 1986.

LÔBO NETTO, Paulo Luiz. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: Uma distinção necessária, *in Revista de Direito de Família*, nº 19, Porto Alegre: Síntese, agosto/setembro, 2003.

LÔBO NETTO, Paulo Luiz. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do numerus clausus. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 53, jan 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em 21 ago. 2010.

LÔBO NETTO, Paulo Luiz. Princípio da solidariedade familiar. In: **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões** (Edição de Lançamento), Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2007.

LÔBO NETTO, Paulo Luiz. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **A família na travessia do milênio**. Belo Horizonte: IBDFAM – OAB/MG: Del Rey. 2000.

LÔBO NETTO, Paulo Luiz. Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre, n. 5, ago/set, 2008.

LOPES, Renan Kfuri. **Panorama da responsabilidade civil**. Adv. Advocacia Dinâmica: Seleções Jurídicas. São Paulo: COAD, nov. 2006.

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

MADALENO, Rolf. O preço do afeto. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **A ética da convivência familiar**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. A família na Constituição Federal de 1988 – Uma instituição plural e atenta aos direitos de personalidade. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 13, p. 119-132, 2008.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. vol. 7, Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

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

MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Solidariedade. In: **Os princípios da Constituição de 1988**, org. Manoel Messias Peixinho, Isabella Franco Guerra e Firly Nascimento Filho, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. vol. 1, 4 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1974.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. vol. 5. 17^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 8^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

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

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União Estável**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

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

PEREIRA, Tânia da Silva. **Estatuto da Criança e do Adolescente: estudos sociojurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERLINGIERI, Pietro apud SEREJO, Lourival. **Direito constitucional de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

RIBEIRO, Maria Salete. **A questão da família na atualidade**. Florianópolis: IOESC, 1999.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 4^a ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROSA, Alexandre Morais da. Mercando a dor no Poder Judiciário: a questão do dano moral pelo “Abandono Afetivo”. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). **Direito e Psicanálise**: Interseções a partir de “O Mercador de Veneza”, de William Shakespeare, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

ROSO, Jayme Vita. **Colocando o "I" no pingo... E Outras Idéias Jurídicas e Sociais**. São Paulo: RG Editores, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2010.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil**. 4^a ed., v. 5, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Luiz Mônaco da. **A família substituta no Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 1995.

SOARES, Orlando. **Responsabilidade Civil no Direito brasileiro**. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2 ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. vol. 6. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2005.