

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL**

MARCELA AVILA AYOUB

**RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL EM CASO DE PAIS AFETIVAMENTE
AUSENTES: violação do dever de criação e educação infantil**

**Porto Alegre
2018**

MARCELA AVILA AYOUB

**RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL EM CASOS DE PAIS AFETIVAMENTE
AUSENTES: violação do dever de criação e educação infantil**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para a obtenção de grau de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Maria Cláudia Mércio Cachapuz

PORTO ALEGRE
2018

MARCELA AVILA AYOUB

**RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL EM CASOS DE PAIS AFETIVAMENTE
AUSENTES: violação do dever de criação e educação infantil**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para a obtenção de grau de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovado em: _____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA:

Professora Dra. Maria Cláudia Mércio Cachapuz (Orientadora)
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professora Dra. Simone Tassinari Cardoso
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Dr. Fabiano Koff Coulon
Universidade do Vale dos Sinos

*“São poucos os que têm o coração bastante firme
para amar sem receber alguma coisa em troca”*

(Jane Austen)

RESUMO:

O presente trabalho tem como finalidade demonstrar a possibilidade jurídica de responsabilização civil nos casos em que se constatar a violação parental da obrigação de criação infantil, sendo tal obrigação decorrente do direito ao afeto. Para tanto, a pesquisa se embasa no poder-dever parental de criação e educação, bem como no direito à convivência familiar e direitos da personalidade garantidos à criança. Apresenta, por fim, um estudo jurisprudencial e doutrinário sobre o tema, o qual assevera os requisitos que permitiriam a aplicação prática da reparação civil de danos causados pelos pais, em razão do ato ilícito de abandono afetivo infantil.

Palavras-chave: Abandono afetivo. Dever parental de criação e educação. Direito à convivência familiar. Responsabilização civil.

ABSTRACT:

The present paper has as a goal the demonstration of civil liability's legal possibility in the cases involving the parental violation of the obligation to children's rearing, obligation given to parents due to the children's right to affection. Thus, the research is based on the parental power-duty of rearing and education, as well as in children's right to acquaintanceship and rights of personality. It presents, at last, a jurisprudential and doctrinal study on the subject, which demonstrates the requirements that would allow the practical application of the civil reparation of damages caused by the parents, due to the illicit act of affective neglect of children.

Key-words: Affective neglect. Power-duty of rearing and education. Right to familial acquaintanceship. Civil liability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 PRINCÍPIOS GERAIS.....	10
1.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA	10
1.2 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE	11
1.3 PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL	13
2 RESPONSABILIZAÇÃO NO DIREITO CIVIL	14
2.1 FUNÇÕES	14
2.2 ESPÉCIES.....	15
3 RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL	17
3.1 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA	19
3.1.1 Conduta culposa.....	19
3.1.2 Dano	20
3.1.3 Nexo causal	24
4 DOS DIREITOS INERENTES À INFÂNCIA.....	26
4.1 PERSPECTIVA INTERNACIONAL	26
4.2 PERSPECTIVA NACIONAL.....	31
5 DOS DIREITOS E DEVERES FAMILIARES	36
5.1 PODER FAMILIAR.....	36
5.2 DIREITO AO AFETO	38
5.2.1 Convivência versus afeto.....	39
5.2.2 Alimentos versus afeto.....	40
6 REQUISITOS PARA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL	43
6.1 VIABILIDADE DA RESPONSABILIZAÇÃO	43
6.2 MENSURAÇÃO DE DANOS.....	45
6.3 COMPROVAÇÃO DE DANOS	47
6.4 INDENIZAÇÃO	49
7 EXCLUSÃO E ATENUANTES DA CULPA.....	51
7.1 ALIENAÇÃO PARENTAL.....	51
7.2 DESCONHECIMENTO DA PATERNIDADE	53
8 PERDA DO PODER FAMILIAR	56
9 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO	58

9.1	TEORIA ACTIO NATA.....	59
10	ANÁLISE DO PL 3212/2015:	62
	CONCLUSÃO.....	64
	REFERÊNCIAS	66

INTRODUÇÃO

O presente trabalho irá demonstrar a possibilidade jurídica de responsabilização civil frente aos danos extramatrimoniais causados pelo abandono afetivo parental de jovens em sua fase de maturação psicossocial. Com essa finalidade, foi realizada pesquisa doutrinária e jurisprudencial a respeito do tema. Se trouxe, ainda, uma análise das normas nacionais e internacionais, bem como dos princípios gerais que regem os direitos infantis, os quais darão embasamento para estudo aqui em questão.

As perguntas que se responderão ao longo dessa monografia, portanto, serão: há um direito ao afeto, legalmente previsto e de titularidade da criança, o qual ensejaria o correlato dever parental de criação infantil amorosa? Ainda, uma vez violado esse direito, o instituto da responsabilização civil seria o ideal para solucionar a questão?

Dessa forma, a pesquisa em debate objetiva asseverar, para além dos referidos deveres parentais e direitos infantis, os eventuais requisitos necessários para configurar a violação da obrigação de criação infantil, a qual caracterizaria ato ilícito de negligência afetiva causadora de danos na esfera de direitos extrapatrimoniais da criança, assim ensejando os pressupostos da responsabilização civil subjetiva.

A importância de um estudo jurisprudencial e doutrinário a respeito da negligência afetiva parental é evidente para o direito nacional, vez que o abandono afetivo parental é extremamente comum no país. De forma geral, é considerado, se não aceitável, bastante frequente a negligência afetiva de pais com seus filhos. Há o entendimento social, de fato, que os deveres dos genitores se resumem apenas àqueles de garantia do desenvolvimento fisiológico infantil, representados, especialmente, pelo direito aos alimentos garantidos à criança. Essa compreensão parece atingir, mais especialmente, o lado familiar paterno, se perpetuando o entendimento clássico pelo qual o dever do pai é, exclusivamente, prover monetariamente a família, relegando a criação e educação dos filhos ao lado materno; como exemplo dessa compreensão cultural, traz-se a informação que 11,6 milhões das famílias brasileiras, em 2015, eram compostas apenas pelas mães¹.

Apesar da habitualidade da referida conduta, atualmente não se apresenta qualquer tipo de repressão ao comportamento danoso parental ou compensação da criança afetada nos casos de negligência afetiva. Isso ocorre tanto em razão de falta de lei específica regulando o tema,

¹ Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/em-10-anos-brasil-ganha-mais-de-1-milhao-de-familias-formadas-por-maes-solteiras.ghtml>>. Acesso em: 25/06/2018.

quanto da consciência social de que a família, como instituição privada, seria intocável pelo Estado, à menos que em casos limítrofes de violência evidente. Contudo, é necessário modificar essa compreensão, vez que os danos causados pelo abandono da pessoa a quem o jovem busca, primariamente, a proteção e afeto, acarretam nas mais diversas cicatrizes psicológicas que perduram ao longo da vida adulta e, no mais das vezes, são irreversíveis. Portanto, a interpretação das normas vigentes, nacionais e internacionais, deve ser a fim de garantir verdadeiramente os direitos infantis. Por outro lado, uma vez configurado o dano, qual seja, uma vez configurado o abandono afetivo, é dever do judiciário compensar à vítima, além de assegurar a repressão da conduta danosa, através da responsabilização civil do genitor culpado da lesão.

Dessa forma, buscar-se-á demonstrar, ao longo desse trabalho, quais as normas das quais o direito ao afeto poderá ser inferido, bem como as consequências jurídicas que a violação de tal direito poderá vir a incorrer na vida do ofensor.

1 PRINCÍPIOS GERAIS

O Direito pode ser entendido como ordenação imperativa, atributiva e coercível da conduta humana, como forma de assegurar valores necessários à regulação da vida em sociedade². Isso significa dizer que o ordenamento, de modo geral, busca regular a conduta humana, através da criação de regras e princípios, a fim de garantir a funcionalidade social. As regras determinam, de forma específica, condutas que se deseja impor à parte – sejam essas de ação ou omissão. Por outro lado, os princípios regulam a conduta humana de forma mais geral, ou seja, buscam guiar condutas através de um juízo de valores. Dessa forma, conforme expõe Maria Berenice Dias, os princípios “consagram valores generalizantes e servem para balizar todas as regras, as quais não podem afrontar as diretrizes contidas nos princípios”³.

Em razão da abrangência dessas diretrizes, se entende que a desatenção a um princípio implica em uma violação mais grave do que a desatenção a uma mera norma jurídica, exatamente em razão da valoração universal que se dá a esses institutos.

Especificamente no âmbito da responsabilização civil, existem três princípios centrais que dão base a todo o instrumento, sendo de basilar importância para sua compreensão. São eles: os princípios da dignidade humana, da solidariedade e da reparação integral. A seguir, iremos examinar um a um.

1.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

A dignidade humana é um princípio constitucional e, portanto, considerado um valor fundamental do qual todos os demais princípios seriam decorrentes. Sua concepção inclui três pressupostos mínimos: (1) valor intrínseco do ser humano, (2) autonomia de vontade e (3) valor comunitário. O valor intrínseco diz respeito à própria natureza do ser, qual seja, o que faz as pessoas se entenderem como tal e buscarem sua individualidade no mundo. Por sua vez, a autonomia diz respeito à capacidade da pessoa tomar decisões por conta própria, usando de suas valorações morais para fazer escolhas que afetarão sua vida e a vida de outros. Finalmente, o

² GARCIA, Gustavo F. B. Introdução ao Estudo do Direito: teoria geral do direito. 3ª ed. Elsevier/Método, 2015, p. 1.

³ DIAS, Maria B. Manual de Direito das Famílias. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 58.

valor comunitário diz respeito às normas criadas pela sociedade, com base em padrões civilizatórios da época – esse último, portanto, limitando a autonomia⁴.

Para Farias⁵, a dignidade humana, como valor moral inerente que guia às ações da sociedade, teria uma dupla função: promocional e protetiva. No primeiro caso, o princípio busca garantir ao tutelado um tratamento justo e não-degradante de seu caráter; no segundo, busca viabilizar condições de vida para que a pessoa adquira liberdade para projetar sua existência em um ambiente livre de lesões.

Soares⁶, por sua vez, determina que a dignidade é um valor intrínseco ao ser humano, constituindo o núcleo de sua integridade moral. Assim, esse princípio seria o fundamento da própria existência humana, devendo ser respeitado pela sociedade para fins de garantia da integridade psicofísica do ser. Dessa forma:

É justamente porque a identidade da pessoa humana possui elementos que constituem uma teia múltipla, constituídos, principalmente, por características espirituais, psicológicas, culturais [...] etc., que as manifestações decorrentes dos elementos que constituem a pessoa devem ser objeto de proteção pelo direito. (SOARES, 2009, p. 54)

Note-se, finalmente, que, por proteger o ser humano em sua esfera mais íntima – qual seja, sua própria existência digna – esse princípio é especialmente importante nos casos em que se discutem danos morais.

Entende Cavalieri⁷ que a Constituição, ao reconhecer a dignidade como princípio constitucional, também garantiu maior dimensão e nova feição aos danos extrapatrimoniais, vez que esses buscariam, exatamente, proteger a dignidade humana, a base de todos os valores morais e essência dos direitos de personalidade. Contudo, Farias⁸ ressalva que, apesar de a personalidade humana não ser reduzida apenas a sua esfera patrimonial, os danos morais não podem ser resumidos apenas como ofensa à dignidade, pois tal entendimento poderia resultar em uma forma demasiada abstrata que protegeria, ao mesmo tempo, tudo e nada.

1.2 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

⁴ BARROSO, Luís R. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 274-277.

⁵ FARIAS, Cristiano C; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe P. B. Curso de Direito Civil: responsabilidade civil: 2ª ed. São Paulo: Atlas S.A.: 2015, p. 12.

⁶ SOARES, Flaviana R. Responsabilidade Civil por Dano Existencial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 54.

⁷ CAVALIERI, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil: 8ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 2009, p. 80.

⁸ FARIAS, ibidem, 2015, p. 264.

A solidariedade nasceu como um contraponto ao excessivo individualismo clássico, fruto da época iluminista, a qual colocava o homem como um ser que bastava em si mesmo⁹. Em seu sentido coloquial, portanto, solidariedade representa “sentimento de amor ou compaixão pelos necessitados ou injustiçados, que impele o indivíduo a prestar-lhes ajuda moral ou material”¹⁰.

Por outro lado, em uma concepção jurídica, temos que o princípio da solidariedade busca suprir as necessidades sociais em geral – ou seja, garantir o bem comum. Sobre o tema, Soares¹¹ aponta que as escolhas do direito positivo contemporâneo devem priorizar as condutas humanas que visam ao bem-estar social, porquanto a existência digna determina não apenas que ajamos a fim de evitar causar danos a outrem, mas sim que promovamos o favorecimento de todos, tanto quanto possível.

O princípio da solidariedade está disposto na Constituição Federal (art. 3º, I, CF/88), a através da priorização da construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Dessa forma, a magna carta deu ênfase especial à ideia de bem-estar social e convivência pacífica, sendo a solidariedade convertida, ao mesmo tempo, em finalidade e vetor interpretativo das normas jurídicas.

Este princípio é particularmente importante nos casos que envolvam “justiça social”, ou seja, nos casos que envolvam a repartição de certos prejuízos, homogeneamente, entre todos os cidadãos da sociedade, a fim de promover a existência digna de um dado estrato social menos favorecido. À exemplo dessa justiça social, Maria Berenice Dias¹² cita a existência do princípio da solidariedade familiar, pela qual os pais ficam obrigados a criar e educar os filhos, e cuja não observância ensejaria o abandono moral.

Assim, na responsabilização civil, a solidariedade passa a ser vista como um princípio fundamental de corresponsabilidade, onde o foco seria deslocado da sanção ao ofensor (qual seja, sua punição) para a tutela do ofendido (qual seja, sua reparação). Dessa forma, dispõe Farias¹³ que, “ao invés de buscar um culpado pela prática de um ilícito danoso – avaliando-se a moral de sua conduta –, quer-se encontrar um responsável pela reparação de danos injustos”.

⁹ BACHUR, João P. Individualismo, Liberalismo e Filosofia da História. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n66/29088.pdf>>. Acesso em: 06/06/2018.

¹⁰ Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/solidariedade/>>. Acesso em: 06/06/2018.

¹¹ SOARES, ibidem, 2009, p. 56.

¹² DIAS, ibidem, 2011, p. 461.

¹³ FARIAS, ibidem, 2015, p. 18.

1.3 PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL

O princípio da reparação integral, também denominado princípio da *restitutio in integrum*, é central à responsabilização civil contemporânea. Por ele, será dever do ofensor reparar integralmente a lesão causada à vítima, transferindo para seu patrimônio as consequências lesivas do ato e transportando a outra parte, tanto quanto possível, à situação fática que detinha antes da ação que causou o dano¹⁴.

A reparação integral, como princípio que rege a responsabilidade civil, está disposta no Código Civil de 2002, em seu art. 944, o qual determina que a indenização será medida pela extensão do dano. Dessa forma, Cavalieri¹⁵ ensina que, vez que o dano causado pelo ato resultou no desequilíbrio jurídico-econômico entre as partes, se faria necessário reestabelecer esse equilíbrio, recolocando o prejudicado ao *status quo ante*, ou seja, garantindo que a vítima regresse ao momento anterior à lesão.

Nesse sentido, esse princípio limita o ressarcimento até a lesão causada, sob pena de se tornar enriquecimento sem causa da vítima, vez que aqui se busca reparar unicamente o dano, e não punir aquele que o causou.

Ao tratarmos, contudo, dos danos morais, evidente a dificuldade de definição do limite da lesão e, portanto, a determinação do que deverá ser reparado. Diniz¹⁶ frisa que, no âmbito dos danos morais, não se fala em ressarcir o sofrimento causado pela conduta lesiva, mas sim em satisfazer ou compensar a vítima frente aos danos sofridos. Portanto, se verá mais adiante, a técnica do arbitramento judicial ganhará mais destaque para fins de valoração da reparação especificamente nos casos de danos extrapatrimoniais.

¹⁴ FARIAS, ibidem, 2015, p. 22.

¹⁵ CAVALIERI, ibidem, 2009, p. 13.

¹⁶ DINIZ, Maria H. Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 97.

2 RESPONSABILIZAÇÃO NO DIREITO CIVIL

2.1 FUNÇÕES

De forma geral, entende-se que as normas legais buscam, ao mesmo tempo: a repressão e prevenção de dadas condutas, a criação de poderes e a distribuição de bens¹⁷. No âmbito da responsabilidade civil, entretanto, lidamos unicamente com as consequências da inobservância dos agentes quanto às regras de repressão e prevenção; nesse sentido, busca-se remediar o dano que foi causado pela parte que agiu contra o disposto no ordenamento, adotando a conduta que esse desejava evitar.

Assim, temos que a função reparatória é a mais clássica da responsabilização civil. Nasce do princípio da reparação integral, como já visto. Aqui, não se busca fazer juízos de valores quanto à ação lesiva do agente; busca-se, apenas, reparar ao dano que foi causado em razão da ação. Portanto, a função reparatória se apresenta em uma concepção neutra de valores, e objetiva quanto à sua proposta – simplesmente reaver o que foi perdido dos direitos da vítima.

Mazzamuto¹⁸ (apud FARIAS, 2015, p. 39) determina que a função reparatória poderá se dar por três formas de tutela, sendo elas: (1) tutela restitutória, pela qual se busca retornar o titular para as condições anteriores à lesão, (2) tutela ressarcitória, pela qual se busca compensar monetariamente o tutelado pelo prejuízo sofrido e (3) tutela satisfativa, pela qual se busca a satisfação *in natura* de uma obrigação que restou inadimplida ou defeituosamente adimplida. Note-se que, de forma geral, buscará o magistrado aplicar a tutela restitutória, vez que essa se prestaria a reverter os efeitos do dano de forma mais eficiente; as tutelas ressarcitória e satisfativas, por outro lado, serão aplicadas nos casos em que não há como restituir o bem jurídico lesionado. Assim, se meu carro sofre danos frente à conduta de terceiros, meu desejo será de reaver o bem em sua forma original; contudo, se houve perda total, esse desejo restará frustrado e me será devido, ao invés, um veículo novo ou seu equivalente em dinheiro.

Por outro lado, temos a menos debatida função punitiva da responsabilidade civil, a qual teria como finalidade garantir, para além da reparação do dano, a repressão da conduta do agente que causou uma lesão aos direitos da parte. Nesse sentido, dispõe Farias:

Não é possível reduzir a função da responsabilidade civil somente à finalidade reparatória, sobretudo através de diversos critérios de imputação de danos. A responsabilidade civil, comenta Facci, desenvolve uma função de instrumento de

¹⁷ FARIAS, ibidem, 2015, p. 37.

¹⁸ MAZZAMUTO, Salvatore; CASTRONOVO, Carlo. Manuale di diritto privato europeo, II, p. 766-780.

controle social e difuso no confronto de atividades potencialmente lesivas (FARIAS, 2015, p. 45).

Diniz¹⁹, por sua vez, entende que a função punitiva tem como papel representar sanção, qual seja, medida legal que poderá vir a ser imposta a fim de incutir respeito e garantir a aplicação do ordenamento jurídico. Assim, aponta a autora que a responsabilização se constituiria sanção civil, por decorrer de infração à norma de direito privado, mas sua natureza seria compensatória, por abranger a reparação do dano causado à vítima.

Dessa forma, a responsabilização civil, em sua função punitiva, buscaria desencorajar determinados atos (quais sejam, os atos que causaram danos à outra parte e deram ensejo à responsabilização), a fim de prevenir a mesma conduta no futuro – seja por parte do próprio agente, seja por parte da sociedade no geral.

Assim, é de se entender que a principal função da responsabilidade civil é a de reparar ao dano que foi causado à vítima, sendo que haveria ainda a função de punir a conduta lesiva e prevenir a reincidência futura.

2.2 ESPÉCIES

A responsabilidade do agente advém, de forma geral, da inadimplência de uma obrigação a qual causou danos à outra parte. Contudo, as fontes obrigacionais são das mais diversas – podem advir da vontade das partes, de leis específicas ou até mesmo de princípios gerais. Essas fontes, portanto, irão determinar qual será o instituto adequado a reparar os danos frente à inadimplência da obrigação.

Quando falamos de inadimplência de obrigação derivada de cláusula contratual por fato imputável ao devedor, estamos diante da responsabilidade negocial. As cláusulas contratuais representam a lei entre as partes, devendo serem sempre observadas nos termos acordados – salvo nos casos de mútua decisão ou, mais excepcionalmente, de decisão judicial para afastar os efeitos contratuais em razão de vício (e.g. cláusula nula).

A responsabilidade negocial possui requisitos e sanções específicas para sua modalidade e que divergem daqueles da típica responsabilização extracontratual. Nos moldes dessa, a responsabilidade contratual também possui três requisitos para sua formação: (1) obrigação violada, (2) nexo de causalidade entre o fato e o dano produzido e (3) culpa do devedor na

¹⁹ DINIZ, ibidem, 2009, p. 8.

inadimplência²⁰. Por outro lado, como exemplo das diferenças entre as espécies, se cita a possibilidade de estabelecer previamente, em contrato, a liquidação de eventuais perdas e danos – o que não ocorre na responsabilização extracontratual, na qual a indenização é fixada pelo juízo²¹.

Diversamente, há responsabilidade extracontratual quando a conduta danosa ocorreu frente ao descumprimento de um dever jurídico geral de não causar danos ou, ainda, da inobservância de norma jurídica; aqui, portanto, o agente ofende moral ou patrimonialmente a vítima, sem que essas ofensas tenham como causa obrigação oriundas de relação contratual²². Dessa forma, a responsabilidade extracontratual se configura nos casos em que inexistir, entre o ofensor e a vítima, qualquer relação jurídica prévia fruto de vínculo contratual, nascendo, ao invés, da inadimplência de um preceito legal genérico (dever de cuidado) ou determinado (norma jurídica).

Ao longo deste trabalho, será abordada a responsabilidade em sua modalidade extracontratual, qual seja, frente à inadimplência de dever jurídico fruto de normas legais e de um preceito genérico de não causar danos.

²⁰ Quando não há culpa do devedor na inadimplência ou mora da obrigação, se entende configurada força maior ou caso fortuito, ambos os quais configuram hipótese de cessação da obrigação sem que tenha havido pagamento. (DINIZ, 2009, p. 246).

²¹ FARIAS, *ibidem*, 2015, p. 63.

²² FARIAS, *ibidem*, 2015, p. 60.

3 RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL

A responsabilização civil é um instituto jurídico que busca, dentre outras coisas, reparar lesões perpetuadas pela ação de uma pessoa contra outra. Contudo, nem toda ação ensejará responsabilização e, por outro lado, nem sempre haverá ação para que seja devida a reparação.

Entende-se que, de forma geral, a responsabilização se inicia com a existência de um dever jurídico, qual seja, uma “conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência social”²³. Adentra-se, assim, no terreno das normas gerais que, a fim de protegerem bens jurídicos, determinam deveres de fazer ou não fazer. Caso a conduta imposta não seja respeitada, isto é, caso a parte voluntariamente aja ou deixe de agir conforme determinou a legislação, estaríamos diante de um ato ilícito que poderá ser fato gerador da responsabilidade civil. Dessa forma, regressasse à concepção kelsiana pela qual:

O direito [...] é uma ordem que aponta a cada membro da comunidade os seus deveres e, portanto, a sua posição na comunidade, por meio de uma técnica específica, mediante um ato de coerção, uma sanção dirigida contra o membro da sociedade que falte ao dever. (CAMARA, 1949, online)²⁴

Não obstante, é importante frisar a existência de uma discussão doutrinária a respeito da classificação desses atos ilícitos. Toda ação, assim entendida como omissiva ou comissiva, que tenha como base conduta culposa que deu causa a lesão de direito de outrem, configurará um ato ilícito – assim dispõe o art. 186 do Código Civil. Portanto, na lição de Diniz²⁵, o ato ilícito é aquele praticado culposamente em desacordo com norma jurídica destinada a proteger interesses alheios. Assim, o ilícito civil possuiria duplo juízo de valores: de um lado, sua antijuricidade (a conduta contrária ao disposto pelo direito) e, de outro, sua imputabilidade (o sujeito capaz de compreender a ilicitude de sua conduta)²⁶.

Contudo, na seara da responsabilidade extracontratual, nem sempre haverá ato ilícito anterior, ainda que a obrigação de reparar subsista. Isso ocorre devido a existência de duas formas de responsabilização civil, a saber: a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva, sendo que a última nem sempre envolverá a culpa do agente na ação que causou o dano – casos nos quais não se falará em ato ilícito. Explica-se.

A responsabilidade objetiva nasce em contraponto à teoria da culpa, a qual imperava soberana no instituto da responsabilização civil. Essa modalidade da responsabilização busca oferecer uma solução satisfatória aos casos de lesões cujo agente responsável não pode ser

²³ CAVALIERI, *ibidem*, 2009, p. 1.

²⁴ CAMARA, Sette. Hans Kelsen e a Teoria Pura do Direito Internacional. 1949. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/487/456>>. Acesso em: 15/06/2018.

²⁵ DINIZ, *ibidem*, 2009, p. 41.

²⁶ FARIAS, *ibidem*, 2015, p. 125.

facilmente determinado. Aqui não se fala em culpabilidade do agente, mas em causalidade da ação. Conforme Farias: “ao agente somente serão translados os danos sofridos pela vítima se o seu comportamento (lícito ou ilícito) for a causa adequada dos danos injustos”²⁷.

Por ser uma modalidade excepcional, por força de lei, nasceu a responsabilidade objetiva. No Direito brasileiro, por exemplo, podemos encontra-la representadas nas mais diversas cláusulas do Código Civil, tais quais o abuso do direito (art.187), o exercício de atividade de risco (art. 927, §u), danos causados por produtos (art. 931), entre outros.

Diniz²⁸ aponta que, na responsabilidade objetiva, é irrelevante a conduta culposa ou dolosa do agente causador do dano, uma vez que bastará a existência do nexo de imputação²⁹ entre o prejuízo sofrido pela vítima e a ação do agente para que surja dever de indenizar. Logo, há responsabilização mesmo nos casos em que a parte imputada não praticou ação alguma (e.g. responsabilidade pelo fato de outrem).

Por sua vez, especificamente nas questões referentes ao exercício de atividade de risco, basta para que se configure o dever de reparação a existência da própria atividade³⁰, a qual enseje risco de dano para terceiros – não havendo, assim, a incidência de um ato ilícito por parte do agente. Essa é a Teoria do Risco, pela qual se compreende que “aquele que delibera por assumir o risco inerente a uma atividade deverá se responsabilizar por todos os danos dela decorrentes, independentemente da existência de culpa”³¹.

Importa frisar que não se fala, no âmbito da responsabilização objetiva, em culpa presumida. Como demonstrado, certas imputações de responsabilidade prescindirão de conduta culposa, não sendo correto, portanto, usar o termo “assunção” – aqui, se aplicaria o entendimento de que a parte é responsável pelo dano mesmo sem haver culpa. Essa distinção, contudo, é meramente doutrinária, já que ambos os conceitos terão o mesmo efeito prático, a saber: inversão do ônus da prova. Na responsabilidade objetiva, então, não é dever da vítima comprovar a culpa do agente (já que ela não necessariamente existe); basta, para se configurar, comprovar a existência do fato. Contudo, aqui se fala de presunção *juris tantum*, podendo ela ser afastada uma vez que a outra parte comprove não ser aquela a quem o fato deverá ser imputado.

²⁷ FARIAS, *ibidem*, 2015, p. 423.

²⁸ DINIZ, *ibidem*, 2009, 130.

²⁹ Nexo de imputação é um fator de atribuição de responsabilidade, qual seja, fundamento que a lei toma em consideração para atribuir juridicamente a obrigação de indenizar um dano, fazendo recair seu peso sobre quem em justiça corresponda (FARIAS, *ibidem*, 2015, p. 403).

³⁰ À essa teoria se dá o nome de Risco Criado, sobre a qual se entende que o dever de reparar não se subordina ao pressuposto do agente receber vantagem econômica (conforme determina a Teoria do Risco Proveito), mas sim à existência da própria atividade em si (FARIAS, *ibidem*, 2015, p. 420).

³¹ FARIAS, *ibidem*, 2015, p. 415.

Finalmente, há se falar na existência da responsabilidade subjetiva, a qual será a aplicada ao longo desse trabalho e se encontra representada, primordialmente, no art. 186 do Código Civil. Nessa modalidade, o ato ilícito anterior ao dano será obrigatório como pressuposto da responsabilização, vez que pressupõe a culpa do agente.

Assim, temos que a responsabilidade subjetiva restará observada nos casos em que três pressupostos estejam presentes, a saber: (1) conduta culposa do agente, (2) dano à vítima e (3) nexos causal entre o dano da vítima e a conduta do agente. Iremos analisar um a um a seguir.

3.1 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

3.1.1 Conduta culposa

Ao falarmos de culpa, é comum que nos venha a mente a concepção comumente adotada pelo Direito Penal, a qual diz respeito a um aspecto subjetivo do agente e uma valoração moralista de suas vontades. Entretanto, a culpa para o Direito Civil é interpretada por uma concepção objetiva e abstrata. Isso significa dizer que se vê a culpa como um instrumento de valoração do comportamento em abstrato, no qual a conduta do sujeito será culposa por se afastar de um parâmetro normativo sobre a conduta ideal. Nesse sentido, não se fala que a finalidade do agente, por ser ilícita, causou danos à direito de terceiro; aqui se afirma que a conduta do agente, por se afastar da conduta padrão ideal, acarretou em danos de terceiros e se configurou ato ilícito.

Nem sempre, ao falarmos de conduta, estaremos nos referindo à ação da parte; em alguns casos, poderá incorrer o dano pela omissão da parte em agir. Por si só, a omissão não poderia causar lesão ao direito de outrem – a menos que haja um dever jurídico para que a parte aja de uma dada forma; assim, ao não agir conforme os padrões estabelecidos, a omissão incorrerá em conduta culposa, ensejando a responsabilização.

Cavaliere³² fala em culpa como a inobservância do dever de cuidado objetivo, ou seja, todos que praticam atos da vida, ainda que lícitos, deverão observar em suas atividades certa cautela de modo a evitar darem causa à lesão de bem jurídico alheio. Quando a parte elege incorrer na conduta inadequada quando tem total capacidade, conhecimentos e aptidões para não agir da referida forma, então se caracterizaria a conduta culposa.

³² CAVALIERI, *ibidem*, 2009, p. 32-32.

Farias³³, por sua vez, entende que a conduta culposa será concluída nos casos em que um indivíduo qualquer, com semelhante base intelectual, praticando a mesma ação, no mesmo tempo e lugar que o agente, pudesse agir de forma diferente, observando o dever de cuidado e evitando a lesão.

Finalmente, Diniz³⁴ aponta que a culpa, em sentido amplo, é a violação de um dever jurídico imputável a parte, em decorrência de fato intencional (dolo³⁵) ou omissão de diligência ou cautela (culpa em sentido estrito).

De forma geral, então, entenderemos que:

Pode-se conceituar a culpa como conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível. (CAVALIERI, 2009, p. 34).

Assim, a conduta culposa dá lugar a uma lesão à qual o agente não desejava produzir (vez que aqui não se trata de dolo); contudo, ainda que o dano seja involuntário, ele seria previsível quando da conduta do agente. Exemplifica-se: imagine um genitor que, por constituir nova família, deixa de contatar seu filho proveniente de outro casamento na frequência compatível com o exercício de seu poder parental; essa conduta é culposa, pois voluntária e inobservante do dever de cuidado, além de causar danos à criança negligenciada, danos os quais seriam evidentemente previsíveis quando da ação do genitor, mesmo que ele, em seu íntimo, não tivesse intenção de causá-los.

Por fim, se aponta que, pela teoria clássica, o ônus da prova de culpa recairia exclusivamente sobre a vítima – contudo, essa é uma ideia de “prova diabólica”, já que nem sempre é possível ao lesionado comprovar que o lesante deixou de agir com cautela ao praticar uma ação. Diante das dificuldades práticas dessa produção comprobatória a legislação adotou o conceito da culpa *in re ipsa* para determinados casos (e.g. dano moral). Por ela, o mero fato danoso já pressupõe a conduta culposa, sendo essa presunção *juris tantum*, ou seja, pode ser afastada, desde que o agente comprove que observou os devidos cuidados.

3.1.2 Dano

O dano é o núcleo da responsabilização civil – sem ele, não há se falar em reparação, mesmo que tenha se configurado conduta culposa do agente. Entretanto, como pressuposto da

³³ FARIAS, *ibidem*, 2015, p. 163.

³⁴ DINI, *ibidem*, 2009, p. 42

³⁵ Dolo é a vontade consciente de praticar ato com resultado ilícito, com o propósito expresso de causar dano a outrem ou desrespeitar o dever jurídico preexistente. (CAVALIERI, *ibidem*, 2009, p. 31)

responsabilização, é um fato jurídico complexo, que não se reduz, apenas, às lesões à bens jurídicos físicos. Explica-se.

Por uma concepção estritamente naturalista, se configuraria a lesão apenas quando houvesse dano a um bem físico da vítima – um chassi quebrado, um celular defeituoso, uma parede danificada etc. Assim, as próprias leis da física determinariam os limites dos danos e, portanto, da reparação.

Contudo, conforme a sociedade evoluía, restou evidenciada a deficiência dessa concepção já que, obviamente, nem todo dano será sempre, ou será exclusivamente, contra bens patrimoniais. Tome-se como exemplo a criança que vê seu brinquedo favorito ser destruído pelo genitor em um acesso de fúria; claramente haveria um dano patrimonial (o brinquedo destruído), mas também um psicológico (o medo incutido na criança). Por essa razão, a fim de garantir a total reparação das lesões – sejam essas tangíveis ou puramente emocionais – se criou a concepção jurídica do dano.

Segundo Farias³⁶, para que o dano venha a ser sancionado pelo Direito, deverá contar com dois elementos: um de fato e outro de direito. Nesse sentido, é preciso que a vítima demonstre que houve um prejuízo que viola um interesse jurídico do qual ela é titular.

Diniz³⁷, por sua vez, determina que os danos, em todas as suas formas, só serão objeto da responsabilidade civil nos casos que preencham certos requisitos. São eles:

- a. Diminuição ou destruição de bem jurídico tutelado e pertencente a outra pessoa - só existe responsabilização através da lesão, e só existe lesão através do lesionado.
- b. Efetividade ou certeza do dano - a lesão deverá ser certa (ainda que futura) e repercutir na esfera de direitos do lesionado.
- c. Causalidade - a lesão deverá ter sido causada pela ação do lesionante.
- d. Subsistência do dano - a lesão que, à época da reclamação, já tiver sido reparada pelo lesionante, não será objeto de nova responsabilização.
- e. Legitimidade - apenas o lesionado e seus beneficiários (e.g. pessoas que dele dependam) poderão responsabilizar.
- f. Ausência de causas excludentes de responsabilidade - nem toda lesão irá acarretar dever reparatório.

Configurados todos os requisitos, estaremos diante de um dano passível de ser objeto da responsabilização civil. Contudo, como já apontado, nem toda lesão será contra bens jurídicos patrimoniais; o próprio ordenamento brasileiro se encarrega de proteger diversos

³⁶ FARIAS, *ibidem*, 2009, p. 204-205.

³⁷ DINIZ, *ibidem*, 2009, p. 65-67.

direitos intangíveis, inerentes da dignidade do ser. Nesse caso, os atos que atentarem contra tais direitos, ainda que digam respeito à interesses imateriais, também serão responsabilizados, e os danos deles derivados serão reparados.

Os danos patrimoniais são os mais clássicos no âmbito da responsabilidade civil. Aqui, o ato ilícito representa ofensa ao conjunto de bens economicamente úteis que fazem parte da propriedade da vítima, ou seja, seu patrimônio. De forma geral, a ação do agente irá acarretar em danos positivos (também denominados danos emergentes), que seriam a diferença do patrimônio da vítima antes da ação lesiva e após a ação lesiva³⁸. Porém, certas lesões tem o condão causar danos negativos, afetando bens que, ainda que não integrantes do patrimônio atual da vítima, o seriam no futuro: é o caso dos lucros cessantes e da perda de uma chance. Na primeira hipótese, a vítima se vê privada de um ganho em razão do agente; na segunda, vê frustrada oportunidade de obter eventual vantagem.

Ademais, vale a ressalva de que os danos patrimoniais poderão se dar de forma direta ou indireta. Sobre o assunto, Boffi Boggero³⁹ aponta que “es daño inmediato el que acontece según el curso natural de las cosas y mediato el que surge de ese curso, pero con el aditamento de la conexión com um acontecimiento distinto” (apud DINIZ, 2009, p. 73).

Por outro lado, e de primordial importância para o tema deste trabalho, temos a existência do dano extrapatrimonial (também denominado dano moral). Essa modalidade, entretanto, é de difícil conceituação doutrinária.

Para Cavalieri, o dano moral ganhou nova dimensão quando da promulgação da Constituição Federal, a qual determinou que a dignidade humana seria um dos alicerces da sociedade brasileira (art. 1º, III, CF/88). Assim, a dignidade, como princípio constitucional, tem um conceito aberto que analisa o ser humano por sua esfera social, de relações interpessoais de respeito e consideração. Nesse tema, dispõe o autor:

Por mais pobre e humilde que seja uma pessoa, ainda que completamente destituída de formação cultural e bens materiais, por mais deplorável que seja seu estado biopsicológico, ainda que destituída de consciência, enquanto ser humano será detentora de um conjunto de bens integrantes de sua personalidade, mais precioso que o patrimônio. É a dignidade humana. (CAVALIERI, 2009, p. 80)

Por sua vez, Farias⁴⁰ determina que o dano moral resta configurado quando há lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela. Esse interesse existencial, portanto, poderá ser resumido na figura da dignidade humana – e nos direitos de personalidade nela englobados.

³⁸ Aponta-se que nem sempre a vítima verá seu patrimônio ativo diminuído frente aos danos emergentes, podendo, ao invés, ver seu passivo aumentar em decorrência deles (FARIAS, *ibidem*, 2015, p. 224).

³⁹ BOFFI BOGGERO, Luís M. Tratado de las obligaciones. Buenos Aires, 1973, p. 87.

⁴⁰ FARIAS, *ibidem*, 2009, p. 268-270.

Diniz⁴¹, em seu turno, entende que o dano mora é a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica. Para a autora, assim, não se discutiria a natureza do direito subjetivo atingido, mas sim o caráter da repercussão que a lesão teve sobre a vítima.

Finalmente, Soares⁴² determina que o dano moral puro será aquele de natureza extrapatrimonial, que afeta negativamente o ânimo do lesionado, turbando sua esfera interna de forma transitória. Essa autora diferencia o dano moral do dano existencial, sendo que esse último representa uma afetação negativa de atividades que a vítima havia incorporado à sua rotina, alterando substancialmente o plano de vida pessoal do ofendido, que se vê obrigado a agir de forma diferente do que desejaria em situações normais.

Ao longo desse trabalho, parece adequado adotar o conceito pelo qual o dano moral é considerado ofensa à dignidade da vítima, através da lesão de direitos da personalidade, assim entendidos como o conjunto de caracteres que formam a personalidade do ser⁴³. Nesse sentido, quando um ato ilícito acarretar em uma lesão ao direito da vítima a vida, privacidade, honra, nome etc., estaremos diante de um dano moral.

Aponta-se que os tribunais têm entendido pela aplicação da responsabilização nos casos de danos morais apenas quando a lesão for considerada grave⁴⁴. Contudo, esse posicionamento é criticável, já que qualquer ataque à dignidade humana causará indubitavelmente uma lesão de peso, vez que atingirá o subconsciente do ser – sua autoestima, sua imagem, seu próprio valor existencial. Por outro lado, ressalva Cavalieri⁴⁵ que nem toda ação poderá ser considerada um ataque à dignidade, ainda que afete o subconsciente da pessoa – por exemplo, nos casos em que uma determinada agressão causa apenas um dissabor, aborrecimento ou mágoa, não estaria aí configurada verdadeira agressão à dignidade pessoal, mas um mero fato corriqueiro desagradável.

Ademais, ao falarmos na função reparatória da responsabilidade civil nos casos de danos extrapatrimoniais, estaremos falando dela por sua tutela ressarcitória. A razão não poderia ser mais clara: aqui, tratamos de lesões à dignidade da pessoa, aos seus direitos de personalidade; são, portanto, danos ao imaterial, que não poderão ser reparados através da restituição ou substituição do bem. Contudo, não há se falar em “patrimonialização da dignidade humana”,

⁴¹ DINIZ, *ibidem*, 2009, p. 90.

⁴² SOARES, *ibidem*, 2009, p. 98.

⁴³ DINIZ, *ibidem*, 2009, p. 74

⁴⁴ “A comprovação da gravidade do ato ilícito gera, *ipso facto*, o dever de indenizar em razão de uma presunção natural, que decorre da experiência comum, de que houve um abalo significativo à dignidade da pessoa. Portanto, o dano moral é *in re ipsa*, extraído não exatamente da prova de sua ocorrência, mas da análise da gravidade do ato ilícito em abstrato.” REsp 1.210.732-SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 02/10/2012.

⁴⁵ CAVALIERI, *ibidem*, 2009, p. 83.

vez que não é finalidade do Direito determinar valores para aspectos subjetivos da existência. Aqui, há, sim, a neutralização dos sentimentos de mágoa, dor, tristeza que a vítima sofreu frente à lesão causada – buscando-se, então, a manutenção da paz social⁴⁶.

Por outro lado, muito tem se discutido sobre a função punitiva dos danos morais. Atualmente, a doutrina e a jurisprudência têm se posicionado pela possibilidade de determinar danos morais em seu aspecto punitivo de forma excepcional. Segundo Cavalieri⁴⁷, a referida função tem dois objetivos: de prevenção do dano (através da dissuasão) e de punição do agente (no sentido de redistribuição). Assim, se compreende que os ataques à dignidade humana representam conduta que se deseja especialmente evitar; nesses casos, se aplicaria a responsabilização como espécie de sanção civil, buscando prevenir a reiteração da conduta e punir o agente que não observou os deveres de cuidado. Entretanto, é importante cautela na aplicação da função punitiva, a fim de garantir que os direitos da vítima não irão acabar acarretando na impossibilidade do exercício regular da liberdade do agente. Por essa razão, só serão aplicados danos morais como punição nos casos particularmente reprováveis, que representem, por exemplo, dolo ou prática do ato ilícito reiteradamente.

Por fim, vale ressaltar que, desde a promulgação da Constituição, se entende que ambos danos patrimoniais e extrapatrimoniais poderão ser cumulados. Assim, efetivamente se desbancou o entendimento meramente naturalista dos danos, em prol de um posicionamento mais realista, que busca reparar a lesão sofrida em sua verdadeira extensão.

3.1.3 Nexo causal

O nexo causal, na prática, será o primeiro pressuposto a ser examinado pelo Direito, vez que não se fala em conduta culposa do agente nos danos causados quando não há qualquer ligação entre a ação de uma parte e a lesão da outra. Assim, é necessário haver uma relação de causa e efeito entre esses pressupostos – relação essa que se denomina nexos causal.

Importa-se ressaltar, contudo, que nem sempre o nexos causal entre dano e ação será direto, qual seja, nem sempre uma única conduta será a responsável pela lesão causada a vítima. Sobre o tema, dispõe Cavalieri⁴⁸ que se aplica no Direito Civil a teoria da causalidade adequada. Dessa forma, se faria um juízo de valores para determinar qual foi aquela que, dentre diversas condições, seria a causa mais adequada para incorrer na lesão. Em resumo: será considerado

⁴⁶ DINIZ, *ibidem*, 2009, p. 110.

⁴⁷ CAVALIERI, *ibidem*, 2009, p. 94.

⁴⁸ CAVALIERI, *ibidem*, 2009, p. 48.

responsável a parte cuja ação deu início a cadeia de eventos que culminou no dano e que, sem sua incidência, não teria chegado ao mesmo fim lesivo.

Mister mencionar, ainda, a existência de nexos causais que poderão mitigar ou excluir por completo o agente do dever de reparação⁴⁹. Nas causas concorrentes, a vítima age em conjunto com a outra parte para dar causa à lesão; nessas situações, ambos serão responsabilizados conforme a gravidade de suas culpa no dano final. As concausas ocorrem quando há uma causa principal que invariavelmente incorrerá na lesão, contudo, outra circunstância, que por si só não causaria danos, se soma àquela primeira, agravando a situação de fato; aqui, o responsável será o agente da conduta principal. A causalidade comum ocorre quando várias condutas cooperam na produção de um dano; nesse caso, todos os agentes responderão solidariamente. Há culpa de terceiro nos casos em que a ação do agente foi provocada por meio de outra ação imputada a terceiro – nesse caso, sendo o terceiro o verdadeiro agente do dano. Finalmente, temos a figura da força maior e do caso fortuito, onde se sobrepõe um evento danoso que, por ser imprevisível, não pode ser imputado à parte porque ausente sua vontade.

De qualquer forma, deverá o magistrado determinar o nexo causal entre o dano ao lesionado e o ato ilícito do lesionante, além de ponderar se alguma das causas de mitigação ou exclusão da responsabilidade não incorreu no caso.

⁴⁹ DINIZ, *ibidem*, 2009, p. 114- 120.

4 DOS DIREITOS INERENTES À INFÂNCIA

4.1 PERSPECTIVA INTERNACIONAL

A ideia de existência de um dever universal de proteção à criança e à infância é relativamente nova. Hanita Kosher⁵⁰, em sua obra *Children's Rights and Social Work*, aponta que até o início do século XIX, as crianças eram vistas como meras extensões de seus pais, propriedade deles para que fizessem o que desejassem – fosse para se utilizar de seu labor para ganho próprio, fosse para castigar violentamente crianças desviantes. Sobre o tema, John Locke⁵¹ afirma que a autoridade paternal seria um direito soberano semelhante àquele dos príncipes monárquicos, no qual o pai tem controle ilimitado e arbitrário sob a vida de seus filhos; continua, frisando que os pais podem alienar seus bens, além de utilizar a pessoa de seus filhos como desejaram, de modo que toda criança iniciaria a vida como escrava, tendo os pais como seus proprietários, e seus desejos como lei⁵².

O poder parental, à época, era visto como soberano sobre todas as outras vontades – até mesmo sobre as autoridades estatais, que não poderiam interferir na vida privada de seus cidadãos. Por outro lado, era comum o entendimento de que crianças deveriam contribuir para o crescimento socioeconômico, vez que não haveria qualquer entendimento de “infância” como um período especial da vida, tornando corriqueiro o labor infantil nas atividades tipicamente fabris.

Esses ideais começaram a mudar apenas a partir da metade do século XIX, quando normas de proteção ao trabalho infantil começaram a ser produzidas frente aos avanços industriais e filosóficos que se produziam à época. Começou a se espalhar pela Europa a compreensão de que crianças não deveriam exercer atividades fabris, em razão dos prejuízos que se produziam à saúde daquelas que eram expostas ao ambiente tipicamente poluído das produções industriais. Aponta Kosher que, nessa época, o labor infantil passou a ser considerado um problema social referente à todo o mundo ocidental, vez que que as crianças

⁵⁰ KOSHER, Hanita; BEN-ARIEH, Asher; HENDELSMAN, Yael. *Children's Rights and Social Work: springerbriefs in rights-based approaches to social work*. Springer International Publishing, 2016, p. 10 e ss.

⁵¹ LOCKE, John. *Two Treatises of Government*. 1681. Disponível em: <<http://www.yorku.ca/comminel/courses/3025pdf/Locke.pdf>>. Acesso em: 12/06/2018

⁵² This fatherly authority there, or right of fatherhood, in our A.'s sense, is a divine unalterable right of sovereignty, whereby a father or a prince hath an absolute, arbitrary, unlimited, and unlimitable power over the lives, liberties, and estates of his children and subjects; so that he may take or alienate their estates, sell, castrate, or use their persons as he pleases, they being all his slaves, and he lord or proprietor of every thing, and his unbounded will their law (LOCKE, *ibidem*, 1681, p. 14).

trabalhavam em condições de risco, insalubres, que ameaçavam causar danos não apenas ao seu físico, como também seu psicológico⁵³.

Eventualmente, a ideia de proteção infantil superou a mera vedação ao labor e a necessidade de escolaridade; a consciência social passou a exigir, também, a proteção da criança contra abusos e negligências parentais. A finalidade dessa proteção era garantir o crescimento saudável infantil, diminuindo os altos índices de mortalidade que, durante o século XIX, chegaram ao patamar de 36% de óbitos dentre jovens menores de 5 anos⁵⁴.

Para evitar o sofrimento das crianças, se iniciou um movimento que buscava criminalizar comportamentos abusivos dos pais contra seus filhos. A França foi uma das primeiras nações a legislar sobre a matéria, em 1889, buscando dar proteção a todas as crianças, independente de suas filiações, contra os maltrato perpetuadas pelos pais. A referida lei, segundo Youf⁵⁵, previa punição para condutas notórias de pais e mães que, habitualmente, maltratassem seus filhos, comprometendo sua saúde, segurança e moralidade; ainda, em 1898, nova lei francesa foi promulgada, dessa vez de caráter penal, e colocando as crianças maltratadas sob o cuidado da assistência social⁵⁶.

O movimento de proteção infantil começou a se espalhar para outros continentes a partir do século XX. Contudo, a preocupação social era meramente quanto ao provimento da criança, que era vista como um ser fraco, vulnerável, que necessitava de controle rígido⁵⁷. Assim, as crianças deixaram de ser vistas como “pequenos adultos”, capazes de exercer atividades laborativas, para se tornarem “adultos em construção”, não consideradas seres humanos completos em si mesmas. O primeiro tratado internacional que se propôs a criar diretrizes universais a respeito dos direitos das crianças é exemplo claro quanto a esse entendimento. Falamos aqui da Declaração de Direitos da Criança de Geneve, produzido em 1924 pela Liga das Nações. Esse documento traz apenas cinco pontos, quais sejam (em livre tradução):

1. A criança deve receber instrumentos para seu normal desenvolvimento, ambos material e spiritual.

⁵³ Child labor began to be perceived as a social problem due to the fact that children were now recognized as a vulnerable group all over the Western world. They were working under hazardous conditions and were at risk, not only physical and life threatening risk, but also of moral damage (Hart 1991). (KOSHER, 2016, p. 10).

⁵⁴ Disponível em: <<https://ourworldindata.org/child-mortality>>. Acesso em: 12/06/108.

⁵⁵ YOUNG, Dominique. Protection de l'enfance et droits de l'enfant. Études, 2011/12 (Tome 415). 2011, p. 617-627.

⁵⁶ Pour la première fois, on s'intéresse aux enfants maltraités par leurs parents. Cette loi prévoit la déchéance de la puissance paternelle lorsque « les père et mère, par leur ivrognerie habituelle, leur inconduite notoire et scandaleuse ou par leurs mauvais traitements compromettent soit la santé, soit la sécurité, soit la moralité de leurs enfants. » En 1898, une autre loi punit pénalement les maltraitances à enfants et permet le placement des enfants maltraités à l'Assistance publique (YOUNG, ibidem, 2011, p. 623).

⁵⁷ KOSHER, ibidem, 2016, p. 12

2. A criança faminta deve ser alimentada; a criança doente deve ser tratada; a criança desviante deve ser ajudada; a criança delinquente deve ser reformada; e a criança órfã deve ser abrigada.
3. A criança deve ser a primeira a receber socorro em momentos de risco.
4. A criança deve estar em posição para receber meios para sobrevivência, e deve ser protegida de toda forma de exploração.
5. A criança deve ser criada sob a consciência de que seus talentos serão devotados ao serviço da humanidade (1924, online)⁵⁸

Apesar de revolucionário para a época, a Declaração de Direitos de Geneva possuiu duas grandes limitações. Primeiro, em nenhum momento utiliza a palavra “direito”, buscando apenas apresentar garantias mínimas para assegurar a sobrevivência infantil até a fase adulta (relegando sua maturação subjetiva apenas a uma garantia geral de “desenvolvimento espiritual”); assim, tornou a criança figura passiva, a qual apenas recebia garantias, mas não exercia direitos próprios. Segundo, a Declaração não possuía caráter vinculatório, caracterizando-se por trazer apenas diretrizes gerais de adesão facultativa pelas nações⁵⁹. Assim, mesmo dispondo sobre o mínimo para existência saudável da criança, não trouxe quaisquer meios para assegurar sua aplicação.

Após a Segunda Guerra Mundial, iniciou-se um movimento que promovia o ideal de que crianças e jovens, afora às garantias de mínimo existencial, teriam direito à autodeterminação e auto expressão, nos mesmos moldes que os cidadãos adultos⁶⁰. Como resposta a esse novo posicionamento, a fim de expandir as garantias e direitos infantis, a Organização das Nações Unidas produziu a Declaração Universal dos Direitos da Criança em 1959, na qual direitos subjetivos ganharam mais destaque.

Nesse documento, buscou-se assegurar o direito da criança em habitar em uma infância feliz através de dispositivos que guiassem o comportamento social, em especial dos pais e do Estado, com a finalidade de promover o desenvolvimento infantil saudável. Importa mencionar, a respeito desse tratado, as seguintes normas:

PRINCÍPIO II:

A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança.

PRINCÍPIO VI

Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. À sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação

⁵⁸ Disponível em: <<http://www.un-documents.net/gdrc1924.htm>>. Acesso em: 11/06/2018.

⁵⁹ LEVESQUE, Roger J.R. International Children's Rights Grow Up: implications for American jurisprudence and domestic policy. California Western International Law Journal. Vol. 24, n. 2, Article 3. 1994, p. 1-48.

⁶⁰ KOSHER, ibidem, 2016, p. 14.

de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e aquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas.

PRINCÍPIO IX

A criança gozará de proteção contra quaisquer formas de negligência, crueldade e exploração. [...] (1959, on-line)⁶¹

Portanto, da leitura da Declaração dos Direitos da Criança, já se denota uma maior preocupação com os direitos da personalidade da criança e com sua maturação psicossocial. Não se fala, como em sua predecessora, em meras garantias de subsistência infantil, mas sim em direito propriamente ditos, como direito à “felicidade” e “dignidade”. Nesse sentido, uma vez garantida a vida saudável, a preocupação passou a ser a criação saudável das crianças, em um ambiente harmônico e propício para seu desenvolvimento. Importante frisar que, já em 1959, se fala na existência de um dever parental referente à criação e cuidado dos filhos em um ambiente de afeto e de segurança (Princípio VI da DUDC), a fim de garantir ao jovem uma infância feliz, livre de quaisquer abusos e negligência parentais.

Contudo, assim como a Declaração de Direitos de Geneva, a Declaração dos Direitos das Crianças tampouco tinha caráter vinculatório, se limitando a trazer diretrizes que poderiam ou não ser aderidas pelas nações⁶².

Finalmente, um novo tratado quanto aos direitos infantis foi celebrado 30 anos mais tarde, em 1989: foi a Convenção sobre o Direito das Crianças, a qual traz em seu escopo o entendimento de que “a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão”⁶³, mais uma vez reafirmando a compreensão contemporânea que não entende a criança como mero ser objeto de garantias, mas indivíduo completo, sujeito de direitos subjetivos que devem ser respeitos.

Quanto aos dispositivos legais apresentados na Convenção, é de se frisar os seguintes:

Artigo 3

2. Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.

Artigo 9

⁶¹ Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DeclDirCrian.html>>. Acesso em: 11/06/2018.

⁶² LEVESQUE, ibidem, 1994.

⁶³ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 11/06/2018.

3. Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança.

Artigo 18

1. Os Estados Partes envidarão os seus melhores esforços a fim de assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança. Caberá aos pais ou, quando for o caso, aos representantes legais, a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança. Sua preocupação fundamental visará ao interesse maior da criança.

Artigo 27

1. Os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança a um nível de vida adequado ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social.
2. Cabe aos pais, ou a outras pessoas encarregadas, a responsabilidade primordial de propiciar, de acordo com suas possibilidades e meios financeiros, as condições de vida necessárias ao desenvolvimento da criança. (1898, online)

Assim, entende-se que a Convenção sobre os Direitos da Criança não apenas expandiu o rol de direitos garantidos à criança, como colocou o Estado como figura central na execução desses direitos, devendo exercer seu papel fundamental até mesmo sobre os pais. Quanto ao tema, discorre Levesque que esse tratado busca adotar um modelo regulatório da relação entre a criança e o Estado, relação na qual os pais e a família teriam envolvimento meramente secundário. Para o autor, esse modelo é revolucionário, vez que limita a participação parental na garantia dos direitos infantis; o resultado disso é dar a criança um status independente de seus pais, colocando o peso da proteção e aplicação desses direitos sob o Estado⁶⁴.

Isso não significa dizer, entretanto, que houve transferência da obrigação de observância dos direitos infantis da esfera privada para a esfera pública, mas sim que é dever do Estado “promover”, “assegurar”, “reconhecer”, “respeitar” os direitos da criança, mesmo quando em detrimento das opiniões dos pais. Dessa forma, se entende que o Estado deverá garantir os direitos da criança, se utilizando de todos os meios legais para tanto, tendo como finalidade a promoção da infância feliz e harmoniosa.

Note-se que, ao contrário de suas predecessoras, a Convenção sobre os Direitos da Criança não tem caráter de simples indicativo de conduta ideal, ou seja, uma vez ratificado pelos Estados-membros, terá força de lei interna.

O Brasil ratificou ambas “Declaração Universal dos Direitos da Criança” e “Convenção sobre o Direito das Crianças”, sendo essa última incorporada pelo direito interno mediante o

⁶⁴ The Convention adopts a model that aims at regulating the relationship between child and State, with parental and familial involvement which, although respected, essentially assumes secondary importance. This approach is truly revolutionary: it limits reliance on parental assurance of children's rights. The result of this move is that the Convention gives children a person status independent of their parents. That is, by placing the burden on the State to take affirmative steps toward ensuring the fulfillment of children's rights, the Convention assumes responsibility and invokes the State as the ensurer and protector of rights. (LEVESQUE, *ibidem*, 1994).

Decreto nº 99.710/1990. Assim, evidente o interesse público em garantir a vida e o bem-estar infantil, seja em seu sentido fisiológico, seja em seu sentido psicológico.

4.2 PERSPECTIVA NACIONAL

O Brasil apresentou apenas tardiamente regras de proteção à infância e adolescência, em razão de sua história baseada na colonização. A primeira Constituição Política do Império do Brasil, datada de 1824, por exemplo, não traz qualquer menção à direitos infantis – nem mesmo de vedação ao labor de crianças, comum na época do Brasil colonial, em especial no tocante à jovens indígenas⁶⁵. O mesmo padrão se seguiu com a promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, em 1891.

A primeira tentativa de legislação referente à direitos infantis ocorreu apenas em 1927, com o chamado Código de Menores⁶⁶. Por ele, buscou-se determinar diretrizes gerais para a conduta do Estado e de seus órgãos no trato de crianças, especialmente daquelas que se vissem abandonadas, negligenciadas ou “delinquentes”; trouxe, ainda, certas normas protetivas à infância, como exemplo:

Art. 9º A autoridade publica póde impedir de ser abrigada, e si já o estiver póde ordenar a apprehensão e remoção, a creança nas condições deste capitulo:

- a) em alguma casa cujo numero de habitantes fôr excessivo, ou que fôr perigosa ou anti-hygienica;
- b) por alguém que, por negligencia, ignorancia, embriaguez, immoralidade, máo procedimento ou outra causa semelhante, fôr incapaz de ser encarregado da creanca;
- c) por pessoa ou em alguma casa, que, por qualquer outro motivo, estiver em contravenção com as leis e regulamentos de assistencia e protecção a menores.

[...]

Art. 103. Os menores não podem ser admittidos nas usinas, manufacturas, estaleiros, minas ou qualquer trabalho subterraneo, pedreiras, officinas e suas dependencias. de qualquer natureza que sejam, publicas ou privadas, ainda quando esses estabelecimentos tenham caracter profissional ou de beneficencia, antes da idade de 11 annos.

[...]

Art. 136. A autoridade publica encarregada da protecção nos menores póde visitar as escolas, officinas e qualquer outro lugar onde se achem menores, e proceder a investigações, tomando as providencias que forem necessarias.

§ 1º tambem póde visitar as familias a respeito das quaes tenha tido denuncia, ou de algum outro modo venha a saber, de faltas graves na protecção physica ou moral dos menores. (1927, online)

⁶⁵ OLIVEIRA, Thalissa C. Evolução Histórica dos Direitos da Criança e do Adolescente com Ênfase no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Revista Interdisciplinar de Direito – Faculdade de Direito de Valença. Vol. 10, n. 2. 2013, p. 339-358.

⁶⁶ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm>. Acesso em: 12/06/2018.

Dessa forma, o Código unificou leis e decretos esparsos que tratassem de questões relativas ao menor de idade⁶⁷. Contudo, tais normas adentravam no poder familiar de forma superficial, exclusivamente em casos graves, em que a vida da criança estivesse em risco – portanto, volta-se ao entendimento de proteção infantil apenas no tocante à sua provisão e maturação fisiológica.

A Constituição de 1934 foi a primeira a trazer em seu escopo a proteção dos direitos das crianças e adolescentes, no art. 138, “e” no qual dispõe que é dever da União, Estados e Municípios “proteger a juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual.”⁶⁸. Aqui, denota-se a preocupação não apenas com a proteção da criança em seu sentido físico (e.g. proteção contra exploração), mas também há preocupação com a proteção infantil contra eventuais ataques ao seu subjetivo (e.g. abandono moral e intelectual). Assim, chega ao país o entendimento de que crianças possuem direitos referentes também a sua dignidade como ser humano, direitos esses que merecem proteção especial.

Contudo, foi apenas com a Constituição de 1937 que o Estado trouxe para si a responsabilidade de assegurar as garantias da infância e juventude através do art. 127, o qual determinava:

Art. 127 - A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades.

O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral.

Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole. (1937, online)

Finalmente os direitos das crianças a uma vida saudável e digna estavam assegurados pela magna carta. Entretanto, esse processo de progressiva proteção à infância restou interrompido quando do golpe militar, regressando-se ao entendimento balizado pelo Código de Menores, com seu cunho assistencialista e meramente repressivo das condutas desviantes⁶⁹.

Os protestos pela redemocratização nacional culminaram na queda do governo militar e consequente promulgação da Constituição de 1988. A partir de então, a República passou a se fundamentar no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88) com a finalidade de promover o bem de todos, independentemente de origem, raça, gênero, cor, idade ou outras formas de discriminação (art. 3º, IV). De forma geral, as crianças já estão abarcadas por esses

⁶⁷ OLIVEIRA, ibidem, 2013.

⁶⁸ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 12/06/2018.

⁶⁹ OLIVEIRA, ibidem, 2013.

dispositivos, vez que fazem referência à população num geral; contudo, a Constituição ainda optou por delegar especial proteção à criança e às instituições familiares.

O art. 226 da Constituição determina que a família será a base da sociedade e, por essa razão, receberá especial proteção do Estado. O art. 227, por outro lado, tem especial importância, vez que estabelece deveres que terão finalidade de assegurar os direitos da criança. Dispõe:

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.

Dessa forma, resta evidente a preocupação do legislador em garantir proteção especial aos direitos da criança, não os limitando apenas ao mínimo existencial (e.g. direitos a alimentação, educação e profissionalização, além de vedação a exploração, crueldade e violência), mas se preocupando com o saudável amadurecimento psicológico do jovem (e.g. direito ao lazer, cultura, dignidade, bem como garantia da liberdade e convivência familiar).

É de se frisar que o texto constitucional delegou importância à família e à convivência da criança com seus pais. Dessa forma, evidente a existência de um direito da criança à relação harmoniosa com seus, bem como direito correlato dos pais em promover o bom desenvolvimento da convivência familiar.

Apesar da importância das diretrizes legais determinadas na magna carta, evidente que tem um caráter geral e, portanto, de difícil aplicação prática. Para sanar essa lacuna, em 1990 foi promulgada a Lei nº 8.069/90, qual seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Esse estatuto teve como fundamento jurídico a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança⁷⁰, e buscou regular os direitos infanto-juvenis.

O Estatuto determina que as crianças e adolescentes gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, para além das proteções especiais dadas por ele próprio, com a finalidade de assegurar o desenvolvimento digno, físico e moral infantil (art. 3º, ECA). A lei traz, ainda, a reafirmação da obrigação familiar e social em assegurar a efetivação dos direitos referentes à vida, saúde, alimentação, educação, esporte, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar e comunitária (art. 4º, ECA).

⁷⁰ OLIVEIRA, *ibidem*, 2013.

De fato, o Estatuto da Criança e do Adolescente traz um capítulo específico para discorrer sobre o direito à convivência familiar e comunitária garantido à criança, no qual consta que:

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.
[...]

Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

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

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.

Novamente, resta evidente que houve preocupação do legislador em demonstrar a importância do convívio familiar para a saudável maturação da criança, sendo dever dos pais promover o relacionamento com seus filhos, exercendo seu poder parental com a finalidade de educar as crianças através de uma criação afetuosa e harmônica.

Assim, da leitura do ECA, em conjunto com a Constituição Federal, é possível inferir que o direito brasileiro acolheu a doutrina da proteção integral da criança, a colocando a salvo de todas as formas de negligência⁷¹.

Por outro lado, o próprio Código Civil, alterado pela Lei nº 13.058/2014, também enfatiza a importância da convivência dos filhos com ambos os pais, através do art. 1.584, §2º. Por ele, em regra, nos casos em que não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho e “encontrando-se ambos os pais aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada”. Esse tipo de guarda busca promover a relação mais próxima entre os membros familiares, garantindo que ambos os pais tenham o dever e o direito de acompanhar e guiar a maturação infantil. Sobre o tema, Gonçalves aponta:

A lei impõe, pois, ao juiz o dever de informar os pais sobre o significado da guarda compartilhada, que traz mais prerrogativas a ambos e faz com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos, garantindo, de forma efetiva, a permanência da vinculação mais estreita dos pais na formação e educação dos filhos. (GONÇALVES, 2012, p. 296)⁷²

Após o exposto, é evidente o interesse do Poder Público em assegurar os direitos das crianças a fim de promover seu melhor desenvolvimento mental e físico. Entretanto, apesar das

⁷¹ DIAS, *ibidem*, 2011, p. 459.

⁷² GONÇALVES, Carlos R. *Direito Civil Brasileiro: direito de família*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

diversas leis e tratados que regularam e regulam esses direitos, ainda existe uma certa resistência social e jurídica quanto à aplicação desses quando versam especificamente sobre aspectos subjetivos da criança. É entendimento comum, por exemplo, que o genitor tem a liberdade de escolher não participar da criação de seus filhos, desde que cumprido seu dever de prestar alimentos – assim, regressasse à percepção antiga, pela qual a criança não seria verdadeiro sujeito de direito, mas apenas estaria sujeita a garantias mínimas que buscassem certificar sua sobrevivência até a vida adulta. Logo, é de se concluir, como bem explicita Kosher, que os direitos e liberdades garantidos às crianças não correspondem àqueles garantidos aos adultos. Assim, apesar de serem consideradas iguais, as crianças ainda não recebem a mesma dignidade e integridade reservadas aos adultos, resultado que os direitos infantis sejam indiretos, no sentido de que outros (normalmente, os pais) acabam sendo os verdadeiros perpetuadores das disposições legais, condicionando e controlando as garantias da criança⁷³.

⁷³ Even if children are considered ‘equal’, they may still not receive the attention or the respect for their dignity and integrity which are accorded to adults. [...] As a general rule, when children do have legalized rights, these are indirect, in the sense that others (most often the parents/guardians) have rights on behalf of the child, and even explicit rights are conditional or controlled by others. (KOSHER, *ibidem*, 2016, p. 14)

5 DOS DIREITOS E DEVERES FAMILIARES

5.1 PODER FAMILIAR

Poder familiar é o nome dado ao conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais no tocante à pessoa e aos bens de seus filhos menores. Esse poder se constitui quando do nascimento ou adoção do filho, se extinguindo quando da morte dos pais ou quando da maioridade, adoção ou emancipação dos filhos (art. 1.635, CC). Gonçalves aponta que tal instituto tem necessidade óbvia para regular as relações familiares, vez que “nascidos os filhos, não basta alimentá-los e deixá-los crescer à lei da natureza, como animais inferiores. Há de educa-los e dirigi-los.”⁷⁴

Assim, temos que os pais têm uma miríade de direitos e deveres inerentes à sua função parental. Admitidamente, se nota a maior existência de deveres, pois o poder familiar é instituído pelo Estado com a finalidade de proteger os interesses da criança através do exercício do poder familiar – qual seja, através da ação dos pais. Maria Berenice Dias⁷⁵ aponta que a autoridade parental está impregnada de deveres não apenas no campo material, adentrando também o campo existencial, sendo dever dos pais satisfazer as necessidades dos filhos para além das físicas, notadamente as de índole afetiva.

Em razão de do poder parental buscar assegurar os interesses da criança, entende-se que ele é irrenunciável, indelegável e imprescritível. Do contrário, esse instituto seria meramente facultativo, vez que o genitor poderia, a qualquer momento, por simples ato de vontade, retirar de seus ombros a obrigação de criação dos filhos, ali colocada pelo *munus* público. Isso significa dizer que, uma vez que é instituído pelo Estado para específica proteção dos interesses da criança, entende-se que apenas nas hipóteses legais poderá se suspender ou destituir o poder familiar – portanto, nunca em razão vontade das partes.

Nos casos de suspensão, a perda do poder familiar se dá por tempo determinado, podendo afetar a todos seus atributos ou apenas parte deles, e englobar todos os filhos ou apenas algum específico. São diversas as causas que ensejam a suspensão do poder familiar, como ao se constatar o abuso de poder e a dilapidação dos bens do menor (art. 1.637 do CC); sobre o tema, Maria Helena Diniz⁷⁶ frisa que, da leitura dos dispositivos legais, pode-se inferir que há perda do poder familiar quando se constata maus exemplos, crueldade, exploração ou

⁷⁴ GONÇALVES, *ibidem*, 2012, p. 412.

⁷⁵ DIAS, *ibidem*, 2011, p. 425.

⁷⁶ DINIZ, Maria H. Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 576.

perversidade na conduta dos pais, bem como quando há comprometimento da segurança, saúde e moralidade dos filhos.

Por outro lado, se fala em destituição de poder familiar nos casos em que a conduta é grave, exigindo uma sanção maior, que virá mediante sentença judicial. Aqui, se perdem todos os atributos do poder familiar, afetando todos os filhos. Aqui, apesar de existirem dispositivos legais que determinam hipóteses de destituição do poder familiar (e.g. abandono moral, prática de atos contrários à moral ou castigos imoderados⁷⁷), se entende que não se trata de rol taxativo, podendo o juiz condenar a parte na referida perda para manter o melhor interesse da criança. Nesses casos, o poder familiar será exercido pelo outro genitor ou, em sua falta, por tutor indicado em juízo.

Como demonstrado, o poder familiar busca regular o exercício parental a fim de garantir o crescimento saudável infantil. Nesse sentido, existem certas funções (direitos e deveres) inerentes ao instituto, as quais podem dizer respeito à pessoa dos filhos ou aos seus bens. Esse rol está previsto no art. 1.634, sendo que dar-se-á destaque, neste trabalho, ao direito de dirigir a educação e criação e ao direito de guarda e companhia.

Talvez o direito mais importante que envolve o poder parental é o de educação e criação dos filhos menores. Denote-se que, aqui, não se fala do oferecimento de educação acadêmica (ainda que essa também seja obrigação decorrente do poder parental⁷⁸), mas sim a educação em seu sentido abstrato – qual seja, a educação, a guia parental que busca formar o espírito e caráter do filho. Contudo, ressalte-se que, apesar de haver obrigação parental de educar e criar os filhos, decorrente de disposição legal, não se fala no modo como essa criação deve incorrer. Isso ocorre porque a lei não se propõe a invadir a esfera privada das famílias e determinar sua disciplina; busca, apenas, determinar um mínimo exigido para conduta parental, além de limita-la no que for necessário.

Por sua vez, o direito de guarda e companhia se entende como o poder de fixar a residência da criança, reavê-la daqueles que ilegalmente a detenham, determinar os locais que frequentará e as escolas que cursará, enfim: é o poder de vigilância do filho. Entretanto, apesar da denominação, não se fala apenas em “direito” de guarda e companhia, mas principalmente no “dever”, já que é obrigação parental conviver com seu filho, a fim de lhe propiciar educação e criação saudável, conforme já demonstrado nesse trabalho em Capítulo anterior.

⁷⁷ DINIZ, *ibidem*, 2010, p. 578.

⁷⁸ Configura crime de abandono intelectual o genitor que não proporciona ao menos educação primária ao filho (art. 246, CP).

Conclui-se, dessa forma, que o poder parental não se configura apenas em direito facultado aos pais, mas sim, em maior grau, dever deles frente aos filhos – dever esse que tem como finalidade promover a educação a infantil em ambiente saudável, a fim de criar adultos que beneficiarão a sociedade futura.

5.2 DIREITO AO AFETO

Na sociedade hodierna, o afeto, entendido através de seu signo comum, representa o sentimento de amor e carinho que uma parte tem por outra. Assim, o afeto:

Designa um conjunto de atitudes, como a bondade, a benevolência, a inclinação, a devoção, a proteção, o apego, a gratidão, a ternura etc., que no seu todo pode ser caracterizado como a situação em que uma pessoa preocupa-se ou cuida de outra pessoa ou em que esta responde positivamente aos cuidados ou à preocupação de que foi objeto. (ABBAGNANO, 2000, apud CARDIN e FROSI, 2010, p. 6859)⁷⁹

Foi mesmo através dessa compreensão que se instituiu, no Direito de Família, o princípio da Sociafetividade. Por ele, haverá reconhecimento da filiação familiar, mesmo quando inexistirem laços biológicos ou adotivos, nos casos em que se constatar convivência habitual e afetiva entre as partes, qual seja, quando se constatar a reunião de pessoas em um grupo pautado pelo companheirismo e relações carinhosas, com a finalidade de formar família⁸⁰.

Frente a esse significado tão emotivo dado a palavra, a afetividade é considerada por muitos como um valor metajurídico, fruto unicamente da subjetividade do ser e, por essa razão, impossível de ser imposta por força do Direito. Por essa interpretação se pronunciou, por exemplo, o min. Fernando Gonçalves⁸¹ em decisão que denegou a possibilidade de reconhecer danos morais frente ao abandono afetivo parental:

Desta feita, como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada (STJ, 2006, online).

Contudo, entende-se que não se confunde o sentido de “afeto”, quando em sua interpretação comum, e o sentido de “afeto”, quando em sua interpretação jurídica. Ao falarmos de afeto como valor jurídico estamos nos referimos ao dever parental, decorrente do poder familiar, de garantir o bom desenvolvimento infantil – especificamente, aqui, no seu aspecto

⁷⁹ CARDIN, Valéria S. G.; FROSI, Vitor E. O Afeto como Valor Jurídico. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza: 2010, p. 6857-6869.

⁸⁰ DIAS, ibidem, 2011, p. 347.

⁸¹ STJ – Resp: 757411 MG 2005/0085464-3. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. DJ: 27/03/2006. Jusbrasil, 2006. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/52168/recurso-especial-resp-757411-mg-2005-0085464-3>>. Acesso em: 28/05/2018.

subjetivo (espiritual e moral). É por esse viés que se pronuncia Maria Berenice Dias⁸², ao dispor que “o conceito atual de família, centrada no afeto como elemento agregador, exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessária para a formação plena de sua personalidade”.

Assim, em razão da proteção nacional e internacional contra todas as formas de negligência infantil, bem como do poder-dever parental de educar os filhos e mantê-los em sua companhia, temos que o afeto, aqui entendido como convivência e criação saudáveis, estaria no rol de direitos garantidos à infância e, portanto, seria passível de proteção pelo Direito.

5.2.1 Convivência versus afeto

Como visto, as crianças possuem direito à convivência familiar harmoniosa, o que pressupõe a imposição de dever aos pais de se relacionar com seus filhos, a fim de exercer seu poder parental de educar e guiar a criação infantil.

Contudo, a família contemporânea tem se apresentado de formas mais dinâmicas, não mais se limitando à imagética tradicional pela qual o pai, após um dia de trabalho, regressa ao lar para sua esposa e filhos. À título exemplificativo dessa nova dinâmica parental, traz-se a informação que 37,7% dos divórcios realizados em 2009 se deram entre casais com filhos menores de idade⁸³. A taxa de guarda compartilhada, por sua vez, foi de apenas 4,7%; portanto, de forma geral, os filhos ficaram sob a guarda de apenas um dos pais – sendo que, em 87,6% das vezes, sob a guarda exclusiva da mãe. Exatamente a fim de abarcar essas novas disposições familiares, com a finalidade de garantir o melhor interesse da criança através da convivência com ambos os pais, o Direito de Família instituiu as diferenciações de direito de guarda e direito de companhia.

O direito de guarda é concedido, nos casos de guarda unilateral, a apenas um dos pais (art. 1.583 do CC). Na teoria, receberá a guarda aquele que for mais apto para criação do filho, ou seja, aquele que tiver mais aptidão para oferecer à criança, dente outras coisas, afeto, segurança e educação.

Ainda quanto ao tema do direito de guarda, contudo, é necessário se fazer a ressalva quanto às obrigações do genitor que não detenha à guarda unilateral. O Código Civil, em seu art. 1.538, dispõe que:

⁸² DIAS, *ibidem*, 2011, p. 460.

⁸³ Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/brasil/cai-a-proporcao-de-divorcios-entre-casais-com-filhos-menores-de-idade/>> Acesso em: 25 de maio de 2018.

§ 5º A guarda unilateral obriga o genitor ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos pais sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

Assim, entende-se que há uma proteção global do interesse da criança, vez que o referido dispositivo legal estabelece um “dever genérico de cuidado material, atenção e afeto por parte do genitor a quem não se atribuiu a guarda, estando implícita a intenção de evitar o denominado ‘abandono moral’.”⁸⁴. Por outro lado, a referida supervisão também teria como finalidade evitar a perpetuação de abusos cometidos pelo guardião, garantindo a segurança e felicidade infantil.

Por outro lado, tem-se ainda o direito de companhia nos casos de guarda unilateral, comumente denominado “direito de visita”, o qual é concedido ao genitor que não recebeu o direito de guarda. Quanto a ele, discorre Paulo Lôbo:

O direito de visita não se restringe a visitar o filho na residência do guardião ou no local que este designe. Abrange o de ter o filho "em sua companhia" e o de fiscalizar sua manutenção e educação, como prevê o art. 1.589 do Código Civil. O direito de ter o filho em sua companhia é expressão do direito à convivência familiar, que não pode ser restringido em regulamentação de visita. Uma coisa é a visita, outra a companhia ou convivência. (LÔBO, 2009, p. 29)⁸⁵

Por essa razão, entende-se dever do genitor que não recebeu a guarda participar da vida do filho, da forma que melhor atender ao interesse da criança, com uma frequência compatível com o exercício do dever parental de criação e educação dos filhos. Sobre isso, aponta Maria Berenice Dias que “a convivência dos filhos com os pais não é direito, é dever. Não há direito de visitá-lo, há obrigação de conviver com ele”⁸⁶.

Assim, entende-se que, mesmo nos casos em que o genitor não possua o direito de guarda e, portanto, não detenha diariamente a criança em seu domicílio, ainda possui o dever de conviver com o filho (de forma saudável e harmoniosa), bem como de participar de sua criação e educação, através da supervisão daquele que detenha o direito de guarda.

5.2.2 Alimentos versus afeto

A prestação de alimentos tem como finalidade satisfazer as necessidades vitais de quem não pode as satisfazer por si mesmo⁸⁷. De acordo com o art. 1.694 do Código Civil, é dever dos parentes, cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para

⁸⁴ GONÇALVES, *ibidem*, 2012, p. 294.

⁸⁵ LÔBO, Paulo. Guarda e convivência dos filhos após a lei nº 11.698/2008. *Revista brasileira de direito das famílias e sucessões*, 6, 2008, p. 23-35.

⁸⁶ DIAS, *ibidem*, 2011, p. 460.

⁸⁷ DINIZ, *ibidem*, 2010, p. 588.

viver. Isso significa dizer que a lei garante aos filhos, dentre outros beneficiários, o subsídio necessário para sua criação digna e saudável.

De forma geral, tem-se que os requisitos que configuram o dever de prestar alimentos são os seguintes (conforme elencados pelo art. 1.695 do CC):

1. Existência de vínculo de parentesco, companheirismo ou conjugalidade entre as partes.
2. Necessidade do alimentando, que não pode possuir bens ou meios para prover por si mesmo.
3. Possibilidade econômica do alimentante, que deverá prover a outrem sem que desfalque seu próprio sustento.
4. Proporcionalidade entre as necessidades do alimentando e os recursos do alimentante.

A obrigação de pagar alimentos, portanto, está condicionado à constatação de todos os requisitos acima dispostos, devendo ser pago de forma periódica e recíproca (DINIZ, 2011, p. 605). Por outro lado, temos que os alimentos buscam apenas satisfazer as necessidades da parte que não pode prover por si mesma – dessa forma, não se busca enriquecer aquele que recebe o subsídio, apenas mantê-lo; em razão disso, dispõe Fábio Ulhoa Coelho:

Os alimentos não se destinam à formação ou majoração do patrimônio do alimentado (RT, 830/323), mas unicamente ao atendimento das necessidades que ele não pode custear com seus próprios meios. (COELHO, 2012, p. 435)⁸⁸

Portanto, há dever legal de prestar alimentos nos casos em que o genitor, dispondo de condições, deixa de auxiliar economicamente a criação do filho, o qual não possui renda própria suficiente para manutenção de sua *necessarium vitae e necessarium personae*⁸⁹. Nesses casos, é obrigação do Estado garantir que a figura parental forneça à criança recursos suficientes para seu saudável amadurecimento.

Dessa forma, resta evidente que o dever de prestar alimentos tem um caráter assistencialista familiar. Assim, o direito do alimentando a receber, por exemplo, a pensão alimentícia⁹⁰, está baseado não em direitos da personalidade (e.g. honra, imagem, moral), mas sim em aspectos de sobrevivência básicos. Os subsídios prestados pelo genitor ao filho buscam suprir unicamente essas necessidades existenciais – qual seja, acesso à saúde, educação, moradia – e não pressupõe convivência afetiva, apenas mera garantia do desenvolvimento

⁸⁸ COELHO, Fábio U. Curso de Direito Civil: família e sucessões. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁸⁹ *Necessarium vitae*, ou alimentos naturais, busca satisfazer as necessidades mínimas de subsistência. Por outro lado, o *necessarium personae*, ou alimentos civis, busca satisfazer as necessidades morais e intelectuais (DINIZ, *ibidem*, 2011, p. 609).

⁹⁰ O alimentante poderá satisfazer a obrigação alimentícia ao prestar pensão pecuniária periódica ou ao dar hospedagem e sustento diretamente à parte (DINIZ, *ibidem*, 2011, p. 623).

infantil. Tanto há essa diferenciação que a suspensão e a destituição do poder familiar (o qual obriga o genitor, dentre outras coisas, a guiar a educação infantil) não excluem o dever de prestar alimentos⁹¹.

Por essa razão, é impossível englobar o direito ao afeto ao direito de alimentos. O primeiro trata de aspectos da personalidade infantil, ou seja, seu direito à convivência harmoniosa e feliz em seu núcleo familiar; o segundo, por outro lado, trata dos aspectos econômicos ligados à criação dos filhos, ou seja, mensalidades escolares, aluguel da moradia, entre outros. Nesse sentido, se pronunciou o des. José Flávio de Almeida, o qual dispôs em decisão referente ao tema:

Este egrégio Tribunal já teve a oportunidade de se manifestar, em voto da lavra do eminente Des. Unias Silva, no seguinte sentido:

"EMENTA - INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - RELAÇÃO PATERNOFILIAL - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana." (TAMG, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível Nº 408.550-5, julgamento em 01/04/2004).

Assim, ressaltando os entendimentos em sentido contrário, entendo que a paternidade atual possui aspecto mais responsável, não eximindo o genitor de seus deveres com a mera prestação de caráter material, como no caso dos alimentos. (TAMG, 2012, online)⁹²

Entende-se, então, que o fato do genitor contribuir para a criação do filho através do pagamento de alimentos não pressupõe, necessariamente, que a convivência familiar afetuosa também esteja sendo observada. Tampouco se assume que a exteriorização do afeto, por parte do genitor, baste para que não seja devido, concomitantemente, os alimentos. Assim, resta evidente que o Direito à Alimentos não está coligado ao Direito ao Afeto, e vice-versa, sendo ambos existenciais autônomas, mas necessárias para a criação dos filhos em um ambiente feliz.

⁹¹ DIAS, ibidem, 2011, p. 434

⁹² TJ-MG – AC: 1.0720.09.052727-9/001 MG, Relator: José Flávio de Almeida. DJ: 30/01/2012. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/7608/9/TJMG%20Apela%C3%A7%C3%A3o%2010720090527279001.pdf>>. Acesso em: 18/06/2018.

6 REQUISITOS PARA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL

Os jovens possuem uma certa vulnerabilidade psicossocial, vez que, nos anos iniciais da vida, seu caráter ainda está sob processo de amadurecimento; por essa razão, é relegado especial cuidado no tocante à criação e educação infantil. Como visto, é dever dos pais garantir o melhor ambiente para o desenvolvimento de seus filhos – assim entendido como um local que ofereça, dentre outras coisas, segurança (direito à proteção), saúde (direito à saúde) e convivência (direito ao afeto). A figura parental que falha em ofertar tais necessidades básicas para a criança, falha também em cumprir seu dever, causando, indubitavelmente, danos ao filho – sejam esses danos futuros ou imediatos.

Contudo, a questão da responsabilização civil frente ao não-cumprimento do dever do afeto é ainda divergente, seja na doutrina, seja nos tribunais.

Há duas correntes principais, de fácil localização: para a primeira, é possível a aplicação da responsabilização civil por abandono afetivo dos pais frente aos seus filhos; para a segunda, não há se falar em responsabilização nesses casos. Iremos analisar os argumentos de cada uma delas a seguir.

6.1 VIABILIDADE DA RESPONSABILIZAÇÃO

Como demonstrado em Capítulos anteriores, não se discute o dever parental de guiar, educar e conviver afetuosamente com seus filhos. Em razão disso, o direito ao afeto e a convivência familiar é garantido pelos mais diversos dispositivos nacionais (e.g. art. 7º do ECA) e internacionais (e.g. Artigo 18 da Convenção sobre Direito das Crianças).

A questão principal nos debates jurídicos, portanto, reside na viabilidade técnica de determinar objetivamente a existência de danos ao filho afetivamente abandonado, a fim de aplicar o instituto da responsabilização civil. Qual seja, se discute como determinar e mesurar eventuais danos que teriam nexos causal com a conduta voluntária parental de abandono.

Temos como marco principal da possibilidade de responsabilização por abandono afetivo o Recurso Especial nº 1.159.242 – SP (2009/0193701-9)⁹³, proveniente do Tribunal de Justiça de São Paulo. Nele, a relatora min. Nancy Andrighi aponta as delimitações necessárias

⁹³ TJSP – Resp: 1.159.242 – SP (2009/0193701-9). Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 10/05/2012. Migalhas. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf>. Acesso em: 27/05/2018.

para o uso desse instituto pelo Direito de Família. Quanto ao dano sofrido pela prole abandonada por seus pais, dispõe:

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar. [...]. Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. (TJSP, 2009, online)

Assim, conforme já demonstrado, o afeto deixa de ser apenas um valor metajurídico sobre o qual se baseia a relação familiar, e passa a ser considerado obrigação parental cuja inadimplência inspira o ressarcimento daquele que teve seu direito lesionado – sendo que, aqui, a lesão ao direito é representada pelos danos psicológicos causados frente ao abandono afetivo do genitor, o qual, voluntariamente, deixa de manter relações saudáveis com seu filho.

Conforme aponta Maria Berenice Dias⁹⁴, a falta de convívio dos pais com os filhos, devido ao rompimento de suas relações afetivas, causa severas sequelas psicológicas. À exemplo de tais danos, cita-se uma pesquisa, feita na Holanda, a qual buscava analisar os eventuais danos psicológicos causados em adolescentes que vinham de famílias com pais divorciados. O estudo constatou que os jovens que viviam tanto em famílias monoparentais quanto que passavam a integrar a família de terceiro (ou seja, que coabitavam com padrastos e madrastas) apresentavam menor autoestima, e maiores sintomas de depressão, ansiedade e pensamentos suicidas do que aqueles que vinham de famílias integradas por ambos os pais (Garnefski e Diekstra, 1997)⁹⁵. Outra pesquisa, dessa vez feita no Paquistão, encontrou correlação entre o abandono afetivo dos pais com o desenvolvimento do Transtorno de Conversão⁹⁶ em garotas adolescentes (Naz e Kausar, 2012)⁹⁷.

Assim, resta comprovado que a ausência afetiva parental é capaz de causar danos ao saudável desenvolvimento infantil, deixando no subconsciente da criança, ao invés, diversas cicatrizes as quais ela levará para a vida adulta. Logo, entendem-se configurados todos os requisitos necessários para constatar o dano extrapatrimonial que fundamenta o dever indenizatório, a saber: o ato voluntário do agente (a negligência afetiva parental imotivada), o

⁹⁴ DIAS, *ibidem*, 2011, p. 460.

⁹⁵ GARNEFSKI, Nadia; DIEKSTRA, Rene F. W. Adolescents from one parent, stepparent and intact families: emotional problems and suicide attempts. *Journal of Adolescence*. Vol. 20, n. 2. 1997, p. 201-208.

⁹⁶ O transtorno de conversão é caracterizado por sintomas como a perda de visão, audição ou sensibilidade, bem como a paralisia de um ou mais membros. Os sintomas são desencadeados por situações de stress ou conflito.

⁹⁷ NAZ, Fauzia; KAUSAR, Rukhsana. Childhood Abuse and Parental Acceptance-Rejection in Adolescents with Conversion Disorder. *Pakistan Journal of Social and Clinical Psychology*. Vol. 12, n. 2. 2014, p. 3-9.

dano extrapatrimonial previsível (os traumas psicossociais infantis), e o nexa causal entre a ação do agente e a lesão da vítima.

6.2 MENSURAÇÃO DE DANOS

A mensuração dos danos extrapatrimoniais referentes ao abandono afetivo é, talvez, o ponto central no debate da responsabilização por abandono afetivo parental, frente às dificuldades práticas de limitar o alcance das lesões causados pela conduta parental, bem como o perigo decorrente da monetarização de relações inerentemente emotivas – quais sejam, as relações familiares.

O direito brasileiro, de forma explícita em sua magna carta, determina que a família será a base da sociedade e receberá proteção especial do Estado. Diante dessa garantia constitucional, se perguntam os magistrados e doutrinadores se a aplicação da responsabilidade civil no âmbito do direito familiar não representaria, na verdade, um ataque às relações parentais que poderia resultar no abalo irreversível da relação entre o genitor acusado e o filho acusador. Nesse sentido, parte da jurisprudência tem entendido ser inaplicável o instituto da responsabilização nos casos de abandono afetivo, a fim de garantir que os sentimentos típicos que costumam permear processos judiciais – a saber, de rivalidade e ressentimento – não adentrem a esfera familiar protegida constitucionalmente, causando rupturas que jamais poderão ser retomadas. Esse parece ser o entendimento do min. Fernando Gonçalves, que dispõe:

Ainda outro questionamento deve ser enfrentado. O pai, após condenado a indenizar o filho por não lhe ter atendido às necessidades de afeto, encontrará ambiente para reconstruir o relacionamento ou, ao contrário, se verá definitivamente afastado daquele pela barreira erguida durante o processo litigioso? (STJ, 2006, online)⁹⁸.

Contudo, é de se assumir a aplicação da técnica da ponderação de interesses nesses casos, tendo como base a regra da proporcionalidade. Explica-se. Se entende que, nos casos de abandono afetivo, existiriam dois interesses conflitantes: aquele do genitor, que não pode ser obrigado a amar a criança, e aquele do filho, que viu seu direito ao afeto negado. Farias aponta que, nos casos em que há mais de um interesse em jogo, deverá ser analisado o caso, a fim de determinar qual será o interesse preponderante que o Direito deverá tutelar. Assim, esse autor

⁹⁸ STJ - REsp: 757411 MG 2005/0085464-3, Relator: Ministro Fernando Gonçalves, DJ 27/03/2006. Jusbrasil. 2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7169991/recurso-especial-resp-757411-mg-2005-0085464-3-stj/relatorio-e-voto-12899600?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 26/05/2018.

recomenda que se façam as seguintes perguntas a fim de determinar qual será o interesse preponderante⁹⁹:

- 1) *O interesse lesionado é merecedor de tutela em abstrato, qual seja, está protegido por alguma norma jurídica?* Como exaustivamente apontado, existem as mais diversas garantias ao direito da criança de conviver afetuosa e harmonicamente com seus pais, a fim de garantir uma infância feliz e saudável. Nesse caso, portanto, configurado está o interesse juridicamente tutelado da criança.
- 2) *A conduta lesiva também representa interesse que poderá ser tutelado pelo Direito?* Aqui, entende-se que a resposta é não, vez que configurado ato ilícito, qual seja, a violação do dever de guiar e educar a criança, derivada do poder parental. Como já demonstrado, não pode o genitor, por mero ato de vontade, se abster de cumprir seu papel na vida infantil – mesmo que, futuramente, busque a convivência com o filho, o abandono anterior já terá causado as lesões e, portanto, restará configurado o ato ilícito.
- 3) *Há regra legal de prevalência entre os interesses conflitantes?* No direito brasileiro não há legislação que expressamente determine qual será o direito aplicado para os casos de abandono afetivo infantil. Para esses momentos, Farias aponta que será necessário a ponderação do Poder Judiciário, que definirá a relação de prevalência entre os interesses com base na leitura das circunstâncias concretas, à luz do ordenamento brasileiro.

Por outro lado, necessário apontar que, ainda que não se discuta a proteção especial dada às famílias, se entende que tal proteção não é absoluta, mas sim condicionada. A família, como objeto jurídico tutelado pela Constituição, é entendida quando em sua forma ideal: relações saudáveis baseadas em sentimentos de afeto e cuidado. O Estado não se propõe a proteger relações abusivas dentro do âmbito familiar por entender que, nesses casos, não há bem jurídico passível de proteção – cita-se a título exemplificativo desse posicionamento legal a Lei nº 11.340/2006, a qual cria mecanismos de prevenção e punição contra a violência doméstica e familiar.

Desse modo, fica claro que, apesar da proteção dada constitucionalmente à família, essa não pode ser usada como escusa para prática de comportamentos lesivos por parte dos integrantes familiares sem que haja qualquer tipo de reparação. Não fosse assim, a conclusão

⁹⁹ FARIAS, *ibidem*, 2015, p. 209-210.

lógica seria de que a família é uma instituição apartada do Direito e, portanto, local não atingido pelas garantias individuais, também objeto de proteção especial da magna carta¹⁰⁰.

Finalmente, frisa-se que a denegação da aplicação da responsabilidade civil frente às lesões causadas pelo abandono afetivo poderá acarretar, ao contrário da proteção do instituto familiar, na aceleração da desintegração dos laços parentais. Explica-se.

Irrefutável é o fato de que relações familiares, devido à proximidade de seus membros, costumam ser espaço de diversos sentimentos, nem sempre bons. A parte que requer a tutela de seu direito ao afeto por entendê-lo lesionado, evidentemente, já vê sua relação familiar abalada; assim, ao negar a devida indenização frente às lesões comprovadamente sofridas, o Estado estaria, em realidade, acelerando o processo de desintegração familiar ao invés de protegê-lo. Como exposto por Beatriz Bíscolo¹⁰¹:

En realidad, cuando se produce un daño de un miembro de la familia a otro, el hecho injusto demuestra que la armonía no existe, de allí que la negación, acelerando probablemente el proceso de desintegración familiar. (apud CARDIN, 2012, p. 46)

Nesse sentido, a parte lesionada veria seu direito ignorado, enquanto o agente da lesão veria suas ações, se não apoiadas, ao menos justificadas pelo Estado – assim, não haveria qualquer mudança que pudesse salvar as relações familiares entre as partes, que dali em diante apenas se deteriorariam de forma mais acentuadamente. Dessa forma, aponta Maria Berenice Dias¹⁰², o dano à dignidade humana do filho que se vê abandonado ainda em seu estágio de formação psicológica deve ser passível de reparação material para que, futuramente, qualquer inclinação ao abandono possa ser dissuadida frente à firme posição contrária do Judiciário.

6.3 COMPROVAÇÃO DE DANOS

Nem todo ser humano é igual e, portanto, nem toda ação produzirá os mesmos danos, na mesma gravidade. Para Farias¹⁰³, devido às diferenças inerentes entre cada ser humano – sejam tais derivadas pela personalidade ou pelo ambiente –, enquanto uma ação não representaria, para alguns, uma ofensa à sua dignidade, para outros, a mesma ação acarretaria em um profundo ataque ao próprio núcleo de sua existência.

Especificamente no caso do dano moral frente ao abandono afetivo, esta premissa pareceria ser aplicável. Tome-se como exemplo o filho criado a vida toda por um padrasto, sem

¹⁰⁰ CARDIN, Valéria S. G., *Dano Moral no Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 45.

¹⁰¹ BÍSCARO, Beatriz. *Daños Derivados de la Falta de Reconocimiento del Hijo*. *Derecho de Daños. Economía – Mercado – Derechos Personalísimos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 436.

¹⁰² DIAS, *ibidem*, 2012, p. 462.

¹⁰³ FARIAS, *ibidem*, 2015, p. 15.

nunca se preocupar em buscar ao pai biológico; ele claramente não sofrerá os mesmos traumas frente ao abandono afetivo que o filho que, ao buscar seu pai, se viu humilhado e ignorado por ele. Nesse sentido, se notaria uma impossibilidade de presumir o dano moral frente à todas as situações. Esse tem sido, inclusive, o entendimento de parte da jurisprudência quanto ao tema:

Inexistindo a comprovação da existência de danos morais em decorrência da conduta do demandado – aqui, ressaltado, sem adentrar no mérito, em tese, da temática acerca da configuração deste comportamento como sendo, ou não, um ato ilícito –, afasta-se, de plano, a pretensão da reparação civil. (TJRS, 2013, online)¹⁰⁴

É evidente, contudo, a dificuldade na comprovação de lesão quando na esfera de danos extrapatrimoniais. Por se tratar de um ataque à dignidade e direitos da personalidade infantis (e.g. a autoestima, a confiança, a felicidade da criança), a prova do dano moral não poderá ser feita nos mesmos moldes da comprovação de dano material – qual seja, entende-se impossível comprovar a dor, a tristeza e a humilhação mediante apenas documentos, testemunhas ou perícia¹⁰⁵.

Portanto, aqui, há se falar na aplicação da fórmula *in re ipsa*. Por ela, o dano moral incorre do próprio fato ofensivo, qual seja, bastando sua comprovação para se inferir a configuração dos danos. Ressalva Farias¹⁰⁶, contudo, que essa presunção só diz respeito ao plano de consequências sobre as variáveis subjetivas da vítima, qual seja, não se fala em presunção no que concerne à própria demonstração da existência de dano extrapatrimonial.

Assim, no caso em debate, para inferir a existência de lesão ao direito, deverá a parte comprovar a configuração do abandono afetivo voluntário e, uma vez comprovado, a existência de dano já estará configurada frente ao ato inexoravelmente lesivo. Por esse entendimento se manifestou a min. Nancy Andrichi, ao dispor:

[...] não se pode negar que tenha havido sofrimento, mágoa e tristeza, e que esses sentimentos ainda persistam, por ser considerada filha de segunda classe. Esse sentimento íntimo que a recorrida levará, *ad perpetuam*, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício de seu dever de cuidado em relação à recorrida e também de suas ações, que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano *in re ipsa* e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação (TJSP, 2012, online).

Dessa forma, resta evidenciado que as provas testemunhais, documentais e até mesmo periciais ainda farão parte dos processos judiciais aqui em discussão, entretanto, se prestarão a comprovar que houve a negligência afetiva do genitor, por ato voluntário, ao longo do tempo de maturação infantil, para, assim, ensejar a responsabilização civil frente ao descumprimento de seu poder-dever parental de convivência e educação infantil.

¹⁰⁴ TJ-RS – AC: 70054858345 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. DJ: 04/09/2013. Jusbrasil. 2013. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113237926/apelacao-civel-ac-70054858345-rs>>. Acesso em: 23/05/2018.

¹⁰⁵ CAVALIERI, ibidem, 2009, p. 86.

¹⁰⁶ FARIAS, ibidem, 2015, p. 267.

6.4 INDENIZAÇÃO

Ao falarmos sobre responsabilização civil por abandono afetivo parental, se discute a impossibilidade de determinar factualmente lesão que atinge, unicamente, esferas subjetivas do ser. Isso significa dizer que muitos julgados denegam a responsabilização por abandono afetivo por entenderem ser impossível monetizar lesões causados pela “falta de amor”.

Diniz¹⁰⁷, ao discutir sobre as incertezas que permeiam os danos extrapatrimoniais, apontou que dano moral não é a abstrata lesão de direito, mas sim lesão de interesses não patrimoniais da vítima que foram provocados pela conduta lesiva, daí constituindo-se o efeito não patrimonial da lesão jurídica. Por essa razão, entende que a indenização não irá reparar a dor, a mágoa ou sofrimento causados pela conduta lesiva, mas sim atenuar as consequências do prejuízo sofrido, a fim de melhorar o futuro após a lesão que atingiu a dignidade pessoal da vítima.

Nessa mesma esteira se pronuncia Farias¹⁰⁸ ao determinar que a indenização por danos morais não busca equivalência monetária exata entre o fato lesivo e o direito lesionado, mas sim satisfazer a vítima através da compensação dos danos causados, mesmo que de forma incompleta, vez que o valor pago à título de indenização não apagará o prejuízo sofrido em sua dignidade

Por sua vez, opina Maria Berenice Dias¹⁰⁹ que a indenização devida pelo abandono afetivo parental deverá ser tanto quanto for o suficiente para cobrir as despesas que o filho terá para amenizar as sequelas psicológicas decorrentes da referida negligência.

Assim, de forma geral, se entende que o abandono afetivo busca não reparar a dor causada pela conduta lesiva (vez que impossível determinar um preço para a felicidade), mas sim garantir que o filho terá meios para reverter, ainda que em parte, as lesões que sofreu. Portanto, de forma geral, a indenização devida por danos decorrentes do abandono afetivo será quantificada da mesma forma que os demais danos extrapatrimoniais, conforme aponta Galante:

De acordo com Santos (2011, p. 190), alguns critérios devem ser utilizados na aferição do dano moral ou afetivo, a saber: a) o impacto sobre a pessoa da vítima; b) a lesividade da conduta; c) a repercussão do fato nas relações sociais da vítima e no

¹⁰⁷ DINIZ, *ibidem*, 2011, p. 96.

¹⁰⁸ FARIAS, *ibidem*, 2015, p. 276.

¹⁰⁹ DIAS, *ibidem*, 2012, p. 461.

restante da sociedade; d) a atualidade do fato; e) a significação econômica do valor arbitrado. (GALANTE e FERREIRA, 2015, p. 54-80)¹¹⁰

Contudo, especificamente nos casos de abandono afetivo parental, essa indenização deverá levar em conta para além dos critérios acima elencados, também os gastos passados, presentes e futuros que tenham finalidade de amenizar os danos sofridos pela criança negligenciada.

Dessa forma, a indenização aqui exposta vem em sua função ressarcitória, que busca realocar a vítima para o *status quo* anterior à lesão. Portanto, o que se deseja é que o jovem abandonado possa, com a indenização recebida, buscar meios para reverter os danos psicológicos que lhe foram causados frente ao desprezo relegado a si por seu genitor, através, por exemplo, da busca por terapia ou melhores condições de vida.

¹¹⁰ GALANTE, Mariana D. A.; FERREIRA, Francisco R. Abandono Afetivo Parental e Repercussão na Esfera Civil. UNAR. Volume 14, n. 2. 2015.

7 EXCLUSÃO E ATENUANTES DA CULPA

Como já exposto em Capítulos anteriores, os pais têm o dever de exercer seu poder familiar através, dentre outros deveres, da obrigação de guiar, educar e conviver com sua prole. Contudo, como em qualquer relação humana normal, poderão existir circunstâncias atenuantes ou até mesmo excludentes da ilicitude da ação parental – ou seja, poderão haver razões plausíveis que justificaram o afastamento entre o genitor e a criança.

Diniz¹¹¹ aponta que será dever do juiz verificar o nível cultural e o grau de culpa do ofensor e, se houver desproporcionalidade entre a gravidade da conduta e o dano produzido, a indenização poderá ser reduzida de modo equitativo; essa autora, ainda, frisa que o montante indenizatório será diferenciado pela gravidade, extensão e natureza da lesão. Por outro lado, Cavalieri¹¹² entende que se configurará exclusão da culpabilidade sempre que houver a ação do ofensor, pois vontade suficiente para constituí-la, mas essa não for livre, razão pela qual não mereceria juízo de reprovação.

Portanto, será dever do juiz analisar, caso a caso, sobre as circunstâncias específicas do caso, tendo como finalidade (1) determinar a procedência ou não do pedido de indenização frente ao abandono afetivo e/ou (2) determinar os valores que serão devidos à título ressarcitório frente à lesão sofrida.

7.1 ALIENAÇÃO PARENTAL

A alienação parental foi descrita originalmente pelo dr. Richard Garner em sua obra *Child Custody Mediation, Arbitration, and Litigation* (1985). Trata-se de uma síndrome bastante comum entre casais divorciados, onde um deles, magoado com o ex-cônjuge, procura afastá-lo da vida do filho menor, denegrindo sua imagem perante a criança e prejudicando o convívio entre ambos¹¹³.

Em seu artigo *Parental Alienation Syndrome*, Anne-France Goldwater dispõe que a alienação se dará frente à: (1) programação consciente da mente infantil por um dos pais, (2) programação ou manipulação inconsciente da mente infantil por um dos pais, (3) fatores inerentes à criança e (4) fatores situacionais e ambientais¹¹⁴. Normalmente, essa alienação se

¹¹¹ DINIZ, *ibidem*, 2009, p. 104.

¹¹² CAVALIERI, *ibidem*, 2009, p. 29.

¹¹³ GONÇALVES, *ibidem*, 2012, p. 305.

¹¹⁴ GOLDWATER, Anne-France. *Parental Alienation Syndrome*. 2008. Disponível em: <<http://www.goldwaterdube.com/publication/1867/parental-alienation-syndrome.html>>. Acesso em: 26/05/2018.

dará pelo genitor agraciado com o direito de guarda do filho contra aquele que detém direito de convivência, contudo, nada impede que o inverso também seja possível.

Tendo em vista a frequência do fenômeno de alienação parental nas relações após a ruptura do núcleo familiar, bem como os evidentes danos causados tanto à criança quanto ao genitor alienado, o legislador optou pela criação da Lei nº 12.318/2010¹¹⁵. Essa norma dispõe que, dentre outros atos, será considerado alienação parental quando uma das partes, tendo a criança sob sua autoridade, praticar atos que dificultem o contato do jovem com seu genitor, seu exercício da autoridade parental ou, ainda, seu exercício do direito de convivência.

Dessa forma, o Estado, ao vedar a alienação parental, buscou fortalecer o direito de convivência familiar regulado pela ECA, qual seja, o direito da criança de conviver afetuosamente com ambos os pais¹¹⁶. Assim, se entende que o genitor que aliena ao outro estaria impedindo, contra a vontade daquele, o exercício do seu poder parental, lesionando ambos ao alienado e ao menor, que se vê privado da convivência com uma das figuras parentais.

Nesse sentido, muitas decisões referentes à responsabilização por abandono afetivo têm disposto que situações que envolvam a alienação parental representam, se não excludentes da ilicitude, ao menos atenuante da situação de fato – e, portanto, critério para definição, à menor, do valor indenizatório devido à criança abandonada. No primeiro caso, haveria excludente de ilicitude frente à fato de terceiro¹¹⁷, vez que a lesão sofrida pela criança teria comonexo causal não a conduta do genitor alienado, mas sim a do alienante. Por outro lado, ao falarmos de alienação como critério indenizatório, se configuraria a concausalidade¹¹⁸ entre a conduta do alienante e a conduta do alienado, vez que ambas, em conjunto, deram ensejo ao dano.

Portanto, nos casos de alienação, tratar-se-ia de um dos pais que, por suas ações, impediria, ao todo ou em parte, o bom relacionamento do filho com o outro – concorrendo com esse último, portanto, na causa que deu ensejo à lesão. Sobre o tema, se pronunciou o min.

Sidnei Beneti:

Alguns itens destacados pela petição inicial são exclusivamente de maior responsabilidade, senão de responsabilidade exclusiva, do genitor, sem que neles possa ser atribuída responsabilidade à genitora [...]. Outros itens são de responsabilidade compartilhada, ou, quiçá, talvez realmente obstada pela ação da genitora, pois não se poderia imaginar a dada de carinho, afeto, auxílio de presença pessoal, aconselhamento e semelhantes, diante de acirrada ação contrária ao genitor

¹¹⁵ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em: 26/05/2018.

¹¹⁶ GONÇALVES, *ibidem*, 2012, p. 306.

¹¹⁷ Fato de terceiro consiste no comportamento de terceiro que exclusivamente causou a lesão, excluindo-se a relação de causalidade do aparente responsável (FARIAS, *ibidem*, 2015, p. 391)

¹¹⁸ Concausas é a condição que concorre para a produção do dano em conjunto com a conduta inicialmente imputada, modificando o curso normal do processo causal iniciado (FARIAS, *ibidem*, 2015, p. 368).

pela genitora, de modo que devem ser diminuídos valores componentes desses itens. (TJSP, 2012, online).

Ainda, na mesma esteira foi a decisão de improcedência do des. Luiz Felipe Brasil Santos, a qual dispôs como fundamento:

No caso, não obstante a alegação do autor acerca do abandono afetivo, o requerido refutou tal argumento, relatando que tentou por inúmeras vezes manter contato com ELITON JUNIOR, o que foi obstado pela genitora do autor, que impedia a aproximação entre pai e filho. (TJRS, 2013, online).

A conclusão não poderia ser diferente, afinal, nesses casos, as relações afetivas e a convivência familiar estariam abaladas não por exclusivo ato de vontade do genitor, desinteressado em manter uma ligação afetiva com o filho, mas sim frente às atitudes denegatórias e manipuladoras de outra parte que possui interesse pessoal em ver esse genitor, contra quem guarda mágoas, sofrer frente o distanciamento familiar. Dessa forma, será dever do juiz analisar cuidadosamente as questões de fato, a fim de determinar se o abandono se deu por culpa exclusiva do genitor e, caso contrário, determinar a indenização proporcionalmente ao dano – ou denegar a indenização por completo.

7.2 DESCONHECIMENTO DA PATERNIDADE

Em 2011, o Conselho Nacional de Justiça constatou que 5,5 milhões de crianças não possuíam filiação paterna em suas certidões de nascimento¹¹⁹. Diante desse cenário, compreensível assumir que muitos jovens não mantêm contato com seus pais não por opção daqueles, mas sim por não terem certeza sobre a quem recairia o papel parental.

Muitos são os casos em que a filiação parental pode ser inferida dos próprios fatos da vida, ou seja, o pai poderia assumir com segurança ser o genitor da criança, mesmo quando não há comprovação judicial sobre a conexão – ou seja, mesmo nos casos em que não subsiste processo de declaração de parentalidade¹²⁰. Cita-se como exemplo o homem que, convivendo monogamicamente com mulher com quem se relaciona periodicamente, sem utilizar quaisquer métodos contraceptivos, a abandona uma vez descoberta a gravidez. Em tais situações, não pode o genitor alegar desconhecimento da filiação a fim de se desembaraçar de eventual indenização por abandono afetivo. Por essa compreensão se expressou o min. Sidnei Beneti:

Não há como conceber a escusa do pai para o exercício efetivo da paternidade em relação à filha, a pretexto de que foi sempre impedido de fazê-lo em relação ao alegado

¹¹⁹ Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/brasil-tem-5-5-milhoes-de-criancas-sem-genitor-no-registro>>. Acesso em: 29/05/2018.

¹²⁰ Também denominado “processo de investigação de paternidade/maternidade”, busca declarar a filiação parental em face da verdade biológica, qual seja, da ligação biológica entre o genitor e o filho (DIAS, *ibidem*, 2011, p. 387).

comportamento agressivo da mãe dela ou ainda a pretexto de que duvidava da paternidade até o reconhecimento judicial. (TJSP, 2012, online).

Por outro lado, nem sempre é possível para o genitor biológico ter pleno conhecimento da existência de um filho. Para esses casos, tem entendido a jurisprudência não ser possível determinar o ressarcimento do filho abandonado afetivamente, vez que a responsabilização civil pressupõe conduta voluntária (culpa) para se configurar – o que não ocorreria nos casos em que o genitor, desconhecendo a própria existência do filho, se abstém de lhe criar e educar. Nesse sentido, se pronunciaram as seguintes decisões:

RESPONSABILIDADE CIVIL. FAMÍLIA. APELAÇÃO EM AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABANDONO AFETIVO. POSSIBILIDADE EXCEPCIONALMENTE. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE ELEMENTOS ATENTATÓRIOS AO DIREITO DA PERSONALIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO DE CONDUTA DO GENITOR CONTRÁRIA AO ORDENAMENTO JURÍDICO. IMPROCEDÊNCIA.

1. A compensação por danos morais em razão de abandono afetivo é possível, em que pese exista considerável resistência da jurisprudência pátria, mas é hipótese excepcional.
2. Na espécie, o Réu descobriu a existência de seu filho apenas 20 anos após o nascimento deste, sendo que aquele morava na Rússia em razão de serviço público.
3. A conduta do genitor apta a dar azo à “reparação” de direito da personalidade deve conter negativa insistente e deliberada de aceitar o filho, além do desprezo com relação a sua pessoa.
4. Não se vislumbram tais requisitos se o genitor, tanto por desconhecimento desta condição, quanto por contingências profissionais, aceitou a paternidade sem contestar, mas não pôde ter contato mais próximo com seu filho, mormente tendo em vista jamais ter a genitora o procurado para exigir participação na criação da criança ou ao menos dizer que estava grávida.
5. Recurso conhecido e desprovido. (TJDF, 2011, online)¹²¹

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ABANDONO AFETIVO. Não comprovado. Alegado abandono pelo pai biológico. Reconhecimento de paternidade após ação de investigação de paternidade quando a requerente já contava com mais de 20 anos de idade. Ausência de prova inequívoca de que o requerido tinha plena ciência da paternidade antes do reconhecimento judicial. Inexistência de elementos aptos a firmarem a obrigação de indenizar. Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP, 2017, online)¹²²

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ABANDONO AFETIVO. DANO MORAL. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE APÓS 36 ANOS. ALEGAÇÃO DE DESCONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DO FILHO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO QUANTO À OMISSÃO DO PAI. NÃO CONFIGURAÇÃO DE ABANDONO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. PERFILHAÇÃO TARDIA. INEXISTÊNCIA DE DANO MORAL.

- Não há falar em abandono afetivo se o reconhecimento da paternidade se deu tardiamente, quando o Autor já contava com 36 (trinta e seis) anos de idade e não há

¹²¹ TJ-DF - APL: 0078084-31.2009.807.0001 DF, Relator: J.J. Costa Carvalho, DJ: 27/04/2011. Jusbrasil, 2011. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18802061/apelacao-ci-vel-apl-780843120098070001-df-0078084-3120098070001>>. Acesso em: 26/05/2018.

¹²² TJ-SP - APL: 0019153-05.2013.8.26.0506 SP, Relator: Ana Maria Baldy, DJ: 09/02/2017. Jusbrasil, 2017. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/428572838/apelacao-apl-191530520138260506-sp-0019153-0520138260506?ref=serp>>. Acesso em: 26/05/2018.

comprovação nos autos de que o genitor sabia que era seu genitor antes do ajuizamento da ação de investigação.

- Recurso desprovido.

(TJAM, 2016, online)¹²³

Assim, entende-se que o desconhecimento de paternidade, quando há impossibilidade da assunção lógica da relação familiar, enseja a improcedência do pedido de responsabilização, frente à ideia de *ad impossibilia nemo tenetur*, qual seja, “se o comportamento devido no caso concreto, não foi possível, não se pode dizer que o dever foi violado”¹²⁴.

¹²³ TJ-AM - APL: 0614350-65.2014.8.04.0001 AM, Relator: Paulo Cesar Caminha e Lima, DJ: 20/09/2016. Jusbrasil, 2016. Disponível em: <<https://tj-am.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/386488519/apelacao-apl-6143506520148040001-am-0614350-6520148040001?ref=serp>>. Acesso em: 26/05/2018.

¹²⁴ CAVALIERI, ibidem, 2009, p. 64

8 PERDA DO PODER FAMILIAR

O poder parental é composto, como já demonstrado, por diversos deveres e direitos que buscam proteger os interesses da criança. Esse poder é, via de regra, concedido aos pais, vez que esses são os responsáveis pela criação dos filhos e, portanto, os mais indicados para garantir o saudável amadurecimento infantil. Entretanto, nem sempre a conduta parental é ideal e, em certos momentos, pode mesmo prejudicar a criança a quem se propunha proteger; para esses casos, se criou a figura da destituição do poder familiar.

A destituição do poder familiar se dará por decisão judicial, nos casos previstos do art. 1.638 do Código Civil, a saber: (I) castigo imoderado do filho, (II) deixar o filho em abandono, (III) praticar atos contrários à moral e bons costumes e (IV) reiteração de faltas aos deveres inerentes do poder familiar.

Dentre as opiniões contrárias à possibilidade de responsabilizar pais afetivamente ausentes, tem se destacado uma interpretação formalista do referido diploma legal, em especial no tocante ao disposto no inciso II, o qual dispõe que haverá perda do poder familiar nos casos em que se constatar o abandono do filho pelo genitor. Nesse sentido, têm alguns magistrados se pronunciado desfavoravelmente à responsabilização civil frente ao abandono afetivo, por entenderem que esse não seria o instituto aplicável nos casos de negligência, mas sim aquele da perda do poder familiar. Assim se posicionou, por exemplo, o min. Fernando Gonçalves:

Assim, o ordenamento jurídico, com a determinação da perda do poder familiar, a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização pelo abandono moral. (STJ, 2006, online).

Contudo, evidente que a perda do poder familiar não traria benefícios à criança, não representaria desincentivo à negligência futura, nem tampouco repararia os danos sofridos – a destituição do poder familiar seria, sim, um favor que seria prestado pelo Direito ao genitor que abandonou. Explica-se.

O genitor que nega voluntariamente ao filho seu direito à convivência parental e cuidados afetuosos já não está exercendo seu poder familiar conforme prevê a legislação e, pela assunção lógica, tampouco tem interesse em exercê-lo no futuro. Nesse sentido, retirar o poder parental do rol de deveres do genitor representaria, na realidade, recompensa àquele que não tem interesse na criação infantil. Por outro lado, representaria uma dupla punição ao filho afetivamente abandonado, vez que, para além das lesões sofridas em razão da negligência,

também teria seu direito ao ressarcimento denegado, sendo obrigado a ver o responsável por suas mazelas sair impune. Por essa compreensão também se expressou a min. Nancy Andrichi:

Nesse sentido a interpretação dos dispositivos legais anotados pelo voto da E. Relatora (CF, arts. 1º, III, 5º, V e X, e CC/2001, arts. 186 e 927, e ECA, art. 227), não podendo ser erigida como eximente indenizatória a sanção constituída pela perda do poder familiar [...], até porque o contrário significaria impor ao lesado a perda de direito (indenização por dano moral) devido a haver sido vítima de ação ou omissão do mesmo ofensor (abandono), ao mesmo tempo em que isso ensejaria dupla vantagem ao ofensor, com o despojamento de responsabilidades familiares e indenizabilidade de dano moral (tornando-se verdadeiro incentivo ao abandono familiar) (TJSP, 2012, online).

Dessa forma, entende-se que a suspensão do poder familiar não é o melhor instituto a ser aplicado nos casos de abandono afetivo, seja para fins de ressarcimento da vítima frente às lesões sofridas, seja para fins de repressão de condutas semelhantes. Nesses casos, a aplicação da responsabilização civil seria o melhor instrumento jurídico para garantir o ressarcimento da criança, por um lado, e reprimir o abandono afetivo, por outro.

9 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO

Como demonstrado em Capítulo anterior, uma vez configurada a conduta culposa que guarde nexos causal com lesão à direito de um terceiro, veremos nascer o direito à reparação devido pelo ofensor à vítima. Entretanto, a pretensão à reparação não é *ad infinitum*, qual seja, ela terá um prazo determinado para que possa ser exercida.

Assim, a prescrição extintiva¹²⁵ afeta a pretensão do direito, qual seja, o poder de exigir de outrem uma ação ou omissão; não trata, portanto, do direito subjetivo público abstrato de ação. Portanto, não se fala no fim do direito subjetivo em si, mas apenas na impossibilidade do detentor do direito acionar o Poder Judiciário para exigir a observância do referido direito¹²⁶.

Conforme o Código Civil, em seu artigo 206, §3º, inciso V, prescreverá em três anos a pretensão de reparação civil, qual seja, a pretensão de responsabilização por danos patrimoniais e extrapatrimoniais, sendo que esse prazo iniciará sua contagem quando do momento da violação do direito (art. 189 do CC). Assim, se entende que será aplicado o prazo prescricional trienal também aos casos que envolvam abandono afetivo parental, vez que se tratam de reparação civil como qualquer outra. Entretanto, a pergunta que se faz nesses casos é: qual o momento específico em que se produziria a lesão e, portanto, em que se iniciaria o prazo prescricional?

Apesar de indiscutível que o abandono afetivo dá causa aos mais diversos danos psicológicos na mente infantil, um dos próprios requisitos de configuração da negligência parental é a passagem do tempo, qual seja, a violação ao dever parental de criação deverá se dar ao longo da maturação infantil para que enseje o dano. Portanto, se para que haja dano deve haver, primeiro, uma certa passagem de tempo, qual seria o ínterim necessário para que se configure a lesão e, portanto, se inicie a contagem da prescrição?

A resposta vem na forma do art. 197 do Código Civil, em seu inciso II, o qual dispõe que não corre prescrição entre ascendentes e descendentes durante a existência do poder familiar. Isso ocorreria em razão da existência de confiança, amizade, laços afetivos que envolvem a relação parental¹²⁷.

¹²⁵ A prescrição extintiva se diferencia da prescrição aquisitiva (denominada usucapião), a qual se refere à modo de aquisição de domínio, ou seja, é força geradora de direito (GONÇALVES, *ibidem*, 2011, p. 512)

¹²⁶ GONÇALVES, Carlos R. *Direito Civil Brasileiro: parte geral*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2011, p. 515.

¹²⁷ GONÇALVES, *ibidem*, 2011, p. 524.

Dessa forma, o prazo prescricional só inicia sua contagem após a extinção¹²⁸ do poder familiar, a qual ocorre, conforme disposto pelo art. 1.635 do CC: (I) pela morte dos filhos ou dos pais, (II) pela emancipação, (III) pela maioridade ou (IV) pela adoção do filho por terceiro.

Assim, alinhados a esses dispositivos legais, têm entendido os tribunais que será utilizado como marco do início da prescrição o momento da extinção do poder parental. Nesse sentido, por exemplo, se citam as seguintes decisões:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL. ABANDONO MORAL, AFETIVO E MATERIAL DO PAI EM RELAÇÃO AO FILHO. AÇÃO AJUIZADA APÓS O DECURSO DO PRAZO DE TRÊS ANOS DE VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRESCRIÇÃO.

Transcorrido o prazo trienal para pretensão indenizatória, previsto no art. 206, §3º, inciso V, CC, há de se reconhecer a prescrição da demanda. Apelação cível provida. (TJRS, 2014, online)¹²⁹

DIREITO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. ABANDONO AFETIVO. DANO MORAL. PRETENSÃO DE REPARAÇÃO CIVIL. PRESCRIÇÃO TRIENAL NÃO CONFIGURADA. TERMO A QUO. MAIORIDADE CIVIL. CAUSA IMPEDITIVA NÃO OBSERVADA. SENTENÇA CASSADA.

1. Nas ações de indenização por abandono afetivo a prescrição é trienal, conforme o art. 206, § 3º, V, do Código Civil.

2. O termo inicial da prescrição, na hipótese, é a data em que a parte autora atinge a maioridade civil, aos 18 anos de idade, porquanto não corre a prescrição entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar, consoante disposto no art. 197 do Código Civil.

3. Demonstrado que a propositura da presente ação de ressarcimento ocorreu antes do transcurso do prazo trienal contado da data em que a parte autora atingiu a maioridade civil, afasta-se a prescrição reconhecida na sentença.

4. Apelação conhecida e provida. Sentença cassada. Unânime. (TJDF, 2016, online)¹³⁰

Portanto, conforme exposto, o prazo prescricional da pretensão ressarcitória do filho abandonado afetivamente pelo genitor irá se iniciar quando de sua maioridade ou emancipação.

9.1 TEORIA ACTIO NATA

O marco prescricional nos casos de abandono afetivo será a maioridade ou emancipação do filho. Contudo, existem casos em que essa disposição representaria um prejuízo ainda maior ao jovem que viu seu direito violado. Como exemplo, se traz a hipótese de criança que, ingressando com ação de reconhecimento de paternidade, vê seu pai, propositadamente,

¹²⁸ A doutrina diferencia a perda da extinção do poder familiar. A perda é sanção que se impõe frente à infringência de dever, sendo imposta por sentença judicial; a extinção ocorre naturalmente em razão da morte das partes, emancipação, adoção ou maioridade dos filhos (DIAS, *ibidem*, 2011, p. 435).

¹²⁹ TJRS – AC: 70061007886 RS, Relator: Jorge Luís Dall’Agnol, DJ: 29/09/2014. Jusbrasil, 2014. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/142661116/apelacao-civel-ac-70061007886-rs?ref=serp>>. Acesso em: 26/05/2018.

¹³⁰ TJDF – APC: 20140710138184, Relatora: Fátima Rafael, DJ: 08/03/2016. Jusbrasil, 2017. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/501006987/20161610113846-df-0008166-3320168070020/inteiro-teor-501007031?ref=serp>>. Acesso em: 26/05/2018.

protelar o bom andamento do processo com fins de adiar, tanto quanto possível, suas obrigações parentais; nesse cenário, comum vemos ações que levam anos para se chegar à sentença declaratória de paternidade, sendo comum que, ao final, o jovem já tenha atingido sua maioridade há muito.

Em casos como o exposto acima, evidente que haveria uma lesão injusta ao jovem que se vê negligenciado pelo genitor quando, em razão exatamente dessa negligência, a qual se arrastou ao longo de um árduo processo judicial, vê seu direito ao ressarcimento denegado frente à prescrição. Assim, para essas situações, se entende ser aplicável a Teoria da *Actio Nata*.

Segundo Camara Leal¹³¹, existiriam quatro condições integrantes da prescrição: (a) existência de uma ação exercitável – *actio nata* –, (b) inércia do titular para exercer a ação, (c) continuidade da inércia ao longo do tempo e (d) ausência de fato suspensivo, impeditivo ou interruptivo do prazo prescricional (apud GONÇALVES, 2011, p. 515). Assim, nos casos em que não o filho não tem certeza quanto à parentalidade, o primeiro requisito para o início da contagem do prazo prescricional não estaria configurado, vez que ainda não existiria um poder de ação exercitável do qual a parte fosse titular.

Dessa forma, o início do prazo prescricional da pretensão de reparação civil por abandono parental só se iniciará nos termos do art. 197 do Código Civil (após o fim do poder parental) nos casos em que a parte que teve seu direito violado tem imediata ciência da referida violação¹³². Para as hipóteses em que não há essa ciência, entretanto, a prescrição se iniciaria a partir do momento do reconhecimento inequívoco da lesão sofrida – qual seja, da declaração da parentalidade.

Conforme esse entendimento se expressaram as seguintes decisões:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS (ABANDONO AFETIVO). Prescrição. Fluência a partir do reconhecimento da paternidade, época que, segundo a inicial, já ocorriam as lesões morais reclamadas. Princípio da “*actio nata*”. Início do prazo desde o nascimento da pretensão e a sua possibilidade de exercício em juízo. Precedente do STJ. SENTENÇA MANTIDA. APELO IMPROVIDO. (TJSP, 2015, online)¹³³

ABANDONO AFETIVO. DANO MORAL. PRESCRIÇÃO. Inteligência dos artigos 197, II, e 206, § 3º, V, ambos do Código Civil.
- INICIO DO PRAZO TRIENAL - violação do direito subjetivo. Conhecimento da paternidade. Filho que só soube o nome do seu suposto pai quando já contava com mais de 30 anos de idade. Após fazer uma busca por seu suposto pai, acabou descobrindo seu nome e paradeiro, quando então, ingressou com a ação de investigação de paternidade. Realizado o exame de DNA confirmando a paternidade, o processo foi julgado procedente.

¹³¹ CÂMARA LEAL, Antonio L. Da Prescrição e da Decadência. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 11.

¹³² Enunciado 14 do Conselho da Justiça Federal.

¹³³ TJSP – APL: 0000548-08.2013.8.26.0604 SP, Relator: Donegá Morandini, DJ: 18/09/2015. Jusbrasil, 2015. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/234177981/apelacao-apl-5480820138260604-sp-0000548-0820138260604?ref=serp>>. Acesso em: 28/05/2018.

- Magistrado sentenciante que considerou como termo inicial do prazo a propositura da ação investigatória de paternidade. Reforma. Autor não tinha certeza se o apelado era realmente seu pai. Seria ilógico concluir que o prazo prescricional teve início com a propositura da ação, mas caso o resultado fosse negativo dever-se-ia ser desconsiderado o início daquele.
- Aplicação da Teoria da *Actio Nata*. Início do prazo a partir do conhecimento da lesão ao direito subjetivo. Trânsito em julgado da sentença.
- Dá-se provimento
(TJSP, 2015, online)¹³⁴

Dessa forma, resta evidenciado que, ainda que a regra geral determine que o prazo prescricional para ingressar com ação de ressarcimento frente à abandono afetivo se inicia quando da maioridade do filho, nos casos em que o reconhecimento parental se dá apenas posteriormente a esse marco, se valerá o juiz da Teoria da *Actio Nata* a fim de determinar que o novo prazo tenha início quando da sentença declaratória de parentalidade.

¹³⁴ TJSP – APL: 4005580-94.2013.8.26.0451 SP, Relator: Enio Zuliani, DJ: 07/05/2015. Jusbrasil, 2015. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/186856099/apelacao-apl-40055809420138260451-sp-4005580-9420138260451/inteiro-teor-186856111?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 28/05/2018.

10 ANÁLISE DO PL 3212/2015:

A importância do afeto na criação e amadurecimento psicossocial dos filhos é indiscutível. Contudo, ainda existem grandes debates doutrinários e jurisprudenciais a respeito do caráter obrigacional de prestação de afeto dos pais aos filhos, qual seja, se discute a própria existência do afeto como valor jurídico, bem como do dever de convivência parental. Tais questões causam uma grande insegurança naqueles que buscam respaldo no poder judiciário – afinal, as decisões quanto aos pedidos de reparação por abandono afetivo diferem de magistrado para magistrado, a depender, unicamente, de suas interpretações legais.

Diante desse cenário de incertezas, o deputado Marcelo Crivella (PRB-RJ) propôs o PL 3212/2015¹³⁵, que modificaria o Estatuto da Criança e do Adolescente com a finalidade de determinar que o abandono afetivo parental passe a caracterizar ilícito civil.

O projeto dispõe que é dever dos pais, além de zelar pelos direitos da criança, prestar assistência afetiva aos filhos através do convívio, dessa forma acompanhando e influenciando a maturação infantil positivamente.

Ainda, o projeto de lei se preocupou em determinar o que será compreendido como assistência afetiva. Nesse sentido, passaria a dispor o art. 4º, §3º do Estatuto:

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

Note-se que o debate sobre aplicabilidade do instituto de responsabilização civil nos casos de abandono afetivo parental restará decidido frente à adição, feita pelo PL, de parágrafo único ao art. 5º do Estatuto, determinando:

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

O projeto, ademais, adiciona ao rol de deveres dos dirigentes de escolas a informação ao Conselho Tutelar de casos de negligência, abuso ou abandono infantil – mesmo que tais sejam estritamente afetivos.

Finalmente, seria adicionado ao Estatuto da Criança e do Adolescente a possibilidade de juízes determinarem medida cautelares de afastamento do genitor da moradia comum nos casos em que se verificasse hipóteses de maus-tratos, negligência, opressão ou abuso sexual.

¹³⁵ Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1396365&filename=PL+3212/2015>. Acesso em: 01/06/2018.

O PL 3212/2015 recebeu aprovação da Comissão de Seguridade Social e Família, na Câmara dos Deputados, em 2016. Atualmente, se encontra em análise pela Comissão de Constituição e Justiça, também na Câmara dos Deputados.

Enfim, nota-se a importância do referido projeto de lei para apaziguar as incertezas jurídicas que rondam a questão do abandono afetivo, bem como para explicitar, de forma clara, a existência do dever parental de convívio afetivo com seus filhos.

CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, buscou se demonstrar que os requisitos ensejadores da responsabilização civil subjetiva se encontram presentes nos casos de abandono afetivo parental. Assim, o ato ilícito estaria configurado frente a conduta culposa do genitor que, em razão da negligência de criação afetiva infantil, resultaria em danos à dignidade e aos direitos da personalidade da criança.

Portanto, frente ao princípio da *restitutio in integrum*, é dever do agente reparar a lesão injustamente causada; contudo, em razão da própria natureza extrapatrimonial do dano, essa reparação deverá se dar por meio de tutela ressarcitória, sendo devido um valor indenizatório que buscará, dentre outras coisas, compensar a vítima que viu seu direito violado pela ação da outra parte. Dessa forma, não se fala, aqui, em monetarização do afeto ou das relações familiares, mas sim na possibilidade de que as vítimas busquem melhores condições de vida através do pagamento indenizatório – por exemplo, pelo acesso a terapia.

Por outro lado, nos casos de abandono afetivo, estaríamos falando da responsabilização em sua espécie extracontratual, vez que derivada de preceitos legais e deveres genéricos de cuidado. Assim, a responsabilização civil deriva da violação dos mais diversos tratados internacionais e normas internas, os quais expressamente preveem o direito da criança à convivência familiar. Ainda nessa esteira, se cita a existência do poder parental, previsto pelo ECA, o qual determina, dentre outras coisas, o dever, de titularidade de ambos os genitores, de criar e educar sua prole.

Em razão disso, o direito ao afeto entende-se não como obrigação do genitor de amar seus filhos (obrigação essa impossível de ser garantida pelo Estado), mas sim o exercício do poder familiar, com a finalidade de criação infantil, sempre com base na convivência harmoniosa e na proteção dos interesses da criança. Portanto, não basta que o genitor contribua monetariamente para o sustento infantil (através, por exemplo, da prestação de alimentos), é necessário que também exerça seu papel na educação de seus filhos, participando de seu processo de maturação e garantindo seu desenvolvimento saudável até a vida adulta.

Nesse sentido, uma vez constatada a violação do direito ao afeto, qual seja, uma vez que se configure a negligência parental no exercício de seu poder familiar ao longo do crescimento infantil, estará também configurado o dever de reparar os danos causados à criança abandonada. Entretanto, é de se frisar que a comprovação de danos frente ao abandono parental se dá através da teoria *in re ipsa*, pela qual é dever da vítima provar que houve o ato ilícito (qual seja, o abandono afetivo ao longo do tempo), e não os danos; a razão não poderia ser mais clara: é

praticamente impossível comprovar lesões que dizem respeito apenas à esfera imaterial da vítima.

Por outro lado, poderá haver a exclusão da culpabilidade da conduta do genitor que abandonou afetivamente ao seu filho nos casos em que há desconhecimento da paternidade ou, ainda, quando se caracteriza a alienação parental perpetuada pelo outro genitor; esse último caso poderá, também, representar atenuante da conduta culpável parental quando se constatar a concorrência das causas, as quais, em conjunto, deram ensejo aos danos extrapatrimoniais ao direito infantil.

Importante ressaltar que, ainda que o prazo prescricional trienal para pretensão de reparação civil por abandono afetivo tenha início quando da extinção do poder familiar, não se aplica tal entendimento nos casos em que se faz necessário o reconhecimento da parentalidade por via judicial. Para essas hipóteses, se aplicaria a teoria da *actio nata*, pela qual a prescrição só começa a correr a partir do reconhecimento irrefutável do direito de ação exercitável – qual seja, a partir da declaração de parentalidade.

Finalmente, é de se entender que restou demonstrado ao longo deste trabalho não apenas a possibilidade legal da responsabilização civil por abandono afetivo parental, mas até mesmo o dever de incidência desse instituto para os referidos casos. Esse dever deriva da natureza especial garantida aos direitos infantis, tanto pela Constituição Federal quanto pelos Tratados Internacionais. Assim, a responsabilização por negligência afetiva teria um papel extremamente importante na sociedade brasileira, em razão de suas duas funções principais: de reparação e de repressão. Pela primeira, se buscaria garantir meios para que o jovem afetado pelo abandono possa buscar ajuda, reparando as lesões psicológicas sofridas pela conduta parental; já pela segunda, se buscaria reprimir a reincidência da mesma conduta, protegendo, assim, os interesses de futuras gerações de crianças.

Ante o exposto, compreende-se que restou demonstrado o ponto fulcrar deste estudo, qual seja, a comprovação da existência de um direito ao afeto, de titularidade da criança, cuja violação ensejaria o dever de reparação, instrumentalizado através da responsabilização civil subjetiva.

REFERÊNCIAS

BACHUR, João P. **Individualismo, Liberalismo e Filosofia da História**. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n66/29088.pdf>. Acesso em: 06/06/2018.

BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAMARA, Sette. **Hans Kelsen e a Teoria Pura do Direito Internacional**. 1949. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/487/456>. Acesso em: 15/06/2018.

CARDIN, Valéria S. G., **Dano Moral no Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____, Valéria S. G.; FROSI, Vitor E. O Afeto como Valor Jurídico. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Fortaleza: 2010, p. 6857-6869.

CAVALIERI, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 2009.

COELHO, Fábio U. **Curso de Direito Civil: família e sucessões**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria B. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria H. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, v. 5, 2010.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, v. 7, 2009.

FARIAS, Cristiano C.; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe P. B. **Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas S.A., v.2, 2015.

GALANTE, Mariana D. A.; FERREIRA, Francisco R. Abandono Afetivo Parental e Repercussão na Esfera Civil. **UNAR**. Volume 14, n. 2. 2015, p. 54-80.

GARCIA, Gustavo F. B. **Introdução ao Estudo do Direito: teoria geral do direito**. 3ª ed. Elsevier/Método, 2015.

GARNEFSKI, Nadia; DIEKSTRA, Rene F. W. Adolescents from one parent, stepparent and intact families: emotional problems and suicide attempts. **Journal of Adolescence**. Vol. 20, n. 2. 1997, p. 201-208.

GOLDWATER, Anne-France. **Parental Alienation Syndrome**. 2008. Disponível em: <http://www.goldwaterdube.com/publication/1867/parental-alienation-syndrome.html>. Acesso em: 26/05/2018.

GONÇALVES, Carlos R. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, v. 6, 2012.

_____, Carlos R. **Direito Civil Brasileiro: parte geral**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2011.

KOSHER, Hanita; BEN-ARIEH, Asher; HENDELSMAN, Yael. **Children's Rights and Social Work: springerbriefs in rights-based approaches to social work**. Springer International Publishing, 2016.

LEVESQUE, Roger J.R. International Children's Rights Grow Up: implications for American jurisprudence and domestic policy. **California Western International Law Journal**. Vol. 24, n. 2, Article 3. 1994, p. 1-48.

LÔBO, Paulo. Guarda e convivência dos filhos após a lei nº 11.698/2008. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**, 6, 2008, p. 23-35.

LOCKE, John. **Two Treatises of Government**. 1681. Disponível em: <http://www.yorku.ca/comninel/courses/3025pdf/Locke.pdf>. Acesso em: 12/06/2018.

NAZ, Fauzia; KAUSAR, Rukhsana. Childhood Abuse and Parental Acceptance-Rejection in Adolescents with Conversion Disorder. **Pakistan Journal of Social and Clinical Psychology**. Vol. 12, n. 2. 2014, p. 3-9.

OLIVEIRA, Thalissa C. Evolução Histórica dos Direitos da Criança e do Adolescente com Ênfase no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista Interdisciplinar de Direito – Faculdade de Direito de Valença**. Vol. 10, n. 2. 2013, p. 339-358.

SOARES, Flaviana R. **Responsabilidade Civil por Dano Existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

YOUF, Dominique. Protection de l'enfance et droits de l'enfant. **Études**, 2011/12 (Tome 415). 2011, p. 617-627.