

UNIVERSIDADE DO OESTE DE SANTA CATARINA
CAMPUS DE SÃO MIGUEL DO OESTE
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CIVIL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL

GLAUCIA CRISTINA DA CUNHA

**A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES
PATERNO-FILIAIS**

São Miguel do Oeste

2012

GLAUCIA CRISTINA DA CUNHA

**A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES
PATERNO-FILIAIS**

**Trabalho monográfico apresentado ao
Curso de Pós-Graduação em Direito Civil e
Direito Processual Civil, para obtenção do
título de Especialista em Direito.**

Orientadora: Prof. Edenilza Gobbo

São Miguel do Oeste

2012

Dedico este trabalho aos meus pais, afinal foram eles que me apoiaram em todos os momentos, pois tenho ciência que tudo o que sou e sei advém dos bons exemplos que recebi durante toda a minha vida. Eu nada seria sem o apoio incondicional e afetuoso que recebi e, por conta disso, hoje sinto-me capaz de lutar pelos meus sonhos e objetivos.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por estar sempre presente e permitir que pela fé se concretizasse mais essa realização.

À Professora Edenilza Gobbo, orientadora que, com boa vontade, compartilhou seus conhecimentos e suas experiências, possibilitando chegar ao final de cada etapa deste estudo.

À minha família, fonte de minha força.

Aos professores, pela dedicação.

Aos colegas e amigos, pela convivência.

A todos que, de uma forma ou outra, colaboraram para que este trabalho fosse realizado com êxito.

Ter um filho e reconhecer sua paternidade deve ser antes de uma obrigação legal, uma demonstração de afeto e dedicação, que decorre mais de amar e servir do que responder pela herança genética.

(José Bernardo Ramos Boeira).

RESUMO

A legislação pátria atribui aos genitores inúmeros direitos e deveres com relação a sua prole, razão pela qual faz-se mister analisar se o descumprimento dos deveres a ele incumbidos acarreta a possibilidade de responsabilização civil, por meio da indenização. Para alcançar tal objetivo, o presente trabalho de conclusão de curso se dividiu em três partes. Primeiramente, analisar-se-á a responsabilidade parental, mormente no que concerne às implicações jurídicas e aos deveres atribuídos pela legislação brasileira aos genitores e, em especial, ao dever de cuidado estabelecido na Carta Magna. Na segunda parte, realizar-se-á um estudo acerca dos direitos de personalidade e das consequências da responsabilização por dano moral, bem como os requisitos da responsabilidade civil e os pressupostos do dever de indenizar. Por fim, na última parte será realizada uma profunda análise acerca da possibilidade de responsabilização civil nas relações parentais, especialmente no caso de descumprimento dos deveres decorrentes da responsabilidade parental. Conclui-se que existe a possibilidade de responsabilizar civilmente aquele que descumprir os deveres paterno-filiais, eis que estes visam garantir os direitos inerentes à personalidade da criança e do adolescente, intimamente relacionados com a dignidade da pessoa humana.

Palavras-Chave: Responsabilidade parental. Dever de cuidado. Responsabilização civil.

ABSTRACT

The law assigns to parents homeland numerous rights and duties with respect to their offspring, which is why it is mister consider whether the breach of the duties entrusted to it entails the possibility of civil liability, through indemnification. To achieve this goal, this course conclusion work was divided into three parts. First, it will examine parental responsibility, especially with regard to the legal implications and duties assigned by Brazilian law to parents and, in particular, the duty of care established in the Magna Carta. In the second part, it will perform a study about personality rights and the consequences of accountability for moral damage, as well as the requirements of civil liability and assumptions of the duty to indemnify. Finally, the last part will be a deep analysis about the possibility of civil liability in parental relationships, especially in the case of breach of obligations under the parental responsibility. We conclude that there is a possibility that they disobey civilly liable duties paternal-branches, behold, they seek to ensure the rights inherent in the personality of the child and adolescent, closely related to human dignity.

Keywords: Parental responsibility. Duty of Care. Civil liability.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A RESPONSABILIDADE PARENTAL	11
2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO CONCEITUAL.....	11
2.2 IMPLICAÇÕES JURÍDICAS	12
2.2.1 O dever de cuidado.....	15
3 A RESPONSABILIZAÇÃO POR DANO MORAL	18
3.1. OFENSA AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE E O DANO MORAL.....	18
3.2 REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E PRESSUPOSTOS DO DEVER DE INDENIZAR	22
4 A RESPONSABILIZAÇÃO POR DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES PATERNO-FILIAIS	26
4.1 DIVERGÊNCIA SOBRE A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL NAS RELAÇÕES PARENTAIS	27
4.2 O DEVER DE INDENIZAR POR DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES DECORRENTES DA RESPONSABILIDADE PARENTAL	29
5 CONCLUSÃO	34
REFERÊNCIAS	36

1 INTRODUÇÃO

As relações familiares passam por mudanças significativas, mormente no que tange às relações paterno-filiais, eis que o divórcio deixou de ser raridade na sociedade contemporânea e, conseqüentemente, a separação entre pais e filhos passou a ser comum na atualidade. Tal situação evidencia, mas não esgota, o problema com o cumprimento dos deveres do poder familiar, haja vista a existência de inúmeras entidades familiares que, mesmo com a convivência conjunta dos genitores, apresentam visível descumprimento de determinados direitos imateriais que os filhos possuem. Por conta disso, indubitável a necessidade de verificar se os deveres decorrentes do poder familiar, incluindo aqueles relacionados com a convivência familiar, são passíveis de responsabilização por meio de indenização por dano moral.

Com base nisso, o presente trabalho apresenta o seguinte tema: “A responsabilização civil por descumprimento dos deveres paterno-filiais”, tendo como objetivo analisar a viabilidade de conceder indenização no caso de descumprimento dos deveres decorrentes da relação paterno-filial.

O tema é deveras importante, visto tratar dos direitos inerentes a toda criança e adolescente, os quais são garantidos pela Constituição Federal e, a fim de assegurar a sua efetividade, incumbe-se aos genitores diversos deveres, não só relacionados com os aspectos materiais, mas também imateriais, como é o caso do dever de cuidado. Desta forma, a presente pesquisa justifica-se em razão da obrigatoriedade na observância do cumprimento dos deveres paterno-filiais que os genitores possuem no que concerne a sua prole, objetivando, assim, verificar a possibilidade de responsabilizar civilmente em caso de descumprimento dos mesmos.

Sendo assim, o estudo é dividido em três partes.

Inicialmente, faz-se necessário refletir acerca da responsabilidade que a Constituição Federal e as leis infraconstitucionais atribuem aos genitores com relação aos filhos, os quais são considerados deveres e devem ser assegurados, como é o caso do dever de cuidado.

Em seguida, tratar-se-á do estudo do dano moral decorrente da ofensa aos direitos de personalidade e, com o intuito de entender o instituto e a sua aplicação, serão apresentados os requisitos da responsabilidade civil e os pressupostos do dever de indenizar.

Finalizando, a fim de alcançar o propósito do presente trabalho, analisar-se-á a possibilidade de aplicação da responsabilização civil nas questões parentais, diante do seu

caráter pessoal e aparentemente afetivo, mormente no que tange ao descumprimento dos deveres decorrentes da responsabilidade parental.

Ao final, serão apresentadas considerações derradeiras, analisando a possibilidade de responsabilização civil dos genitores diante do descumprimento dos deveres parentais a eles atribuídos pela legislação pátria.

Desta forma, trata-se de pesquisa bibliográfica, de cunho científico, sendo apresentada como explicativa, seguindo o método indutivo de abordagem.

2 A RESPONSABILIDADE PARENTAL

A família é considerada a base fundamental da sociedade, sendo neste ambiente que o indivíduo vivencia boa parte da sua história de vida, desenvolvendo a sua personalidade, por meio de aspectos psicológicos, sociais e políticos (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010). A criança e o adolescente, por estar em fase de desenvolvimento da personalidade, necessita de um acompanhamento, não somente nas questões práticas, mas principalmente nas questões afetivas, mostrando-lhes o real valor do afeto em uma relação familiar.

Sob tal aspecto, a filiação é considerada a relação de parentesco com maior relevância no ordenamento jurídico pátrio, mormente porque se evidencia o liame afetivo existente entre pais e filhos (FARIAS e ROSENVALD, 2010). Dias (2008), ao tentar conceituar a filiação, aduz que é no nascimento que há a inserção do indivíduo na família, oportunidade em que há necessidade de auxílio mútuo daqueles que o rodeiam, em decorrência da absoluta impossibilidade de sobreviver de forma autônoma. Sendo assim, cria-se um elo de dependência com a estrutura familiar, assegurando o crescimento e pleno desenvolvimento do indivíduo, o qual reconhece a família como ponto de identificação social.

Diante disso, “cabe ao direito identificar o vínculo de parentesco entre pai e filho como sendo o que confere a este a **posse de estado de filho** e ao genitor as responsabilidades decorrentes do **poder familiar**” (DIAS, 2008, p. 325).

Inevitável, portanto, o estudo do poder familiar, a fim de identificar os direitos e deveres com relação à prole, em especial no que concerne ao dever de cuidado, foco do presente capítulo.

2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO CONCEITUAL

A expressão poder familiar é nova, eis que até o Código Civil de 2002 era conhecida como pátrio poder.

Tal termo surgiu do Direito Romano, época em que o poder do *pater familias* era exercido sobre os filhos, a mulher e os escravos de maneira absoluta, sem deixar qualquer margem de escolha para os subordinados (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010). Contemporaneamente, tal visão já não subsiste, pois a Constituição Federal de 1988 outorgou a ambos os genitores o desempenho do poder familiar com relação aos filhos comuns. No ordenamento jurídico atual, o poder familiar é muito mais um ônus do que propriamente um

poder para os seus titulares, pois tal instituto passou a ser um sinônimo de proteção, com mais características de deveres e obrigações dos pais para com os filhos do que direitos em relação a eles (DIAS, 2008).

O poder familiar é tido como um poder-função ou direito-dever, de acordo com a teoria funcionalista das normas de direito das famílias, eis que o poder é exercido pelos genitores, mas as suas consequências afetam diretamente o filho, servindo para que os seus interesses sejam alcançados (DIAS, 2011).

Grisard Filho (2009, p. 24 *apud* DIAS, 2011, p. 425) aduz que

[...] tentar definir poder familiar nada mais é do que tentar enfeixar o que compreende o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, seja física, mental, espiritual ou socialmente.

A nomenclatura do instituto gera controvérsias, mormente porque dá a ideia de poder dos pais com relação aos filhos e atribui a prerrogativa à família e não aos pais, como seria o correto. Por conta disso, alguns doutrinadores preferem a nomenclatura poder de proteção, poder parental ou autoridade parental (MACIEL, 2008).

Diante das peculiaridades acima expostas, o poder familiar pode ser conceituado como um conjunto de direitos e deveres pessoais e patrimoniais em relação ao filho menor, não emancipado, sempre com o intuito de garantir os interesses do infante. Segundo Dias e Pereira (2003), tal instituto é mais um dever do que um poder, visto que aos pais incumbe o ônus que a sociedade organizada a eles atribui, em decorrência da parentalidade existente, tudo com o intuito de garantir os interesses dos filhos.

Vê-se, portanto, que a contextualização conceitual se baseia especialmente nos deveres que são atribuídos aos pais com relação aos seus filhos, sendo que Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 596) é enfático ao afirmar que poder familiar é “o plexo de direitos e obrigações reconhecidos aos pais, em razão e nos limites da autoridade parental que exercem em face dos seus filhos, enquanto menores e incapazes”.

2.2 IMPLICAÇÕES JURÍDICAS

Sabedores de que o poder familiar, conforme nomenclatura utilizada pelo Código Civil de 2002, se trata do conjunto de direitos e obrigações que os pais possuem com relação

aos filhos menores e incapazes, parte-se para análise dos aspectos legais acerca de tal instituto.

Inicialmente, cumpre destacar que o poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável, imprescritível e decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal ou socioafetiva, sendo possível somente delegar o seu exercício a terceiros, na forma de guarda (DIAS, 2011).

Destaca-se, outrossim, que este poder familiar é sempre compartilhado entre os genitores mesmo que os pais estejam separados, como bem destaca o artigo 226, § 5º da Carta Magna, haja vista que tal dever decorre da filiação e não do casamento ou da união estável. Sendo assim, permanece intacto o direito de supervisionar o interesse dos filhos e de fiscalizar sua manutenção e educação, conforme previsão, respectiva, dos artigos 1.583, § 3º e 1.589 do Código Civil. Vislumbra-se, assim, que a falta de convivência sob o mesmo teto não limita, tampouco exclui, o poder-dever dos pais, sendo que a única alteração diz respeito ao direito de ter os filhos em sua companhia, como se extrai do artigo 1.632 do Diploma Legal supracitado.

Tal instituto possui tamanha importância no ordenamento jurídico pátrio que o inadimplemento dos deveres inerentes ao poder familiar configura infração susceptível à pena de multa, conforme prescreve o artigo 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com o intuito de fixar as competências dos genitores no que concerne aos filhos menores, o artigo 1.634 do Código Civil elenca as seguintes hipóteses: a) dirigir-lhes a criação e educação; b) tê-los em sua companhia e guarda; c) conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casar; d) nomear-lhes tutor; e) representá-los e assisti-los nos atos da vida civil; f) reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; e, por fim, g) exigir obediência, respeito e serviços próprios de sua idade e condição (DIAS, 2011).

No que tange ao dever de dirigir a criação e educação dos filhos, importante consignar que o seu desrespeito configura os crimes tipificados no artigo 244 (abandono material) e 246 (abandono intelectual), ambos do Código Penal. Ademais, educação se refere tanto à educação escolar e profissional, quanto à formação moral que advém do ambiente familiar, a fim de contribuir para a personalidade do infante (LEITE, 2005). Quanto a ter a prole em sua companhia e guarda, constata-se que não se trata de um dever propriamente dito, mas também um direito dos pais, o qual garante a convivência familiar, que é um dos direitos elementares no Direito de Família. Salienta-se, por oportuno, que a entrega do filho a pessoa inidônea acarreta a prática do crime previsto no artigo 245 do Código Penal (LEITE, 2005).

O consentimento para casar se refere aos filhos maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito) anos, sendo que, mesmo que a guarda permaneça com apenas um dos genitores, o consentimento de ambos é necessário. Em caso de divergência entre os pais, qualquer um deles ou o próprio filho pode recorrer ao Judiciário para solucionar o impasse, conforme determina o artigo 1.631, parágrafo único, do Código Civil. Referente à nomeação de tutor, esse dever do poder familiar somente se aplica quando os pais forem falecidos ou o cônjuge ou companheiro for incapaz. O dever previsto no inciso V do artigo 1.634 do Diploma Civil menciona acerca da representação, quando os filhos forem menores de 16 anos, e da assistência, quando os filhos possuírem entre 16 e 18 anos, para atuar nos atos da vida civil (LEITE, 2005). Outrossim, quando alguém deter ilegalmente o filho, os possuidores do poder familiar possuem o dever/direito de reclamá-los por meio da ação de busca e apreensão, a fim de garantir a sua integridade física e psicológica.

Por fim, o inciso VI do artigo supramencionado indica que os detentores do poder familiar tem o direito de exigir que a prole preste obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. Contudo, Lôbo (2001 apud LEITE, 2005) afirma que tal previsão é uma afronta direta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, sendo que tal dispositivo foi regulamentado na época em que a família era considerada uma unidade produtiva, em que os filhos menores prestavam serviços não remunerados, com fins econômicos, o que não se aplica na realidade atual. Não destoam o posicionamento de Gagliano e Pamplona Filho (2012), os quais alertam que a exigência de serviços além dos limites do razoável pode acarretar a exploração da mão de obra infantil e do adolescente, com aplicação das medidas penais e civis correspondentes.

O rol existente no Diploma Civil não é exaustivo, haja vista que não fazem referência aos deveres constantes na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, nos artigos 227 a 229 e 22, respectivamente. Denota-se, assim, a existência de inúmeros deveres decorrentes do poder familiar. Nesse sentido Lôbo (*apud* DIAS e PEREIRA, 2003, p. 186) sustenta:

O ECA, quando cuida do poder familiar, incumbe aos pais (art. 22) “o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores” e, sempre no interesse destes, o dever de cumprir as determinações judiciais. Essa regra permanece aplicável, pois aos poderes assegurados pelo novo Código somam-se os deveres fixados na legislação especial e na própria Constituição.

Vê-se, portanto, que a legislação brasileira incumbe aos detentores do poder familiar uma infindável lista de direitos e, principalmente, deveres, com o intuito de garantir que sejam

assegurados à criança e ao adolescente os seus direitos mais elementares, tanto no que se refere à integridade física, quanto psicológica. Nesse sentido, constata-se que não basta garantir aos filhos os deveres materiais, os quais necessitam de cuidado, vigilância e afetividade para possibilitar um futuro sem traumas. Diante disso, passa-se a analisar o dever de cuidado, que, em pese esteja em fase de construção no direito brasileiro, advém do poder familiar e merece ser pesquisado com maior profundidade.

2.2.1 O dever de cuidado

A autoridade parental está impregnada não apenas de deveres materiais, mas também no campo existencial, haja vista que aos pais incumbe o dever de satisfazer as necessidades dos filhos na índole afetiva, auxiliando-os no que for necessário (DIAS, 2008). Denota-se, portanto, que não basta aos genitores arcarem com as despesas e deveres impostos pela legislação brasileira somente no sentido material, pois a criança e o adolescente, especialmente por estarem em fase de formação da personalidade, necessitam da afetividade para garantir um desenvolvimento saudável. Não resta dúvida, portanto, acerca da existência de um vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos no que concerne ao dever de cuidado.

De acordo com os ensinamentos de Dias (2008), talvez o mais importante dever dos pais com relação aos filhos não conste no rol apresentado no artigo 1.634 do Código Civil. Para a mencionada autora, o dever mais importante é o de proporcionar aos filhos amor, afeto e carinho. A propósito:

A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a vertentes patrimoniais. A essência existencial do poder parental é a mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar. (DIAS, 2008, p. 388)

Tem-se, ainda, que o princípio da proteção integral de crianças e adolescentes, instituído pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, impôs legalmente o dever de assistência aos filhos, atribuindo nova configuração ao poder familiar, tanto que o inadimplemento dos deveres a eles inerentes configura infração susceptível à pena de multa, conforme estabelecido em seu artigo 249 (DIAS, 2008).

Visível, portanto, que o poder familiar atribui aos genitores mais deveres do que propriamente direitos com relação aos filhos, sendo que sob as novas diretrizes do Estatuto da

Criança e do Adolescente, pautadas, principalmente, sob o dever de convivência familiar, o afeto deve ser entendido como um direito do infante. Ademais, sabe-se que a falta de convívio dos pais com os filhos, nas hipóteses de rompimento do elo da afetividade, pode gerar danos psicológicos, inclusive permanentes, podendo comprometer o desenvolvimento saudável da criança ou do adolescente.

Ressalta-se que a cada genitor, mesmo aquele que não exerce a guarda legal, incumbe o dever de saber onde, com quem e por que o filho menor de idade está longe de suas vistas. Sendo assim, devem os pais assegurar que a sua prole esteja em segurança, na companhia de algum adulto, mesmo distante dos seus olhos (MACIEL, 2008).

Conforme já salientado, o papel dos pais não se limita ao aspecto patrimonial, visto que a assistência emocional também é uma obrigação legal dos genitores, como se extrai da interpretação extensiva do artigo 229 da Constituição Federal, referindo-se, portanto, além do sustento, o afeto, o cuidado e o amor (MACIEL, 2008).

Segundo os ensinamentos de Maciel (2008, p. 103):

Analisando a redação do art. 229 da CF/88, no que tange ao dever dos pais de assistir os filhos menores, notamos a amplitude do termo e as suas vertentes possíveis. Se, por um lado, significa ajudar, auxiliar e socorrer, por outro, há a vertente de estar presente, perto, comparecer, presenciar, acompanhar e até mesmo coabitar.

O poder familiar elenca uma série de direitos e deveres, os quais foram amplamente debatidos no presente estudo. Todavia, o dever de cuidado ainda é questionado e, quiçá, rechaçado por alguns Tribunais Pátrios, no sentido de que não se pode exigir sentimentos de afeto e cuidado como um dever legal.

Oliveira e Pereira (2008, p. 309) alertam para a importância do dever de cuidado, enfatizando que o desenvolvimento da criança ou do adolescente está intrinsecamente relacionado com o cumprimento de tal obrigação, conforme se verifica a seguir:

O cuidado como ‘expressão humanizadora’, preconizado por Vera Regina Waldow, também nos remete a uma efetiva reflexão, sobretudo quando estamos diante de crianças e jovens que, de alguma forma, perderam a referência da família de origem [...] a autora afirma: ‘o ser humano precisa cuidar de outro ser humano para realizar a sua humanidade, para crescer no sentido ético do termo. Da mesma maneira, o ser humano precisa ser cuidado para atingir sua plenitude, para que possa superar obstáculos e dificuldades da vida humana’.

Ademais, os autores supracitados sustentam que o cuidado deve ser analisado sob a ótica da proposta constitucional e legal relativa à convivência familiar, a qual possui caráter

prioritário no que concerne aos direitos da criança e do adolescente (OLIVEIRA e PEREIRA, 2008).

Destaca-se, outrossim, que o dever de cuidado está incorporado no ordenamento jurídico pátrio, não com essa expressão, mas por meio da interpretação do artigo 227 da Constituição Federal, eis que fixa que *“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”*.

Com base nisso, importante transcrever os ensinamentos explanados, com absoluta maestria, pela Relatora Ministra Nancy Andrigui no Acórdão proferido no Recurso Especial n. 1.159.242:

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.** (BRASIL, 2012, p. 10)

Evidente, assim, a impossibilidade de confundir o dever moral do amor com o dever legal do cuidado, pois este último sim é considerado uma obrigação dos titulares do poder familiar, visto que a Constituição Federal assegura que a criança e o adolescente devem ter garantidos os seus direitos, de modo a colocá-los a salvo de toda forma de negligência.

Andrigui (BRASIL, 2012, p. 11) prossegue enfatizando o que seria intitulado como dever de cuidado:

O cuidado, distintamente, é tísado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem -, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes.

Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.

Constata-se, portanto, que o dever de cuidado, em que pese não esteja previsto expressamente na Constituição Federal, é uma obrigação constitucional, o qual deriva da interpretação sistemática dos artigos 227 e 229 do Diploma Constitucional e das normas estabelecidas no Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo garantido às crianças e aos

adolescentes não só os direitos materiais, mas também os imateriais, com o intuito de lhes possibilitar um desenvolvimento saudável.

3 A RESPONSABILIZAÇÃO POR DANO MORAL

A responsabilidade, para fins jurídicos, é a consequência lógica da violação de uma obrigação legal, sendo que a responsabilidade civil visa, primordialmente, restabelecer o equilíbrio quebrado diante da prática do ato ilícito, ou seja, do descumprimento de um dever legal (CAVALIERI FILHO, 2010).

A responsabilidade civil pode ser objetiva ou subjetiva. Na objetiva, basta a comprovação da conduta (ação ou omissão), do dano e do nexo causal entre eles. De outro turno, na subjetiva existe a necessidade de comprovar que a ação ou omissão foi cometida culposamente pelo autor do fato. Cumpre destacar, neste ponto, que o dano pode ser meramente patrimonial ou moral, o qual é o foco do presente estudo.

Diante disso, tem-se necessidade de analisar a forma de configuração do dano moral no caso de ofensa aos direitos de personalidade, bem como os requisitos e pressupostos de tal espécie de dano, para fins de verificar a incidência do dever de indenizar.

3.1. OFENSA AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE E O DANO MORAL

O dano moral é entendido por alguns doutrinadores por meio de um conceito negativo, enquanto que outros o conceituam de modo positivo. De acordo com Cavalieri Filho (2010) os conceitos negativos nada dizem, eis que se limitam a afirmar que dano moral não possui caráter patrimonial ou que não é causado por uma perda pecuniária. Neste sentido, Gomes (*apud* GONÇALVES, 2011, p. 650) assim leciona:

Ocorrem duas hipóteses. Assim, o atentado ao direito, à honra e boa fama de alguém pode determinar prejuízos na órbita patrimonial do ofendido ou causar apenas sofrimento moral. A expressão “dano moral” deve ser reservada exclusivamente para designar o agravo que não produz qualquer efeito patrimonial. Se há consequências de ordem patrimonial, ainda que mediante repercussão, o dano deixa de ser extrapatrimonial.

Em contrapartida, as definições positivas o definem como a dor, o vexame, o sofrimento, ou, em suma, a dor da alma.

Contemporaneamente, indubitável que não são somente os direitos patrimoniais que merecem proteção legal, visto que o homem é titular de relações jurídicas que representam um valor maior, próprio da natureza humana, em que pese inexistam uma expressão pecuniária intrínseca. Tais direitos se referem à personalidade, os quais são garantidos desde o nascimento para todos os seres humanos (artigos 1º e 2º do Código Civil). Segundo Cavalieri Filho (2010, p. 82):

São direitos inatos, reconhecidos pela ordem jurídica e não outorgados, atributos referentes à personalidade, tais como o direito à vida, à liberdade, à saúde, à honra, ao nome, à imagem, à intimidade, à privacidade, enfim, à própria dignidade da pessoa humana.

Por conta disso, Cavalieri Filho (2010) visa conceituar o dano moral com base nos aspectos da Constituição Federal vigente, utilizando, para tanto, duas vertentes. Em *sentido estrito*, dano moral é a violação do direito à dignidade, tanto que a Carta Magna inseriu a reparação do dano moral como direito do cidadão. Diante disso, Cavalieri Filho (2010) sustenta que não há relação direta entre dano moral e dor, vexame ou sofrimento, haja vista que essas podem ser consequências do dano que afetou o psíquico da pessoa, mas de forma alguma configura a causa de tal. Indubitável, portanto, que os “bens que integram a personalidade constituem valores distintos dos bens patrimoniais, cuja agressão resulta no que se convencionou chamar de dano moral” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 83). De outro turno, em *sentido amplo*, o dano moral envolve uma gama de direitos de personalidade, não somente aqueles vinculados com a dignidade, como todas as ofensas destinadas à pessoa, seja com relação à sua vida individual ou social e, nestes casos, não é obrigatória a comprovação de dano para a dignidade do sujeito de direitos (CAVALIERI FILHO, 2010). Neste sentido, conclui Cavalieri Filho (2010) que o dano moral seria melhor entendido por meio da nomenclatura dano imaterial ou não patrimonial, eis que não se restringe tão somente à dor, tristeza e sofrimento, visto que se estende a todos os bens personalíssimos.

Consigna-se, outrossim, que, segundo os ensinamentos de Zannoni (1982 *apud* GONÇALVES, 2011), o dano moral pode ser direto ou indireto. De acordo com o autor supracitado, trata-se de dano moral direto aquele em que a lesão se refere a um interesse que busca a satisfação de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos de personalidade ou nos atributos da pessoa, enquanto que o dano moral indireto é aquele que provoca um prejuízo a qualquer interesse não patrimonial, mas devido a uma lesão a um bem patrimonial, como no caso da perda de objeto de valor afetivo.

A fim de identificar todos os parâmetros do dano moral, Rizzardo (2009) desenvolve quatro espécies de dano moral: a) quando há privação ou diminuição de um valor da vida da pessoa, com ofensa à paz, à tranquilidade de espírito e à liberdade individual; b) quando alcança a parte social do patrimônio moral, com ofensa à personalidade (honra, estima, reputação etc.); c) quando atinge o lado afetivo, como no caso da dor, tristeza, saudade e sentimento; e d) quando possui influência com o patrimônio e envolve os aspectos externos, como prejuízos para a beleza, aparência, postura, dentre outros. Em todas as situações há um consenso, qual seja, não existe o ressarcimento ou a indenização, pois o valor que paga possui caráter de satisfação ou reparação, mormente porque não é necessária a comprovação do prejuízo, ou seja, da perda patrimonial que a conduta causou (RIZZARDO, 2009).

Vê-se, assim, que não é qualquer dor, vexame ou sofrimento que configura dano moral, tendo necessidade de apresentar gravidade, além de ilicitude, pois, em caso negativo, haveria claro enriquecimento ilícito (PONTES DE MIRANDA *apud* GONÇALVES, 2011). Tal comprovação é de tamanha importância que o próprio Superior Tribunal de Justiça decidiu que “incômodos ou dissabores limitados à indignação da pessoa e sem qualquer repercussão no mundo exterior não configuram dano moral” (GONÇALVES, 2011, p. 652).

Neste sentido, não se diz que a indenização por dano moral é o preço que se paga pela dor sofrida, visto que inexistente possibilidade de recuperar os aspectos perdidos em decorrência da conduta do agente, sendo possível tão somente a restauração da dignidade do ofendido, com se vê nas lições de Venosa (2011, p. 332):

[...] a indenização pelo dano exclusivamente moral não possui o acanhado aspecto de reparar unicamente o *pretium doloris*, mas busca restaurar a dignidade do ofendido. Por isso, não há que se dizer que a indenização por dano moral é um preço que se paga pela dor sofrida. É claro que é isso e muito mais.

Notável, desta forma, que o dano moral possui íntima relação com os direitos da personalidade. Sob tal aspecto, importante salientar que a personalidade é o conjunto de caracteres próprios da pessoa que apoiam os direitos e deveres que dela irradiam, ou seja, “a personalidade se apresenta como um bem que serve ao sujeito de direito para o pleno gozo e exercício dos demais bens” (SOUZA, 2003, p. 02). Por conta disso que Gomes (1995, p. 153 *apud* SOUZA, 2003, p. 04) assevera que os direitos da personalidade são considerados direitos “[...] essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade”. E mais, Gogliano (1982 *apud* AMARO *in* NERY e DONNINI, 2009, p. 161/162) os define da seguinte forma:

Direitos da personalidade são os direitos subjetivos particulares, que consistem nas prerrogativas concedidas a uma pessoa pelo sistema jurídico e asseguradas pelos meios de direito, para fruir e dispor, como senhor, dos atributos essenciais da sua própria personalidade, de seus aspectos, emanações e prolongamentos, como fundamento natural da existência e liberdade, pela necessidade da preservação e resguardo da integridade física, psíquica, moral e intelectual do ser humano, no seu desenvolvimento.

A Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 preveem expressamente a importância dos direitos da personalidade, mas o que se constata é que em nenhum momento há uma efetiva definição do que sejam eles, apenas indicou, para efeito de proteção, alguns de seus atributos ou componentes (STOCO, 2007).

Cumpra destacar que embora os direitos da personalidade sejam personalíssimos e, portanto, intransmissíveis, a pretensão ou direito de exigir a sua reparação pecuniária, em caso de ofensa, transmite-se aos herdeiros, conforme prescreve o artigo 943 do Código Civil. Ademais, apesar de serem imprescritíveis, existe prazo prescricional para ajuizar a competente ação, mormente porque o dano moral tem caráter pessoal (GONÇALVES, 2011). Em suma, as principais características dos direitos da personalidade são:

a) inatos; b) essenciais e vitalícios; c) extrapatrimoniais; d) relativamente indisponíveis; e) irrenunciáveis; f) intransferíveis e inalienáveis; g) inexecutáveis; impenhoráveis e inexpropriáveis; h) imprescritíveis; i) oponíveis *erga omnes*. (STOCO, 2007, p. 1632)

De acordo com os ensinamentos de Capelo de Souza (1995 *apud* SOUZA, 2003, p. 23/24), existem duas modalidades da obrigação de indenização em caso de violação dos direitos da personalidade, quais sejam, a reconstituição natural e a indenização em dinheiro, conforme abaixo se expõe:

A primeira reflete a forma mais perfeita de reparação dos danos concretos ou reais, e é a que melhor garante a integridade das pessoas e dos bens. O autor lembra com muita propriedade que o lesante ao direito da personalidade, quer o dano seja patrimonial ou não patrimonial, deve, via de regra, adotar medidas necessárias tendentes a reconstituir a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento (violador da personalidade) que obriga à reparação. [...]

Todavia, nem todas as lesões de direito são passíveis de serem sanadas, sem que deixe qualquer seqüela, quer por impossibilidade física, quer jurídica. [...] Por essas razões, a solução encontrada em tais situações é a indenização em dinheiro, o qual, como salienta Maria Helena Diniz, é tão-somente um lenitivo para a dor e, dessarte, tanto os danos patrimoniais como os não patrimoniais da personalidade, emergentes de fatos ilícitos, de fatos com risco, e, ainda, de fatos lícitos são passíveis de indenização.

Desta feita, denota-se claramente que os direitos da personalidade, em que pese não sejam patrimoniais, merecem a tutela estatal por meio do instituto da responsabilidade civil, sendo que, mesmo que estes não sejam suscetíveis de apreciação econômica, deve haver um valor que represente a atenuação do prejuízo que foi causado à vítima.

3.2 REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E PRESSUPOSTOS DO DEVER DE INDENIZAR

O dever de indenizar o dano moral possui determinados pressupostos e requisitos, os quais merecem ser analisados com criteriosidade, a fim de dar substrato ao presente estudo e possibilitar o completo conhecimento acerca da temática debatida.

O dano moral nada mais é do que a responsabilidade subjetiva no campo do Direito Civil. Diante disso, consigna-se que os requisitos da responsabilidade civil e, conseqüentemente, os pressupostos do dever de indenizar estão dispostos no artigo 186 do Código Civil, quais sejam: a) a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária (elemento formal); b) dolo ou culpa (elemento subjetivo); e c) dano e o respectivo nexo causal (elementos causal-material) (CAVALIERI FILHO, 2010).

Segundo Cavalieri Filho (2010, p. 18):

[...] a partir do momento em que alguém, mediante *conduta culposa, viola direito de outrem e causa-lhe dano*, está-se diante de um ato ilícito, e desde ato deflui o inexorável dever de indenizar, consoante o art. 927 do Código Civil. Por *violação de direito* deve-se entender todo e qualquer direito subjetivo, não só os relativos, que se fazem mais presentes no campo da responsabilidade contratual, como também e principalmente os absolutos, reais e personalíssimos, neste incluídos o direito à vida, à saúde, à liberdade, à honra, à intimidade, ao nome e à imagem.

Vê-se, portanto, que a violação de direito não se limita aos direitos objetivos e, conseqüentemente, patrimoniais, mas sim a todo e qualquer direito que seja apto a causar um dano, como os personalíssimos, que atingem os aspectos mais íntimos e pessoais do ser humano.

Clarividente, desta forma, que para alcançar a responsabilização civil de uma pessoa por dano moral faz-se necessária a comprovação do dano, da culpa e do nexo de causalidade entre eles.

De acordo com os ensinamentos de Cavalieri Filho (2010), a culpa, isolada e abstratamente considerada, possui importância meramente conceitual, haja vista que, juridicamente, o primeiro requisito da responsabilidade civil deve ser entendido como a

conduta culposa, no sentido de que aquele que praticar uma conduta que, culposamente, causar dano a outrem, possui o dever de repará-lo. A conduta, segundo o artigo 186 do Código Civil, se refere tanto à ação, quanto à omissão. Em suma, conduta nada mais é do que “o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas.” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 24).

Entende-se por ação um comportamento positivo, em que ocorre um movimento corpóreo comissivo por parte do agente. Ao contrário, a omissão se refere ao agente que se abstém de uma conduta que lhe é devida, ou seja, é a completa inatividade, mas somente quando o omitente possui o dever jurídico de agir ou de praticar um ato para impedir o resultado. Importante consignar, outrossim que, o dever de agir pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do agente/omitente (CAVALIERI FILHO, 2010).

Desta forma, devido a uma ação ou omissão da pessoa que causou o dano, agindo de forma contrária a um dever legal, contratual ou social, será gerada a obrigação de indenizar.

Segundo Sampaio (2003, p.31):

Embora de difícil visualização, o comportamento omissivo pode gerar a obrigação de reparar o dano. Para que o comportamento omissivo ganhe essa relevância, faz-se necessário que se tenha presente o dever jurídico de praticar determinado fato (de não se omitir) e que do descumprimento desse dever de agir advenha o dano (nexo de causalidade). Esse dever de agir pode decorrer de lei (dever de prestar socorro às vítimas de acidente imposto a todo condutor de veículo – art. 175, XVI, do Reg. do CTB), de convenção (pessoa que assume a guarda, vigilância ou custódia de outra e omite-se no desempenho das obrigações delas decorrentes) ou da própria criação de alguma situação de perigo (criada a situação de perigo, surge a obrigação de quem a gerou de afastá-la).

Considerando que a conduta isoladamente não é considerada requisito da responsabilidade civil, eis que existe a necessidade de comprovar a culpa por parte do agente, faz-se mister ressaltar as conceituações destinadas para a culpa. Neste sentido, tem-se que, segundo Cavalieri Filho (2010, p. 35), culpa “é a conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível”. No mesmo sentido são as definições de Savatier e Beviláqua:

[...] culpa é a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar. (SAVATIER *apud* GONÇALVES, 2011, p. 69)

Culpa, em sentido lato, é toda violação de um dever jurídico. (BEVILÁQUA *apud* GONÇALVES, 2011, p. 70)

Clarividente, portanto, que a conduta culposa, primeiro requisito da responsabilização civil, possui três elementos essenciais, quais sejam: a) conduta voluntária com resultado involuntário; b) previsão ou previsibilidade; e c) falta de cuidado, cautela diligência ou atenção. O primeiro elemento é autoexplicativo, eis que a conduta é voluntária, mas o resultado é involuntário. O segundo elemento diz respeito ao fato de o agente ter antevisto o resultado mentalmente, em que pese não seja querido por ele (resultado previsto) ou quando há possibilidade de previsão, ou seja, segundo as regras de experiência, é razoável prever o resultado e, assim, evitá-lo (resultado previsível). Assim sendo, o agente somente pode ser responsabilizado quando, pelas circunstâncias do caso, se verificar que ele podia e devia ter agido de outro modo (GONÇALVES, 2011). O último elemento se refere ao porquê o resultado não foi evitado se era previsto ou previsível, ou seja, somente em decorrência de falta de cautela, atenção, diligência ou cuidado o resultado ocorreu, sendo que tal falta de cautela exterioriza-se por meio da imprudência, negligência e imperícia. Imprudência é a falta de cautela através de uma conduta positiva, por ação do agente. Negligência é a falta de cautela por conduta omissiva. E, por fim, a imperícia é a falta de habilidade no exercício de alguma atividade técnica (CAVALIERI FILHO, 2010).

Denota-se, desta forma, que a culpa no sentido estrito se refere àquela conduta imprudente ou negligente, enquanto que no sentido lato se refere à prática deliberada e consciente de um ato prejudicial e antissocial, configurando, neste caso, o dolo (RIZZARDO, 2009).

O requisito do dano é preponderante para a responsabilidade civil, visto que sem dano não se fala em indenização ou ressarcimento, sendo que a concessão de indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito. Para Cavaliere Filho (2010, p. 73), dano constitui a

[...] subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.

Não destoam a conceituação de Enneccerus (*apud* GONÇALVES, 2011, p. 628), haja vista que, para o referido autor, dano nada mais é do que “toda desvantagem que experimentamos em nossos bens jurídicos (patrimônio, corpo, vida, saúde, honra, crédito, bem-estar, capacidade de aquisição etc.)”.

Ressalta-se, por oportuno, que o dano moral não se confunde com o dano estético ou psíquico, uma vez que o dano estético se relaciona com o “enfeio” da pessoa e o dano

psíquico com a psique do indivíduo em decorrência do dano estético (depressão), existindo, inclusive, a possibilidade de cumular os danos, já que o dano moral, em tais casos, diz respeito à dor causada (AMARO *in* NERY e DONNINI, 2009).

Constata-se, assim, que o dano, contemporaneamente, não se limita a valores patrimoniais, mas também morais, conforme destacado minuciosamente no item anterior.

Partindo, por fim, para a análise do requisito do nexo de causalidade, tem-se que se trata do momento em que é apurado se o agente deu causa do resultado. Cavalieri Filho (2010, p. 47) é enfático ao afirmar que “é que necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato”. O nexo causal é de tamanha importância que sem ele inexistente qualquer espécie de responsabilidade civil. O maior problema sob tal requisito se refere à comprovação de que a conduta culposa do agente de fato foi a causadora do dano ocasionado, pois não se trata de tarefa fácil para os julgadores, em especial porque existem as concausas sucessivas, em que se estabelece uma cadeia de causas e efeitos (GONÇALVES, 2011). Com o intuito de explicar tal problemática, surgiram três teorias: a da equivalência das condições, a da causalidade adequada e a que exige que o dano seja consequência imediata do fato que o produziu.

A teoria da equivalência das condições sustenta que toda e qualquer circunstância que concorreu para produzir o dano é considerada causa, sendo que se suprimisse uma delas o dano não teria se verificado. Todavia, tal teoria é amplamente criticada por René Demogue, haja vista que existem determinados fatores anteriores que, em pese possuam relação com o dano, são totalmente irrelevantes, como no caso do homicídio por disparo de arma de fogo, no qual, segundo a referida teoria, até o fabricante da arma poderia ser responsabilizado pelo evento danoso. Já a teoria da causalidade adequada considera como causadora do dano somente a condição que por si só foi apta a produzi-lo, eis que se constata se o fato que o originou era capaz de causar o dano ocasionado (GONÇALVES, 2011). A propósito:

As duas teorias podem ser facilmente compreendidas com o seguinte exemplo: A deu uma pancada ligeira no crânio de B, a qual seria insuficiente para causar o menor ferimento num indivíduo normalmente constituído, mas que causou a B, que tinha uma fraqueza particular dos ossos do crânio, uma fratura de que resultou a morte. O prejuízo deu-se, apesar de o fato ilícito praticado por A não ser causa adequada a produzir aquele dano em um homem adulto.

Segundo a teoria da equivalência das condições, a pancada é uma condição *sine qua non* do prejuízo causado, pelo qual o seu autor terá de responder. Ao contrário, não haveria responsabilidade, em face da teoria da causalidade adequada. (GOUVEIA apud GONÇALVES, 2011, p. 621)

A terceira teoria, conhecida como dos danos diretos e imediatos, é o meio termo das teorias supramencionadas, uma vez que considera indenizável o dano que advir de uma causa necessária, ainda que remota, por não existir outra que explique o mesmo dano. Essa é a teoria adotada pelo Código Civil de 2002, conforme se extrai do artigo 403, eis que “*Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual*”.

Como se vê, esse é o requisito mais delicado da responsabilidade civil e o mais difícil de ser determinado, pois não basta existir conduta culposa e dano, tem-se necessidade de comprovar que entre esses dois fatos conhecidos existe um vínculo de causalidade forte o suficiente para atribuir a responsabilização civil (STOCO, 2007).

Evidencia-se, desta forma, que os requisitos da responsabilidade civil se identificam com os pressupostos do dever de indenizar, eis que somente haverá espaço para responsabilizar civilmente o agente quando estiverem presentes a conduta culposa, o dano e o nexa causal entre eles, conforme amplamente debatido no presente capítulo.

4 A RESPONSABILIZAÇÃO POR DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES PATERNO-FILIAIS

A responsabilidade civil possui um vasto campo de aplicação, mormente no campo do dano moral, fato que se evidencia quando analisadas as inúmeras ações indenizatórias ajuizadas no Poder Judiciário Brasileiro, tanto que alguns doutrinadores falam em indústria do dano moral.

Tal problemática se refere, especialmente, no que concerne às ações vinculadas ao direito de família, eis que existem dúvidas acerca da aplicação da responsabilização civil em tal campo, haja vista que possui um liame intrínseco com as questões afetas ao amor e à afetividade.

Desta feita, clarividente a necessidade de realizar o estudo aprofundado acerca do tema, com o intuito de verificar a in/viabilidade de aplicação de tal instituto nas relações familiares e, em especial, paterno-filiais.

4.1 DIVERGÊNCIA SOBRE A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL NAS RELAÇÕES PARENTAIS

Não resta dúvida de que os direitos de personalidade são passíveis de responsabilização civil, em decorrência do dano moral. O que se questiona é se somente os direitos de personalidade vinculados à dignidade da pessoa humana podem ser cobrados judicialmente ou os chamados novos direitos da personalidade também possuem tal prerrogativa, tais como a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, dentre tantos outros (CAVALIERI FILHO, 2010).

No presente item será abordada a possibilidade de aplicar o instituto da responsabilidade civil nas relações parentais, em decorrência das peculiaridades existentes em seu conteúdo.

Primeiramente, cumpre destacar que a expressão família possui diversas acepções, mormente porque se trata de um conceito extremamente subjetivo, dependendo da pessoa que o define, do contexto social, político e familiar no qual está inserido (WISCHRAL, 2003 *apud* CASABONA *in* NERY e DONNINI, 2009).

Com as mudanças que ocorreram na humanidade, como o enfraquecimento da figura patriarcal, a evolução dos costumes, os avanços da ciência e a revolução feminista, a família passou a exercer um papel diferenciado na vida do ser humano, deixando de ser um centro político, econômico, religioso e de procriação (CASABONA *in* NERY e DONNINI, 2009). A partir desse momento, a família passou a exercer um papel afetivo e existencial entre os seus componentes, em que todos os membros do grupo trabalham conjuntamente, a fim de evitar que aspectos individuais se sobressaíam aos do grupo familiar.

Sabe-se que a responsabilidade civil visa, especialmente, garantir que os indivíduos respeitem os direitos alheios, a fim de não lhes causar prejuízo, eis que qualquer lesão material ou moral é passível de indenização em favor da vítima. Sob tal aspecto, constata-se a existência de divergência sobre a aplicação de indenização civil nas relações afetivas envolvendo o direito de família.

Indubitável que quando determinada área do direito é contemplada pelos doutrinadores e juristas como especial, com destinação, inclusive, de princípios próprios, é aceitável que haja discussão no âmbito da responsabilidade civil, em virtude das especificidades existentes, como é o caso do direito de família (VENOSA, 2011).

Pena Junior (2008, *apud* CASABONA *in* NERY e DONNINI, 2009, p. 359) é enfático ao afirmar os argumentos que impedem a responsabilização civil nas relações afetivas:

1. não deve haver indenização pecuniária pelo fim de uma relação de afeto. O amor não tem preço; 2. já existe sanção específica para os casos onde haja violação aos deveres familiares; 3. falta de previsão legal no nosso ordenamento jurídico para este tipo de conduta; 4. falta de certeza quanto ao direito violado. A família preserva a sua intimidade. [...] 6. aceitar esse tipo de responsabilização seria comprometer as relações no âmbito familiar, incentivando o litígio, pela possibilidade sempre presente de um possível ressarcimento em espécie pelo fim da relação.

Como se vê, o referido autor se baseia em critérios específicos referentes ao ambiente familiar, como a questão da intimidade, as consequências que um litígio podem causar na relação parental e a impossibilidade de exigir afeto de outrem, bem como em requisitos legais, diante da inexistência de previsão legal e da fixação de sanção específica para o caso de violação dos deveres familiares.

Em que pese os argumentos acima dispostos, visivelmente contrários à possibilidade de se indenizar ou compensar os danos decorrentes das relações parentais, nota-se que se baseiam tão somente na singularidade de tais relações, diante dos sentimentos, emoções e afeto existente.

Contudo, o direito de família visa tutelar os direitos de personalidade e, conseqüentemente, a dignidade humana. Os valores da família, por si só, são dinâmicos e mutantes, mas nas últimas décadas passaram por transformações ainda mais relevantes. Tanto é assim que Venosa (2011, p. 318) assim leciona:

Hoje fala-se de um direito geral da personalidade, de molde a garantir o respeito mútuo e recíproco em sociedade: desse modo, impõe-se que seja reconhecido um feixe de direitos que proteja esses aspectos e reprima as distorções.

É evidente que a responsabilidade civil, contemporaneamente, não serve unicamente para repor um prejuízo patrimonial, eis que parte-se para um campo mais axiológico ou de valores existenciais, exatamente onde se estabelece o conhecido dano moral.

Por conta disso, constata-se a possibilidade de aplicar a responsabilidade civil nas relações familiares, pois o que se protege em casos que envolvam litígio familiar são os direitos de personalidade e a dignidade da pessoa humana, os quais são, sem sombra de dúvidas, objeto de responsabilização diante do evidente dano moral causado pelo agressor.

A Ministra Nancy Andrigui, do Superior Tribunal de Justiça, ao proferir o seu voto no Recurso Especial n. 1.159.242, bem destacou a possibilidade jurídica de aplicação da responsabilidade civil nas questões afetas ao direito de família:

[...] não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

Ao revés, os textos legais que regulam a matéria (art. 5º, V e X da CF e arts. 186 e 927 do CC-02) tratam do tema de maneira ampla e irrestrita, de onde é possível se inferir que regulam, inclusive, as relações nascidas dentro de um núcleo familiar, em suas diversas formas.

Assim, a questão – que em nada contribui para uma correta aplicação da disciplina relativa ao dano moral – deve ser superada com uma interpretação técnica e sistemática do Direito aplicado à espécie, que não pode deixar de ocorrer, mesmo ante os intrincados meandros das relações familiares. (BRASIL, 2012, p. 6)

Desta forma, clarividente que, além de inexistir proibição legal quanto à aplicação da responsabilidade civil nas questões relacionadas com o direito de família, os próprios dispositivos legais atinentes à espécie demonstram a possibilidade de ser utilizado tal mecanismo para buscar reparação/compensação pelo dano sofrido, eis que evidente a ofensa aos direitos de personalidade e à dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, diante da existência de violação ao direito de personalidade ou dignidade humana da pessoa, ainda que em relações familiares, onde o afeto e o amor normalmente predominam, é plenamente possível a aplicação do instituto da responsabilidade civil, visto que a conduta do agente gerou distúrbio moral na vítima, o que merece ser apreciado pelos Órgãos Estatais.

4.2 O DEVER DE INDENIZAR POR DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES DECORRENTES DA RESPONSABILIDADE PARENTAL

Estabelecida a possibilidade de aplicar a responsabilização civil nas relações parentais, resta esclarecer se o descumprimento dos deveres relacionados com a responsabilidade parental é, de fato, indenizável ou se os aspectos relacionados com o amor e a afetividade não merecem a tutela por meio de indenização.

Ressalta-se, inicialmente, que a questão merece cautela do Poder Judiciário, a fim de evitar que a Justiça seja utilizada como instrumento de vingança contra os pais ausentes ou negligentes com os filhos, eis que simples desamor e falta de afeto não basta para possibilitar a aplicação do instituto da responsabilidade civil (GONÇALVES, 2011).

Segundo Stoco (2007), o direito de proteção efetiva da criança e do adolescente se baseia no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, sendo que não só a Constituição Federal, mas todo o ordenamento jurídico pátrio estabelece que é dever dos pais cuidar e proteger os filhos, seja no plano material, educacional, afetivo ou psíquico.

Importante destacar as referências trazidas pelo ilustre professor Stoco (2007, p. 945):

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

A Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada em Assembléia Geral das Nações Unidas (20.11.89) afirma o direito da criança de conhecer seus pais e por ele ser cuidada (art. 7.1).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) estabelece no art. 19: “Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes”.

Por sua vez, o Código Civil inclui entre os deveres conjugais o “sustento, guarda e educação dos filhos” (art. 1.566, IV). Nos arts. 1.583 a 1.590 dispõe sobre a “proteção da pessoa dos filhos”.

Indubitável, portanto, a existência de disposições legais que estabelecem o dever de cuidado e proteção dos pais com relação aos filhos menores, conforme debatido no primeiro capítulo do presente estudo.

A sua responsabilização civil, ademais, merece ampla tutela estatal, mormente porque um dos direitos mais elementares da criança e do adolescente está sendo violado. Tomaszewski (2004 *apud* STOCO, 2007) aduz que a criança deve ter especial proteção, por meio de todas as possibilidades existentes, com o intuito de obter o seu desenvolvimento sadio e normal, tanto no aspecto físico, quanto intelectual, moral e social. Diante disso, sempre que ocorrer alguma espécie de violação, deturpação ou restrição a tais direitos, o Estado deve proporcionar meios para sua correção e ampla tutela.

No mesmo sentido são as lições de Santos (2005 *apud* STOCO, 2007, p. 946), eis que

O papel dos pais não se limita ao dever de sustento, de prover materialmente o filho com os meios necessários à subsistência orgânica. Vai muito além, para abranger a subsistência emocional, e a função psicopedagógica, de educação e assistência em geral. Na medida em que não é cumprido esse irrenunciável papel, por injustificável ausência paterna, exsurge o dano que há de ser reparado.

Sendo assim, comprovada que a imposição legal acima referida, o dever de criação, educação, companhia e cuidado, foi descumprida, há ocorrência de ilicitude civil, pois houve uma omissão por parte do genitor, o que, conseqüentemente, abre margem para a responsabilização civil.

Sabe-se que, contemporaneamente, não basta o socorro material do filho menor, mas sim a proteção ao direito e à personalidade deste, garantindo-lhe todo o apoio moral e psicológico, pois somente assim será possível alcançar um desenvolvimento sadio para a criança e o adolescente. Segundo Venosa (2011, p. 320):

O abandono intelectual do progenitor com relação a filho menor gera, sem dúvida, traumas que deságuam no dano moral. Nesse diapasão, a afetividade liga-se inexoravelmente à dignidade do ser humano. É evidente que uma indenização nesta seara nunca restabelecerá ou fará nascer o amor e o afeto. Cuida-se, como enfatizamos, de mero lenitivo, com as conotações que implicam uma indenização por dano moral.

Rizzardo (2009, p. 691) faz interessantes elucidacões acerca da afetividade e do seu valor tutelável:

É incontestável que o afeto desempenha um papel essencial na vida psíquica e emotiva do ser humano. A afetividade é uma condição necessária na constituicão do mundo interior.

Desde o nascimento, o carinho, a atencão, a envolvente presença física são indispensáveis para o crescimento e o desenvolvimento sadio e normal do ser humano. A ausência de tratamento afetivo e carinhoso pode acarretar insegurança, rebeldia e revoltas na criança, que evoluem para os desajustes sociais e os mais variados traumas na medida em que se dá o crescimento e se alcança a idade adulta. O tratamento afetivo, carinhoso, amoroso, atencioso, cuidadoso, de constante presença e acompanhamento, é indispensável para a personalidade normal e ajustada, para a adaptacão ao meio social, e para a integracão no campo das atividades.

Vislumbra-se, assim, que o afeto possui fundamental importância para o bom desenvolvimento da criança e do adolescente, os quais necessitam não só de amparo material, mas especialmente psicológico, a fim de garantir os seus direitos mais elementares.

Pereira (2010 *apud* GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012, p. 740) aduz, brilhantemente, a importância do afeto e, especialmente, o quão injustificável é a negativa do genitor em prestar sentimentos tão singelos àquele que é fruto de si:

Será que há alguma razão/justificativa para um pai deixar de dar assistência moral e afetiva a um filho? A ausência de prestação de uma assistência material seria até compreensível, se se tratasse de um pai totalmente desprovido de recursos. Mas deixar de dar amor e afeto a um filho... não há razão nenhuma capaz de explicar tal falta.

Nesta linha de raciocínio, Rizzardo (2009) sustenta que todo aquele que impedir ou não oportunizar a completa realização da afetividade, menosprezando sentimentos que fazem parte da natureza humana, viola a esfera espiritual e moral da vítima, fato este que demonstra a necessidade de o Direito intervir, com o intuito de reconstituir a ordem abalada ou afetada.

Evidente, portanto, a necessidade de cumprimento do dever de convivência familiar, no qual estão inseridos os deveres anteriormente relatados referentes ao cuidado necessário com a criança ou o adolescente, pois, em caso de descumprimento, há claro ilícito civil e, conseqüentemente, possibilidade de aplicação da responsabilização por meio de indenização.

A Constituição Federal, em seu artigo 227, e o Estatuto da Criança e do Adolescente acolheram a doutrina da proteção integral, tornando expresso que todas as crianças e adolescentes devem ser colocados a salvo de toda forma de negligência. No mesmo sentido, o Código Civil, em seu artigo 1.634, incisos I e II, estabelece entre os deveres do poder familiar ter os filhos em sua companhia e dirigir-lhes a criança e a educação. Diante disso, plenamente estabelecidos os deveres dos pais com relação aos filhos, os quais, caso descumpridos, ensejam o direito à indenização.

Dias (2011) é enfática ao afirmar que a convivência dos filhos com os pais é um dever, e não um direito. Da mesma forma ocorre com as visitas, eis que estas são uma obrigação do genitor que não exerce a guarda do filho, haja vista que o distanciamento entre pais e filhos gera sequelas de ordem emocional, podendo comprometer o desenvolvimento do menor.

Casabona (*in* NERY e DONNINI, 2009) possui o mesmo posicionamento, haja vista que defende que a guarda é da natureza do poder familiar e, sendo assim, é um dever dos genitores, os quais, em caso de separação, dividem a responsabilidade em guarda e visitas, o que, contudo, não extrai a característica de dever de cuidado de ambos os pais. Diante disso, “não se trata, então, de impor a alguém o afeto, mas de obrigar uma pessoa à prestação de seu dever paterno e de solidariedade.” (CASABONA, 2006 *apud* NERY e DONNINI, 2009, p. 365).

Para corroborar, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança estabelece em seu artigo 9º, inciso I:

Os Estados-Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e com os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança.

Não resta dúvida, assim, acerca do caráter obrigacional do direito de convivência, o qual, antes de ser um direito, é uma necessidade vital da criança (MACIEL, 2008). Por conta disso, Maciel (2008, p. 62) leciona com propriedade:

[...] a convivência em família constitui-se em um porto seguro para a integridade física e emocional de toda criança e todo adolescente. Ser criado e educado junto aos pais biológicos ou adotivos deve representar para o menor de 18 anos estar integrado a um núcleo de amor, respeito e proteção.

Por conta disso, a “omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz **danos emocionais** merecedores de reparação” (DIAS, 2011, p. 460).

Clarividente, assim, que o dever de cuidado é passível de responsabilização civil, eis que é compreendido como uma obrigação, dentre tantas outras destinadas aos pais, o qual, quando violado, acarreta a existência de dano moral efetivo ao filho prejudicado, abrindo margem à reparação por meio de indenização.

5 CONCLUSÃO

A problemática acerca da responsabilização civil em caso de descumprimento dos deveres parentais é cercada de inúmeros questionamentos, mormente porque se tornou praxe exigir tão somente o pagamento de pensão alimentícia, sem existir preocupação com o bem-estar psíquico da criança ou do adolescente.

A família é considerada o ponto de identificação social da pessoa em desenvolvimento, eis que é no seio desta que são dados os primeiros passos, tanto física, quanto psicologicamente. Por conta disso, é essencial garantir todos os direitos aos infantes, não só os direitos materiais, mas também os imateriais. Sob tal aspecto, tem-se que o poder familiar é um ônus dos genitores, na medida em que fixam, especialmente, os deveres que estão incumbidos. Ciente da importância dos deveres dos pais com relação aos seus filhos, o legislador brasileiro os garantiu expressamente na Constituição Federal (artigos 227 a 229), no Código Civil (artigo 1.634) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 22).

Importante consignar que os deveres do poder familiar não são exaustivos, haja vista que a intenção é garantir os direitos das crianças e dos adolescentes de forma íntegra, sendo que o dever de cuidado é considerado a essência do poder familiar, visto que se refere tanto aos direitos materiais, quanto aos imateriais, sempre com o intento de garantir a efetividade do princípio da proteção integral. Exatamente por este aspecto que se tem necessidade de aplicar interpretação extensiva dos artigos 227 a 229 da Constituição Federal, de modo a colocar as crianças e adolescentes a salvo de toda forma de negligência, seja física ou psicológica.

Clarividente, portanto, que o descumprimento dos deveres a que os genitores estão incumbidos reflete no campo jurídico, de modo que abre margem para responsabilização civil, haja vista que os direitos do infante são considerados direitos de personalidade. Não existem dúvidas de que os direitos de personalidade são garantidos constitucionalmente e, em caso de violação, acarreta a necessidade de restauração da dignidade do ofendido, o que se dá por meio da concessão de indenização por dano moral. Outrossim, embora existam divergências, indubitável a possibilidade de aplicar o instituto da responsabilidade civil nas relações familiares, especialmente quando se referem aos deveres parentais, eis que o legislador visa proteger os direitos de personalidade e a dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, em breves linhas restou demonstrada a possibilidade de responsabilização civil do genitor em caso de descumprimento dos deveres parentais, não se restringindo aos aspectos patrimoniais, pois se evidenciou no presente estudo que o dever de

cuidado possui tamanha importância para a criança e o adolescente que pode refletir desastrosamente no desenvolvimento destes.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. 634 p.

BRASIL. **Constituição**: República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Civil e processual Civil. Família. Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade. Recurso Especial n. 1.159.242. Relatora: Ministra Nancy Andrigui. Decisão em 24 abr. 2012. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 18 set. 2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2010. 588 p.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. 608 p.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 688 p.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e o novo Código Civil**. 3. ed. 2.tir, rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 340 p.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. 944 p.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume 6: Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. 773 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 1084 p.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**, volume 5: direito de família. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. 525 p.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: Aspectos teóricos e práticos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. 890 p.

NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério Ferraz. **Responsabilidade civil**: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 575 p.

OLIVEIRA, Guilherme de; PEREIRA, Tânia da Silva. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. 963 p.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Direito Civil**: responsabilidade civil. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Responsabilidade civil por danos à personalidade**. Barueri, SP: Manole, 2002. 112 p.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 7. ed., rev, atual. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007. 1949 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. 376 p.