

NAIARA DA SILVA ALMEIDA

**RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DA INEXECUÇÃO DOS
DEVERES FILIAIS DE AJUDA E AMPARO AOS PAIS**

Uberlândia

2017

NAIARA DA SILVA ALMEIDA

**RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DA INEXECUÇÃO DOS
DEVERES FILIAIS DE AJUDA E AMPARO AOS PAIS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como requisito para a obtenção do título de
Bacharel em Direito, pela Universidade
Federal de Uberlândia.

Orientador: Prof. Cláudio Ferreira Pazini

Uberlândia

2017

NAIARA DA SILVA ALMEIDA

**RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DA INEXECUÇÃO DOS
DEVERES FILIAIS DE AJUDA E AMPARO AOS PAIS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como requisito para a obtenção do título de
Bacharel em Direito, pela Universidade
Federal de Uberlândia.

Orientador: Prof. Cláudio Ferreira Pazini

TERMO DE APROVAÇÃO

BANCA EXAMINADORA

Prof. Cláudio Ferreira Pazini (Orientador) - Doutor - Universidade Federal de Uberlândia

Prof. Gustavo Henrique Velasco Boyadjian - Mestre - Universidade Federal de Uberlândia

Nota: _____

Data de aprovação: __ / __ / __

Uberlândia

2017

Dedico este trabalho à minha família, amigos e a todos que contribuíram de alguma maneira para a elaboração deste estudo.

RESUMO

O presente trabalho aborda a responsabilidade civil decorrente da inexecução do dever filial de ajuda e amparo ao genitor em situação de velhice, carência ou enfermidade. O eixo central desse estudo é a dimensão imaterial do dever de ajuda e amparo, que ocasiona um dano extrapatrimonial, todavia a dimensão material também é abordada de forma complementar. A análise é pautada no método dedutivo, partindo do exame das normas gerais de responsabilidade civil, para então explorar os aspectos específicos nos casos de descumprimento dos deveres filiais. A pesquisa é focada em doutrinas jurídicas e no sistema normativo, vez que inexistente jurisprudência sobre o assunto. O método comparativo é constantemente abordado, em razão da insuficiência de doutrinas que tratam do tema, desse modo, é realizado um paralelo comparativo com a responsabilidade civil decorrente da inexecução dos deveres parentais. Inicialmente é abordada a evolução do conceito jurídico de família e, a partir dessa perspectiva histórica, são examinados o dever de ajuda e amparo, os pressupostos jurídicos e o projeto de lei 4.294/2008. Nos capítulos seguintes são analisados o plexo de deveres filiais (dever jurídico originário) e a responsabilidade civil do filho abandonante (dever jurídico secundário). Por fim, as funções da responsabilidade civil e os argumentos contrários são averiguados.

Palavras-chave: Direito de família. Responsabilidade Civil. Descumprimento dos deveres filiais. Abandono dos pais.

ABSTRACT

This study aims the civil responsibility arising from non-implementation of filial duty to help and support the parents in a situation of old age, scarcity or illness. The central topic is the analysis of immaterial dimension of the duty of help and support, which cause an immaterial damage, besides that the material dimension is explored in a complementary way. The analysis is focused in a deductive reasoning, starting from the exam general rules of civil responsibility, and then the specific aspects in the non-implementation of filial duties cases are explored. The research is focused in law doctrines and legal system, because doesn't exist jurisprudence about this subject. The comparative method is constantly approached, inasmuch as the default of doctrines that deal with this subject, so is accomplished a comparison between the civil responsibility arising from non-implementation of parents duties. Firstly is approached the evolution of the family legal concept and, from this historical perspective, is examined the filial duty to help and support, the legal assumptions, and the bill 4.294/2008. In the following chapters are analyzed the filial duties set (original legal duty) and the civil responsibility of the son who abandoned the parents. (secondary legal duty), Finally, the civil responsibility functions and the opposed arguments are examined.

Keywords: Family law. Civil responsibility. Non-implementation of filial. Parents abandon.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	8
1	ASPECTOS GERAIS	10
1.1	PANORÂMA HISTÓRICO DO CONCEITO DE FAMÍLIA	10
1.2	O DEVER FILIAL DE AJUDA E AMPARO AOS PAIS	12
1.3	PRESSUPOSTOS JURÍDICOS	15
1.4	PROJETO DE LEI 4.294/2008.....	18
2	DEVER JURÍDICO ORIGINÁRIO	20
2.1	PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS DA PERSONALIDADE	21
2.2	PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR	23
2.3	PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE	25
2.4	DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR	27
2.5	DEVER DE CUIDADO (DEVER DE AJUDA E AMPARO)	29
2.6	NORMAS DE REGULAMENTAÇÃO DOS DIREITOS DOS IDOSOS	31
2.7	NÚCLEO JURÍDICO OBRIGACIONAL	33
3	DEVER JURÍDICO SECUNDÁRIO (RESPONDABILIDADE CIVIL).....	35
3.1	RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA	36
3.1.1	<i>Ato Ilícito</i>	37
3.1.2	<i>Conduta Culposa</i>	38
3.1.3	<i>Dano extrapatrimonial e patrimonial</i>	41
3.1.4	<i>Nexo Causal</i>	45
3.1.5	<i>Excludente de Responsabilidade Civil</i>	48
3.2	RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA	52
3.3	CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO	53
4	FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL	57
4.1	FUNÇÃO COMPENSATÓRIA	57
4.2	FUNÇÃO PUNITIVA	61
4.3	FUNÇÃO DISSUASÓRIA	64
5	ARGUMENTOS CONTRÁRIOS	71
5.1	TEORIA DO DESAMOR E MONETARIZAÇÃO DOS DEVERES FILIAIS	71

5.2	AFRONTA AO PRINCÍPIO DA LIBERDADE.....	77
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	80
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	81

INTRODUÇÃO

O dever dos filhos maiores de ajudar e amparar os pais na velhice, carência e enfermidade está disposto no artigo 229 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). Os termos ajuda e amparo englobam tanto o aspecto material, quanto o imaterial. Deste modo, referido dever abrange o amparo psíquico aos pais, isto é, cabe ao filho cuidar inclusive da saúde psicológica dos pais.

O descumprimento do dever filial de ajuda e amparo aos pais ocorre quando a prole não dispensa a devida e necessária atenção, proteção e cuidados aos seus pais. Esta situação de abandono físico e psicológico causa profundos impactos na vida do abandonado, como o agravamento de doenças preexistentes, a depressão e, até mesmo, o suicídio.

Perante o temerário cenário de descuido e negligência dos filhos em relação aos que lhes deram a vida, é imprescindível que haja uma investigação de medidas que visem a desestimulação dessa conduta. Nesse compasso, a previsão de responsabilização civil destes descendentes, apresenta-se como uma das possíveis formas de modificação deste quadro.

As situações fáticas sempre irão preceder o direito, assim, os atos da vida comum se revestem de juridicidade, isto é, produzem efeitos no âmbito jurídico, a partir do momento em que os cidadãos praticam uma conduta de forma reiterada.

Nesse sentido, Giselda Hironaka elucida que:

[...] o direito não 'está' na regra, ele 'é' vida, fluida e amorfa. [...] O Direito de família não externa o objeto. É o próprio exercício da vida. Não é produto do legislador ou das decisões judiciais, posto situação humana das mais íntimas, não daquelas vulgares cujo condão é a pura vontade, mas sim daquelas ligadas pelo sangue e pelo afeto¹.

Destarte, perante a intensa verificação de descumprimento dos deveres filiais, e tendo em vista que a Carta Magna impôs ao Estado o dever jurídico de fornecer especial proteção à família (artigo 226, CRFB/88), cabe a este, por meio de ações legislativas ou jurisdicionais, implementar as condições necessárias para dissuadir tal comportamento.

¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Tratado de Direito das Famílias**. 1. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, 60 p.

Isso posto, em que pese a inexistência de um dispositivo legal específico que preveja a responsabilidade civil por abandono do genitor, há um projeto de lei em tramitação, que pretende incluir esta previsão no Estatuto do Idoso (Projeto de lei 4.294/2008²).

No entanto, é fundamental destacar que a pesquisa ora desenvolvida não abrange somente o descumprimento do dever filial em relação aos pais idosos. Este exame circunscreve uma conjuntura mais ampla, incluindo também os genitores carentes e enfermos que foram abandonados, com fulcro no artigo 229 da CRFB/88.

A partir dessa perspectiva, serão analisadas as características e especificidades da responsabilidade civil advinda do descumprimento do dever filial de ajuda e amparo aos pais, com enfoque no embasamento jurídico e nas funções da responsabilidade civil nestes casos.

Com efeito, busca-se verificar se a responsabilização civil nestes casos encontra respaldo legal, bem como ponderar a respeito da efetiva utilidade e finalidade da imposição de indenização em tais situações.

² CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de lei 4.294/2008. Autoria: Carlos Bezerra. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415684>>. Acesso em: 15/05/2016.

1 ASPECTOS GERAIS

1.1 PANORÂMA HISTÓRICO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

Para a efetiva compreensão do tema ora desenvolvido é indispensável que, primeiramente, seja feito um sucinto dimensionamento histórico da evolução do conceito jurídico de família.

Consoante ensinamento do doutrinador José Fernando Simão³, inicialmente havia um conceito de *família matrimonial hierarquizada*, em que o patriarca exercia a *chefia da sociedade conjugal*, assim, a família legítima era apenas a decorrente do vínculo matrimonial.

Posteriormente, com o advento da Constituição de 1988, houve o reconhecimento de modelos familiares plurais, com a consagração da *lógica do afeto*. Assim, afasta-se a figura de um único indivíduo que exerce a chefia da família. Há uma transição da *família institucional* à *democrática*, fenômeno denominado como *pós-nuclearização* da família⁴.

Nesse compasso, a sua atribuição também se transformou, Maria Berenice Dias destaca que, com a intensificação dos laços afetivos, a atual função da família é ser o *suporte emocional do indivíduo*.

*A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo estado.*⁵

Em outras palavras, houve uma “transição da concepção de família como unidade econômica, matrimonializada, hierarquizada, patriarcal e transpessoal para uma compreensão existencial, igualitária, aberta, plural e multifacetária”⁶. Apesar de não haver um conceito fixo e unânime do vocábulo, a família deve ser entendida como um fato social⁷, porquanto é o produto das transformações da sociedade.

³ SIMÃO, José Fernando. Questões Polêmicas: Qual o Conceito Jurídico de Família. In: LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Coords.). **Direito de Família**. São Paulo: Atlas. 2011, 171/178 p.

⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. A responsabilidade e Reparação Civil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. 805-808 p.

⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: RT, 2006, 41 p., grifo nosso.

⁶ CORDEIRO, Carlos José. Do direito das famílias: Introduzindo o tema da afetividade familiar. In: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo (Coords.). **Temas contemporâneos de direito das famílias**. São Paulo: Pillares, 2013, 21 p.

⁷ SIMÃO. **Direito de Família**. Op. cit., 172 p.

Ao tratar do tema, Giselda Hironaka pondera que há uma mobilidade das cláusulas de nossa atual codificação, assim, há uma “efetiva quebra daquele paradigma limitador dos conceitos, para que a dinâmica jurídica possa criar, de forma lógica, jurídica e socialmente fundamentada tantos quantos sejam necessários à solução dos casos práticos”⁸.

Logo, na contemporaneidade, a família deve ser analisada sob uma ótica socioafetiva, sendo identificada como um instrumento que tem como escopo a busca dos melhores interesses da pessoa humana, devendo primar pela consagração da dignidade e desenvolvimento da personalidade de cada um de seus membros.

Uma das causas motrizes dessa evolução conceitual, segundo Maria Celina Bodin de Moraes, foi a instituição da Lei do Divórcio de 1977, posto que, a partir de então, a conjugalidade começou a perder espaço para a filiação na função de eixo-central da estrutura familiar⁹.

Porém, conforme supramencionado, a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, foi a causa mais relevante e conclusiva para essa modificação de paradigma. Com ela, foi concebida uma nova visão sobre o direito, que está pautada em uma base principiológica cujo sustentáculo é a dignidade da pessoa humana.

A magnitude da importância dos princípios constitucionais nesse novo cenário jurídico é bem esclarecida por Maria Berenice Dias, ao elucidar que:

*Os princípios constitucionais representam o fio condutor da hermenêutica jurídica, dirigindo o trabalho do intérprete em consonância com os valores e interesses por eles abrigados. Daí a necessidade de revisar os institutos de direito das famílias, adequando suas estruturas e conteúdo à legislação constitucional, funcionalizando-os para que se prestem à afirmação dos valores mais significativos da ordem jurídica.*¹⁰

Na Carta Magna, essa concepção é evidenciada em um capítulo específico que aborda a estrutura familiar (Capítulo VII do Título VIII). O interesse do Estado na preservação da família é patente, posto que há manifestação expressa que ela é a base da sociedade e goza de proteção especial (artigo 226 da CRFB/88).

A partir dessa nova conjuntura de identificação da família, houve um reflexo desenvolvimento dos princípios próprios do direito das famílias, como o princípio da solidariedade familiar que, somados aos princípios constitucionais supramencionados, são alguns dos centrais embasamentos normativos para a responsabilização dos filhos pelo descumprimento de seus deveres filiais.

⁸ HIRONAKA, **Tratado de Direito das Famílias**. Op. cit., 53 p.

⁹ MORAES, op. cit., 806 p.

¹⁰ DIAS, op. cit., 58 p.

Por conseguinte, nasceu o conceito de família eudemonista, como uma forma de consagração do princípio da afetividade. Assim, esclarece Maria Berenice Dias:

Surgiu um novo nome para essa tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade.¹¹

Destarte, perante a compreensão do moderno conceito de família, a responsabilidade civil por inexecução dos deveres filiais passa a ser, praticamente, uma das decorrências lógicas da sua atual função na sociedade.

1.2 O DEVER FILIAL DE AJUDA E AMPARO AOS PAIS

O artigo 229 da CRFB/88 impõe que os descendentes maiores tem o dever de ajudar e amparar os ascendentes na velhice, carência ou enfermidade. Contudo, antes de adentrar na análise específica deste dever, faz-se salutar destacar a obrigatoriedade do cumprimento dos deveres jurídicos perante o sistema normativo:

*Entende-se, assim, por dever jurídico a conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social. Não se trata de simples conselho, advertência ou recomendação, mas de uma **ordem ou comando** dirigido à inteligência e à vontade dos indivíduos, **de sorte que impor deveres jurídicos importa criar obrigações.***¹²

Com efeito, o dever de ajuda e amparo não é uma simples orientação de ordem moral, mas uma obrigação constitucional que deve ser executada, sob pena das sanções previstas em lei.

O dever de ajudar e amparar os pais se caracteriza como a obrigação de dar socorro em situações de urgência, prestar auxílio na execução das atividades as quais o genitor não tem condições de realizar sozinho, enfim, empenhar os esforços necessários para que o ascendente possa gozar de uma vida digna, mesmo quando estiver velho, carente ou enfermo.

Proporcionar uma vida digna ao genitor não está necessariamente relacionado a proporcionar ao ascendente uma vida condizente com um alto padrão econômico. O filho tem o dever ajudar e amparar os pais na medida de sua possibilidade monetária, isto é, deve proporcionar as melhores condições de vida aos pais segundo sua condição financeira.

¹¹ DIAS, op. cit., 52 p.

¹² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, 2 p., grifo nosso.

Um exemplo prático seria a situação em que o genitor necessita de um tratamento médico de alto valor, caso o descendente não tenha condições de custear este tratamento, não estará descumprimento seu dever de ajuda e amparo. Apesar desta impossibilidade, permanecerá o dever de ajudar e amparar o ascendente de outras maneiras que sejam adequadas à sua possibilidade econômica. Já o filho abastado, diante da viabilidade de custeio do tratamento médico, deverá fazê-lo.

A propósito, referido dever não se resume em ajuda e amparo financeiro, visto que se estende ao amparo psicológico e emocional, sobretudo, porquanto a preservação da saúde psíquica do indivíduo é tão importante quanto a da saúde física. Nesse ponto, vale destacar que já é cientificamente comprovado que os abalos psíquicos interferem diretamente no bem-estar físico, posto que causam e agravam diversas doenças.

Por conseguinte, para que os pais possam desfrutar de uma vida digna o filho tem o dever de ajuda-los em relação aos aspectos práticos e materiais do cotidiano, bem como ampará-los quanto às suas necessidades de ordem existencial, que engloba o suporte psíquico.

Conforme se infere da acepção contemporânea de família, um dos principais aspectos da estrutura familiar é o seu papel de fornecer suporte emocional a cada um de seus membros. Dessa forma, quando o filho extrapola os limites de seu direito à liberdade e não realiza esta sua função dentro da organização familiar, está descumprindo o dever filial de ajuda e amparo.

Aliás, também se extrai desse conceito a compreensão do direito à família, que engloba o princípio da solidariedade familiar, sobretudo, o direito de cada integrante à convivência familiar com os demais.

O ato de abandonar o ascendente ofende diversos princípios constitucionais e fere, inclusive, os direitos da personalidade do ascendente abandonado. Nesse sentido, Priscila Aparecida Lamana Diniz:

[...] propõe-se definir o denominado dano extrapatrimonial por abandono afetivo nas relações paterno-filiais como a lesão a direito da personalidade inerente ao filho menor ou ao pai idoso que tem violado, respectivamente, por seu genitor ou filho maior, algum ou alguns substratos de sua dignidade, quais sejam, a igualdade, integridade psicofísica, liberdade e solidariedade, materializada nos novos direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro [...].¹³

Quanto ao princípio da solidariedade familiar, ressalta-se que o senso de reciprocidade é um de seus principais elementos. Os pais tem o dever de amparar e cuidar de

¹³ DINIZ, Priscila Aparecida Lamana. Responsabilidade civil por dano extrapatrimonial decorrente de abandono afetivo nas relações paterno-filiais: Apontamentos sobre os limites e possibilidades à luz do ordenamento jurídico-brasileiro. In: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo (Coords.). **Temas Contemporâneos de Direito das Famílias**. São Paulo: Pillares, 2013, 150 p.

sua prole, sobretudo, durante o período de desenvolvimento desta. Com efeito, aos filhos também é imputado referido dever jurídico, notadamente, nas situações em que os pais estejam necessitando.

Consoante dispõe Carlos José Cordeiro, a omissão dos filhos obsta que o ascendente goze de uma *existência digna*:

Do mesmo modo, o abandono afetivo também se configura na hipótese em que os filhos maiores deixam de prestar a devida assistência e atenção aos genitores já idosos, conduta que, além de consistir em verdadeira atuação moralmente condenável, representa grave ofensa a dever jurídico, qual seja, o da solidariedade familiar. [...] Assim, deve ser reconhecida a conduta ilícita praticada pelos filhos que literalmente, abandonam seus pais, atribuindo-lhes, pois, a responsabilidade civil por dano extrapatrimonial [...].¹⁴

A abstenção dos filhos, de forma negligente e injustificada, em relação às necessidades psicológicas dos genitores é identificada como inobservância dos deveres de prestar auxílio imaterial aos pais. Esta forma de abandono, assim como a privação de auxílio material, gera consequências no plano jurídico.

Segundo o Diretor Nacional do IBDFAM, Jones Figueirêdo Alves:

Diz-se abandono afetivo inverso a inação de afeto, ou mais precisamente, a não permanência do cuidar, dos filhos para com os genitores, de regra idosos, quando o cuidado tem o seu valor jurídico imaterial servindo de base fundante para o estabelecimento da solidariedade familiar e da segurança afetiva da família. [...] o abandono constitui um desvio desconcertante do valor jurídico estabilidade familiar.¹⁵

Consoante se infere pelo exposto, o cuidado é a obrigação mais primordial dentre aquelas inseridas no plexo de deveres filiais. O descumprimento do dever filial de ajuda e amparo tem intrínseca relação com este dever de cuidado, e não está relacionado ao sentimento de amor ou a qualquer outro sentimento e emoção.

Nesse sentido, Fátima Nancy Andrichi, ao julgar um caso em que o pai abandonou o filho menor, expôs que o cuidado é uma obrigação legal, e sintetizou “*amar é faculdade, cuidar é dever*”¹⁶. Ao analisar o tema a Ministra do STJ desconstituiu o argumento sobre a impossibilidade de se obrigar a amar.

Diante destes ensinamentos, defende-se que deve haver um tratamento isonômico das responsabilidades na relação paterno-filial, ou seja, o ordenamento jurídico deve tutelar o direito dos pais de ajuda e amparo filial, assim como protege o correspondente direito dos

¹⁴ CORDEIRO, op. cit., 32 p., grifo nosso.

¹⁵ ALVES, Jones Figueirêdo. **Abandono afetivo inverso pode gerar indenização**. 16/07/2013. Grifo nosso. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 14/04/2017.

¹⁶ STJ - Terceira Turma. Recurso Especial nº 1.159.242/SP. Data do Julgamento: 24/04/2012, Relatora: Ministra Nancy Andrichi, grifo próprio.

filhos. Dessa forma, deveria haver um senso de **filiação responsável** tão prestigiado e defendido, pelo direito e pela sociedade, como a noção de paternidade responsável.

Isso deve ocorrer, pois, da mesma forma que o desamparo de qualquer dos genitores ao seu descendente, à época de seu desenvolvimento, causa danos irreversíveis à psique da criança e do adolescente; o descuido e negligência dos filhos em relação aos pais em situação de vulnerabilidade, também acarreta grave sofrimento a estes.

Em síntese, o descumprimento do dever filial de ajuda e amparo é observado como um fenômeno social e jurídico, caracterizado por uma conduta imprópria, sob o ponto de vista moral e normativo, realizada pelo filho, ao infringir o núcleo jurídico obrigacional de ajuda e amparo aos pais, e causar notória dor psíquica ao ascendente abandonado.

1.3 PRESSUPOSTOS JURÍDICOS

A Carta Magna dispõe expressamente que “os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade” (artigo 229, CFRB/88). Dessa forma, como o presente estudo visa contemplar as três situações englobadas pela Constituição, é necessário que cada um dos termos seja analisado de forma individualizada.

A velhice tem como correspondente conceitual o termo idoso. Logo, o artigo 1º da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) apresenta um conceito objetivo, delimitando que idosa é a pessoa maior de 60 (sessenta) anos.

Lado outro, a acepção de carência é preponderantemente subjetiva, posto que significa “falta, necessidade. É geralmente empregado para designar a privação de qualquer coisa ou de recursos, notadamente para indicar a impossibilidade de ser executado o ato por ausência de elementos, que se mostrem fundamentais à sua composição”¹⁷.

Destarte, se a carência é classificada essencialmente como a falta e/ou necessidade de algo, trata-se de um conceito amplo e vago, sendo cabível o seu emprego em vários casos concretos diferentes. É possível inferir que o legislador constituinte utilizou o termo no sentido amplo, com o fulcro de abranger diversos tipos de necessidades, incluindo as financeiras e as afetivas. Trata-se de uma cláusula aberta, que permite que o magistrado adapte a lei ao caso concreto.

¹⁷ CARÊNCIA. In: SILVA, de Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, 256 p.

Portanto, considerando que a acepção de carência é mais abrangente e subjetiva que as outras duas situações previstas na Constituição, cada caso apresentado ao Poder Judiciário com esta fundamentação, deverá ser analisado de forma individualizada e sistemática, isto é, considerando o conjunto principiológico e as regras jurídicas atinentes ao direito das famílias.

Quanto à enfermidade, o dicionário traz que:

ENFERMIDADE. Derivada do latim infirmitas (fraqueza, debilidade, compleição fraca), é empregado na linguagem jurídica, em sentido genérico, para indicar qualquer espécie de doença, moléstia ou qualquer alteração na saúde de uma pessoa, em virtude da qual se possa mostrar débil ou fraca para o desempenho normal de suas atividades. Segundo a natureza da doença, o grau de fraqueza ou a debilidade que tenha trazido ao organismo da pessoa, é, então, a enfermidade apresentada sob os aspectos de maior ou menor gravidade, em virtude dos quais podem surgir diferentes situações jurídicas. É assim que o abandono do filho ao pai, em estado de grave enfermidade pode motivar a deserção. [...]¹⁸

Assim sendo, o dever de ajuda e amparo é direcionado aos pais que se encontrem com qualquer espécie de doença, seja física ou psíquica.

Perante a exposição das três situações contempladas no artigo 229 da CRFB/88, resta demonstrado que, apenas a responsabilização da prole pelo abandono dos pais idosos, não é compatível com os princípios constitucionais do direito das famílias.

O conceito de idoso é muito restrito e engessado em comparação com os pressupostos de proteção e amparo que a Lei Maior abrange. Não é plausível, tampouco compatível com o princípio da dignidade da pessoa humana, que um filho que abandona seu ascendente de 40 anos que se encontra em situação de enfermidade ou carência não seja responsabilizado, mas aquele que abandonou seu genitor com idade superior aos 60 anos, seja.

Por meio da interpretação do dispositivo em foco, é possível depreender que, ao instituí-lo, o legislador constituinte pretendeu contemplar, de modo geral, qualquer ascendente em situação de vulnerabilidade.

Lamentavelmente na seara da responsabilidade civil, a amplitude das regras e contemplação dos direitos fundamentais, pode dar ensejo aos oportunistas, que mesmo sem padecer de qualquer dano, intentam ação de indenização. Ocorre que, a existência e verificação dessa prática não pode impedir que aqueles que efetivamente sofreram um dano moral sejam privados do pleno exercício de seus direitos.

Perante o exposto, a responsabilidade civil nestes casos, deve ser analisada de forma criteriosa e, ao mesmo tempo, despida dos preconceitos decorrentes da industrialização do

¹⁸ ENFERMIDADE. In: SILVA, de P., op. cit., 539 p.

A deserção mencionada na citação está prevista no artigo 1.962, IV do Código Civil, que dispõe: “Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserção dos descendentes por seus ascendentes: IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.”.

dano moral. A possível interposição de ações que não contenham fundamentação digna do instituto, não é uma justificativa admissível para obstar que os verdadeiramente afetados sejam compensados por meio de indenização.

Outrossim, ressalta-se, há substancial diferença entre abandono material e imaterial. O primeiro se refere à privação de acesso aos itens materiais necessários à subsistência humana e o segundo está relacionado às necessidades psíquicas do ascendente.

Quando o pai não tem condições financeiras para prover à própria manutenção, por meio de seu trabalho, poderá requerer ao filho a prestação de alimentos, consoante dispõe o artigo 1.695 c/c 1.696 do Código Civil de 2002 (CC/02). Os alimentos deverão ser fixados de acordo com o binômio necessidade/possibilidade, isto é, proporcionalmente à necessidade do pai alimentando e à possibilidade do filho alimentante.

Assim, quando o filho deixar de adimplir os alimentos judicialmente estipulados em favor do genitor ou não lhe proporcionar os recursos necessários à sua subsistência, incorrerá em crime de abandono material. Nos termos do artigo 244 do Código Penal (CP/40), o abandono material ocorre quando:

Deixar, sem justa causa, de prover a **subsistência** do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de **ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos**, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou **ascendente, gravemente enfermo**.

Por conseguinte, a punição para este crime na esfera penal é de detenção de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa. Contudo, em que pese a previsão de sanção penal, não há óbice para a aplicação de sanção civil nesses casos. Destarte, o filho que abandona materialmente o seu genitor também pode ser responsabilizado civilmente e ser condenado a indenizar o abandonado.

Já o abandono imaterial corresponde à negligência do filho em relação às necessidades do pai de cunho psicológico. A convivência familiar, a atenção e os cuidados do filho são salutares para a manutenção da saúde psíquica e do bem estar do genitor idoso, carente ou enfermo. Referidos elementos fazem parte do papel do descendente de proporcionar ao genitor uma vida digna.

O abandono imaterial pode ocorrer de forma presencial, por exemplo, quando o pai é deixado em abrigos e o filho sequer o visita. Todavia, esta espécie de abandono também é verificada quando, mesmo havendo convivência, ainda que residindo na mesma casa, o filho considera o pai um estorvo na dinâmica do lar, o maltrata e não dispensa a atenção e cuidados imprescindíveis para bem-estar deste.

Diversos autores denominam o abandono imaterial de abandono afetivo, todavia os aspectos mais relevantes quanto a essa terminologia serão pormenorizados em seção própria (seção 2.3 Princípio da afetividade).

Em que pese a possibilidade do abandono material ocorrer simultaneamente ao abandono imaterial, cada espécie deve ser analisada de forma apartada, considerando as peculiaridades de cada instituto.

Destaca-se que, apesar da utilização do termo “relação paterno-filial”, não há a intenção de se restringir a responsabilidade apenas aos casos em que ocorre o abandono do genitor, na realidade, o termo engloba ambos os pais, incluindo a genitora.

A propósito, considerando que a Constituição veda “quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (Art. 227, VII, § 6º, CRFB/88), depreende-se que os pais adotivos têm os mesmos direitos dos pais biológicos. Portanto, também há responsabilidade civil do filho em decorrência do abandono de um dos pais adotivos ou de ambos.

1.4 PROJETO DE LEI 4.294/2008

O Projeto de Lei nº 4.294/2008, de autoria do Deputado Federal Carlos Bezerra, ainda em tramitação, tem como escopo acrescentar um novo parágrafo ao artigo 1.632 do CC/02 e ao artigo 3º do Estatuto do Idoso (EI/03), fixando a indenização por dano moral decorrente de abandono na relação paterno-filial.

A modificação proposta para o Estatuto do Idoso é a inclusão de um segundo parágrafo ao artigo 3º, com a seguinte redação: “o abandono afetivo sujeita os filhos ao pagamento de indenização por dano moral”¹⁹.

Em 2008, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC)²⁰ se posicionou pela aprovação do projeto. Em 2010, a Comissão de Seguridade Social e Família

¹⁹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de lei 4.294/2008. Autoria: Carlos Bezerra. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415684>>. Acesso em: 15/05/2016.

²⁰ COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA. Parecer sobre o Projeto de Lei 4294/2008. Relator: Deputado Antônio Bulhões (PRB-SP). 07/03/2012. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BFD7C0DD753BC06AE86721CAB8E14838.proposicoesWebExterno2?codeor=967997&filename=Parecer-CCJC-07-03-2012>. Acesso em: 06/05/2016.

(CSSF)²¹, destacou a função dissuasória da determinação de indenização em tais casos, e também votou pela aprovação do projeto.

Conforme será explanado adiante, a utilização da expressão abandono afetivo não é adequada, posto que o ordenamento jurídico não prevê o dever filial de dar afeto ao genitor. Além disso, referido projeto visa a implementação do Estatuto do Idoso, assim, a possibilidade se restringiria ao ascendente idoso, desconsiderando assim, que os deveres filiais também são direcionados ao pai carente e enfermo, consoante artigo 229 da CRFB/88. Outra limitação inoportuna neste projeto de lei é que o texto menciona apenas o dano moral, desconsiderando a possibilidade de indenização por dano material decorrente do abandono.

Todavia, cumpre destacar que mesmo sem a aprovação deste projeto, remanescerá a possibilidade de responsabilizar civilmente os filhos que abandonam os pais. Mesmo não havendo uma previsão legislativa específica que disponha sobre a responsabilidade civil decorrente do descumprimento dos deveres filiais, esta conduta é uma forma de violação de direitos que causa dano, por conseguinte, se enquadra na definição de ato ilícito contemplada pelo artigo 186 do CC/02.

²¹ COMISSÃO DE SEGURIDADE SOCIAL E FAMÍLIA. Parecer sobre o Projeto de Lei 4294/2008. Relator: Deputada Jô Moraes (PCdoB-MG). 16/12/2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BFD7C0DD753BC06AE86721CAB8E14838.proposicoesWebExterno2?codteor=830808&filename=Parecer-CSSF-16-12-2010>. Acesso em: 06/05/2016.

2 DEVER JURÍDICO ORIGINÁRIO

A responsabilidade civil é uma obrigação sucessiva (secundária), decorrente de um dever jurídico originário (primário). É um dos meios que o Estado dispõe para assegurar os direitos de cada indivíduo. Consoante dispõe Rui Stoco, a responsabilidade civil é:

*[...] uma consequência e não uma obrigação original, considerando que constitui sempre um dever jurídico originário, enquanto a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo ou consequente. [...] Enfim, responsabilidade é obrigação secundum jus, enquanto responsabilizar é fazer justiça [...].*²²

Assim, obrigação e responsabilidade são institutos jurídicos distintos, a obrigação é o dever jurídico originário, e a responsabilidade é o sucessivo. O doutrinador acrescenta ainda que a responsabilidade civil se caracteriza como uma *retratação de conflito*, vez que é buscado por àqueles que almejam o ressarcimento por um sofrimento advindo de um detrimento qualquer.

Nesse sentido também se posiciona Sérgio Cavalieri Filho:

A violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um dever jurídico originário, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo. [...] Em apertada síntese, **responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação do dever jurídico originário.**²³

A partir dessa concepção é possível inferir que o descumprimento do dever filial de ajuda e amparo aos pais idosos, carentes e enfermos é um ato ilícito. Todavia, é fundamental aclarar que este dever é alicerçado e complementado por determinados princípios do sistema normativo brasileiro, de forma que o conjunto destas normas é denominado neste trabalho como núcleo jurídico obrigacional de ajuda e amparo aos pais.

Assim sendo, neste capítulo será feita a análise dos fundamentos que alicerçam este núcleo. Tais obrigações são os deveres jurídicos originários que, quando violados, se configuram em um ato ilícito, que resulta no dever jurídico sucessivo da responsabilidade civil.

²² STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: Doutrina e Jurisprudência. 8. ed. 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 133 p.

²³ CAVALIERI FILHO, op. cit., 2 p., grifo nosso.

2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS DA PERSONALIDADE

O princípio da dignidade da pessoa humana é o valor nuclear da ordem constitucional, consagrado no artigo 1º, III da CRFB/88. Como tal, é considerado fonte normativa basilar e deve ser apreciado na interpretação e aplicação de todos os demais dispositivos vigentes no ordenamento jurídico.

*A dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade. [...] A doutrina destaca o caráter intersubjetivo e relacional da dignidade da pessoa humana, sublinhando a existência de um dever de respeito no âmbito da comunidade dos seres humanos. Nessa dimensão, encontra-se a família, como o espaço comunitário por excelência para realização de uma existência digna e da vida em comunhão com as outras pessoas.*²⁴

Assim sendo, a família tem como principal propósito garantir o desenvolvimento e a consolidação da dignidade da pessoa humana de cada um de seus membros, vez que tem íntima relação com o elemento existencial de cada indivíduo.

Maria Helena Diniz declara que o princípio do respeito da dignidade da pessoa humana “constitui base da comunidade familiar (biológica ou socioafetiva), garantindo, tendo por parâmetro a afetividade, o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros [...]”²⁵.

A mudança de perspectiva quanto à função da família está intimamente relacionada à consagração deste princípio na Lei Maior. Nas relações familiares, de forma geral, as pessoas têm o dever de respeitar a dignidade de todos os membros da família. Cada integrante deve contribuir para a constituição e permanência de condições adequadas para a concretização da dignidade de todos os componentes da estrutura familiar.

"A família, tutelada pela Constituição, está funcionalizada ao desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que a integram. A entidade familiar não é tutelada para si, senão como instrumento de realização existencial de seus membros."²⁶

Nesse compasso, o papel do filho de contribuir para a consolidação da existência digna dos pais é ainda mais relevante e imprescindível. O vínculo paterno-filial é indissolúvel e, em geral, a relação entre os genitores e o filho é a que tem uma conexão mais forte e íntima,

²⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, 61 p., grifo nosso.

²⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de família**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, 37 p.

²⁶ LÔBO. **Direito Civil...** Op. cit., 62 p.

em comparação com as demais relações do grupo familiar. Dessa maneira, comumente, o filho tem melhores condições de exercer esse papel do que os demais membros da família.

O respeito à dignidade da pessoa humana é parte integrante do plexo de deveres filiais. Cabe ao filho promover as circunstâncias favoráveis para o desenvolvimento e consolidação da realização existencial de seus pais.

Ocorre que, quando o filho abandona o pai, o seu direito a uma existência digna passa a ser gravemente tolhido. Se o seio familiar é justamente o melhor e mais adequado local para a realização da dignidade da pessoa humana, a partir do momento que o pai é privado do convívio familiar, também está sendo privado da plenitude de uma existência digna.

Outrossim, consoante ensinamento de Carlos Alberto Bittar os direitos da personalidade derivam do *valor fundante da dignidade da pessoa humana*. O autor defende que tais direitos englobam direitos de ordem física, psíquica e moral, os quais salvaguardam tanto a dimensão interna da personalidade humana, quanto a externa, assim, inclui também a projeção do indivíduo na sociedade, no aspecto de *consideração pessoal e social*. Acresce ainda que:

*Tem-se, pois, o homem como objeto de direitos, sobre si mesmo e sobre suas projeções na sociedade, em categoria jurídica que lhe permite, em concreto, manter e desenvolver suas potencialidades, individuais e sociais, na consecução das respectivas metas e, em particular, em seu próprio e contínuo aperfeiçoamento.*²⁷

Dessa forma, o papel do filho de garantir a dignidade humana do pai envolve também a proteção de seus direitos da personalidade. Cabe ao descendente ajuda-lo a manter suas competências psíquicas e físicas, desenvolver novas capacidades e aprender a lidar com os desafios das novas condições impostas em razão da velhice, carência ou enfermidade.

Giselda Hironaka afirma que o dano decorrente de abandono na relação paterno-filial “é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, sendo certo que esta personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar [...]”.²⁸

Os direitos da personalidade não são direitos típicos. Consoante o Enunciado 274 da IV Jornada de Direito Civil:

274 – Art. 11. Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana,

²⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, 236 p.

²⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, Não paginado. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>>. Acesso em: 01/05/2016.

*contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.*²⁹

Diante da inexistência de um rol taxativo e imutável dos direitos da personalidade, bem como considerando a intrínseca relação destes com o princípio da dignidade da pessoa humana, é possível inferir que estes direitos amparam toda forma/meio de realização e concretização da vida digna. Logo, a amplitude do dever filial na consolidação da dignidade humana do genitor é notória e deve ser assegurada de forma efetiva.

2.2 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

O princípio da solidariedade familiar está laureado na Constituição brasileira logo em seu preâmbulo, em que é assegurada uma sociedade fraterna³⁰. Também está disposto no seu artigo 3º, I, que define a construção de uma sociedade solidária como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

No direito das famílias é um dos princípios mais relevantes, em razão disso, é exaltado por todos os grandes doutrinadores que tratam do tema. Ademais, no capítulo destinado à família na Carta Magna está implícito nos artigos 226, 227, 229 e 230. No Código Civil é contemplado pelo artigo 1.513, que protege a “comunhão de vida instituída pela família”, dentre outros.

Maria Berenice Dias aclara que:

*[...] solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade. A pessoa só existe enquanto coexiste.*³¹

A solidariedade familiar abarca a responsabilidade recíproca pelos anseios e necessidades de cada membro da estrutura familiar. É pautada em um sistema de colaboração mútua, em que o individualismo perde espaço para a fraternidade.

*Em decorrência do princípio da solidariedade familiar, há superação ao individualismo e se abre espaço para o comprometimento mútuo entre os membros da família, com base no afeto. Tal princípio se traduz na solidariedade entre cônjuges, assistência aos menores e amparo aos idosos.*³²

²⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Enunciado 274 da IV Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>>. Acesso em: 16/04/2016.

³⁰ DIAS, op. cit., 63 p.

³¹ DIAS, op. cit., 63 p.

³² LAGO, Camila Dal; OLTRAMARI, Vitor Ugo. **O Dano Moral Decorrente do Abandono Afetivo**: Uma História de Dois Lados. In: Revista Síntese: Direito de Família. nº 81, Dez-Jan/2014, 131 p.

Um dos principais reflexos da consagração deste princípio está no artigo 1.696 do Código Civil, que firma que “o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos”.

Contudo, a solidariedade familiar não se restringe aos alimentos, tampouco a meros aspectos materiais. Trata-se da contemplação da fraternidade e reciprocidade sob o prisma das necessidades imateriais de cada membro da família. O doutrinador Paulo Lôbo ressalta que este princípio está correlacionado à ajuda e ao cuidado:

*A solidariedade, como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, significa um **vínculo de sentimento racionalmente guiado**, limitado e autodeterminado que **compele à oferta de ajuda**, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos, de forma a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade. [...] O **cuidado**, sob o ponto de vista do direito, recebe a força subjacente do princípio da solidariedade, como expressão particularizada desta.*³³

Os pais, em sua maioria, empenham grande dedicação e cuidado na criação de seus filhos, assim, há uma expectativa de reciprocidade e retribuição desse empenho. Logo, a idealização da concepção de filiação responsável, em sincronia com a paternidade responsável, é mera decorrência lógica do princípio da solidariedade familiar.

A filiação responsável deve ser interpretada como uma forma de retribuição àqueles que adimpliram os deveres inerentes à paternidade e maternidade, ao proporcionarem ao filho tudo que era necessário ao seu pleno desenvolvimento. Por conseguinte, cabe igualmente ao filho adimplir seus deveres, suprimindo as necessidades dos pais quando forem verificadas.

O ascendente idoso, carente ou enfermo precisa do cuidado e do afeto de seu filho tanto quanto este necessita daquele na época de seu desenvolvimento. As necessidades e dificuldades dos pais não são menores, tampouco menos dignas de tutela e proteção do ordenamento jurídico.

A paternidade responsável é mencionada no artigo 226, § 7º da CRFB/88, contudo não há menção em qualquer dispositivo de lei sobre a filiação responsável. Na sociedade a noção de paternidade responsável já é amplamente difundida e defendida de forma quase unânime pelos cidadãos, lado outro, pouquíssimo se debate sobre a responsabilidade dos filhos em relação aos pais.

Consoante foi exposto, o conceito e a visão sobre a família e seu papel foram se modificando ao longo do tempo, assim como a ideia de paternidade responsável, que surgiu e foi difundida há pouco tempo. Com efeito, é tão necessário quanto possível que a noção sobre a filiação responsável também se propague e comece a ser aplicada de forma eficaz.

³³ LÔBO. **Direito Civil...** Op. cit., 65 p., grifo nosso.

2.3 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

De acordo com grande parte dos doutrinadores do direito das famílias a consagração do princípio da afetividade também decorre diretamente da promulgação da Constituição de 1988. Esta corrente doutrinária defende que com a transformação da função da família a afetividade tornou-se um dos pilares das relações familiares, porquanto é uma forma de concretização da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar.

De acordo com Maria Helena Diniz:

*Princípio da afetividade, corolário do respeito da dignidade da pessoa humana, como norteador das relações familiares e da solidariedade familiar. Lévy-Bruhl chega até a dizer que o traço dominante da evolução da família é a sua tendência em tornar o grupo familiar cada vez menos organizado e hierarquizado, fundando-se cada vez mais na afeição mútua, que estabelece **plena comunhão de vida**.*³⁴

A família patriarcal mascarava interesses meramente patrimoniais, que muitas vezes degeneravam as relações de afeto, segundo Sandro de Barros Resende. Contudo, com a alteração do pátrio poder para o *poder familiar*, o *afeto familiar* passou a ser o elemento que identifica a família.

Acrescenta ainda que a consagração da *ideologia do afeto* se materializou em diversos aspectos, inclusive afastando a antiga concepção de que a família advém somente da relação conjugal entre homem e mulher. Desse modo, família passou a ser todo grupo social ligado pelo *afeto familiar*, que enlaça as pessoas "por uma solidariedade íntima e fundamental de suas vidas - de vivência, convivência e sobrevivência - quanto aos fins e meios de existência, subsistência e persistência de cada um e do todo que formam"³⁵.

Também é o posicionamento de Maria Berenice Dias, que identifica a extinção do caráter patriarcal da família e o consequente redimensionamento deste grupo social, que passou a ser *fundado essencialmente nos laços da afetividade*:

*Esse referencial só pode ser identificado na afetividade. É o envolvimento emocional que leva a subtrair um relacionamento do âmbito do direito obrigacional – cujo núcleo é a vontade – para inseri-lo no direito das famílias, que tem como elemento estruturante o sentimento do amor que funde almas e confunde patrimônios, gera responsabilidade e comprometeros mútuos.*³⁶

Dessa forma, os autores adeptos a corrente doutrinária que defende a existência do princípio da afetividade alegam que, apesar de não haver uma previsão específica deste

³⁴ DINIZ, M., op. cit., 38 p., grifo nosso.

³⁵ BARROS, Sérgio Resende. **A Ideologia do Afeto**. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/a-ideologia-do-afeto.cont>>. Acesso em: 29/04/2017.

³⁶ DIAS, op. cit., 133 p.

princípio, trata-se de um fruto da evolução histórica do direito das famílias e, assim, é reconhecido em diversos dispositivos esparsos, como, por exemplo, no reconhecimento da união estável como entidade familiar (artigo 1.723 do CC/02).

Paulo Lôbo destaca que:

O princípio da afetividade especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I), e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família. A evolução da família “expressa a passagem do fato natural da consanguinidade para o fato cultural da afinidade” (este no sentido de afetividade).³⁷

Destarte, sob este prisma ideológico, dentre os deveres filiais está obrigação de dar afeto. Nesse sentido, a afetividade é a vivência harmoniosa entre os membros da família, o oferecimento de suporte emocional nas situações de dificuldade e o compartilhamento das alegrias e vitórias.

A afetividade é fundamental em todas as fases da vida humana, sendo inegável o seu primordial papel na otimização da parte psíquica e emotiva do indivíduo, inclusive, para a formação e consolidação da personalidade humana:

O patrimônio afetivo, nesse sentido, deve ser considerado, para efeitos de tutela jurídica, e isso é ainda mais sensível quando se trata da formação da personalidade humana em desenvolvimento, e quando se trata dos laços afetivos constituídos no seio das famílias e sua sequelas diante dos desgastes relacionais e desmanches familiares.³⁸

Especificamente para os pais em situação de velhice, carência ou enfermidade a afetividade se reveste de maior essencialidade. Devido à vulnerabilidade e fragilidades destes genitores, a ausência de afeto é sentida de forma mais intensa, notadamente quando é o próprio filho que se abstém, causando impactos negativos ainda maiores.

Arnaldo Rizzardo aduz que a afetividade é um *valor inerente à vida humana*, de modo que a felicidade depende da plena realização deste valor:

Nessa concepção, impedir a plena realização da afetividade, ou não oportunizar a sua expansão, ou violentar, ferindo, desprezando, menosprezando sentimentos que fazem parte da natureza humana, importa em amputar a pessoa na sua esfera espiritual e moral, cerceando a sua plena realização. [...] ³⁹

Todavia, apesar da notória e indiscutível repercussão negativa da ausência da plena realização da afetividade, inclusive no que tange à relação paterno-filial, não há qualquer dispositivo no sistema normativo brasileiro que preveja o dever dar afeto aos entes familiares.

Logo, não faz parte do plexo de deveres filiais a demonstração de afeto, amor, carinho ou qualquer outro sentimento, pois não há uma tutela jurídica das emoções que o filho

³⁷ LÔBO. **Direito Civil...** Op. cit., 71 p.

³⁸ BITTAR, op. cit., 270 p.

³⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**: Lei 10.406, de 10.01.2002. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, 686 p.

nutre em relação aos genitores. Ao Direito cabe a análise das condutas, por conseguinte, o comportamento e a forma de tratamento na relação paterno-filial é o que têm relevância jurídica.

Dessa maneira, a expressão abandono afetivo inverso é imprópria, vez que o sentimento do afeto não está dentre os deveres filiais previstos na legislação pátria. A utilização deste termo ocasiona interpretações errôneas sobre os deveres advindos da relação paterno-filial.

No direito das famílias, o emprego de termos que facilitam o entendimento correto dos institutos é ainda mais salutar. Como exemplo, cita-se a recente tendência de modificação do termo visitação para convivência parental, que ilustra de forma mais acertada a realidade buscada, no intuito de que a população, sobretudo os pais, compreendam efetivamente que seu dever é de conviver com o filho e participar da vida e criação deste, não somente visita-lo ocasionalmente.

Do mesmo modo, quanto aos deveres filiais, a adequação da terminologia utilizada poderá atingir a finalidade de desmistificar a existência de um dever de dar amor ao genitor, além de conscientizar a população sobre os verdadeiros deveres impostos aos filhos pelo ordenamento jurídico.

Portanto, é imprescindível que o termo abandono afetivo inverso seja, ao menos, evitado. A consagração da expressão responsabilidade civil decorrente da inexecução do dever filial de ajuda e amparo é mais apropriada e condizente com a previsão legislativa.

2.4 DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

A convivência familiar é classificada por alguns doutrinadores como princípio, por outros como um direito/dever, ou ainda como um valor jurídico. Trata-se de uma forma de materialização da dignidade humana e está consagrada em diversos dispositivos esparsos.

O artigo 227 da CRFB/88 dispõe que é um dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade o direito à convivência familiar. O artigo 3º do Estatuto do Idoso e o artigo 4º do Estatuto da Criança e

do Adolescente (ECA/90), também abarca a convivência familiar como uma obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público.⁴⁰

Mencionadas normas referem-se à convivência familiar como um direito específico da criança, do adolescente, do jovem e do idoso. Todavia, por meio da interpretação destes dispositivos em consonância com o princípio da solidariedade familiar, conclui-se que a convivência familiar é um direito e dever recíprocos de todos os membros da estrutura familiar, independente da faixa etária em que se encontrem. Consequentemente, os ascendentes carentes e enfermos também gozam deste direito.

Paulo Lôbo aclara que é um “direito recíproco dos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles”⁴¹. Acrescenta ainda:

*A convivência familiar é a relação afetiva diuturna e duradoura entretida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum. Supõe o espaço físico, a casa, o lar, a moradia, mas não necessariamente, pois as atuais condições de vida e o mundo do trabalho provocam separações dos membros da família no espaço físico, mas sem perda da referência ao ambiente comum, tido como pertença de todos. É o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças.*⁴²

Referida sensação de acolhimento e proteção é igualmente essencial para os ascendentes idosos, carentes e enfermos. Consoante exposto, a existência de um espaço físico de referência comum para a realização da convivência familiar é a situação ideal. Porém, a inexistência deste não impede que a convivência seja realizada em ambientes distintos e de modos diversos.

Camila Dal Lago e Vitor Ugo Oltramani afirmam que “a falta de convivência familiar importa em ato ilícito, visto que viola os deveres legais do **exercício da parentalidade**, previstos pelo legislador, e se enquadra, portanto, no art. 186 do Código Civil”⁴³.

De forma análoga, a ausência de convivência familiar também viola os deveres legais decorrentes do exercício da filiação responsável. Além de estar prevista de forma expressa nos dispositivos supramencionados, o direito/dever à convivência está implícito no dever de

⁴⁰ O direito à convivência familiar vem sendo aplicado nos casos concretos, como exemplo: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA DE PROTEÇÃO. IDOSO. VISITAÇÃO DOS FILHOS À MÃE IDOSA COM ACOMPANHAMENTO OFICIAL DO ESTADO. É obrigação do Estado assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à dignidade e à convivência familiar, que permitam ao idoso um envelhecimento saudável (artigo 3º e 9º do Estatuto do Idoso - Lei 10.741/03). [...]” TJRS - Oitava Câmara Cível. Agravo de Instrumento - AI 70046956207. Arroio do Tigre-RS. Data de Julgamento: 04/01/2012, Relator: Rui Portanova. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21138970/agravo-de-instrumento-ai-70046956207-rs-tjrs>>. Acesso em: 06/05/2016.

⁴¹ LÔBO. **Direito Civil**... Op. cit., 75 p.

⁴² LÔBO. **Direito Civil**... Op. cit., 74 p.

⁴³ LAGO, op. cit., 132 p., grifo nosso.

ajuda e amparo aos pais disposto no artigo 229 da CRFB/88. Deste modo, quando o inadimplemento do direito do genitor à convivência filial causar danos também será considerado um ato ilícito.

Além disso, o direito de convivência familiar é um “fato social facilmente aferível por vários meios de prova”⁴⁴, por conseguinte, é um dos aspectos que pode ser avaliado pelo poder judiciário nos julgamentos que envolvam a responsabilidade civil advinda da inexecução do dever filial de ajuda e amparo.

2.5 DEVER DE CUIDADO (DEVER DE AJUDA E AMPARO)

No dever filial previsto no artigo 229 da CRFB/88, a expressão ajuda “se aplica na acepção de auxílio, socorro, cooperação”⁴⁵ e o vocábulo amparo tem similar sentido. Deste modo, da acepção de ajuda e amparo infere-se o dever de cuidado. Assim, cabe ao filho dispensar os cuidados devidos à manutenção do bem-estar do ascendente conforme as necessidades impostas pelas condições do caso concreto.

O cuidado também é considerado por alguns doutrinadores como um princípio específico e por outros como um valor jurídico. A ministra do STJ, Fátima Nancy Andrighi, afirma que o cuidado é um dever jurídico, e esclarece a diferença entre o cuidado e o amor:

*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. O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é 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.** [...] Apesar das inúmeras hipóteses que poderiam justificar a ausência de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, não pode o julgador se olvidar que deve existir um **núcleo mínimo de cuidados parentais** com o menor que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social..⁴⁶*

⁴⁴ LÔBO. **Direito Civil...** Op. cit., 74 p.

⁴⁵ AJUDA. In: SILVA, de P., op. cit., 88 p.

⁴⁶ STJ - Terceira Turma. Recurso Especial nº 1.159.242/SP. Data do Julgamento: 24/04/2012, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, grifo próprio, grifo nosso.

Esse brilhante esclarecimento, quanto à diferença entre amar e cuidar, também é válido e salutar para a compreensão do dever jurídico de cuidado dos filhos em relação aos pais.

Entende-se que o mencionado núcleo mínimo de cuidados, não deve ser direcionado apenas aos filhos, mas também aos pais, considerando que o artigo 229 da CRFB/88 consagra tanto o dever jurídico dos pais, quanto o dos filhos.

A fundamentalidade do cuidado, especificamente na vida do idoso, é ressaltada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama, que o considera um valor jurídico, que tem a finalidade de garantir o *livre exercício do direito ao envelhecimento*. Acrescenta que o cuidado é o meio de viabilização do envelhecimento ativo e, assim, é função dos familiares colaborar para a *otimização das oportunidades* dos idosos, no intuito de possibilitar o melhoramento da qualidade de vida destes.

*O cuidado, entendido simultaneamente como uma atitude de ocupação, preocupação, responsabilização e envolvimento com o outro, imiscuindo-se na natureza e na constituição de uma pessoa humana, em relação à pessoa idosa, envolve aspectos centrais de sua qualidade de vida..*⁴⁷

Esta forma de cuidado com o ascendente carente e enfermo é tão fundamental quanto com o pai idoso. A preocupação com a saúde, o convívio social e comunitário, a segurança e demais aspectos que envolvem o cuidado também devem ser direcionados ao genitor carente e enfermo, porquanto a atenção em relação às insuficiências e deficiências destes tem a mesma importância.⁴⁸

Rodrigo da Cunha Pereira, explicita que “o cuidado tem valor jurídico imaterial, mas engloba toda solidariedade com o familiar e a segurança afetiva deste ente. Então, a falta desta proteção é considerada abandono aos olhos da lei”⁴⁹. Assim, defende que ausência de

⁴⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Pessoa idosa no direito de família. In: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo (Coords.). **Temas Contemporâneos de Direito das Famílias**. São Paulo: Pillares, 2013, 257 p.

⁴⁸ O princípio da efetividade máxima das normas constitucionais já foi utilizado em um julgamento para contemplar a necessidade dos cuidados filiais de um pai idoso e enfermo. “MANDADO DE SEGURANÇA - PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE MÁXIMA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS - PEDIDO DE REDUÇÃO DE CARGA HORÁRIA, COM REDUÇÃO DE SALÁRIO, FORMULADO POR FILHO DE PESSOA IDOSA OBJETIVANDO ASSISTIR-LHE DIANTE DA DOENÇA E SOLIDÃO QUE O AFLIGEM - CUIDADOS ESPECIAIS QUE EXIGEM DEDICAÇÃO DO FILHO ZELOSO, ÚNICA PESSOA RESPONSÁVEL PELO GENITOR - DEVER DE AJUDA E AMPARO IMPOSTOS À FAMÍLIA, À SOCIEDADE, AO ESTADO E AOS FILHOS MAIORES - DOUTRINA - ORDEM CONCEDIDA.” TJDF – QUINTA TURMA CÍVEL. Apelação Cível - AC 20050110076865 DF. Data de Julgamento: 08/11/2007, Relator: João Egmont. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2725138/apelacao-civel-ac-20050110076865-df>>. Acesso em: 06/05/2016.

⁴⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Abandono Afetivo Inverso**: Quando os filhos se Isolam dos Pais Idosos. 2016. Disponível em: <<http://www.rodrigodacunha.adv.br/abandono-afetivo-inverso-quando-os-filhos-se-isolam-dos-pais-idosos/>>. Acesso em: 18/04/2016.

cuidados dos filhos em relação aos pais idosos é caracterizada como uma forma de abandono, denominado pelo autor como abandono afetivo inverso.

O dever de cuidado também é explanado por Maria Berenice Dias, que elucida que com o *avançar da idade* os cuidados e a atenção necessários são ainda maiores. Destaca ainda que diante da ausência de tempo e paciência, o filho terceiriza seu dever de cuidado, por meio da contratação de cuidadores ou com a remoção para casas de repouso, nesse compasso, deixam de visita-lo e o relegam ao esquecimento. A doutrinadora também denomina esses casos como abandono afetivo inverso:

Quando se trata de pessoa idosa, chama-se de abandono afetivo inverso: o inadimplemento dos deveres de cuidado e afeto dos descendentes para com os ascendentes, conforme impõe a Constituição Federal em seu art. 229. Afinal os idosos também sofrem com a falta de convivência com os seus afetos, como reconhece o enunciado do IBDFAM.⁵⁰

Referido enunciado do IBDFAM dispõe que “é cabível o reconhecimento do abandono afetivo em relação aos ascendentes idosos”⁵¹.

Apesar de Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias utilizarem o termo abandono afetivo inverso, ambos relacionam esta forma de abandono ao inadimplemento do dever filial de cuidado.

Ademais os dois doutrinadores e o Instituto mencionados restringem esta espécie de abandono ao idoso, no entanto, consoante supramencionado, com fulcro no artigo 229 da CRFB/88, é possível interpretar de forma extensiva aos pais enfermos e carentes, posto que o dever de ajuda e amparo não se limita aos idosos.

Assim como o direito à convivência familiar, o adimplemento do dever de cuidado também é passível de verificação pelo poder judiciário. É possível conjecturar possíveis elementos probatórios que indiquem o (des)cumprimento desse dever jurídico, sobretudo mediante realização de estudos sociais e psicológicos.

Assim, em que pese o fato do plexo dos deveres filiais não se restringir ao dever de cuidado e ao supramencionado direito à convivência familiar, são dois critérios relativamente objetivos que podem ser apreciados e ponderados pelo judiciário diante de um caso concreto de responsabilidade civil por inexecução do dever de ajuda e amparo aos pais.

2.6 NORMAS DE REGULAMENTAÇÃO DOS DIREITOS DOS IDOSOS

⁵⁰ DIAS, op. cit., 648 p.

⁵¹ IBDFAM. **Enunciado 10 do Congresso Brasileiro de Direito de Família**. 2015. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5819/IBDFAM+aprova+Enunciados+++>>. Acesso em: 06/05/2016.

Não obstante o fato do dever de ajuda e amparo não se restringir ao genitor idoso, vez que também engloba os ascendentes em situação de carência e enfermidade, é pertinente realizar uma breve explanação quanto à especial e integral proteção dos idosos no ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição de 1988 abarca determinados direitos específicos dos idosos. Inclui-se nesse rol o seu artigo 230, que dispõe sobre o dever de amparo às pessoas idosas, direcionando-o à família, à sociedade e ao Estado.

Essa proteção especial inclui o âmbito da assistência material e psíquica ao idoso. Conforme destaca Maria Berenice Dias:

A Constituição – que se quer cidadão, democrática e igualitária –, de modo expresso, veda discriminação em razão da idade, bem como assegura especial proteção ao idoso. Atribui à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar ao idoso participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar, bem como garantindo o direito à vida (CF 230). Não se refere tal preceito apenas à assistência material ou econômica, mas também às necessidades afetivas e psíquicas dos mais velhos.⁵²

Outrossim, a Lei 10.741/2003, denominada Estatuto do Idoso, foi sancionada, visando a proteção e inclusão do idoso na sociedade, considerado como aquele que tem idade igual ou superior à 60 anos (artigo 1º do EI/03).

Todos os dispositivos desta lei contemplam normas fundamentais em relação ao amparo à pessoa idosa e, por conseguinte, também estão relacionados à responsabilidade civil por inexecução dos deveres filiais. Como exemplo, cita-se: o artigo 2º, que trata dos direitos fundamentais do idoso; o artigo 3º, que define o direito à convivência familiar; o artigo 4º, que proíbe a negligência às suas necessidades; o artigo 37, que dispõe sobre o direito à moradia digna no seio familiar; dentre outros.

No entanto, como o dever de ajuda e amparo não é direcionado apenas aos pais idosos, não é pertinente fundamentar o núcleo jurídico obrigacional de ajuda e amparo **exclusivamente** nas normas específicas desse grupo etário.

Porém, como o Estatuto do Idoso tipifica o abandono, é pertinente trazer à baila tais dispositivos em específico:

Art. 98. Abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado: Pena – detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos e multa.

⁵² DIAS, op. cit., 412 p.

Por sua vez, o artigo 50, XVI do EI/03 dispõe que, uma das obrigações das entidades de atendimento, é a comunicação do Ministério Público da situação de **abandono moral ou material** do idoso, por parte dos familiares.

Da interpretação deste dispositivo infere-se que o ordenamento jurídico brasileiro não abarca apenas o abandono material, como também o abandono moral, que inclui o abandono imaterial. Ocorre, no entanto, que não há normas expressas quanto a responsabilização civil e/ou penal daquele que abandona moralmente o idoso no EI/03.

2.7 NÚCLEO JURÍDICO OBRIGACIONAL

Diante da análise de cada uma das normas apresentadas nesse capítulo, conclui-se que os termos ajuda e amparo, empregados no artigo 229 da Lei Maior, abarcam de forma sintética o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da solidariedade familiar, o direito à convivência familiar e o dever de cuidado no âmbito da relação paterno-filial.

Em razão disso, a associação de todos os deveres filiais pode ser denominada como **núcleo jurídico obrigacional de ajuda e amparo aos pais**. Porquanto, se fundamenta em um conjunto de princípios intimamente correlacionados, formando um núcleo, e são verdadeiras obrigações jurídicas, cujo cumprimento é imposto pelo Direito Positivo. Ademais, os termos ajuda e amparo sintetizam de forma adequada todos estes deveres filiais juridicamente instituídos.

É fundamental destacar que não é sempre que o dever jurídico originário estará delineado de forma específica ou exemplificada, posto que o comportamento devido é definido de forma mais discriminada em algumas situações do que em outras. Assim:

Nas **obrigações de conteúdo indefinido**, entretanto, em que apenas se **aponta para um fim** (guardar, administrar, não causar dano, etc.), sem indicação das condutas adequadas para atingir, teremos que descobrir em cada caso os atos que o obrigado deverá realizar para poder cumprir a obrigação originária. Vale dizer: o sujeito tem de integrar a norma, porque esta lhe confia a determinação dos atos que hão de constituir a conduta devida.⁵³

No núcleo jurídico obrigacional de ajuda e amparo, há algumas obrigações que tem o conteúdo relativamente determinado, como a convivência familiar, pois, apesar de não haver especificação quanto à frequência que deve ocorrer, há uma percepção mais bem definida quanto à conduta que deve ser realizada para cumprir este dever.

⁵³ CAVALIERI FILHO, op. cit., 5 p., grifo nosso.

Lado outro, referido núcleo também engloba obrigações de conteúdo indefinido, como a solidariedade familiar. Nesse compasso, consoante exposto, esta espécie de obrigação *aponta para um fim*, e

[...] o cerne da ilicitude consiste, precisamente, em ser o fato – evento ou conduta – contrário ao direito, no sentido de que **nega os valores e os fins da ordem jurídica**. E assim é porque o legislador ao impor determinada conduta, o faz porque, em momento prévio, **valorou positivamente o fim que essa conduta visa atingir**.⁵⁴

Ressalta-se que o artigo 186 do CC/02, ao tratar do ato ilícito, não fala em violação da lei, mas em violação de um direito, justamente por se tratar de um termo mais amplo⁵⁵.

Dessa forma, deve haver uma compreensão ampla da origem do núcleo jurídico obrigacional de ajuda e amparo, que são as normas explanadas nesse capítulo, para que a finalidade destes deveres seja entendida. Com efeito, a conduta devida será apreendida e poderá ser praticada na vivência da relação paterno-filial.

Em decorrência deste conteúdo indefinido, na prática, quando um caso de abandono do genitor for apresentado ao judiciário, o julgador também deverá analisar a situação sob esse ponto de vista principiológico, para que seja verificado se os deveres originários realmente foram desrespeitados.

⁵⁴ CAVALIERI FILHO, op. cit., 9 p., grifo nosso.

⁵⁵ CAVALIERI FILHO, op. cit., 34 p.

3 DEVER JURÍDICO SECUNDÁRIO (RESPONDABILIDADE CIVIL)

A partir da verificação dos fundamentos do dever jurídico originário, neste capítulo será feito o exame do dever jurídico sucessivo, gerado como consequência do descumprimento daquele. Em outras palavras, será investigado o embasamento normativo da responsabilidade civil decorrente da inexecução do dever filial de ajuda e amparo.

Porém, antes é imprescindível destacar que a responsabilidade civil dentro do direito das famílias está intrinsecamente relacionada ao novo papel da família, decorrente da promulgação da Constituição de 1988.

*A responsabilidade na família é pluridimensional e não se esgota nas consequências dos atos do passado, de natureza negativa, que é o campo da responsabilidade civil. Mais importante e desafiadora é a responsabilidade pela promoção dos outros integrantes das relações familiares e pela realização de atos que assegurem as condições de vida digna nas atuais e futuras gerações, de natureza positiva. A família, mais que qualquer outro organismo social, carrega consigo o compromisso com o futuro, por ser o mais importante espaço dinâmico de realização existencial da pessoa humana e de integração de gerações.*⁵⁶

A responsabilidade civil no contexto familiar tem uma dimensão própria, pois o fulcro central é o dever que cada integrante tem dentro da estrutura familiar de garantir a dignidade humana de todos os demais integrantes da família. Na relação paterno-filial, esta função do filho, como membro da família nuclear, é ainda mais latente e deve ser impreterivelmente cumprida, para que não dê ensejo à responsabilidade civil.⁵⁷

De acordo com Fátima Nancy Andrichi, “*não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família*”⁵⁸. A Ministra do STJ afirma que diante da comprovação de que uma imposição legal foi descumprida, haverá um ilícito civil.

⁵⁶ LÔBO, Paulo. Direito de Família e Princípios Constitucionais: *In: Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, 124 p.

⁵⁷ Anderson Schreiber destaca que há uma recente reviravolta quanto ao reconhecimento da *efetividade dos valores constitucionais*, sendo necessária uma *releitura crítica dos institutos jurídicos tradicionais*. “*No âmbito da responsabilidade civil em particular, a valorização do papel interpretativo das cortes e a inserção no debate jurídico de aspectos sociais, econômicos e éticos, antes marginalizados, parecem, enfim, preparar o caminho para transformações há muito esperadas. O novo Código Civil brasileiro, tão tímido em outros campos, trouxe, nesta matéria, inovações consideráveis, abrindo discussões em torno de novos problemas, e novas soluções, a dependerem mais da atuação do intérprete que do legislador.*” SCHREIBER, Anderson. **Novas tendências da Responsabilidade Civil Brasileira**. 2 p. Disponível em: <http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/novas_tendencias_da_responsabilidade_civil_brasileira.pdf>. Acesso em: 06/05/2016. **Nesse contexto de releitura dos institutos jurídicos é que se insere a possibilidade de responsabilizar civilmente o filho que abandonou afetivamente seu genitor.**

⁵⁸ STJ - Terceira Turma. Recurso Especial nº 1.159.242/SP. Data do Julgamento: 24/04/2012, Relatora: Ministra Nancy Andrichi, grifo próprio, grifo nosso.

Por conseguinte, considerando que o descumprimento do dever de cuidado dos pais em relação aos filhos se configura como um ato ilícito, o descumprimento do correspondente dever dos filhos em relação aos pais também é. Portanto, as regras de responsabilidade civil devem ser igualmente aplicadas.

3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

O artigo 186 do Código Civil dispõe que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Por sua vez, o artigo 927 do mesmo diploma legal define que aquele que comete tal ato, causando dano à outra pessoa, fica obrigado a repará-lo.

Para a configuração de um ato ilícito é necessário que seja verificada a existência de um elemento subjetivo, qual seja, a culpa. Trata-se, portanto, de uma responsabilidade civil subjetiva, vez que tem como principal pressuposto a culpa.

A exigência da culpabilidade abarca o sentido lato do vocábulo, que tem “como elementos o dolo, enquanto vontade dirigida a um fim e a culpa em sentido estrito, nas vertentes da imprudência, negligência e imperícia”⁵⁹.

O ordenamento jurídico prevê, excepcionalmente, a responsabilidade civil objetiva, que independe da verificação de culpa. No entanto, a inexecução do dever filial de ajuda e amparo gera, como consequência, uma responsabilidade civil subjetiva, pois não se encaixa nos pressupostos da responsabilidade objetiva, como será explanado adiante.

Outrossim, entende-se que a apuração da existência de culpa, no sentido amplo, é indispensável na verificação do descumprimento dos deveres filiais. Isso porque, quando o filho não tem condições de adimplir seus deveres de ajuda e amparo aos pais, este não deve ser responsabilizado, em razão da impossibilidade de agir de forma diversa.

Nesse sentido, Priscila Lamana Diniz defende que:

*A culpa, entendida por Bruno Miragem, como “o livre arbítrio de agir ou não de acordo com o dever”, logicamente, quando se podia atuar de forma diferente, apresenta-se, ainda, como necessária para algumas situações, tal como a do abandono afetivo, pois é a partir dela que se permite **investigar sobre a possibilidade de agir de maneira diversa**, circunstância fundamental, por exemplo, para atrair ou afastar a responsabilidade daquele que, mesmo cômico de seus*

⁵⁹ STOCO, op. cit., 134 p.

*deveres como pai e mãe, não tem condições de cumpri-los por estar comido de alguma doença grave incapacitante.*⁶⁰

Destarte, cada um dos pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, quais sejam, ato ilícito, conduta culposa, dano e nexo causal, serão analisados individualmente no contexto do inadimplemento dos deveres filiais.

3.1.1 Ato Ilícito

Segundo Sérgio Cavalieri Filho, o ato ilícito é, em sentido amplo, a *conduta humana antijurídica*, isto é, um comportamento, impreterivelmente voluntário, que transgredir um dever jurídico originário.

O autor esclarece que “em sentido amplo, o ato ilícito indica apenas a ilicitude do ato, a conduta humana antijurídica, contrária ao Direito, sem qualquer referência ao elemento subjetivo ou psicológico”⁶¹.

Deveras, o descumprimento do núcleo jurídico obrigacional de ajuda e amparo é uma conduta humana injurídica, posto que é contrária à previsão legislativa do artigo 229 da CRFB/88, ao princípio da dignidade da pessoa humana, ao princípio da solidariedade familiar, ao direito à convivência familiar e ao dever de cuidado.

Nesses casos há uma **conduta voluntária negativa**, isto é, uma omissão (*non facere*). O omitente é aquele que tinha o dever legal de agir, porém não o fez.

A voluntariedade da conduta não se confunde com a projeção da vontade sobre o resultado, isto é, o querer intencional de produzir o resultado, de assumir o risco de produzi-lo, de não querê-lo mas, ainda assim, atuar com afoiteza, com indolência ou com capacidade manifesta. O querer intencional é matéria atinente à culpabilidade lato sensu.⁶²

A voluntariedade se refere à vontade de realizar a conduta, e não à vontade de produzir o resultado. Com efeito, mesmo que o abandonante não tenha a intenção de causar dano ao abandonado, se os demais pressupostos forem verificados, a omissão se configurará como um ato ilícito.

⁶⁰ DINIZ, P., op. cit., 142 p., grifo nosso.

⁶¹ CAVALIERI FILHO, op. cit., 10 p.

⁶² STOCO, op. cit., 153 p.

3.1.2 Conduta Culposa

Consoante exposto, a culpa *lato sensu* engloba a culpa *stricto sensu* e o dolo. As melhores doutrinas reconhecem a dificuldade de atribuição de uma definição única e global para culpa. Perante essa imprecisão conceitual, é salutar trazer à baila diferentes elaborações sobre o significado e abrangência deste termo:

Segundo Arnaldo Rizzardo, a culpa é o elemento anímico do ato ilícito:

Sabe-se que a culpa no sentido estrito equivale à ação ou omissão involuntária que causa danos, e que se dá por negligência ou imprudência, no que se expande em sentidos equivalentes, com descuido, imperícia, distração, indolência, desatenção e levandade. No sentido lato, abrange o dolo, isto é a ação ou omissão voluntária, pretendida, procurada, almejada, que também traz danos.⁶³

Consequentemente, a conduta humana eivada destas máculas é classificada como um ato ilícito, em razão de seu caráter de *afronta a ordem jurídica*, ou desrespeito ao que é imposto por lei.

No Tratado de Responsabilidade Civil, Rui Stoco apresenta o conceito de diversos autores consagrados, e sintetiza:

A culpa, em sentido amplo, tanto pode ser a expressão da consciência e vontade dirigidas a um fim perseguido e querido, embora ilícito, como o descumprimento de um dever de cuidado ou de diligência em razão de aqodamento, de desídia ou de imperfeição técnica, ainda que sem intenção de prejudicar. Evidentemente que a ação intencional e voltada para uma finalidade que o Direito repudia traduz o dolo, enquanto a inobservância do dever de cuidado, como esclarecido, torna a conduta culposa, posto que na culpa o fim colimado pelo agente é descumprindo, assumindo relevância a forma imprópria com que atuou.⁶⁴

A partir dessa perspectiva é possível inferir que o abandono material ou imaterial do genitor de forma dolosa ocorre quando o agente tem a intenção de causar dano ao ascendente abandonado.

A título elucidativo, destaca-se que, no julgamento da Apelação Cível nº 511.903-4/7-00, em um caso em que o genitor abandonou o filho, considerou-se a existência de “dolo, inclusive eventual, ao assumir o resultado”⁶⁵. Quanto ao tema, Flávio Tartuce observou que:

Apesar do conceito de dolo eventual ser tratado pelo Direito Civil como hipótese de um dolo puro, a ensejar a aplicação do princípio da reparação integral do dano, o caminho percorrido foi interessante, uma vez que são sempre salutares os diálogos interdisciplinares entra a própria ciência jurídica.⁶⁶

⁶³ RIZZARDO, op. cit., 28 p., grifo nosso.

⁶⁴ STOCO, op. cit., 157 p.

⁶⁵ TJSP - Oitava Câmara de Direito Privado. Apelação com Revisão 511.903-4/7-00. Marília-SP, Data do Julgamento: 12/03/2008, Relator: Desembargador Caetano Lagrasta.

⁶⁶ TARTUCE, Flávio. Abandono Afetivo (Indenização): Comentários a Julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Danos Morais por Abandono Moral. In: LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2011, 237 p.

Nesse compasso, é possível utilizar a mesma argumentação para as situações em que o filho abandona o pai, e considerar que o descendente abandonante incorre em dolo eventual, por assumir o risco de causar dano ao abandonado.

Destaca-se que o dolo eventual é previsto na segunda parte do artigo 18, I do CP/40. É verificado quando o agente “prevê o resultado como possível, e o admite como consequência de sua conduta, embora não queira propriamente atingi-lo”⁶⁷.

Contudo, considerando que na seara da responsabilidade civil, o dolo eventual e o dolo direto geram a mesma consequência jurídica quando ocasionam algum dano (que é o dever jurídico de indenizar o lesado), não há necessidade de diferenciar o descumprimento do dever de ajuda e amparo advindo de conduta eventualmente dolosa ou diretamente dolosa.

Noutro giro, o descumprimento dos deveres filiais de forma culposa (culpa *stricto sensu*), sobrevém de uma conduta negligente ou imprudente do abandonante, que não almeja causar o dano, mas, mesmo assim, o causa.

A conduta culposa tem três elementos: “a) conduta voluntária com resultado involuntário; b) previsão ou previsibilidade; e c) falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção”⁶⁸.

O primeiro componente foi aprofundado na seção anterior (seção 3.1.1 Ato ilícito). Já a previsão ou previsibilidade do resultado, que é o dano, será examinada na seção seguinte (seção 3.1.3 Dano extrapatrimonial e patrimonial). Resta abordar o terceiro elemento, que é justamente, a negligência e a imprudência.

Arnaldo Rizzardo esclarece tais conceitos:

*A **negligência** consiste na ausência de diligência e prevenção, do cuidado necessário às normas que regem a conduta humana. [...] Omitem-se as precauções exigidas pela salvaguarda do dever que o agente está obrigado; é o descuido do comportamento, por displicência, por ignorância inaceitável e impossível de justificar. A **imprudência** revela-se na precipitação de uma atitude, no comportamento considerado, na insensatez e no desprezo das cautelas necessárias em certos momentos. Os atos praticados trazem consequências ilícitas previsíveis, embora não pretendidas.*⁶⁹

De outro modo, Sérgio Cavalieri Filho classifica a imprudência como a “falta de cautela ou cuidado por conduta comissiva” e a negligência como “a mesma falta de cuidado por conduta omissiva”.⁷⁰

⁶⁷ STOCO, op. cit., 174 p.

⁶⁸ CAVALIERI FILHO, op. cit., 35 p.

⁶⁹ RIZZARDO, op. cit., 4 p., grifo nosso.

⁷⁰ CAVALIERI FILHO, op. cit., 36 p.

Não obstante a pequena diferença conceitual transcrita, quanto à inexecução dos deveres filiais, a conduta culposa será constatada quando for apurada qualquer uma das atitudes descritas pelos autores mencionados.

Ressalta-se que a doutrina também contempla a imperícia como uma forma de exteriorização da conduta culposa. Porém, tendo em vista que ela se relaciona a uma habilidade técnica, não é compatível com o núcleo jurídico obrigacional de ajuda e amparo, pois esse não exige esta espécie de habilidade. Por conseguinte, não é aplicável aos deveres filiais.

Outrossim, Sérgio Cavalieri Filho, ao abordar o pressuposto da conduta culposa, cita o dever de cuidado e deslinda que:

*O padrão que se toma para apreciar a conduta do agente não é só a do homem diligente, cuidadoso e zeloso, mas também do homem medianamente sensato, avisado razoável e capaz. Quem não tem capacidade física, intelectual ou técnica para exercer determinada atividade deve se abster da prática dos atos que escapam de todo o círculo de suas aptidões naturais, ou **reforçar a diligência para suprir suas deficiências**. [...] A inobservância desse dever de cuidado torna a conduta culposa – o que evidencia que a culpa é, na verdade uma **conduta deficiente**, quer decorrente de um **deficiência da vontade**, quer de inaptidões ou deficiências próprias ou naturais.⁷¹*

Deveras, o filho que não é naturalmente zeloso e sensato quanto aos seus deveres filiais, isto é, aquele que não tem uma inclinação espontânea para cumprir tais deveres, terá que *reforçar a diligência para suprir a deficiência de vontade*, para que não seja configurada uma conduta culposa em seu agir.

Na prática, como o descendente não pode se abster da condição de filho, terá que agir com a “cautela necessária para que seu atuar não resulte lesão”⁷² aos bens jurídicos dos seus pais.

Nesse sentido, o magistrado Flávio Calheiros do Nascimento afirma que:

Quando se diz que os pais devem cuidar dos filhos porque o cuidado é um interesse juridicamente tutelável, o que está a dizer aos pais, nas estrelinhas, é o seguinte: se não cuida dos seus filhos porque não os ama, então faça parecer que os ama e cuide deles, porque, do contrário, serão responsabilizados civilmente. É precisamente por conta disso que parece preferível deixar de chamar esse dano de afetivo para se passar a chamá-lo de dano por falta de cuidado adequado.⁷³

Assim também deve ocorrer quanto ao dever filial de cuidado, diante da ausência de um impulso amoroso para cuidar dos ascendentes, o filho deve fazê-lo, pelo menos, porque não deseja ser responsabilizado civilmente por sua conduta.

⁷¹ CAVALIERI FILHO, op. cit., 33 p., grifo nosso.

⁷² CAVALIERI FILHO, op. cit., 32 p.

⁷³ NASCIMENTO, Flávio Calheiros do. Responsabilidade civil pelo abandono afetivo. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015, 404 p.

É imprescindível observar que o dever de cuidado apresentado por Cavalieri é amplo, e se refere a um agir cauteloso, para que toda e qualquer conduta não lesione algum bem jurídico alheio. Noutro giro, o dever de cuidado intrínseco aos deveres filiais (explanado na seção 2.5) é específico do direito das famílias, e se refere ao zelo que deve ser dispensado diretamente aos membros familiares.

No ordenamento jurídico brasileiro, aquele que cometeu o ato ilícito, doloso ou culposo (culpa *stricto sensu*), ficará igualmente obrigado a reparar o dano causado. A indenização não será menor se o filho abandonante não tiver agido com dolo, mas somente com culpa.

Perante todo o exposto, conclui-se que, o abandonante não precisa ter agido de forma deliberada para causar o dano ao genitor, vale dizer, não precisa haver dolo. Basta que seja verificada uma conduta culposa, negligente ou imprudente, em relação ao cumprimento do núcleo jurídico obrigacional de ajuda e amparo.

3.1.3 Dano extrapatrimonial e patrimonial

A omissão do filho quanto ao núcleo jurídico obrigacional de ajuda e amparo acarreta, sobretudo, um desequilíbrio de ordem psíquica ao pai abandonado. Quando o descendente deixa de ofertar guarnição psicológica ao ascendente há um abalo à saúde mental deste, que se manifesta por meio de tristeza, angústia, insatisfação, falta de apetite, insegurança, sentimento de falta, apatia diante da vida, depressão, agravamento de doenças, inclusive enfermidades físicas.

*A consequência da omissão dos filhos gera aflição, dor, sofrimento e angústia, podendo contribuir até para o desenvolvimento, para o agravamento de doenças e, por fim, para a morte. [...] Ainda que os pais tenham condições econômicas e financeiras de sobreviverem, subsiste o dever dos filhos na prestação de ordem afetiva, moral, psíquica.*⁷⁴

De acordo com os dados do “Mapa da Violência Contra a Pessoa Idosa”⁷⁵, divulgado pela Central Judicial do Idoso do Distrito Federal, o abandono e a negligência somam 29,51% dos casos de violência praticada contra os idosos.

⁷⁴ SILVA, Lillian Ponchio et al. **Responsabilidade Civil dos Filhos com Relação aos Pais Idosos**: Abandono Material e Afetivo. Disponível em: <www.lex.com.br/doutrina_24230664>. Acesso em: 12/04/2016.

⁷⁵ CENTRAL JUDICIAL DO IDOSO. **Mapa da violência contra a pessoa idosa**. Brasília, 2013. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupecon/central-judicial-do-idoso/mapa-da-violencia>>. Acesso em 27/10/2016.

Ademais, de acordo com o Relatório de Prevenção ao Suicídio⁷⁶ da OMS (Organização Mundial de Saúde), em todo o mundo, as mais elevadas taxas de suicídio estão entre as pessoas acima dos 70 anos de idade, sendo um dos principais fatores o sentimento de isolamento e a ausência de suporte social, verificado quando o indivíduo se sente desconectado com a família e pessoas próximas.

Através desses dados, é possível inferir que grande parte dos casos de suicídio de pessoas idosas ocorre nas situações em que o genitor encontra-se abandonado pela família, que devido à deserção não tem condições de identificar o comportamento supramencionado e prestar os devidos cuidados no intuito de evitar a concretização do suicídio.

Em que pese o fato de não haver estatísticas quanto ao abandono dos ascendentes carentes e enfermos, é possível conjecturar que a situação não se difere em grande escala dos dados apresentados em relação aos idosos.

O dano ocasionado pelo abandono filial é primordialmente extrapatrimonial. Trata-se de uma lesão experimentada pela esfera moral do indivíduo, que acarreta consequências na esfera jurídica. O dano extrapatrimonial também é denominado de dano imaterial ou moral.

A indenização decorrente do dano moral está prevista tanto na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, V e X, como também no Código Civil, no artigo 186 c/c artigo 927.

Esta espécie é elucidada por Carlos Alberto Bittar:

*Danos morais são aqueles suportados na esfera dos valores da moralidade pessoal ou social, e, como tais, reparáveis, em sua integralidade, no âmbito jurídico. Perceptíveis pelo senso comum - porque ligados à natureza humana -, podem ser identificados, em concreto, pelo juiz, à luz das circunstâncias fáticas e das peculiaridades da hipótese sub listem, respeitado o critério básico da repercussão do dano na esfera do lesado e a imperiosa necessidade de tutela jurisdicional da dignidade da pessoa humana.*⁷⁷

O autor afirma ainda que os danos morais reparáveis não podem se limitar aos previstos explicitamente no direito legislado e na jurisprudência iterativa, pois "a noção deve ser entendida em toda a sua extensão, afim de que se possa fazer justiça ao lesado no caso concreto, quando violados aspectos outros de seu acervo moral merecedores de proteção jurídica"⁷⁸.

Nesse compasso, a inexecução do dever filial de ajuda e amparo é um exemplo de conduta que não está **explicitamente** prevista em lei como um ato ilícito, tampouco está

⁷⁶ WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Preventing suicide**: a global imperative. 2014, 7-36 p. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/131056/1/9789241564779_eng.pdf?ua=1&ua=1>. Acesso em: 28/03/2017.

⁷⁷ BITTAR, op. cit., 44 p.

⁷⁸ BITTAR, op. cit., 44 p.

consagrado pela jurisprudência iterativa, mas, no intuito de obter justiça ao lesado, pode ser entendido como um dano reparável.

O artigo 5º, V e X da CRFB/88, ao prever a possibilidade de indenização decorrente de danos morais não apresenta restrição que possa fundamentar a não aplicação às relações paterno-filiais. Ademais, o artigo 186 do CC/02 também não dispõe sobre exceção que justifique essa restrição, consoante destacado por Helen Cristina Leite de Lima Orleans.

Logo, este direito não poderá ser restringido através de mera interpretação, sobretudo porque dissonante com o próprio espírito constitucional. [...] Deste modo, havendo uma lesão que atinja algum dos quatro corolários da dignidade da pessoa humana, bem como preenchidos os seus requisitos, a vítima, no caso o filho, deve obter a devida reparação.⁷⁹

Do mesmo modo, havendo o preenchimento dos requisitos da responsabilidade civil subjetiva, o pai deve ser reparado pela lesão suportada.

Em síntese, apesar da lei não contemplar dispositivo específico sobre a responsabilidade civil advinda da inexecução dos deveres filiais, esta conduta é considerada um ato ilícito, pois se enquadra na previsão geral do artigo 186 do CC/02.

Consoante exposto na seção anterior, o resultado danoso deve ser previsto ou, pelo menos, previsível. O dano decorrente do descumprimento dos deveres filiais é um dano previsível, dado que é cediço que há alta probabilidade da ausência de ajuda e amparo da família causar sequelas à saúde psicológica do abandonado. Como se trata de um dano previsível, também é considerado evitável⁸⁰.

A comprovação do dano sofrido pelo abandonado pode ser verificada através de um estudo social ou psicológico, realizado por um profissional competente. O *expert* poderá identificar, por meio de uma abordagem técnica e fundamentada em critérios pautados na ciência da psicologia/psiquiatria, se realmente a ausência de ajuda e amparo do filho causou dano moral ao progenitor⁸¹.

Nesse sentido, Flávio Tartuce destaca:

⁷⁹ ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. **Simplemente a vida como ela é**: Responsabilidade civil por abandono moral das relações paterno-filiais. Revista trimestral de direito civil: RTDC, Referência: v. 11, n. 44. Rio de Janeiro: Padma, out.-dez/2010. 22 p. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn:urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2010;1000968945>>. Acesso em: 01/05/2017.

⁸⁰ “Não sendo previsto, o resultado terá que, pelo menos, ser *previsível*. Este é o limite mínimo da culpa – a previsibilidade, entendendo-se como tal a possibilidade de previsão. Embora não previsto, não antevisto, não representado mentalmente, o resultado poderia ter disso previsto e, conseqüentemente, evitado.” CAVALIERI, op cit., 35 p.

⁸¹ O estudo social e psicológico já é amplamente utilizado em ações que envolvem direito de família, como por exemplo, ações de alienação parental, guarda, regulamentação de convivência, dentre outras. O magistrado determina a execução destas espécies de estudo para que seja verificado *in loco* as condições dos envolvidos e a veracidade das alegações das partes. Desse modo, o estudo social e psicológico seria de grande valia nas ações de abandono dos genitores também.

*O diálogo interdisciplinar com a psicologia deve entrar em cena para auxiliar o aplicador do direito na fixação da indenização, uma vez que esse ramo científico tem condições de fixar quais as repercussões existentes na integridade físico-psíquica do lesado.*⁸²

Essa possibilidade é igualmente defendida por Giselda Hironaka, que menciona que a “prova deve ser feita por perícia técnica, determinada pelo juízo, com o intuito de se analisar o dano real e sua efetiva extensão”⁸³.

Rafael Niebuhr Maia de Oliveira e Bruna Melo também salientam essa possibilidade para vislumbrar o dano sofrido nos casos de inadimplemento dos deveres parentais:

[...] o Judiciário conta com o auxílio da psicologia, de modo que esse ramo da ciência tem melhores condições de aferir com autenticidade quais foram as efetivas sequelas da integridade físico-psíquica do menor, servindo da perícia psicológica como meio probatório para a fixação da indenização.⁸⁴

De igual forma, as sequelas físico-psíquicas vivenciadas pelo genitor abandonado poderão ser auferidas de forma mais efetiva por perícia psicológica.

Os depoimentos de terceiros que convivam com o abandonante, bem como o testemunho dos próprios envolvidos, abandonante e abandonado, também tem grande valor na comprovação do dano.

Também existe a possibilidade do filho abandonante apresentar elementos probatórios suficientes para afastar a existência do dano e, conseqüentemente, a necessidade de ressarcimento.

Logo, não encontra respaldo a argumentação que a responsabilidade civil decorrente de abandono do genitor não seria possível em decorrência da impossibilidade de comprovação do dano. Apesar de ser um dano de difícil comprovação, essa dificuldade é amplamente dirimida quando o magistrado conta com o auxílio de estudo social e psicológico⁸⁵.

Salutar destacar que o profissional responsável pelo estudo de caso não deverá analisar a falta de amor ou qualquer outro sentimento, mas sim o ato ilícito – o

⁸² TARTUCE. **Direito de Família**. op. cit., 235 p.

⁸³ HIRONAKA. **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Op. cit. Não paginado.

⁸⁴ OLIVEIRA, Rafael Niebuhr Maia de; MELO, Bruna. **Responsabilidade Civil em Razão de Danos Causados pelo Abandono Afetivo Parental**. In: Revista Síntese: Direito de Família. nº 97, Ago-Set/2016, 98 p.

⁸⁵ Quanto à prova do dano, o novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), contemplou a distribuição dinâmica do ônus da prova. O artigo 373, I desta lei, dispõe que incumbe ao autor ônus probatório de fato constitutivo de seu direito. Logo, caberia ao abandonante o ônus probatório. Contudo, o § 1º desse dispositivo, dispõe que diante da peculiaridade da causa relacionada à impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo probatório, o juiz poderá atribuir este ônus de modo diverso. Assim, no caso concreto de inexecução do dever filial de ajuda e ampara, poderia haver a redistribuição do ônus probatório ao réu, com fulcro nessa previsão legal.

descumprimento dos deveres filiais⁸⁶ -, o dano que essa conduta causou e o nexo causal entre estes.

Noutro giro, nos termos do artigo 944 do CC/02, a análise do dano também é fundamental para a quantificação da indenização, vez que a **proporção do dano** sofrido pela vítima é o fator que a respalda⁸⁷. Porém, o parágrafo único desse dispositivo prevê que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

Inferre-se daí que, apesar da diferença entre a conduta culposa e a dolosa não pautar o montante indenizatório, a gravidade da culpa influenciará na fixação desse valor. Logo, a proporção entre a culpa do abandonante e o dano sofrido pelo abandonado interferirá na determinação da quantia da indenização. De outro modo, se o ato ilícito for doloso, a gravidade do dolo não exercerá tal influência⁸⁸.

Por fim, em relação ao dano, oportuno trazer à baila observação de Anderson Schreiber que ao abordar a erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil, salienta o redimensionamento do foco desse instituto para o dano:

É sobre este último elemento que as atenções dos tribunais vêm se concentrando, podendo se afirmar que, hoje, o objetivo das cortes, na aplicação da responsabilidade civil, tem sido menos o de identificar um responsável que se vincule (pela sua culpa ou pela sua atividade) ao dano, e mais o de assegurar, por qualquer meio disponível, a integral reparação dos prejuízos sofridos pela vítima.⁸⁹

Isso posto, conclui-se que o foco do magistrado, ao apreciar um caso de inexecução dos deveres filiais, deve ser direcionado ao dano que o pai abandonado tem suportado em decorrência da deserção do filho, bem como à reparação dessa lesão.

3.1.4 Nexo Causal

O nexo causal ou nexo de causalidade é o vínculo entre o ato ilícito e o dano sofrido. Logo, para haver responsabilidade civil decorrente da inexecução dos deveres filiais, a

⁸⁶ Consoante destacado na seção que abordou o princípio da afetividade (seção 2.3), nesses casos, o descumprimento dos deveres filiais que são mais facilmente verificados são a convivência familiar e o cuidado.

⁸⁷ O artigo 292, V do Código de Processo Civil de 2015 trouxe inovação quanto às ações indenizatórias. Consoante dispõe esta regra, o pai abandonante que pugnar por indenização deverá, logo na petição inicial, estipular o valor pretendido. Assim, a dimensão do dano ganhou uma importância ainda maior.

⁸⁸ “O dispositivo só fala na culpa; logo, quando a responsabilidade fundar-se no dolo – hipótese em que o laço que prende o fato à vontade do agente é mais forte – o montante da indenização terá que corresponder sempre ao valor do dano, não podendo o juiz arbitrar indenização inferior.” CAVALIERI FILHO, op. cit., 30 p.

⁸⁹ SCHREIBER. *Novas tendências da Responsabilidade Civil Brasileira*. Op. cit. Sem paginação.

conduta do abandonante deve ser comprovadamente a causa do abalo psíquico suportado pelo abandonado.

Não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita, tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. [...] Daí a relevância do chamado nexo causal. Cuida-se, então, de saber quando um determinado resultado é imputável ao agente; que relação deve existir entre o dano e o fato para que este, sob a ótica do direito, possa ser considerado causa daquele.⁹⁰

Há três principais teorias quanto a esse requisito: a teoria da equivalência das condições (ou teoria da equivalência dos antecedentes), a teoria da causalidade adequada e a teoria dos danos diretos e imediatos (ou teoria da interrupção do nexo causal).

Segundo a teoria da equivalência das condições “tudo o que concorrer para o resultado é causa dele”⁹¹. Restringe-se à esfera penal no direito brasileiro e está contemplada no artigo 13 do Código Penal.

Na esfera cível há uma divergência doutrinária quanto à aplicação da teoria da causalidade adequada e a teoria dos danos diretos e imediatos.

Segundo aduz Sergio Cavalieri Filho a teoria da causalidade adequada foi criada por von Kries, a causa é o **antecedente necessário e adequado** para a produção do resultado. Por conseguinte, primeiramente deverá ser averiguado se a condição concorreu, de forma concreta, para o resultado. Em seguida, deverá ser analisado, de forma abstrata, se a condição era adequada para gerar o evento danoso.⁹²

Já na teoria da causalidade direta ou imediata “interessa, no caso, o dano que é o efeito direto ou imediato do fato causador, e não o resultado remoto, ou o advindo de novas causas”⁹³. Arnaldo Rizzardo defende que esta teoria foi contemplada no artigo 403 do Código Civil.

A causa direta e imediata não indica a “mais ligada cronologicamente ao evento, temporalmente mais próxima, mas aquela que foi a mais direta, a mais determinante segundo o curso natural e ordinário das coisas”⁹⁴.

Quanto aos deveres parentais, Camila Dal Lago e Vitor Ugo Oltramari, são adeptos à esta terceira teoria e defendem que a omissão do abandonante tem que ser a causa direta do dano sofrido:

*[...] o nexo causal, deve ser constatado no sentido de que a omissão parental tenha **relação direta** com o dano sofrido pelo filho. Assim, havendo o dano efetivamente*

⁹⁰ CAVALIERI FILHO, op. cit., 46 p.

⁹¹ STOCO, op. cit., 176 p.

⁹² CAVALIERI FILHO, op. cit., 48 p.

⁹³ RIZZARDO, op. cit., 76 p.

⁹⁴ CAVALIERI FILHO, op. cit., 51 p.

*comprovado ao filho, omissão voluntária (dolo ou culpa) e nexos de causalidade, torna-se evidente a indenização.*⁹⁵

Porém, também há doutrinadores que entendem que não é possível verificar o nexo causal nos casos de descumprimento dos deveres parentais ou dos deveres filiais, como Cláudia Mara de Almeida Rabelo e Leonardo Macedo Poli:

*Mesmo que, em tese, se admita o abalo psíquico, o nexo de causalidade entre a conduta do ofensor e o dano mostra-se de improvável constatação, já que outros fatores poderiam ter concorrido para a ofensa, entre os quais pode ser citada a denominada síndrome de alienação parental. Infere-se, portanto, que a prova do nexo de causalidade entre a conduta do suposto ofensor no caso do abandono afetivo parental e o alegado dano, na maioria das vezes, será controvertida, pois não haverá certeza da real causa do abalo psíquico.*⁹⁶

Todavia, esse argumento não possui respaldo, posto que, assim como em relação ao dano, o nexo causal poderá ser comprovado por meio do estudo social ou psicológico. Nesse sentido Fátima Nancy Andrichi enunciou que:

Estabelecida a assertiva de que a negligência em relação ao objetivo dever de cuidado é ilícito civil, importa, para a caracterização do dever de indenizar, estabelecer a existência de dano e do necessário nexo causal. **Forma simples de verificar a ocorrência desses elementos é a existência de laudo formulado por especialista, que aponte a existência de uma determinada patologia psicológica e a vincule, no todo ou em parte, ao descuido por parte de um dos pais.**⁹⁷

Portanto, o nexo de causalidade entre a conduta do ofensor e dano não é de improvável constatação, tanto no abandono do filho, quanto no abandono do pai. A análise da *expert* encarregada esclarecerá, no caso concreto, a contribuição da omissão do abandonante na causa do abalo psíquico suportado pelo abandonado.

A profissional encarregada do laudo deverá realizar “uma análise retrospectiva, de maneira a se constatar – ainda que não de forma precisa, mas aproximada – quando os sintomas se iniciaram”⁹⁸. Isso porque, caso seja verificado que o dano foi anterior ao abandono, não restará configurado o nexo causal.

Segundo menciona Giselda Hironaka:

Avulta, assim, a importância da perícia a fim de se estabelecer não só a existência do dano, como a sua causa. Necessário, portanto, a fixação, em caráter retrospectivo, da época em que os sintomas do dano sofrido pela criança começaram a se manifestar, pois não se poderá imputar ao pai um dano que tenha se manifestado em época anterior ao abandono, por exemplo, seja este abandono um abandono caracterizado pela ausência física do genitor, seja este abandono um

⁹⁵ LAGO, op. cit., 132 p., grifo nosso.

⁹⁶ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; POLI, Leonardo Macedo. **Os Efeitos do Abandono Afetivo e a Mediação Como Forma de Solução de Conflitos Paterno-Filiais**. In: Revista Síntese: Direito de Família. n° 77, Abr-Maio/2013, 83 p.

⁹⁷ STJ - Terceira Turma. Recurso Especial n° 1.159.242/SP. Data do Julgamento: 24/04/2012, Relatora: Ministra Nancy Andrichi, grifo próprio, grifo nosso.

⁹⁸ HIRONAKA. **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Op. cit. Não paginado.

*abandono em modalidade presencial, com o mau exercício dos deveres decorrentes da paternidade, ainda que o convívio fosse diuturno.*⁹⁹

A mesma lógica é utilizada no abandono do ascendente, é necessário averiguar se o dano suportado pelo genitor se manifestou antes da época do abandono. Outrossim, consoante exposto pela autora, poderá haver abandono ainda que haja convivência diuturna entre pai e filho, dado que, mesmo presente fisicamente, há possibilidade do filho não cumprir seus deveres filiais, como o dever de cuidado.

Por derradeiro, ressalta-se que independentemente da teoria escolhida, a questão só poderá ser apreciada em cada caso concreto, dessa forma, caberá ao juiz “sopesar as provas, interpretá-las como conjunto e estabelecer se houve a violação do direito alheio, cujo resultado seja danoso, e se existe um nexo causal entre esse comportamento do agente e o dano verificado”¹⁰⁰.

3.1.5 Excludente de Responsabilidade Civil

O ordenamento jurídico brasileiro traz previsões de hipóteses em que não haverá responsabilidade civil. Rui Stoco as denomina *causas de irresponsabilidade*, que são: o caso fortuito ou força maior, a culpa exclusiva da vítima, a cláusula de não indenizar, o erro, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal, o exercício regular de direito, a legítima defesa, a renúncia da vítima à indenização e consentimento do ofendido, a inexigibilidade de conduta diversa, dentre outras¹⁰¹.

Todas as excludentes de responsabilidade civil deverão ser analisadas pelo magistrado caso a caso. Se alguma destas previsões for verificada no caso concreto de descumprimento do dever filial de ajuda e amparo, o filho abandonante não terá que reparar o dano sofrido pelo ascendente abandonado.

Apesar de serem aspectos que devem ser analisados diante das peculiaridades e do conjunto probatório de cada caso, pertinente trazer algumas observações gerais sobre as excludentes de responsabilidade civil em situações de inexecução dos deveres filiais.

⁹⁹ HIRONAKA. *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Op. cit. Não paginado.

¹⁰⁰ STOCO, op. cit., 178 p.

¹⁰¹ STOCO, op. cit., 211-261 p.

A culpa exclusiva da vítima e o fato de terceiro são excludentes de causalidade, isto é, afastam o nexo causal entre o ato ilícito e o dano sofrido. Já o caso fortuito ou força maior são excludentes da culpabilidade do filho abandonante.

A **culpa exclusiva da vítima** – ou fato exclusivo da vítima – está implícita no artigo 186 do CC/02 como uma excludente de responsabilidade civil. A conduta da vítima eliminará o nexo causal, assim, “para fins de interrupção do nexo causal basta que o comportamento da vítima represente o fato decisivo do evento”¹⁰².

Noutro giro, o artigo 945 do Código Civil abarca a **concorrência de culpas** entre o agente e a vítima. Em que pese o fato de não ser uma excludente de responsabilidade, este dispositivo prevê que em tais casos a indenização será fixada com base na gravidade da culpa de cada um.

Em relação ao adimplemento dos deveres filiais, é possível vislumbrar essa hipótese de concorrência de culpas nas situações em que o ascendente oferece empecilhos para que o filho exerça seus deveres, como quando se recusa a receber os cuidados médicos necessários (inviabilizando o cumprimento do dever de cuidado).

O **fato de terceiro** é caracterizado quando uma outra pessoa, que não seja o agente ou a vítima, seja a causa exclusiva do evento danoso, eliminando a causalidade entre a conduta do agente e o dano suportado pela vítima. No abandono do genitor, quando o sofrimento enfrentado pelo genitor advir da conduta de uma terceira pessoa, o filho não poderá ser responsabilizado.

Conforme dispõe o artigo 393, parágrafo único do Código Civil “**o caso fortuito ou de força** maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”. O *caput* deste artigo isenta a responsabilidade quando o dano resulta de tais possibilidades.

Dessa maneira, o filho que comprovar que o descumprimento de seus deveres filiais em razão de caso fortuito ou força maior estará isento de responsabilidade quanto ao abandono praticado. No entanto, é necessário que essas causas tenham o impedido de adimplir seus deveres durante todo ou grande parte do tempo em que o ascendente se encontrava em situação de velhice, carência ou enfermidade. A responsabilidade civil não será excluída se o caso fortuito ou a força maior tenha o impedido de cumprir um dever pontual em um momento específico.

¹⁰² CAVALIEIR FILHO, 64 p.

O artigo 188 do Código Civil contempla as excludentes de ilicitude, incluídas dentre as excludentes de responsabilidade. O inciso I deste artigo dispõe sobre a legítima defesa e o exercício regular de um direito.

A **legítima defesa** é considerada o uso moderado dos meios necessários para repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem (artigo 25 do Código Penal). Destarte, quando o filho abandonar o pai com o fim de repelir uma agressão injusta à seu direito ou de outra pessoa, seu ato não será antijurídico.

O **exercício regular do direito** “deve conter-se no âmbito da razoabilidade. Se o excede, embora o esteja exercendo causa um mal desnecessário e injusto e equipara o seu comportamento ao ilícito. Assim, ao invés de excludente da responsabilidade, incide no dever de indenizar”¹⁰³.

Destarte, o filho não pode alegar que está exercendo regular direito à liberdade quando descumpri seus deveres filiais. O direito à liberdade não pode se sobrepor aos demais direitos contemplados pelo núcleo jurídico obrigacional de ajuda e amparo. Nestes casos, resta caracterizado um abuso de direito, previsto no artigo 187 do Código Civil como ato ilícito.

O inciso II do artigo supramenciona traz a terceira excludente de ilicitude, o **estado de necessidade**. Dispõe que não constitui ato ilícito “a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente”. Na execução dos deveres filiais, há algumas possibilidades em que o afastamento do abandonante se funda na intenção de remover perigo iminente.

Pode acontecer, ainda, que o afastamento do outro genitor se dê em decorrência de uma situação de risco ou perigo que ele, não-guardião, poderia impingir a sua prole, preferindo, neste caso, afastar-se para não colocar a saúde ou a vida de seus filhos em risco (como é o caso, por exemplo, de o genitor ser portador de uma grave doença infecto-contagiosa, alcoolismo mórbido, drogadição, doença mental etc.).¹⁰⁴

O afastamento do filho também poderá se dar em razão destas hipóteses, então, o abandono não se revestirá de ilicitude. Por conseguinte, a responsabilidade civil do filho estará excluída, quando seu intento, ao se afastar, for proteger o ascendente de risco ou perigo iminente.

Contudo, consoante dispõe o parágrafo único do artigo em análise, “o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo”, desse modo, a deserção

¹⁰³ STOCO, op. cit., 222 p.

¹⁰⁴ HIRONAKA. **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Op. cit. Não paginado.

somente não será ilícita se for absolutamente indispensável para a preservação da saúde e do bem estar do ascendente.

Outra excludente de responsabilidade é a **exclusão da imputabilidade**. De acordo com Rui Stoco, a imputabilidade é um pressuposto da responsabilização, e não da culpabilidade, posto que, no plano civil, há responsabilidade sem culpa (objetiva).

*A imputabilidade exige dois elementos: a maturidade (desenvolvimento mental completo) e sanidade mental (capacidade de entender o caráter ilícito do seu comportamento e de determinar-se de acordo com esse entendimento), sem os quais não há como responsabilizar o autor pelo dano.*¹⁰⁵

Portanto, a imputabilidade é considerada como *condição pessoal de maturidade e sanidade*, elementos que fazem com que o agente tenha capacidade de compreender a ilicitude da conduta, ou de determinar-se de acordo com tal percepção. Para que o filho seja responsabilizado pelo abandono do pai deve ser maior e capaz. Quanto à maioridade, o próprio artigo 229 da CRFB/88 estabeleceu que o dever de ajuda e amparo cabe aos filhos maiores.

O **estrito cumprimento do dever legal** também exclui a responsabilidade, assim, “quem age limitando-se a cumprir um dever que lhe é imposto por lei penal ou extrapenal e procede sem abusos ou desvios no cumprimento desse dever não ingressa no campo da ilicitude”¹⁰⁶.

Logo, se o filho descumprir o plexo de seus deveres filiais em razão de estrito cumprimento de algum de seus outros deveres legais, o magistrado deverá analisar se este não procedeu com abusos ou desvios, para que seja excluída a responsabilidade advinda do abandono do genitor.

A **cláusula de não indenizar** é aplicável às relações contratuais, todavia a relação paterno-filial e os deveres dela advindos não são contratuais, portanto esta excludente não é cabível nos casos em análise.

Consoante Rui Stoco ensina a **renúncia da vítima à indenização** e o **consentimento do ofendido** também são excludentes de responsabilidade. Destaca-se que “a manifestação abdicativa do renunciante há de ser inequívoca e espontânea”¹⁰⁷. Por consequência, no caso do pai abandonado renunciar ao seu direito à indenização, não haverá mais responsabilidade do filho abandonante.

A **inexigibilidade de conduta diversa**, também é considerada por Rui Stoco como uma excludente de responsabilidade. No que concerne ao inadimplemento dos deveres filiais,

¹⁰⁵ STOCO, op. cit., 134 p.

¹⁰⁶ STOCO, op. cit., 221 p.

¹⁰⁷ STOCO, op. cit., 260 p.

há algumas situações em que será verificada a impossibilidade de agir de forma diversa, como, por exemplo, nos casos em que o descendente também se encontrar em alguma das situações de vulnerabilidade que o impeça de cumprir seus deveres filiais.

Por fim, destaca-se que as dificuldades impostas pelas situações práticas da vida, como por exemplo, a distância física, a excesso de trabalho, a falta de tempo, deverão ser examinadas no caso concreto como possíveis formas de excludentes de responsabilidade civil. Todavia, ressalta-se que o magistrado deverá analisar se as situações alegadas realmente ocasionaram o completo tolhimento da possibilidade de adimplemento dos deveres filiais. Acontecimentos esparsos e esporádicos não excluem a responsabilidade do filho.

A Ministra Fátima Nancy Andrichi menciona que “o torvelinho de situações práticas da vida moderna não toldam plenamente a responsabilidade dos pais naturais ou adotivos, em relação a seus filhos, pois, com a decisão de procriar ou adotar, nasce igualmente o indelegável ônus constitucional de cuidar.”¹⁰⁸

De igual modo, a responsabilidade dos filhos em relação aos pais não pode ser escusada por meras desculpas. O dever de ajuda e amparo aos pais é uma obrigação constitucional o seu descumprimento é justificável apenas nos casos excepcionalíssimos, ora explanados.

3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

A responsabilidade civil objetiva é a que prescinde de comprovação de culpa do agente. O Código Civil brasileiro abarca algumas situações em que haverá esta espécie de responsabilidade, como por exemplo, o artigo 927, parágrafo único do CC/02.

Ao abordar o tema do descumprimento dos deveres parentais, Rolf Madaleno defende que esta forma de inadimplemento ocasiona uma responsabilidade civil objetiva. De acordo com o autor, nestes casos há um abuso de direito que prescinde da comprovação da culpa do indivíduo que descumpriu os deveres impostos pelo ordenamento:

*Deixou a família de ser imune ao direito de danos, entrando o pedido de indenização o seu fundamento não exatamente no ato ilícito, mas no abuso do direito previsto no art. 187 do Código Civil brasileiro, ainda que exclusivamente moral. **O abuso do direito independe da culpa**, pois sua noção extrapola a teoria da responsabilidade civil. Trata da imposição de restrições éticas ao exercício de*

¹⁰⁸ STJ - Terceira Turma. Recurso Especial nº 1.159.242/SP. Data do Julgamento: 24/04/2012, Relatora: Ministra Nancy Andrichi, grifo próprio, grifo próprio.

*direitos subjetivos, tendo em conta que no âmbito do conteúdo do direito de visitas e na obrigação de comunicação com seus filhos, existem espaços que não podem ser relegados e barreiras que não podem ser ultrapassadas. E no abuso do direito a pessoa justamente excede as fronteiras do exercício de seu direito, sujeitando-se às sanções civis, que passam pelas perdas e danos aferíveis em dinheiro.*¹⁰⁹

No entanto, este não é o posicionamento majoritário dos doutrinadores que abordam a responsabilidade civil por descumprimento dos deveres decorrente da relação paterno-filial, sejam os deveres parentais ou os deveres filiais. Uma das críticas a essa teoria que é defendida por Rol Madaleno é que, na responsabilidade civil por abandono do genitor, “não haveria, tecnicamente, direito a ser exercido, mas sim um dever não cumprido”¹¹⁰.

Flávio Calheiros do Nascimento é taxativo quanto à impossibilidade de atribuição de responsabilidade civil objetiva em decorrência do descumprimento dos deveres familiares:

*Em se tratando de exercício das atribuições derivadas do poder familiar, especialmente do cuidado que os pais devem ter para com o filho, sem dúvida, não está a se lidar com a responsabilidade objetiva, que porque essa conduta exigida dos pais não se encaixa em nenhuma das hipóteses expressamente previstas em lei como sendo de responsabilidade objetiva, quer porque a atribuição de cuidar dos filhos não pode ser considerada uma atividade que implica, pela sua natureza, riscos aos direitos de outrem.*¹¹¹

Dessarte, ao realizar uma análise comparativa entre a inexecução dos deveres parentais e correlata inexecução dos deveres filiais, conclui-se que do segundo também não advirá responsabilidade objetiva, mas sim uma responsabilidade subjetiva, em que a verificação da culpa do filho abandonante é imprescindível.

3.3 CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO

O critério para a fixação do valor indenizatório de danos materiais está contido no *caput* do artigo 944 do CC/02, que dispõe que “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Dessa maneira, o ordenamento jurídico brasileiro contempla o princípio da reparação integral (*restitutio in integrum*). Logo, a indenização de eventual dano material sofrido pelo genitor, em decorrência da inexecução dos deveres filiais, será fixada de acordo com a extensão desse dano.

Lado outro, não há consenso doutrinário e jurisprudencial quanto aos critérios para fixação da indenização dos danos extrapatrimoniais. Segundo Flávio Tartuce, o valor

¹⁰⁹ MADALENO, Rolf. **O custo do abandono afetivo**. Sem paginação, grifo nosso. Disponível em: <<http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=943>>. Acesso em: 16/04/2016.

¹¹⁰ DINIZ, P., op. cit., 143 p.

¹¹¹ NASCIMENTO, op. cit., 404 p.

indenizatório nos casos de danos morais será baseado na extensão do dano, nas condições socioeconômicas e culturais dos envolvidos, nas condições psicológicas das partes e no grau de culpa do agente, de terceiro ou da vítima. De acordo com este doutrinador esses critérios advêm da interpretação dos artigos 944 e 945 do CC/02, além de ser o entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência, em especial do STJ¹¹².

O primeiro critério está disposto especificamente no *caput* do artigo 944 do CC/02, conforme supramencionado. O parágrafo único deste dispositivo aborda o critério do grau de culpa do agente, ao determinar que a “excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano” poderá reduzir o valor indenizatório.

Já o artigo 945 do CC/02, dispõe sobre a interferência do grau da culpa da vítima, ao definir que “se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

As demais condições mencionadas são extraídas da jurisprudência. O STJ publicou uma ementa no Informativo nº 470, que indica que o método mais apropriado para o arbitramento da indenização decorrente de dano extrapatrimonial é a conciliação de dois critérios, quais sejam, as *circunstâncias do evento danoso e o interesse jurídico do lesado*.

Quanto às referidas circunstâncias, consideram-se como elementos objetivos e subjetivos para a avaliação do dano a gravidade do fato em si e suas consequências para a vítima (dimensão do dano), a intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente (culpabilidade do agente), a eventual participação culposa do ofendido (culpa concorrente da vítima), a condição econômica do ofensor e as condições pessoais da vítima (posição política, social e econômica). Quanto à valorização de bem ou interesse jurídico lesado pelo evento danoso (vida, integridade física, liberdade, honra), constitui um critério bastante utilizado na prática judicial, consistindo em fixar as indenizações conforme os precedentes em casos semelhantes.¹¹³

Esta ementa também menciona que o arbitramento deverá ser realizado em duas fases. No primeiro momento, o magistrado arbitrará o valor básico da indenização, pautado no interesse jurídico do lesado, em consonância com os precedentes existentes a respeito da matéria. Posteriormente, será feito o arbitramento definitivo, adequando o valor inicial às peculiaridades apresentadas no caso concreto.

Flávio Tartuce afirma ainda que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade também são critérios constantemente utilizados pelo STJ, no intuito de evitar o

¹¹² TARTUCE. **Direito de Família**. op. cit., 301 p.

¹¹³ STJ. Informativo nº 470. 25 à 29 de abril de 2011. STJ - Terceira Turma. Recurso Especial 959.780/ES. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Data de Julgamento: 26/04/2011. Disponível em: <www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0470.rtf >. Acesso em: 28/05/2016.

enriquecimento sem causa do lesado ou a *ruína do ofensor*. Todavia, defende que a finalidade de evitar o enriquecimento sem causa é equivocada.

*Isso porque tal conceito está presente quando há uma atribuição patrimonial sem que haja razão para tanto (locupletamento sem razão). Ora, nos casos de responsabilidade civil há sim uma causa para o pagamento da indenização, qual seja, a presença de um ilícito, de uma lesão de direito.*¹¹⁴

Além disso, já há um entendimento consolidado que a indenização por dano extrapatrimonial não está sujeita à tariffação. Inclusive, esta compreensão já está sumulada pelo STJ, na Súmula nº 281/STJ¹¹⁵. No enunciado nº 550 da VI Jornada de Direito Civil também foi exposto que “a quantificação da reparação por danos extrapatrimoniais não deve estar sujeita a tabelamento ou a valores fixos”¹¹⁶.

Portanto, o arbitramento de indenização de dano extrapatrimonial suportado pelo pai, em decorrência do descumprimento dos deveres filiais deverá se pautar em todos estes critérios mencionados: extensão do dano, condições socioeconômicas e culturais do filho e do genitor, condições psicológicas do filho e do genitor, grau de culpa do filho, do pai ou eventual culpa de terceiro envolvido, a gravidade da conduta do filho, a valorização do bem ou interesse jurídico lesado e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Ademais é imprescindível que as peculiaridades de cada caso concreto sejam consideradas pelo juiz no arbitramento do montante indenizatório. Nesse compasso, a realização do estudo social e psicológico (explorado na seção 3.1.3 Dano extrapatrimonial e patrimonial) também tem grande valia nesse ponto.

Outrossim, pertinente trazer à baila observação de Sérgio Cavalieri Filho, que também refere-se aos critérios explanados, mas acresce que, para haver razoabilidade no arbitramento, devem ser considerados os motivos que determinam a indenização.

*Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes.*¹¹⁷

¹¹⁴ TARTUCE. **Direito de Família**. op. cit., 304 p.

¹¹⁵ “A indenização por dano moral não está sujeita à tariffação prevista na Lei de Imprensa.” STJ. Súmula 281. Data da Publicação: 13/05/2004. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_21_capSumula281.pdf>. Acesso em: 06/05/2017.

¹¹⁶ CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado 550 da VI Jornada de Direito Civil**. Mar/2013. Disponível em: <<https://fmjur.wordpress.com/2013/04/09/novos-enunciados-cjf-vi-jornada-de-direito-civil/>>. Acesso em: 06/05/2017.

¹¹⁷ CAVALIERI, op. cit., 105 p.

Diante dessa perspectiva, as funções da responsabilidade civil especificamente no que concerne ao abandono dos pais idosos, carentes e enfermos, também exerce influência na fixação do valor da indenização. Essas funções são exatamente os motivos que determinam a responsabilização nesses casos.

4 FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Ressalta-se que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e conseqüente modificação do conceito de família, “a responsabilidade civil também mudou. E o seu giro conceitual, como bem sintetizou entre nós Orlando Gomes, foi completo, passando da atenção exclusiva ao ato ilícito para a preocupação com o dano injusto ou injustificado”¹¹⁸.

O tema deve ser analisado sob uma perspectiva jurídica e sociológica. Nesse contexto, oportuno trazer observação de Giselda Hironaka que, ao elucidar as questões atinentes ao abandono dos pais em relação aos filhos, afirmou que a responsabilidade civil nesses casos é um dos “importantes instrumentos de reordenação da vida em família e em sociedade”¹¹⁹. De modo análogo, no abandono dos filhos em relação aos pais, a responsabilidade civil também se apresenta como um excelente instrumento para referido fim.

4.1 FUNÇÃO COMPENSATÓRIA

A função compensatória da responsabilidade civil está implícita no artigo 944 do CC/02, o qual dispõe que “indenização mede-se pela extensão do dano”. Ora, se o principal critério para a fixação da indenização é justamente a extensão do dano, por óbvio, a finalidade daquela é compensar integralmente o dano sofrido.

A função compensatória é considerada a principal finalidade da responsabilidade civil, e também é comumente denominada de função ressarcitória ou indenizatória. Fernando Noronha elucida que, no dano patrimonial, objetiva extinguir o prejuízo financeiro causado pelo ato ilícito, já no dano extrapatrimonial, visa *minorar o sofrimento infligido*.

As obrigações de responsabilidade civil têm essencialmente, mas não exclusivamente, uma finalidade estática, de proteção da esfera jurídica de cada pessoa, através da reparação dos danos por outrem causados. Elas tutelam um

¹¹⁸ MORAES, op. cit., 807 p.

¹¹⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos - além da obrigação legal de caráter material. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (Coord.). **A outra face do Poder Judiciário**: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, 22 p.

*interesse do lesado que se pode chamar de expectativa na preservação da situação atual (ou de manutenção do status quo).*¹²⁰

Em outras palavras, a indenização “tem por finalidade tornar *indemne o lesado*, colocar a vítima na situação em que estaria sem a ocorrência do fato danoso”¹²¹. Sérgio Cavalieri Filho menciona que a reparação do dano é inspirada pelo *mais elementar sentimento de justiça*, e acrescenta que:

*O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no status quo ante. Impera neste campo o princípio do restitutio in integrum, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima na situação anterior à lesão.*¹²²

Por sua vez, Carlos Alberto Bittar é um grande defensor da função inibitória, no entanto, também reconhece a função compensatória, assim, afirma que, no dano moral, procura-se a “compensação ao lesado, para atenuação do sofrimento havido”¹²³.

Em relação à responsabilidade civil advinda da inexecução dos deveres filiais, alguns doutrinadores alegam a ineficácia do viés compensatório. Camila Dal Lago e Vitor Ugo Oltramani sintetizam os argumentos contrários:

*De toda forma, ainda que reconhecida a existência do dano provocado pela conduta ilícita, existe como barreira a dificuldade de acreditar na indenização pecuniária como forma de compensação pelo sofrimento, por falta de amor. [...] De acordo com o argumento dinheiro jamais serviria para medir a extensão dos afetos, bem como utilizá-lo para finalidade indenizatória vai de encontro aos fundamentos do Direito de Família, que coloca, então, o amor à frente das regras objetivas. [...] mesmo que o pedido seja julgado, transite em julgado e entre para o “rol dos problemas solucionados” no mundo jurídico, a causa de pedir ainda será problema no mundo dos fatos, pois ali, a situação, além de não resolvida, pode restar pior.*¹²⁴

Entretanto, não se trata de compensação de pela falta de amor, mas em razão do descumprimento dos deveres filiais. Tampouco vai de encontro aos fundamentos do direito das famílias, pois está em consonância com os princípios da dignidade da pessoa humana e solidariedade familiar.

Na realidade, a função compensatória é a atribuição mais relevante na responsabilidade civil decorrente do inadimplemento dos deveres filiais. Nessas situações específicas, há pouca probabilidade de ocorrer a total restauração do equilíbrio, contudo, a indenização paga ao abandonado tem a finalidade de minimizar os efeitos do abalo psíquico sofrido.

¹²⁰ NORONHA, Fernando. **Desenvolvimentos Contemporâneos da Responsabilidade Civil**. In: Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, v. 19, n. 37, dez/1998, 30 p. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15533>>. Acesso em: 01/05/2016.

¹²¹ CAVALIERI FILHO, op. cit., 4 p.

¹²² CAVALIERI FILHO, op. cit., 13 p.

¹²³ BITTAR, op. cit., 282 p.

¹²⁴ LAGO, op. cit., 133-137 p.

Maria Celina Bodin de Moraes, também afirma que a responsabilidade civil tem íntima conexão a noção de justiça, assim defende a existência e aplicação da função compensatória, em detrimento da função punitiva:

Além disso, considerando-se a responsabilidade civil como uma reação ao dano injustificado, deixa ela de ser, como foi no passado, uma forma de punir o 'culpado', e assume o papel principal de realizar a transferência das consequências danosas a um sujeito distinto do que as sofreu – e se existir razão jurídica que justifique tal deslocamento. A propósito, cumpre ressaltar que a responsabilidade civil tem constituído a disciplina civilística mais próxima da noção de justiça vigente na sociedade.¹²⁵

Assim sendo, a indenização paga pelo descendente que descumpriu o plexo de deveres filiais, tem o condão de transferir as consequências danosas de sua conduta do abandonado para o abandonante. Isto é, inicialmente apenas o genitor abandonado estava suportando as consequências negativas do abandono, porém, ao ser responsabilizado civilmente, o próprio descendente abandonante passa a suportar essas consequências.

Por meio de uma análise sociológica sobre o abandono na relação paterno-filial, André Luís Mattos Silva menciona os ensinamentos de Émile Durkheim, que comparava a sociedade a um organismo perfeito formado por todos os seres, que tinham como finalidade manter o *corpo social* sadio. Por conseguinte, as mazelas sociais seriam as doenças, as quais devem ser combatidas por força estatal, e a prevenção se daria com leis mais severas. Outrossim, o autor pondera:

*Portanto, em sentido contrário ao pensamento de Durkheim, ainda que não se vejam sancionadas leis mais severas a fim de regulamentar situações de abandono, descaso, entre outras condutas que rompem a solidariedade familiar -, há que se ter do Estado a contrapartida em sentido protetivo para aqueles que sofrem tais dissabores, garantindo-lhes proteção à dignidade ou a **respectiva compensação por meio de indenizações que certamente não irão apagar as marcas do passado, mas servirão para aliviar as mazelas que outrora afligiram os oprimidos.**¹²⁶*

Ocorre que, alguns doutrinadores entendem que o dano extrapatrimonial não é passível de compensação por meio do recebimento de qualquer valor indenizatório. Assim, por essa perspectiva, quando o dano suportado pelo pai abandonado for exclusivamente extrapatrimonial, não será possível compensá-lo por meio da prestação indenizatória. Essa corrente doutrinária defende que a dor e o sofrimento suportado por aquele que foi abandonado não será reparada, ou sequer minimizada, com dinheiro¹²⁷.

¹²⁵ MORAES, op. cit., 808 p.

¹²⁶ SILVA, André Luís Mattos. **O Princípio Constitucional da Solidariedade Aplicado ao Direito de Família: Análise Jurídico-Sociológica sobre as Relações Alimentares e o Abandono Afetivo.** In: Revista Síntese: Direito de Família. nº 83, Abr-Maio/2014, grifo nosso.

¹²⁷ Alguns doutrinadores tem abordado a possibilidade de reparação não pecuniária dos danos extrapatrimoniais, como Anderson Schreiber, que afirma: “A infindáveis dificuldades em torno da quantificação da indenização por dano moral revelaram a inevitável insuficiência do valor monetário como meio de pacificação dos conflitos decorrentes de lesões a interesses extrapatrimoniais, e fizeram a doutrina e a jurisprudência de toda parte despertarem para a necessidade de desenvolvimento de meios não pecuniários de reparação. Tais meios não

Contudo, Helen Cristina Leite de Lima Orleans, ao abordar o descumprimento dos deveres parentais, rebate esse argumento de forma acertada, explicando que:

*Enquanto não for vislumbrada saída mais adequada, a responsabilidade civil, com a conseqüente indenização em dinheiro, tem se mostrado de suma importância. O simples fato de não ser possível obrigar-se o genitor a cumprir seu papel, não importa na falta de tutela do interesse legítimo do filho. O valor da indenização terá um cunho compensatório, pois esta é a natureza própria do dano moral.*¹²⁸

Em relação a responsabilidade civil advinda da inadimplemento dos deveres filiais, a função compensatória é igualmente importante, diante da inexistência de uma forma reparatória mais apropriada e eficaz.

Quanto a esta argumentação também é salutar destacar que no artigo 944 do CC/02 não há distinção entre a compensação do dano material e do dano moral, tampouco em qualquer outro dispositivo. Dessa maneira, a função compensatória do dano extrapatrimonial também é tutelada pela lei brasileira.

Ademais, Rolf Madaleno defende que o valor indenizatório poderá ser utilizado para comprar um bem material para compensar o mal causado, cumprindo, assim, sua função compensatória:

*A indenização pecuniária visa a reparar o agravo psíquico sofrido pelo filho que foi rejeitado pelo genitor durante o seu crescimento, tendo a paga monetária a função de compensar o mal causado preenchendo o espaço vazio deixados com a aquisição de qualquer outro bem material que o dinheiro da indenização possa comprar.*¹²⁹

Esse argumento também é aplicável ao abandono do descendente. O genitor abandonado, no intuito de compensar o dano sofrido e abrandar o abalo psíquico, poderá utilizar o montante recebido para comprar um bem material, fazer uma viagem, se submeter a um tratamento psicológico, dentre outras possibilidades. Contudo, a análise da forma de utilização do valor não cabe ao Direito, porquanto, independentemente deste aspecto, a função compensatória será cumprida.

Por fim, ressalta-se que com o estabelecimento da função compensatória a indenização também logrará êxito no cumprimento de outras finalidades, consoante exemplifica Priscila Lamana Diniz:

O fato é que, como consequência de referido viés (compensatório), apareceria o dissuasório, uma vez que mera fixação de indenização por dano decorrente de abandono afetivo possui o condão de sinalizar à toda comunidade, de forma clara, as condutas admissíveis do ponto de vista jurídico e que, portanto, não devem ser repetidas pelos demais cidadãos e mesmo por aquele que realizou, sem que tenha de haver acréscimo no quantum indenizatório para tanto. A função da indenização por

necessariamente vêm substituir ou eliminar a compensação em dinheiro, mas se associam a ela no sentido de efetivamente aplacar o prejuízo moral e atenuar a importância pecuniária no contexto da reparação.” SCHREIBER. **Novas tendências da Responsabilidade Civil Brasileira**. Op. cit., 19 p.

¹²⁸ ORLEANS, op. cit., 23 p.

¹²⁹ MADALENO, op. cit. Sem paginação.

*dano extrapatrimonial por abandono afetivo deve ser, pois, exclusivamente compensatória.*¹³⁰

Portanto, a condenação judicial ao pagamento de indenização em razão do descumprimento dos deveres filiais é um modo de reparar ou minorar a dor e o sofrimento decorrente do abalo psíquico sofrido pelo pai que foi abandonado pelo filho, cumpre assim, a denominada função compensatória. Nada obstante, também será possível alcançar outros objetivos, quais sejam, a função dissuasória e punitiva.

4.2 FUNÇÃO PUNITIVA

A função punitiva da responsabilidade civil é pautada no intuito de punir o agente do ato ilícito que ofende os princípios e valores mais relevantes da sociedade de forma grave.

Nos países da *Common Law*, sobretudo os Estados Unidos e a Inglaterra, a função punitiva da indenização é denominada *punitive damages*, e já é consagrada e aplicada em grande escala. No Brasil o tema divide opiniões, dos doutrinadores e dos aplicadores do Direito, e ainda não há consenso quanto à possibilidade de aplicação desta função.

De acordo com Caroline Vaz, “já se pode perceber, em alguns julgados dos tribunais brasileiros, mesmo dos Superiores, a intenção de o Poder Judiciário inserir em suas decisões as funções punitiva e preventiva”. No entanto, acresce que, na jurisprudência brasileira, estas funções estão restritas “pelos estreitos canais da compensação dos danos extrapatrimoniais, servindo mesmo de baliza para determinar a elevação do quantum a ser pago à vítima do prejuízo”¹³¹.

Dentre os doutrinadores contrários à aplicação desta função está Humberto Theodoro Júnior. Ele defende que a partir do momento em que o Estado passou a ter o *monopólio da punição dos delitos*, apenas a expressa previsão em lei autoriza qualquer espécie de pena civil. Como não há qualquer dispositivo que preveja a função punitiva da indenização, esta não deve ser aplicada. O único critério a ser observado é a *proporção da lesão sofrida*. O doutrinador enfatiza:

Inserir no cálculo dessa sanção um plus para prevenir e evitar a possibilidade de reiteração do ato nocivo, em nome da sociedade, é avançar sobre um terreno que não toca, ordinariamente, ao direito civil disciplinar, mas ao direito público por meio de legislação especial e adequada, com propósitos muito diferentes dos que o

¹³⁰ DINIZ, P., op. cit., 166 p.

¹³¹ VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil - Da Reparação à Punição e Dissuasão**: Os punitive damages no Direito Comparado Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, 81 p.

*direito privado persegue. [...] Quando a ação ilícita ultrapassa o campo do interesse privado da vítima, para repercutir no terreno do interesse coletivo e social, a lei penal cuida de tipificá-la e apená-la segundo os critérios da política criminal.*¹³²

Sérgio Cavalieri Filho assente que realmente não há no ordenamento brasileiro regra escrita que contenha essa espécie de sanção, inclusive, as regras existentes sinalizam justamente no sentido contrário.

Todavia, o autor reconhece que a solução para essa questão controvertida encontra-se nos princípios constitucionais, notadamente, o que “garante a tutela jurisdicional contra toda e qualquer lesão ou ameaça de direito”¹³³.

Em que pese o fato de não haver previsão expressa nas normas jurídicas brasileiras o STJ já reconheceu e aplicabilidade da função punitiva:

*Cabe ao Superior Tribunal de Justiça o controle do valor fixado a título de indenização por dano moral, que não pode ser ínfimo ou abusivo, diante das peculiaridades de cada caso, mas sim proporcional à dúplici função deste instituto: reparação do dano, buscando minimizar a dor da vítima, e **punição do ofensor**, para que não volte a reincidir.*¹³⁴

Apesar da Ministra Eliana Calmon mencionar que a punição do ofensor é para que este não volte a reincidir, cumpre salientar que a finalidade de evitar a reincidência faz parte da função dissuasória, que é doutrinariamente distinta da função punitiva. Contudo, é cediço que estas duas funções estão intrinsecamente relacionadas, fez que quando o Estado realiza a punição do ofensor está concomitantemente o dissuadindo de reincidir.

Ademais, na IV Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, a possibilidade de aplicação da função punitiva foi contemplada em um dos enunciados aprovados: “379. O art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil”¹³⁵. Também está em tramitação o Projeto de Lei nº 413/2007, o qual pretende incluir no artigo 944 do CC/02 a função punitiva e preventiva da indenização¹³⁶.

Além da ausência de previsão expressa dessa sanção civil, outra crítica constante à finalidade punitiva é a possibilidade de ensejar o enriquecimento sem causa, visto que ultrapassaria os limites da extensão do dano.

A incorporação dos punitive damages pela prática judicial brasileira traz, ainda, consideráveis inconsistências face o princípio de proibição ao enriquecimento sem

¹³² THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano Moral**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. 61 p.

¹³³ CAVALIERI, op. cit., 94 p.

¹³⁴ STJ - Segunda Turma. Recurso Especial nº 487.749/RS. Data de Julgamento: 12/05/2003, Relatora: Ministra Eliana Calmon, grifo nosso.

¹³⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Enunciado 379 da IV Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>>. Acesso em: 15/05/2016.

¹³⁶ SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado nº 413/2007. Autoria: Senador Renato Casagrande. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/81887>>. Acesso em: 15/05/2016.

*causa – já que a quantia paga a título de punição vem, inexplicavelmente, atribuída à vítima -, além de ferir frontalmente a dicotomia entre ilícito civil e ilícito penal, aplicando penas sem balizamento legal, sem as garantias processuais próprias e sem a necessária tipificação prévia das condutas reprováveis.*¹³⁷

A vítima estaria se locupletando indevidamente, pois receberia um valor superior ao que, teoricamente, lhe é de direito, por ser maior que o correspondente ao prejuízo sofrido.

Quanto a esse argumento uma possível solução seria a destinação desse valor a mais a “uma entidade pública ou privada de interesse público relacionada ao bem jurídico afetado, ao menos como ocorre nos Estados Unidos”, bem como também ocorre no Brasil, “nas condenações em sede de ações civis públicas por ilícitos contra o meio ambiente, contra o consumidor, a criança e o adolescente, entre outros interesses coletivos *lato sensu*”¹³⁸.

Nos casos específicos de responsabilidade civil por inexecução dos deveres filiais, o valor da condenação que ultrapassasse os limites da extensão do dano poderia ser destinado à entidade pública ou privada que tem como finalidade o acolhimento de idosos, pessoas carentes ou enfermas, ou à instituições que apoiam os indivíduos nessas condições.

Apesar de muitos doutrinadores se posicionarem contra a aplicação da finalidade punitiva, também há grandes nomes do Direito Civil que são favoráveis à essa função da indenização. Um dos defensores deste instituto é Sérgio Cavalieri Filho, que destaca que a função punitiva da indenização tem duas finalidades: a prevenção, por meio da dissuasão, e a punição, como forma de redistribuição.

*A indenização punitiva no dano moral deve ser também adotada quando o comportamento do ofensor se revelar particularmente reprovável – dolo ou culpa grave – e, ainda, nos casos em que independente de culpa, o agente obtiver lucro com o ato ilícito ou incorrer em reiteração da conduta ilícita.*¹³⁹

Dessa maneira, em consonância com o entendimento de Cavalieri, no que concerne à responsabilidade civil decorrente da inexecução dos deveres filiais, a função punitiva seria aplicada de forma mais adequada e pertinente nas situações em que a conduta do filho fosse dolosa ou gravemente culposa, como também nos casos em que a conduta de descumprimento dos deveres filiais fosse reiterada.

Além da culpabilidade, Fernando Noronha acrescenta que o grau de censurabilidade da conduta do ofensor também interfere na fixação da indenização:

Quando se fala numa função sancionatória, faz-se evidente aproximação com a finalidade retributiva da responsabilidade penal. A maior ou menor censurabilidade da conduta do responsável tem alguns reflexos na obrigação de reparar os danos causados, aproximando muitas vezes a “indenização” de uma “pena privada”. Algumas vezes faz crescer o montante a ser pago, que reverte em benefício do

¹³⁷ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: Da Erosão dos Filtros de Reparação à Diluição dos Danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, 205 p.

¹³⁸ VAZ, op. cit., 85 p.

¹³⁹ CAVALIERI, op. cit., 95 p.

*ofendido, e outras vezes fá-lo reduzir, representando agora um menor sacrifício para o lesante.*¹⁴⁰

O abandono do ascendente idoso, carente ou enfermo tem alto grau de censurabilidade, vez que fere princípios constitucionais e infraconstitucionais, além de ser um ato moralmente condenável. Nessas situações, de acordo com o exposto pelo autor, a montante indenizatório deveria ser acrescido em razões proporcionais ao grau de censurabilidade dessa espécie de ato ilícito.

Afinal, os argumentos contrários e favoráveis à imposição da função punitiva são pautados em fundamentação pertinente e consistente, de difícil refutação. No entanto, o posicionamento de Humberto Theodoro Júnior quanto ao tema se apresenta como uma pertinente solução para este impasse:

*Daí que o caráter repressivo da indenização por dano moral deve ser levado em conta pelo juiz cum grano salis. A ele deve recorrer apenas a título de critério secundário ou subsidiário, e nunca como dado principal ou determinante do cálculo do arbitramento, sob pena de desvincular-se a responsabilidade civil e de impregná-la de um cunho repressivo exorbitante e incompatível com sua natureza privada e reparativa apenas da lesão individual. É de lembrar-se sempre que na reparação na lesão moral nunca se chegará a qualquer tipo concreto de equivalência entre o prejuízo e o ressarcimento. [...] É tão injusta e não equânime a sentença que impõe uma reparação moral em nível econômico insuportável para o ofensor [...].*¹⁴¹

Portanto, a aplicação da função punitiva de forma subsidiária e moderada é a opção mais adequada. Cabe ao magistrado analisar nos casos concretos se há efetiva necessidade de majorar o montante indenizatório para que a função punitiva seja cumprida.

Não é necessário que a importância pecuniária seja exorbitante para que o descendente seja punido pelo descumprimento de seus deveres filiais. A fixação do valor restrito ao critério de extensão do dano poderá atingir a finalidade punitiva em diversos casos. Assim, somente diante das peculiaridades de cada caso é que poderá ser analisada a interferência da função punitiva no valor indenizatório.

4.3 FUNÇÃO DISSUASÓRIA

A função dissuasória engloba dois aspectos principais. Primeiramente, ao determinar o pagamento pecuniário, intenta dissuadir o próprio agente do ato ilícito de realizar novamente a conduta repreendida. Ao ver seu patrimônio diminuído, em razão da realização

¹⁴⁰ NORONHA, op. cit., 31 p.

¹⁴¹ THEODORO JÚNIOR, op. cit., 33 p.

de determinada conduta, há grande probabilidade do ofensor não praticar novamente este ato ilícito.

Por outro lado, a função dissuasória também é direcionada para a sociedade como um todo. A reprovabilidade do ato é declarada de forma expressa e as consequências desta conduta são evidenciadas explicitamente, no intuito de desaconselhar e desencorajar os demais membros da comunidade de agir da mesma maneira.

A denominação função preventiva também é comum:

*A função preventiva da responsabilidade civil também é similar a igual função da pena criminal. A responsabilidade civil também visa dissuadir outras pessoas e ainda o próprio lesante da prática de atos prejudiciais a outrem. Obrigando o lesante a reparar o dano causado, contribui-se para coibir a prática de outros atos danosos, tanto pela mesma pessoa (**prevenção especial**), como por quaisquer outras (**prevenção geral**). Isto é importante sobretudo no que se refere a danos que podem ser evitados (danos culposos).¹⁴²*

De forma reflexa, esta função também tem como objetivo evitar que outras pessoas sofram novos danos decorrentes daquela espécie de ato ilícito específico. Com uma sociedade mais consciente da ilicitude de determinado ato, a tendência é que menos pessoas sejam lesadas.

Carlos Alberto Bittar menciona que os *punitive ou exemplary damages*, além da função punitiva, também abarcam uma *função inibidora ou indutora de comportamento*. O montante indenizatório deverá representar uma advertência ao ofensor e à sociedade, demonstrando que o ordenamento não aceita a conduta realizada ou a espécie de lesão decorrente desta.

*Ora, num momento em que crises de valores e de perspectivas assolam a humanidade, fazendo recrudescer as diferentes formas de violência, esse posicionamento constitui sólida barreira jurídica a atitudes ou condutas incondizentes com os padrões éticos médios da sociedade. [...] Superou-se assim, o período de atribuição de valor reduzido, mínimo, com que se apresentou em outros tempos, possibilitando-se o alcance de **justiça real nos casos concretos**: assim, de um lado, permite devolver-se ao lesante, na medida certa, os sacrifícios injustos impostos ao lesado, atribuindo-se a este, por outro lado, a devida compensação econômica. [...]¹⁴³*

O autor acrescera que o papel do juiz será sopesar, diante dos casos concretos, os fatores e as circunstâncias que interferem no julgamento. Dessa forma, o *princípio da satisfação integral* e a função inibitória devem ser as principais balizas para a fixação da reparação devida, com o fito de alcançar justiça real, e não nominal.¹⁴⁴

¹⁴² NORONHA, op. cit., 31 p., grifo nosso.

¹⁴³ BITTAR, op. cit., 216 p., grifo nosso.

¹⁴⁴ BITTAR, op. cit., 221 p.

Na responsabilidade civil decorrente da inexecução dos deveres filiais, tanto a função dissuasória especial, direcionada ao descendente, quanto a geral, voltada à sociedade como um todo, são notoriamente eficazes e pertinentes.

Quanto à **função dissuasória especial**, um dos argumentos contrários à fixação de indenização nesses casos é a alegação que, quando o abandonante for condenado ao pagamento, não haverá mais qualquer possibilidade de restabelecer o amor na relação paterno filial.

Outro argumento recorrente é que a função dissuasória não seria eficiente por não ser possível alguém sentir afeto em decorrência do medo de uma possível condenação à indenização. Camila Dal Lago e Vitor Ugo Oltramani retratam esse posicionamento: “[...] a função dissuasória também não tem razão de ser, vez que ninguém sentirá afeto por outrem pelo medo de, mais tarde, ser condenado a pagar alguma indenização, em razão da já mencionada naturalidade dos sentimentos.”¹⁴⁵

Contudo, conforme será pormenorizado no capítulo seguinte, não cabe ao Direito tutelar questões sentimentais, inclusive quanto ao amor filial.

A responsabilização civil do filho pelo abandono do pai decorre do descumprimento do núcleo jurídico obrigacional de ajuda e amparo aos pais. Por conseguinte, a finalidade é dissuadir o filho de continuar inadimplente em relação ao plexo de deveres filiais, que engloba o dever de cuidado, de convivência familiar, dentre os demais já mencionados.

Assim, considerando que o amor não está incluso nesse núcleo obrigacional, o encerramento das possibilidades deste ser restabelecido não interfere na eficácia da função dissuasória nessas situações.

A pretensão é que o filho se conscientize quanto à reprovabilidade de sua conduta, bem como das possíveis consequências que podem advir desta. Nesse compasso, dissuadi-lo de persistir na conduta lesiva e, ao mesmo tempo, persuadi-lo a cumprir seu dever de amparar, ajudar, cuidar e conviver com seu genitor.

A **função dissuasória geral** também é extremamente salutar e eficaz. A condenação do abandonante desempenha o papel de exemplo a não ser seguido, é um aviso da ordem jurídica aos possíveis infratores para evitarem a realização de conduta similar.

¹⁴⁵ LAGO, op. cit., 134 p.

O desembargador Caetano Lagrasta, ao fixar indenização, de 500 salários mínimos, por danos morais pelo abandono do pai em relação ao seu filho, mencionou: “pune-se para que não se reitere”¹⁴⁶.

Os autores supramencionados, Camila Dal Lago e Vitor Ugo Oltramani, também apresentam a corrente positiva quanto à aplicação da função dissuasória no abandono na relação paterno-filial:

Ora, segundo a corrente dita positiva, a condenação, além de tentar compensar o dano injusto sofrido, visa inibir ações semelhantes e evitar que o mesmo mal seja causado a outros filhos, em outras relações. Não se trata de “monetizar o afeto”, expressão corriqueira na seara, mas sim de punir a falta de cumprimento das obrigações parentais, de compensar o dano causado e desestimular ações semelhantes no futuro.¹⁴⁷

No abandono do genitor essa refutação é igualmente aplicável, um dos principais objetivos ao condenar o filho abandonante é inibir que outros indivíduos tenham o mesmo comportamento e, conseqüentemente, evitar que outros ascendentes também sofram os danos decorrentes desta conduta.

Charlotte Nagel de Marco e Cristhian Magnus de Marco, ao abordar o tema do abandono do filho, ressaltam a importância da sua função dissuasória, denominada pelos autores como *caráter pedagógico*:

*É óbvio que não se pode cobrar amor de ninguém. Não se pode obrigar os pais a amarem seus filhos, tampouco os filhos a amarem e honrarem seus pais, porém, deve-se ao menos permitir que o prejudicado receba a devida indenização pelo dano que lhe foi causado. Disso decorre o **caráter pedagógico** do instituto da responsabilização civil por abandono afetivo praticado, pois, além de uma forma de sanção para aqueles que abandonam afetivamente, também serviria como um desestímulo àqueles que, porventura, possam causar tal tipo de dano.¹⁴⁸*

Segundo esclarecido por estes autores, a responsabilidade civil tem caráter de ressarcimento e de coercitividade, com o fim de *coibir a conduta omissiva* dos descendentes quanto aos seus pais. Logo, o objetivo não é *mercantilizar o afeto*, mas ensinar e punir filhos que consideram apenas os bens materiais como importantes, isto é, pauta-se em viés pedagógico.

Ainda em relação ao abandono dos descendentes, Giselda Hironaka também destaca o papel pedagógico da indenização:

Desse modo, a indenização por abandono afetivo, se for utilizada com parcimônia e bom senso, sem ser transformada em verdadeiro altar de vaidades e vinganças ou

¹⁴⁶ TJSP - 8ª Câmara de Direito Privado. Apelação com Revisão nº 511.903-4/7-00/SP. Data de Julgamento: 12/03/2008, Relator: Desembargador Caetano Lagrasta.

¹⁴⁷ LAGO, op. cit., 132 p.

¹⁴⁸ MARCO, Charlotte Nagel de; MARCO, Cristhian Magnus de. **O Dano Moral por Abandono Afetivo do Idoso: Proteção a Direitos Fundamentais Civis**. In: II Simpósio Internacional de Direito: dimensões materiais e eficácia dos direitos fundamentais. Grifo nosso. Disponível em: <http://www.mpgp.br/portal/arquivos/2013/07/16/13_38_17_720_Abandono_afetivo_idoso.pdf>. Acesso em: 06/05/2016.

*em fonte de lucro fácil, poderá converter-se em instrumento de extrema importância para a configuração de um Direito de Família mais consentâneo com a contemporaneidade, podendo desempenhar, inclusive, um importante papel pedagógico no seio das relações familiares.*¹⁴⁹

As observações destes doutrinadores são igualmente pertinentes no abandono dos ascendentes. Os genitores abandonados não devem ser impulsionados por vaidades, sentimentos de vingança, tampouco intuito de locupletamento. A utilização deste instituto de forma racional fará com que a sociedade se conscientize da importância do cumprimento do papel de cada membro dentro da estrutura familiar, notadamente, da função do filho em relação ao pai.

Nesse sentido, é buscada uma mudança de consciência social, por meio da responsabilidade civil decorrente da inexecução dos deveres inerentes à relação paterno-filial, tanto os deveres parentais, quanto os filiais:

Além disso, a responsabilização dos pais, quando bem aplicada, pode colaborar para uma necessária mudança de paradigma cultural, nos termos expostos por Lauane Andrekowisk: “A defesa da aplicação da condenação do dano moral nas ações de filiação não tem o intuito do enriquecimento, mesmo que no primeiro momento ocorra um acréscimo devido no patrimônio do lesado. O que se busca na verdade é algo muito mais importante, cujo resultado somente será percebido a longo prazo, qual seja, a conscientização da sociedade da seriedade que devem ser tratados os assuntos de filiação, em razão dos já expostos gravíssimos prejuízos que acarretam às partes envolvidas”¹⁵⁰

A necessidade da conscientização da importância da ajuda e amparo ao genitor idoso, carente e enfermo é tão latente quanto os assuntos de filiação, justamente em decorrência da gravidade dos prejuízos causados à psique do pai abandonado, tão nefastas quanto às causados ao filho abandonado.

Por vezes a pessoa não age em razão de instinto benevolente natural à condição de filho, mas, perante a possibilidade de interferência em seu patrimônio, passa a cumprir seus deveres. Para o ordenamento jurídico não importa se o descendente está realizando seus deveres por receio de ser aplicada uma punição, o importante é que os deveres filiais sejam cumpridos.

Ressalta-se que o Enunciado n. 379 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, além da função punitiva, também foi mencionada a função pedagógica, ora denominada função dissuasória.

Perante todo o exposto, entende-se que as três funções da indenização são aplicáveis e eficazes na responsabilidade civil por inexecução dos deveres filiais.

¹⁴⁹ HIRONAKA. **A outra face do Poder Judiciário...** Op. cit., 29 p.

¹⁵⁰ ANDREKOWISK, Lauane Gomes Braz. **Dano moral nas ações de filiação**. Revista de Direito Privado, nº 25, jan-mar/2006, 194 p. *apud* ORLEANS, op. cit., 23 p.

O abandono afetivo dos filhos gera o dever de indenizar e essa indenização tem um caráter punitivo, compensatório e pedagógico. É uma punição ao filho que deixar de cumprir dever legal e contribui para o surgimento de dano moral. É compensatória da privação do convívio familiar e do próprio dano moral levado a efeito. É pedagógico porque tem por escopo desestimular a reiteração no descumprimento da obrigação pelos filhos.¹⁵¹

O abandono material e imaterial dos ascendentes idosos, carentes e enfermos afeta diretamente o lesado e indiretamente a sociedade. Este problema social é notório e está evidenciado por meio dos dados trazidos à baila na seção 3.1.3 (Dano Extrapatrimonial), tanto nos altos índices de violência contra a pessoa idosa, quanto nas estatísticas de suicídio.

Dessa maneira, considerando que um dos meios que o Estado possui para promover mudanças é o Direito, a responsabilização civil dos filhos abandonantes é uma forma eficaz de solucionar, ou ao menos amenizar, este problema. O abandono dos ascendentes vulneráveis é um comportamento enraizado na cultura da sociedade brasileira e, assim sendo, é imprescindível que esta se torne mais consciente da dimensão dos danos ocasionados por esta forma de conduta.

Quanto à interferência dessa função no montante indenizatório, a mesma observação feita em relação à função punitiva é válida. Entende-se que as peculiaridades de cada caso concreto devem ser analisadas, para que o magistrado julgue se há necessidade de majorar o valor indenizatório para que a função dissuasória obtenha êxito.

A estipulação da indenização de forma restrita ao critério de extensão do dano (artigo 944 do CC/02) poderá alcançar a função compensatória, punitiva e dissuasória ao mesmo tempo. Lado outro, diante das especificidades de determinados casos reais, também pode não atingir referidas finalidades.

A título exemplificativo, cita-se a hipotética situação em que a indenização restrita à extensão do dano origina a imposição do pagamento de uma quantia indenizatória baixa a um filho extremamente rico, neste caso possivelmente o descendente não será dissuadido de permanecer inadimplindo seus deveres filiais.

Portanto, caberá ao julgador, em cada caso concreto, se valer do bom senso e da moderação para que o filho não seja punido de forma desproporcional à gravidade do ato ilícito cometido, bem como para que o intuito dissuasório não imponha ao sujeito o pagamento de quantia desproporcional à sua possibilidade econômica.

Assim, não é razoável a fixação de um valor irrisório, tampouco exagerado. O genitor abandonado não deverá se locupletar ilicitamente, mas, ao mesmo tempo, o filho

¹⁵¹ SILVA, L., op. cit. Não paginado.

abandonante também não deve arcar com valor inferior ao correspondente pelo abalo psíquico suportando pelo genitor.

5 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS

5.1 TEORIA DO DESAMOR E MONETARIZAÇÃO DOS DEVERES FILIAIS

Por se tratar de um tema que ainda não foi muito explorado por muitos estudiosos do Direito, ainda não é possível traçar uma perspectiva quanto ao posicionamento doutrinário majoritário nos casos de responsabilidade civil por inexecução do plexo de deveres filiais.

Todavia, como o judiciário já julgou alguns casos em que os filhos pleiteavam indenização em decorrência do abandono parental, alguns doutrinadores do direito das famílias já se pronunciaram quanto a esta espécie de abandono. Desse modo, é possível traçar um paralelo quanto aos argumentos contrários à responsabilização dos genitores por abandono dos filhos, com os possíveis argumentos contrários à responsabilização dos filhos pelo abandono dos genitores.

O primeiro argumento contrário à responsabilidade civil por inexecução dos deveres filiais está pautado na impossibilidade do Direito obrigar alguém a amar outra pessoa. O Promotor de Justiça Rodrigo Gaspar Dutra é um dos que defendem a impossibilidade de se reconhecer o abandono na relação paterno-filial como um dano passível de indenização:

Ainda não há no ordenamento jurídico brasileiro obrigação legal de amar ou de dedicar amor (e, se existisse, sua constitucionalidade seria contestável). A ausência do sentimento de amor e carinho não caracteriza ato ilícito que enseje reparação pecuniária. Escapa, portanto, ao arbítrio do Estado (juiz) obrigar um indivíduo a amar ou a manter um relacionamento afetivo, mesmo que indiretamente, ao condenar alguém a indenizar outrem por não adotar determinada postura moral. Além disso, se houvesse tal possibilidade, a decisão judicial não atenderia à finalidade de afeto parental, pois constituiria mais um obstáculo na renovação dos laços familiares.¹⁵²

De fato, o ordenamento jurídico brasileiro não impõe a obrigação legal de amar. Contudo, consoante exposto, o plexo de deveres filiais engloba o dever de ajuda e amparo, o consuetudinário dever de cuidado, o direito/dever de convivência familiar, o dever de auxílio na realização da dignidade humana do genitor e o princípio da solidariedade. Nada obstante o sentimento de amor não está incluído nesse plexo de deveres, assim a responsabilidade civil

¹⁵² RODRIGUES, João Gaspar. **A Impossibilidade de Reconhecer o Abandono Afetivo Parental como Dano Passível de Indenização.** Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1140/R%20DJ%20Impossibilidade%20reconhecer%20dano-%20joao%20gaspar.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 06/05/2016.

decorrente da inexecução dos deveres filiais não é uma forma de responsabilização por falta de amor.

Ainda quanto aos sentimentos na relação paterno-filial, também é pertinente mencionar outro posicionamento doutrinário. Diversos autores do direito das famílias entendem que o afeto não é um sentimento. Segundo esta corrente, o conceito jurídico de afetividade não tem correspondência com o amor, trata-se de uma concepção com o conteúdo mais estrito que nas ciências da psique.

Adepto à essa corrente, Paulo Lôbo afirma que:

*[...] sem qualquer contradição, podemos referir a dever jurídico de afetividade oponível a pais e filhos e aos parentes entre si, em caráter permanente, **independentemente dos sentimentos que nutram entre si**, e aos cônjuges e companheiros enquanto perdurar a convivência.¹⁵³*

Em outra obra, o autor declara ainda que:

*Afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, **ainda que haja desamor ou desafeição entre eles**. O princípio jurídico da afetividade entre pais e filhos apenas deixa de incidir com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda do poder familiar.¹⁵⁴*

Por outro lado, há uma corrente doutrinária oposta que compreende a afetividade como um sentimento correlacionado ao amor. Dentre os defensores deste posicionamento está Ionete Magalhães Souza, assim:

Malgrado o afeto seja um elemento de elevado valor nas relações familiares e parte da jurisprudência e doutrina entendam que esse sentimento, no direito das famílias, reverte-se de normatividade, não se ignora que o amor é algo essencialmente espontâneo, que escapa à tutela jurídica, pois as normas não podem e não devem inferir na esfera íntima da psique humana, porquanto amar e demonstrar afeição consiste em parte do direito fundamental de livre consciência e demonstração do pensamento e liberdades fundamentais asseguradas no art. 5º, IV e VI, da CRFB/1988.¹⁵⁵

No entanto, a autora complementa que, na responsabilidade civil por abandono moral não há uma tentativa de coagir o indivíduo a amar, mas sim uma tipificação do descumprimento do dever de cuidado:

Dessa maneira, não significa que o abandono afetivo, por si só, constitua ilícito civil indenizável ou que a prestação jurisdicional pretende, de qualquer forma, compelir o indivíduo a amar e demonstrar seu afeto, mas sim que, quando o abandono moral implica omissão ou negligência no cumprimento do dever de cuidado, ocasionando danos a quem teria o direito de receber tais prestações, consistirá tipo peculiar de ilícito civil, desde modo, indenizável.¹⁵⁶

Em síntese, o afeto e o amor são sentimentos inapreensíveis pelo Direito, sendo assim, não é possível condenar um filho ao pagamento de indenização pela ausência de afeto

¹⁵³ LÔBO. **Direito Civil...** Op. cit., 71 p., grifo nosso.

¹⁵⁴ LÔBO. **Direito de Família e Princípios Constitucionais...** Op. cit., 118 p., grifo nosso.

¹⁵⁵ SOUZA, Ionete Magalhães; OLIVEIRA, Caroline Orneles; SOUZA JÚNIOR, Whashington Navarro. **A Responsabilidade Civil pelo Abandono Afetivo nas Relações Familiares**. Revista Síntese - Direito de Família, RDF nº 98, Out-Nov/2016. 61 p.

¹⁵⁶ SOUZA, op. cit., 66 p.

e/ou amor. Todavia, o ordenamento jurídico contempla o dever de cuidado, assim, se o filho descumprir este dever e causar dano ao seu ascendente, estará cometendo um ato ilícito e, por conseguinte deverá indenizar o genitor por este dano.

O presente trabalho é pautado neste posicionamento. Conforme pormenorizado no segundo capítulo, a legislação brasileira não prevê o afeto ou o amor como integrantes do plexo de deveres filiais. Mas a CRFB/88 dispõe expressamente sobre o dever de ajuda e amparo, desta maneira, inadimplindo este dever surgirá a responsabilidade civil do filho.

Isso porquanto “no amor existe espontaneidade e no direito coercitividade”¹⁵⁷. Dessa maneira, o Magistrado Flávio Calheiros do Nascimento esclarece:

*O amor é um sentimento que conduz a pessoa a agir de modo a satisfazer o próximo. Não se escolhe entre alimentar ou não um filho, entre ajudar ou não os pais idosos, simplesmente se faz, porque se ama. A moral, no entanto, não é um sentimento, mas, sim, uma escolha que a pessoa faz entre as várias opções de conduta que tem a disposição em diversas circunstâncias da vida. [...] Considerando que não se pode obrigar ninguém a amar, como ocorre com qualquer sentimento, não há qualquer dúvida de que a única medida que a sociedade pode adotar para manter a paz e caminhar no sentido do bem comum é o regramento da conduta das pessoas. Em outras palavras, a preocupação é com o agir e não com o sentir quando se trata da moral.*¹⁵⁸

O ordenamento jurídico não tem capacidade para proteger o sentimento do amor, que é uma das motivações que orientam o comportamento humano. O direito não se ocupa dessas motivações, mas, tão somente, das condutas em si.

Em relação aos deveres filiais, não cabe ao julgador avaliar se o adimplemento ou inadimplemento dessas obrigações decorreu da existência ou ausência do sentimento de amor. O único critério a ser ponderado é o modo de agir, que deve ser condizente com o núcleo jurídico obrigacional de ajuda e amparo.

*Desse modo, como já se observou na doutrina, a discussão sobre o abandono afetivo não deve considerar, como ponto principal, se o pai é ou não obrigado a conviver com o filho, ou se o afeto pode ser imposto ou não, havendo uma mudança de foco quanto ao essencial para a questão. Muito ao contrário, em uma análise técnico-jurídica, o ponto fulcral é que **no abandono afetivo há presença de lesão de um direito alheio, pelo desrespeito a um dever jurídico estabelecido em lei.***¹⁵⁹

De fato, o direito não dispõe de instrumentos coercitivos para tutelar o amor. Porém, possui meios para coagir o cumprimento forçado dos deveres filiais, que devem ser utilizados na ausência de espontaneidade para o exercício destas obrigações.

É incontestável que nenhuma decisão judicial tem o condão de reestabelecer o amor. Contudo, a convalescença do amor nas relações familiares não é competência do poder judiciário, a reparação civil tem outras funções, devidamente explicitadas no capítulo anterior.

¹⁵⁷ NASCIMENTO, op. cit., 408 p.

¹⁵⁸ NASCIMENTO, op. cit., 402 p., grifo nosso.

¹⁵⁹ TARTUCE. **Direito de Família**. op. cit., 234 p., grifo nosso.

Assim se posiciona Rolf Madaleno quanto ao abandono do pai em relação ao filho:

[...] ao contrário do que é afirmado, a indenização não tem nenhum propósito de compelir o restabelecimento do amor, já desfeito pelo longo tempo transcorrido diante da total ausência de contato e de afeto paterno ou materno [...] penalizam a violação dos deveres morais contidos nos direitos fundados na formação da personalidade do filho rejeitado.¹⁶⁰

Na responsabilidade civil decorrente do abandono do filho em relação ao pai, a ausência de contato também é um dos fatores que dá ensejo à reparação material, pois se trata de descumprimento do direito/dever de convivência familiar. E, da mesma forma, não tem o propósito de recompor o amor, mas tem como uma de suas funções a penalização da violação dos deveres filiais.

Giselda Hironaka destaca que há diversos genitores que não demonstraram amor aos seus filhos, “mas cumpriram a função de autoridade (com ou sem autoritarismo) que lhes cabia e que permitiu que os filhos se adequassem socialmente”¹⁶¹.

Deste modo, será responsabilizado civilmente apenas aquele filho que inexecutar seus deveres filiais. Entretanto, quanto ao descendente que cumprir tais deveres, mas não demonstrar amor ao pai, não haverá responsabilidade civil, posto que não cabe ao Direito a tutela dos sentimentos.

Noutro giro, uma segunda crítica é que não há como estipular um preço para a ajuda, o amparo, os cuidados e a convivência familiar. Assim sendo, haveria risco de monetarização de algo de que não tem correspondência pecuniária.

Porém, ao determinar que o filho terá que pagar um valor indenizatório ao genitor em razão do descumprimento dos seus deveres, o judiciário não estará estipulando um valor para a ajuda, o amparo, o cuidado e a convivência familiar. Na realidade, o pagamento de valor pecuniário é equivalente à extensão do dano, nos termos do artigo 944 do CC/2002. Deste modo, o montante indenizatório é fixado de acordo com a dimensão do dano suportado pelo abandonado. O valor monetário dos deveres filiais não está incluso nos critérios de fixação da indenização, vez que não tem influência na função compensatória, muito menos nas funções punitiva e dissuasória.

Quanto à referido risco de monetarização, Giselda Hironaka propõe:

*[...] voltem ao cenário atual para tão pobremente se perguntar se o afeto tem preço. O Direito Privado mais humanizado que se instala certamente entre nós, na contemporaneidade, é um direito que **não alberga mais esse tipo de questionamento, por entendê-lo completamente despiciendo e inútil**. O novo Direito não se agrega mais a dúvidas que tenham por foco questão de fundo*

¹⁶⁰ MADALENO, op. cit. Sem paginação.

¹⁶¹ HIRONAKA. *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Op. cit. Não paginado.

patrimonial acerca de assuntos que são pertinentes à afetividade. Não há mais espaço para tanto; é descabido e é anacrônico fazê-lo.¹⁶²

A autora complementa que há um risco da responsabilidade civil advinda do abandono na relação paterno-filial se tornar uma *indústria indenizatória*, contudo, caberá ao Judiciário evitar essa banalização do instituto. Isso só será possível perante o julgamento de cada caso concreto, em que deverá ser analisada cada circunstância envolvida de forma ética, com o fito de averiguar a efetiva presença de dano decorrente do abandono. Assim, se posiciona quanto às condenações dos pais que abandonaram os filhos:

*[...] as corajosas e inovadoras decisões analisadas – que têm tudo para exercer a sua função maior de alterar paradigmas e valorações no Direito contemporâneo – bem podem, infelizmente, abrir um precedente nefasto, se os seus fundamentos forem utilizados em casos dessemelhantes e mal intencionados, o que pode gerar odiosa avalanche a desencadear uma verdadeira indústria indenizatória do afeto. Contudo, o perigo da banalização não deve fazer com que se perca de vista o verdadeiro e importante papel dos juízes, em casos como esses, que corresponde exatamente à sua **função de agentes transformadores dos valores jurídicos**, de molde a adequar o Direito aplicado aos paradigmas da atualidade.*¹⁶³

Da mesma forma, há risco de banalização da responsabilidade civil por inexecução dos deveres filiais. Todavia, a solução para este problema é a mesma apresentada por Giselda Hironaka. Cada magistrado, na função de agente transformador dos valores jurídicos, em cada julgamento deverá sopesar os princípios jurídicos em questão e avaliar se, de fato, cada requisito da responsabilidade civil foi satisfeito para que seja cabível a determinação do pagamento de indenização.

Diante de referidas críticas e contra-argumentos apresentados, conclui-se que os aplicadores do direito, ao se depararem com um caso de responsabilidade civil por inadimplemento dos deveres filiais, devem considerar as efetivas condutas na relação paterno-filias, e não os sentimentos envolvidos nesse vínculo.

Outro ponto constantemente abordado pelos doutrinadores que são contrários a responsabilização dos filhos que abandonam os pais é que a determinação do pagamento de um montante indenizatório impossibilitaria que o vínculo paterno-filial fosse reatado.

Deveras, existe essa possibilidade, porém, assim como não cabe ao Direito tutelar os sentimentos, também não faz parte de suas funções viabilizar o reestabelecimento deste vínculo. Como o direito à reparação do dano é disponível, cabe ao próprio lesado optar se quer pleitear judicialmente a indenização pelo descumprimento dos deveres filiais e correr este risco.

¹⁶² HIRONAKA. **A outra face do Poder Judiciário...** Op. cit., 29 p., grifo nosso.

¹⁶³ HIRONAKA. **A outra face do Poder Judiciário...** Op. cit., 29 p., grifo nosso.

Todavia, vale ressaltar esta inviabilização não é uma regra, mas sim uma conjectura especulativa. Também existe a possibilidade do filho abandonante, ao ser condenado, reconhecer a reprovabilidade de sua conduta e decidir não cometer mais este ato ilícito.

*De fato, não se pode afirmar uma correlação imediata entre o pagamento da indenização e a cessação do abandono moral: não há como uma indenização de cunho patrimonial forçar o pai a observar seu dever na esfera existencial. Entretanto, concluir-se desta forma para afastar a responsabilidade seria equivocado. Como já referido, a relação entre pai e filho, muitas vezes, sequer existiu. Regra geral, quando o filho recorre ao Judiciário, não mais espera a reconciliação, mas sim uma compensação pelo dano sofrido.*¹⁶⁴

É possível que a fixação da indenização também não force o descendente a cumprir seus deveres filiais, isto é, que a função dissuasória não logre êxito em seu intuito de dissuadir o próprio agente à permanecer exercendo a conduta ilícita. Todavia, o caráter de prevenção geral da função dissuasória ainda permanecerá, assim como a função compensatória e a função punitiva.

Ademais, consoante exposto, na maioria das vezes a almejada relação saudável entre pai e filho jamais existiu ou já não existe há um longo tempo. Logo, alegar que a determinação judicial do pagamento indenizatório encerraria as chances de restabelecimento dos laços afetivos é incongruente, posto que esta possibilidade já era extremamente reduzida ou inexistente, mesmo sem o pleito judicial.

José Fernando Simão destaca que o argumento de monetarização é errôneo em decorrência da primordial função compensatória da indenização nos casos de dano extrapatrimonial:

*Falar-se em “monetarização do afeto”, como pensam alguns, é algo pueril que significa ausência completa de conhecimento jurídico. É lição basilar que a indenização tem por escopo retornar a vítima ao estado anterior ao dano (statu quo ante). Contudo, há casos em que este retorno, esta volta se revelam impossíveis. Há mais de dois séculos o Direito já decidiu que, sendo o retorno impossível, a vítima recebe um valor pecuniário, não para reparar o que não pode reparar, mas para compensar aquilo que se perdeu. Nesse sentido, toda a indenização por dano moral (exemplo clássico é a morte de um parente querido) significaria “monetarização do afeto”? Quem defende esta tese pueril, poderia responder qual seria a forma adequada de se punir o causador de dano moral.*¹⁶⁵

Portanto, mesmo se realmente for verificada a impossibilidade de reatar vínculo entre o pai e o filho, a principal função da indenização será exercida, que é o objetivo de reparar o dano.

¹⁶⁴ ORLEANS, op. cit., 23 p., grifo nosso.

¹⁶⁵ SIMÃO, José Fernando. **De Alexandre a Luciane**: Da cumplicidade pelo abandono ao abandono punido! 2012. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/de-alexandre-a-luciane--da-cumplicidade-pelo-abandono-ao-abandono-punido/8711>>. Acesso em: 03/05/2017.

Em que pese o fato da possível ruptura definitiva da relação paterno-filial não ser um dos pontos que concerne à apreciação do judiciário, é importante mencionar que uma segunda opção trazida por alguns doutrinadores: a mediação.

[...] a mediação apresenta-se como um caminho alternativo, tendo em vista que se preocupa com a manutenção dos vínculos, com as histórias de vida de cada um, com a preservação emocional das partes e com a prevenção de novos problemas. [...] A presença do mediador, muitas vezes corporificado em profissionais não específicos do Direito, como da Psicologia, será extremamente importante na elucidação da realidade vivenciada tanto pelo filho que se sente abandonado, quanto pelo pai supostamente negligente. A atuação desse profissional pode levar a uma aproximação e um fortalecimento do vínculo familiar, diferentemente do litígio apreciado pelo Poder Judiciário, pois a possível condenação ou o indeferimento do pedido indenizatório levaria à ruptura definitiva entre as partes.¹⁶⁶

As autoras que propõem essa solução alternativa para o abandono destacam que a mediação não poder ser imposta as partes, estas devem solicitá-la, caso contrário haveria um *desvirtuamento do próprio instituto*. Com efeito, diante da manifesta vontade das partes envolvidas, a mediação também é uma opção nos casos em que os filhos abandonam os pais.

A partir dessa perspectiva as supramencionadas críticas quanto à responsabilidade civil advinda da inexecução dos deveres filiais restam comprovadamente desguarnecidas. Isso porque, deveras, não cabe ao direito obrigar ninguém a amar, porém, este não é o intuito dessa responsabilização. Logo a expressão teoria do desamor e o argumento de monetarização são completamente incongruentes, vez que a ausência de amor não se confunde com a inexecução dos deveres filiais.

5.2 AFRONTA AO PRINCÍPIO DA LIBERDADE

O exercício da liberdade, como um direito social e individual, é assegurado logo no preâmbulo da Lei Maior, não obstante, a inviolabilidade deste direito também é garantida pelo artigo 5º e diversos outros dispositivos da Constituição da República. Isso posto, é notório que o princípio da liberdade tem suma importância no ordenamento jurídico brasileiro.

No direito das famílias está materializado:

[...] no livre poder de constituir uma comunhão de vida familiar por meio de casamento ou união estável [...]; na decisão livre do casal, unido pelo casamento ou pela união estável, no planejamento familiar [...]; na convivência conjugal; na livre aquisição de patrimônio familiar [...] e opção pelo regime matrimonial mais conveniente [...]; na liberdade de escolha pelo modelo de formação educacional,

¹⁶⁶ VIEGAS, op. cit., 89 p., grifo nosso.

*cultural e religiosa da prole [...]; e na livre conduta, respeitando-se a integridade físico-psíquica e moral dos componentes da família.*¹⁶⁷

Ocorre que, na responsabilidade civil decorrente da inexecução dos deveres filiais, há um conflito entre o princípio da liberdade e outros princípios contemplados na ordem jurídica vigente. Nesses casos, o filho tem o direito à liberdade, em contrapartida, os pais são tutelados pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, bem como pelos deveres filiais específicos, como o dever de ajuda e amparo, dentre outros.

Maria Celina Bodin de Moraes, ao abordar o abandono dos pais em relação aos filhos, salienta que há uma contraposição de interesses, vez que é garantido aos genitores o direito à liberdade, lado outro, os filhos abandonados são protegidos pelo princípio da solidariedade familiar. Assim, segundo a autora:

*[...] seria incabível valorizar a liberdade dos primeiros em detrimento da solidariedade familiar, podendo chegar a atingir a própria integridade psicofísica da prole. Ponderados, pois, os interesses contrapostos, a solidariedade familiar e a integridade psicofísica são princípios que se superpõem, com a força que lhes dá a tutela constitucional, à idéia de autonomia dos genitores - porque, neste caso, dela não são titulares. Nesta hipótese, a realização da solidariedade familiar, que contém, em si, como característica essencial e definidora, a assistência moral dos pais em relação aos filhos menores.*¹⁶⁸

Com efeito, quando o filho abandona o pai, é igualmente incabível valorizar a liberdade dos filhos em detrimento de todos estes outros direitos que salvaguardam os genitores. A Carta Magna também obriga os filhos a cuidarem dos pais na velhice, carência e enfermidade, por conseguinte, se a ausência deste cuidado causar danos ao abandonado, estes devem ser reparados nos moldes estabelecimento pelo Código Civil.

Apesar de o Estado ter o dever de tutelar a liberdade de cada indivíduo, este direito não pode afetar de maneira negativa a integridade física, psíquica e moral de cada membro da estrutura familiar, consoante supratranscrito ensinamento de Maria Helena Diniz.

Em que pese o fato da dignidade da pessoa humana também alicerçar o princípio da liberdade, ao sopesar os direitos e interesses em conflito, torna-se evidente que os direitos daquele que se encontra em situação de vulnerabilidade (velhice, carência ou enfermidade) têm um peso jurídico mais relevante, assim, a sua proteção reveste-se de maior urgência.

Ionete Souza Magalhães afirma que, no que concerne à responsabilidade civil por abandono, a dignidade da pessoa humana deve ser utilizada como *elemento orientador da compreensão* a respeito da viabilidade da compensação do abandonado pelo dano suportado em razão da conduta do abandonante. Afirma ainda, nessas situações, a dignidade da pessoa humana tem dois lados distintos, fundamenta o *direito à livre consciência afetiva*, mas

¹⁶⁷ DINIZ, M., op. cit., 37 p., grifo nosso.

¹⁶⁸ MORAES, op. cit., 821 p.

também embasa a proteção aos direitos da personalidade do abandonado, em consonância com o princípio da solidariedade e fraternidade familiar. Dessa maneira,

*[...] o indivíduo não pode ser sancionado, em qualquer esfera jurídica, por exercer regularmente o direito de amar e manifestar tal afeto de acordo com sua livre determinação. Porém, cumpre salientar que, quanto a esse exercício, o titular deve se pautar pela boa-fé e razoabilidade; afinal, como qualquer outro direito, a liberdade afetiva não é absoluta, sujeitando-se a uma série de limitações, precipuamente, de cunho teleológico.*¹⁶⁹

A finalidade motriz da responsabilidade civil pelo abandono do filho em relação ao genitor, que é o cumprimento do núcleo jurídico obrigacional de ajuda e amparo ao ascendente, é um fundamento consentâneo para a limitação da liberdade do descendente.

Salutar destacar que, em qualquer conflito de princípios, não é cabível que um seja completamente anulado em detrimento da aplicação de outro.

*[...] é preciso preservar, tanto quanto possível, as garantias momentaneamente antagônicas, sem privar qualquer delas de sua substância elementar. Quando dois princípios incidem sobre determinado fato, o conflito é solucionado levando-se em consideração o peso relativo de cada um. Há ponderação entre princípios, e não opção por um deles em detrimento do outro. Havendo conflito entre princípios de igual importância hierárquica, o fiel da balança, a medida da ponderação, o objetivo a ser alcançado já está determinado, a priori, em favor do princípio, hoje absoluto, da dignidade da pessoa humana.*¹⁷⁰

Na responsabilidade civil advinda da inexecução do dever filial de ajuda e amparo, o princípio da liberdade não é completamente mitigado. Permanece preservado o direito do descendente à liberdade em relação aos seus sentimentos, não se trata de privá-lo da liberdade de amar quem lhe convir. No entanto, essa liberdade não pode se sobrepor à necessidade de cumprimento de seus deveres filiais.

¹⁶⁹ SOUZA, op. cit., 63, p., grifo nosso.

¹⁷⁰ DIAS, op. cit., 56 p., grifo nosso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O relacionamento saudável na relação paterno-filial tem grande relevância, posto que é um vínculo que nasce no início da vida do filho e se mantém até a morte de uma das partes. Quando a ligação é quebrada em razão de escolha unilateral de uma das partes, o sofrimento daquele que não deseja esse rompimento é excessivo.

Dessa forma, a responsabilização pelo abandono não tem o fulcro de exigir dos descendentes uma dedicação excessiva aos pais, situação que tornaria impraticável o adimplemento dos deveres filiais, perante as demais obrigações que aqueles indivíduos têm em relação às suas vidas pessoais. Todavia, o cumprimento de um núcleo mínimo de cuidados filiais é imprescindível.

A partir da análise das funções da responsabilidade civil, resta claro e evidente que a finalidade desta responsabilização não se resume à compensar o dano material e imaterial sofrido pelo abandonado por meio de uma prestação pecuniária. Trata-se também de punir, mas principalmente de dissuadir essa conduta que ocasiona tanto sofrimento àqueles que são abandonados.

Nesse compasso, o objetivo central é que, com o debate do tema, tanto pelos cidadãos em geral, como pelo poder judiciário, a sociedade se torne mais consciente da existência dos deveres filiais e, por consequência, passe a cumpri-los.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Jones Figueirêdo. **Abandono afetivo inverso pode gerar indenização**. 16/07/2013. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 14/04/2017.

ANDREKOWISK, Lauane Gomes Braz. **Dano moral nas ações de filiação**. Revista de Direito Privado, nº 25, jan-mar/2006, *apud* ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. **Simplemente a vida como ela é**: Responsabilidade civil por abandono moral das relações paterno-filiais. Revista trimestral de direito civil: RTDC, Referência: v. 11, n. 44. Rio de Janeiro: Padma, out.-dez/2010. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2010;1000968945>>. Acesso em: 01/05/2017.

BARROS, Sérgio Resende. **A Ideologia do Afeto**. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/a-ideologia-do-afeto.cont>>. Acesso em: 29/04/2017.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29/04/2017.

_____. Decreto Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 29/04/2017.

_____. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 29/04/2017.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 29/04/2017.

_____. Lei 10.741, de 01 de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10741.htm>. Acesso em: 29/04/2017.

_____. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 29/04/2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de lei 4.294/2008. Autoria: Carlos Bezerra. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415684>>. Acesso em: 15/05/2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CENTRAL JUDICIAL DO IDOSO. **Mapa da violência contra a pessoa idosa**. Brasília, 2013. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupecon/central-judicial-do-idoso/mapa-da-violencia>>. Acesso em: 27/10/2016.

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA. Parecer sobre o Projeto de Lei 4294/2008. Relator: Deputado Antônio Bulhões (PRB-SP). 07/03/2012. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BFD7C0DD753BC06AE86721CAB8E14838.proposicoesWebExterno2?codteor=967997&filename=Parecer-CCJC-07-03-2012>. Acesso em: 06/05/2016.

COMISSÃO DE SEGURIDADE SOCIAL E FAMÍLIA. Parecer sobre o Projeto de Lei 4294/2008. Relator: Deputada Jô Moraes (PCdoB-MG). 16/12/2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BFD7C0DD753BC06AE86721CAB8E14838.proposicoesWebExterno2?codteor=830808&filename=Parecer-CSSF-16-12-2010>. Acesso em: 06/05/2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Enunciado 274 da IV Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>>. Acesso em: 16/04/2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Enunciado 379 da IV Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>>. Acesso em: 15/05/2016.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado 550 da VI Jornada de Direito Civil**. Mar/2013. Disponível em: <<https://fmjur.wordpress.com/2013/04/09/novos-enunciados-cjf-vi-jornada-de-direito-civil/>>. Acesso em: 06/05/2017.

CORDEIRO, Carlos José. Do direito das famílias: Introduzindo o tema da afetividade familiar. *In*: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo (Coords.). **Temas Contemporâneos de Direito das Famílias**. São Paulo: Pillares, 2013, 21-33 p.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de família**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DINIZ, Priscila Aparecida Lamana. Responsabilidade civil por dano extrapatrimonial decorrente de abandono afetivo nas relações paterno-filiais: Apontamentos sobre os limites e possibilidades à luz do ordenamento jurídico-brasileiro. *In*: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo (Coords.). **Temas Contemporâneos de Direito das Famílias**. São Paulo: Pillares, 2013, 139-169 p.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Pessoa idosa no direito de família. *In*: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo (Coords.). **Temas Contemporâneos de Direito das Famílias**. São Paulo: Pillares, 2013, 251-264 p.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Tratado de Direito das Famílias**. 1. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, 27-97 p.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, Não paginado. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>>. Acesso em: 01/05/2016.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos - além da obrigação legal de caráter material. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (Coord.). **A outra face do Poder Judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

IBDFAM. **Enunciado 10 do Congresso Brasileiro de Direito de Família**. 2015. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5819/IBDFAM+aprova+Enunciados+++>>. Acesso em: 06/05/2016.

LAGO, Camila Dal; OLTRAMARI, Vitor Ugo. **O Dano Moral Decorrente do Abandono Afetivo**: Uma História de Dois Lados. *In*: Revista Síntese: Direito de Família. nº 81, Dez-Jan/2014, 126-141 p.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. Direito de Família e Princípios Constitucionais: *In*: **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, 101-129 p.

MADALENO, Rolf. **O custo do abandono afetivo**. Disponível em: <<http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=943>>. Acesso em: 16/04/2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A responsabilidade e Reparação Civil. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, 805-831 p.

MARCO, Charlotte Nagel de; MARCO, Cristhian Magnus de. **O Dano Moral por Abandono Afetivo do Idoso**: Proteção a Direitos Fundamentais Cíveis. *In*: II Simpósio Internacional de Direito: dimensões materiais e eficácia dos direitos fundamentais. Disponível em: <http://www.mpgomg.br/portal/arquivos/2013/07/16/13_38_17_720_Abandono_afetivo_idoso.pdf>. Acesso em: 06/05/2016.

NASCIMENTO, Flávio Calheiros do. Responsabilidade civil pelo abandono afetivo. *In*: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015, 373/411 p.

NORONHA, Fernando. **Desenvolvimentos Contemporâneos da Responsabilidade Civil**. *In*: Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, v. 19, n. 37, dez/1998, 21-37 p. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15533>>. Acesso em: 01/05/2016.

OLIVEIRA, Rafael Niebuhr Maia de; MELO, Bruna. **Responsabilidade Civil em Razão de Danos Causados pelo Abandono Afetivo Parental**. *In*: Revista Síntese: Direito de Família. nº 97, Ago-Set/2016, 84-105 p.

ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. **Simplemente a vida como ela é**: Responsabilidade civil por abandono moral das relações paterno-filiais. Revista trimestral de direito civil: RTDC, Referência: v. 11, n. 44. Rio de Janeiro: Padma, out-dez/2010. Disponível em:

<<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2010;1000968945>>. Acesso em: 01/05/2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Abandono Afetivo Inverso**: Quando os filhos se Isolam dos Pais Idosos. 2016. Disponível em: <<http://www.rodrigodacunha.adv.br/abandono-afetivo-inverso-quando-os-filhos-se-isolam-dos-pais-idosos/>>. Acesso em: 18/04/2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**: Lei 10.406, de 10.01.2002. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, João Gaspar. **A Impossibilidade de Reconhecer o Abandono Afetivo Parental como Dano Passível de Indenização**. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1140/R%20DJ%20Impossibilidade%20reconhecer%20dano-%20joao%20gaspar.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 06/05/2016.

SCHREIBER, Anderson. **Novas tendências da Responsabilidade Civil Brasileira**. Disponível em: <http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/novas_tendencias_da_responsabilidade_civil_brasileira.pdf>. Acesso em: 06/05/2016.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: Da Erosão dos Filtros de Reparação à Diluição dos Danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SOUZA, Ionete Magalhães; OLIVEIRA, Caroline Orneles; SOUZA JÚNIOR, Whashington Navarro. **A Responsabilidade Civil pelo Abandono Afetivo nas Relações Familiares**. Revista Síntese - Direito de Família, RDF nº 98, Out-Nov/2016. 57-71 p.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado nº 413/2007. Autoria: Senador Renato Casagrande. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/81887>>. Acesso em: 15/05/2016.

SIMÃO, José Fernando. **De Alexandre a Luciane**: Da cumplicidade pelo abandono ao abandono punido! 2012. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/de-alexandre-a-luciane--da-cumplicidade-pelo-abandono-ao-abandono-punido/8711>>. Acesso em: 03/05/2017.

SIMÃO, José Fernando. Questões Polêmicas: Qual o Conceito Jurídico de Família. In: LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Coords.). **Direito de Família**. São Paulo: Atlas. 2011, 171-178 p.

SILVA, André Luís Mattos. **O Princípio Constitucional da Solidariedade Aplicado ao Direito de Família**: Análise Jurídico-Sociológica sobre as Relações Alimentares e o Abandono Afetivo. *In*: Revista Síntese: Direito de Família. nº 83, Abr-Maio/2014. 127-145 p.

SILVA, de Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, Lillian Ponchio et al. **Responsabilidade Civil dos Filhos com Relação aos Pais Idosos**: Abandono Material e Afetivo. Disponível em: <www.lex.com.br/doutrina_24230664>. Acesso em: 12/04/2016.

SIMÃO, José Fernando. **De Alexandre a Luciane**: Da cumplicidade pelo abandono ao abandono punido! 2012. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/de-alexandre-a-luciane--da-cumplicidade-pelo-abandono-ao-abandono-punido/8711>>. Acesso em: 03/05/2017.

STJ. Informativo nº 470. 25 à 29 de abril de 2011. STJ - Terceira Turma. Recurso Especial 959.780/ES. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Data de Julgamento: 26/04/2011. Disponível em: <www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0470.rtf>. Acesso em: 28/05/2016.

STJ - Segunda Turma. Recurso Especial nº 487.749/RS. Data de Julgamento: 12/05/2003, Relatora: Ministra Eliana Calmon.

STJ. Súmula 281. Data da Publicação: 13/05/2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_21_capSumula281.pdf>. Acesso em: 06/05/2017.

STJ - Terceira Turma. Recurso Especial nº 1.159.242/SP. Data do Julgamento: 24/04/2012, Relatora: Ministra Nancy Andrighi.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: Doutrina e Jurisprudência. 8. ed. 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil v. 2**: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2004.

TARTUCE, Flávio. Abandono Afetivo (Indenização): Comentários a Julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Danos Morais por Abandono Moral. *In*: LAGRASTA NETO, Caetano;

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2011, 225-239 p.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano Moral**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

TJDF – QUINTA TURMA CÍVEL. Apelação Cível - AC 20050110076865 DF. Data de Julgamento: 08/11/2007, Relator: João Egmont. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2725138/apelacao-civel-ac-20050110076865-df>>. Acesso em: 06/05/2016.

TJRS - Oitava Câmara Cível. Agravo de Instrumento - AI 70046956207. Arroio do Tigre-RS. Data de Julgamento: 04/01/2012, Relator: Rui Portanova. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21138970/agravo-de-instrumento-ai-70046956207-rs-tjrs>>. Acesso em: 06/05/2016.

TJSP - 8ª Câmara de Direito Privado. Apelação com Revisão nº 511.903-4/7-00/SP. Data de Julgamento: 12/03/2008, Relator: Desembargador Caetano Lagrasta.

VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil - Da Reparação à Punição e Dissuasão**: Os punitive damages no Direito Comparado Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; POLI, Leonardo Macedo. **Os Efeitos do Abandono Afetivo e a Mediação Como Forma de Solução de Conflitos Paterno-Filiais**. In: Revista Síntese: Direito de Família. nº 77, Abr-Maio/2013, 69-94 p.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Preventing suicide**: A global imperative. 2014. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/131056/1/9789241564779_eng.pdf?ua=1&ua=1>. Acesso em: 28/03/2017.