UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

LETÍCIA CAROLINE RIBEIRO SENA

O RECONHECIMENTO DO ABANDONO AFETIVO PARENTAL COMO ILÍCITO CIVIL GERADOR DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

BELÉM
2022

LETÍCIA CAROLINE RIBEIRO SENA

O RECONHECIMENTO DO ABANDONO AFETIVO PARENTAL COMO ILÍCITO CIVIL GERADOR DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado para a obtenção do Grau de Bacharel em Direito, Faculdade de Direito, Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará.

Orientador: Prof. Dr. Élcio Aláudio Silva de Moraes.

BELÉM

2022

LETÍCIA CAROLINE RIBEIRO SENA

O RECONHECIMENTO DO ABANDONO AFETIVO PARENTAL COMO ILÍCITO CIVIL GERADOR DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado para a obtenção do Grau de Bacharel em Direito, pela Universidade Federal do Pará.

Data da aprovação: 29/06/2022.

Banca Examinadora:

_____

Prof. Dr. Élcio Aláudio Silva de Moraes
Orientador - UFPA

_____

Prof. Dr. Ronald Corecha Bastos

UFPA

_____

À minha família, especialmente minha mãe Alineia Ribeiro e meu irmão Leonardo Sena, e aos queridos amigos Jeiel Fayal e Allan Fernandez, pelo apoio e incentivo para a realização deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, sempre incansável em lutar ao meu lado por cada objetivo, e ao professor Élcio Aláudio, por não permitir que as dificuldades me impedissem de realizar este trabalho.

O RECONHECIMENTO DO ABANDONO AFETIVO PARENTAL COMO ILÍCITO CIVIL GERADOR DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

RESUMO: O presente trabalho consistiu na investigação acerca da possibilidade de caracterizar o abandono afetivo parental como ato ilícito para efeito de preenchimento dos pressupostos necessários para a responsabilização civil por dano moral. Partindo da abordagem dedutiva, demonstrou-se como a constitucionalização do direito de família promoveu o princípio da afetividade e este possui papel fundamental na garantia da dignidade dos filhos no ambiente familiar. Bem como, a leitura constitucional da responsabilidade civil demanda sua aplicação, de acordo com o princípio da solidariedade social que se desdobra na solidariedade familiar quando se trata de reparação em matéria de família. Considerando a concepção de ilicitude civil e a relevância dos direitos da personalidade, especialmente no âmbito familiar, verificou-se que o abandono afetivo parental culmina em ofensa aos aspectos inerentes ao desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente, contrariando dever geral de cuidado manifestado nos inúmeros dispositivos constitucionais e legislativos de proteção à infância. Por fim, concluiu-se que, a omissão do genitor para com seus deveres parentais recai em violação dos princípios da afetividade, da dignidade humana e da solidariedade familiar, contrariando diretrizes elementares da Constituição e do direito de família, evidenciando, portanto, a ocorrência de ilicitude civil apta a ensejar reparação por dano moral.

PALAVRAS-CHAVE: abandono afetivo; dano moral; família; ilicitude; responsabilidade civil.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....2

2 O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E A PROTEÇÃO DA PESSOA DOS FILHOS NO AMBIENTE FAMILIAR.....2

2.1 O processo de constitucionalização do direito civil.....7

2.2 A perspectiva contemporânea do direito de família constitucionalizado.....14

2.3 A função do princípio da afetividade na garantia da dignidade dos filhos.....21

3 A CORRESPONDÊNCIA ENTRE A VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A ILICITUDE CIVIL.....21

3.1 O paradigma da solidariedade como fundamento da responsabilidade civil no contexto pós 1988: a solidariedade social e a solidariedade familiar.....28

3.2 A dignidade humana como fundamento da responsabilidade civil por dano moral.....30

3.3 A ilicitude presente na violação aos direitos de personalidade.....30

3.3.1 Os direitos da personalidade e sua proteção nas relações familiares.....33

3.3.2 O pressuposto da ilicitude na responsabilidade civil.....35

4 O ABANDONO AFETIVO PARENTAL COMO ILICITUDE CIVIL.....43

5 CONCLUSÃO.....44

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....48

1 INTRODUÇÃO

A temática relativa ao abandono afetivo parental e a possibilidade de se conceder reparação por dano moral, reconhecendo a aplicabilidade dos pressupostos da responsabilidade civil nesses casos, ainda suscita discussões e divergências tanto entre os doutrinadores de direito de família quanto entre os juízes e tribunais que apreciam os pleitos indenizatórios. A discussão atual envolvendo a exigência do exercício responsável da paternidade se transpõe para o direito de família perante os seguintes questionamentos: é suficiente – para efeito da constatação do cumprimento dos deveres parentais - a assistência material dada pelo pai através do pagamento mensal de pensão alimentícia? Teriam os filhos necessidades de convivência familiar e suporte psicológico dos pais que ultrapassam a mera necessidade financeira de subsistência? É possível penalizar civilmente um pai que abandona afetiva e moralmente um filho?

O tema ganha relevância, no âmbito jurídico, a partir das demandas judiciais que trazem, no polo passivo da ação, o pai, apontado como o genitor responsável pelo referido abandono. Em consonância, o contexto no qual se questionam os tradicionais papeis de gênero na sociedade e, consequentemente, na formação da família, e se atenta para a importância da participação paterna na criação dos filhos, faz emergir, para o direito de família, o desafio de contemplar a concepção contemporânea de família, a fim de não tornar obsoleta a tutela jurídica das relações familiares.

A proposta desta monografia centra-se, particularmente, em avaliar a possibilidade de reparação civil em decorrência do abandono afetivo parental sob o enfoque do pressuposto da ilicitude na responsabilidade civil. Busca-se analisar se o comportamento omisso do (a) genitor (a) no que concerne à criação, educação, assistência moral e afetiva, e convivência com os filhos, pode caracterizar ato ilícito capaz de ensejar dano moral indenizável. Tendo em vista que a responsabilidade civil se sustenta nos elementos da ilicitude, do dano e do nexo de causalidade, é imprescindível aferir em que medida o abandono afetivo se reveste da referida ilicitude.

Para tanto, a pesquisa parte do método de abordagem dedutivo e da revisão bibliográfica para o exame da constitucionalização do direito de família e da responsabilidade civil, estabelecendo a premissa inicial de que o princípio da afetividade serve de alicerce para proteção dos direitos da personalidade dos filhos, bem como evidenciando os valores da solidariedade e da dignidade humana enquanto vetores do microssistema de responsabilização civil. Adiante, assenta-se a proposição que relaciona a violação aos direitos de personalidade ao conceito de ato ilícito, para avaliar, finalmente, se no âmbito familiar a ocorrência de

abandono afetivo parental culmina em ofensa ao desenvolvimento da personalidade dos filhos, representando, portanto, ilicitude.

2. O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA DOS FILHOS NO AMBIENTE FAMILIAR.

2.1. O processo de constitucionalização do direito civil.

A construção do direito privado na tradição romano-germânica se deu historicamente com a valorização da propriedade e do contrato, possuindo como valor subjacente a proteção do patrimônio, que se consolidou como a própria razão de ser do direito civil. Desse modo, todos os institutos erigidos nesse âmbito jurídico gravitavam na órbita das riquezas acumuladas pelos indivíduos, elevando, pois, o patrimônio, a fundamento das normas reguladoras das relações privadas.

Esse modelo prevaleceu e se afirmou especialmente com o advento do Iluminismo, o qual provocou repercussões em diversos aspectos da vida política e social, inclusive no direito. A crença no poder divino dos monarcas absolutistas dá lugar à defesa da razão como critério condutor das decisões políticas, a decadência do Estado absolutista propicia o surgimento do Estado liberal e o deslumbramento do homem com a tecnologia proporcionada pelos avanços científicos trouxe a expectativa de domínio total sobre o mundo ao seu redor, notadamente sobre as forças da natureza, que, naquele momento, pareciam perfeitamente suscetíveis de sujeição às aspirações de uma propugnada evolução da humanidade.

Nesse contexto, emergiam, pois, os ideais de liberdade e igualdade, em contraposição às obsoletas crenças conformadoras da sociedade estamental, em que a posição social e politicamente ocupada seria estática e condicionada à origem, e na qual prevalecia a submissão integral do povo aos desígnios do monarca. A modernidade trouxe à tona, assim, as perspectivas de rompimento com o arbítrio estatal e de desenvolvimento econômico da recém emancipada classe burguesa.

Dessa forma, com o positivismo científico oitocentista reverberando no direito, se observou a busca por um sistema jurídico fundamentado na razão e nos ideais supracitados, havendo de ser dotado de rigidez e completude, e permitindo regular as contingências da vida social por meio do esquema de subsunção do fato à norma. Sendo assim, o fenômeno do positivismo jurídico consolida-se paralelamente ao surgimento do Estado liberal, em que os contornos da atuação estatal deveriam estar perfeitamente delimitados pelo direito na

Constituição e as relações individuais seriam reguladas na codificação da lei civil, imbuída dos valores de autonomia privada e proteção da propriedade.

Nesse sentido é a lição de Paulo Lôbo:

> O constitucionalismo e a codificação (especialmente os códigos civis) são contemporâneos do advento do Estado liberal e da afirmação do individualismo jurídico. Cada um cumpriu seu papel: um, o de limitar profundamente o Estado e o poder político (Constituição), a outra, o de assegurar o mais amplo espaço de autonomia aos indivíduos, nomeadamente no campo econômico (codificação). (Lôbo, 1999, p. 101)

O processo descrito, a despeito de viabilizar inegáveis avanços em sede de direitos políticos, permanecendo seu legado no que se viria a denominar de primeira geração/dimensão de direitos humanos – os relacionados à contenção das arbitrariedades do Estado na esfera de liberdades individuais –, também demonstrou, na posteridade, que somente esse viés de proteção de direitos seria insuficiente ante as demandas emergentes no contexto pós revoluções industriais. Isso porque a liberdade de mercado praticamente sem restrições e a ênfase à tutela da propriedade, fruto do receio gerado por séculos de dominação do Estado absolutista, ocasionaram, por outro lado, uma proteção deficiente daqueles que não detinham poder econômico.

Essa dicotomia provocou a emergência de uma atmosfera política e social conflituosa, advinda da contradição existente entre as classes sociais surgidas concomitantemente ao sistema capitalista. Assim, ainda de acordo com o civilista Paulo Lôbo:

> Consumou-se o darwinismo jurídico, com a hegemonia dos economicamente mais fortes, sem qualquer espaço para a justiça social. Como a dura lição da história demonstrou, a codificação liberal e a ausência da constituição econômica serviram de instrumento de exploração dos mais fracos pelos mais fortes, gerando reações e conflitos que redundaram no advento do Estado social. (Lôbo, 1999, p. 101)

Nesse cenário, no qual aflorava a necessidade de proteção dos vulneráveis contra a exploração do trabalho e a miséria, transforma-se o paradigma da função do Estado e consequentemente do próprio sistema jurídico, que passa a internalizar em seus comandos normativos os anseios de justiça social e distributiva. Firma-se, portanto, a chamada segunda geração/dimensão dos direitos humanos, na qual são inseridos nas Constituições os direitos econômicos, sociais e culturais, notadamente com o objetivo de cumprir a exigência de "acesso aos bens e serviços produzidos pela economia" e "garantir o espaço público de afirmação da dignidade humana" (Lôbo, 1999, p. 102).

Paralelamente a esse movimento, o direito privado, que remontando à sua origem e destacando o seu desenvolvimento sempre possuiu forte tendência individualista e

patrimonialista, não poderia continuar mantendo-se estanque e infenso à nova dinâmica política e jurídica, que alçou direitos de acentuado interesse coletivo ao patamar de normas e princípios constitucionais. Nesse sentido, ramos jurídicos antes totalmente integrados ao direito civil e submetidos, portanto, apenas à sua lógica privatista, passaram a externar no seu conteúdo a ingerência também dos valores inseridos na constituição, ganhando, inclusive, autonomia em relação ao direito civil e tornando tênue o limiar que anteriormente distinguia o direito público do puramente privado. Cite-se a título de exemplo o direito do trabalho e o direito do consumidor, que viriam a se tornar ramos jurídicos autônomos no mesmo contexto.

Observou-se, por conseguinte, a dificuldade de se conservar um ideal de sistema jurídico hermético e pautado na certeza de conter a totalidade das respostas para as variadas situações e antagonismos que se afiguravam na dinâmica natural da vida em sociedade. Nessa esteira, a mera subsunção de fatos frequentemente mais complexos às regras de direito então vigentes não oferecia subsídios para a resolução de problemas multifacetados. Tal circunstância demonstrou a necessidade de flexibilização dos subsistemas jurídicos, com a interdisciplinaridade passando a destacar-se como meio mais eficaz na operacionalização do direito.

Justifica-se, pois, a importância do diálogo das fontes, mediante o qual a relação entre áreas específicas do ordenamento jurídico tornou-se imprescindível para atender às demandas geradas pelas vicissitudes políticas e sociais postas diante do direito. Seguindo essa lógica:

> Proliferaram, na década de 70 deste século, e daí em diante, as legislações sobre relações originariamente civis caracterizadas pela multidisciplinaridade, rompendo a peculiar concentração legal de matérias e da mesma natureza nos códigos. Nelas, ocorre o oposto: a conjunção de vários ramos do direito no mesmo diploma legal, para disciplinar matéria específica, não se podendo integrar a determinado código monotemático. Utilizam-se instrumentos legais mais dinâmicos, mais leves, menos cristalizados que os códigos – embora, às vezes, sejam denominados códigos em homenagem à tradição, a exemplo do Código do Consumidor -, dotados de natureza multidisciplinar. A variedade de problemas que envolve o trato legal dessas matérias não pode estar subsumida nas codificações tradicionais, pois quase sempre, além das relações civis, reclamam o disciplinamento integrado e concomitante de variáveis processuais, administrativas e penais. (Lôbo, 1999, p. 102-103)

É a partir desse momento histórico, do qual resultou a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, imbuída do sentido de proteção aos direitos sociais e econômicos, que se inicia a reflexão acerca dos fundamentos de aplicação do direito civil. Ocorre que a principiologia contida na Carta Magna – enquanto norma hierarquicamente superior e conformadora de todo o ordenamento jurídico – irradia-se para a legislação infraconstitucional, não havendo mais que se falar em setores do direito isolados e independentes de qualquer influência da Constituição. Esta não é concebida somente como documento formal de organização da estrutura do Estado,

e sim como lei substancial com valores que deverão orientar a concreta aplicação das demais disciplinas jurídicas.

Tendo em vista que a Constituição consagra a dignidade da pessoa humana como um de seus princípios fundamentais (CRFB, art. 1º, III), evidenciando que este é um dos vetores axiológicos que deverão nortear todas as relações regradas pela ordem jurídica pátria, o direito civil, como subdivisão do direito destinada a dirigir as relações entre indivíduos, passa a incorporar tal princípio como alicerce de sua estrutura normativa. É o que se tem denominado pela doutrina de "repersonalização", na medida em que esta "reencontra a trajetória da longa história de emancipação humana, como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário" (Lôbo, 1999, p. 103).

Verifica-se, pois, a busca pela redefinição do próprio fundamento de validade do direito civil, no qual a tutela do patrimônio perde espaço para a valorização da dimensão da pessoa enquanto sujeito de direitos. Essa tendência de despatrimonialização das relações civis decorre do reconhecimento de que, dentre as funções da ordem jurídica, deve estar a concretização dos direitos humanos, positivados constitucionalmente e inferidos do conjunto de valores que compõem a Lei Maior. É nesse sentido a importante lição de Nelson Rosenvald e Cristiano Farias:

> Um direito poroso, aberto, sensível aos avanços que a tecnologia e a capacidade intelectual do homem impuserem e eficaz para regular os novos conflitos que se descortinam. *Este o Direito Civil contemporâneo, forjado na legalidade constitucional, com o propósito de se moldar a cada tempo e lugar, na busca da garantia da dignidade do homem – por quem e para quem foi criado*. (Farias, Rosenvald, 2015, p. 30)

A virada de orientação teleológica do direito civil enfrenta o desafio de realizar direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. Para tanto, em seu bojo de normas devem incidir as regras e os princípios insculpidos na Constituição, os quais com a mudança do paradigma de funcionamento do direito privado, constituem elemento de interpretação e integração desse subsistema jurídico, que, imperiosamente, tem sua eficácia condicionada à observância dos valores constitucionais. Desponta na doutrina civilista a noção de que "a Constituição da República, então, apresenta nova tábua axiomática, informando com princípios e normas as relações privadas, determinando, por conseguinte, as vigas de sustentação do direito privado, reunificando o sistema civilista" (Farias, Rosenvald, 2015, p. 36).

Portanto, no que tange a essa necessidade de se consumar os referidos valores no plano das relações entre particulares – eficácia horizontal dos direitos fundamentais –, da qual resulta a profunda transformação na dogmática jurídica tradicional, consolida-se o paradigma segundo o qual:

> A esse novo sistema de normas e princípios, reguladores da vida privada, relativos à proteção da pessoa, nas suas mais diferentes dimensões fundamentais (desde os valores existenciais até os interesses patrimoniais), integrados pela Constituição, define-se como Direito Civil-Constitucional (ou Direito Civil constitucionalizado). (Farias, Rosenvald, 2015, p. 36)

Enfatizando a incidência dos direitos de personalidade no contexto das relações privadas, a missão do direito civil é garantir a abertura capaz de materializar, por meio da aplicação de seu regramento, os direitos de caráter extrapatrimonial e existencial decorrentes do princípio da dignidade humana, elemento fundador do sistema jurídico. Para isso, a normativa civil dispõe do mecanismo das cláusulas abertas, de conteúdo valorativo, que devem ser preenchidas pela interpretação conferida à luz da principiologia constitucional. Além disso, considerando a concepção que confere força cogente as regras da Constituição, propugnando sua aplicação imediata, as regras nela previstas são passíveis de efetivação nas leis infraconstitucionais a partir da ponderação dos direitos fundamentais em jogo no caso concreto. Supera-se, pois, a ultrapassada noção que concebia a Carta Magna como mero documento político e formal de ordenação da estrutura do Estado, sem conteúdo substancial.

Nessa linha, conforme aponta Luís Roberto Barroso:

> A dignidade humana impõe limites e atuações positivas ao Estado, no atendimento das necessidades vitais básicas, expressando-se em diferentes dimensões. No tema específico aqui versado, o princípio promove uma despatrimonialização e uma repersonalização do direito civil, com ênfase em valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade, tanto em sua dimensão física quanto psíquica. (Barroso, 2006, p.33)

A partir desse esforço para oxigenar o sistema jurídico civilista com uma orientação axiológica que ultrapassa apenas a proteção do patrimônio, emerge a relevância de um processo de releitura dos institutos tradicionais do direito civil para abarcar direitos tais como a "integridade física (do corpo e do cadáver, aí incluídos o direito à vida, aos alimentos, às partes separadas do corpo vivo ou morto); direitos à integridade intelectual (direitos de autor, de inventor, etc.) e direitos à integridade moral (honra, liberdade, recato, privacidade, intimidade etc.)". (Delgado, 2005, p. 06-07)

É certo que os direitos essenciais à realização do ser humano são múltiplos e se manifestam em situações diversas, devendo o operador do direito buscar a sua justificação sob a ótica das diretrizes constitucionais, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto. No âmbito da Lei Civil, esses direitos se difundem para todos os seus subsistemas, provocando efeitos significativos nos contratos, nas relações obrigacionais, na tutela da propriedade, na responsabilidade civil e na proteção conferida à família. Sendo assim, nota-se que:

> "[...] são direitos em expansão. Com a evolução legislativa e com o desenvolvimento do conhecimento científico acerca do direito, vão-se revelando novas situações que

> exigem proteção jurídica e, consequentemente, novos direitos vão sendo reconhecidos. [...] são listas apenas exemplificativas e refletem dado momento histórico que está em veloz mutação. Lembre-se da regra do art. 5º, § 2º, do texto constitucional, que afirma que os direitos e garantias ali previstos não excluem outros que venham a ser reconhecidos posteriormente". (Borges, 2005, p. 25)

2.2. A perspectiva contemporânea do direito de família constitucionalizado.

No que tange às consequências de aplicação da metodologia civil-constitucional no ramo do direito de família**,** observa-se, igualmente, a modificação dos alicerces historicamente erigidos para a tutela jurídica das famílias como instituição fundamental para o desenvolvimento da coesão social. É imperativo aludir, portanto, à influência do direito romano-germânico e do direito canônico no contexto brasileiro para percorrer o caminho que conduziu ao paradigma consolidado contemporaneamente.

Nessa esteira, reporta-se à história do direito de família vigente no Império Romano para traçar seus contornos baseados na autoridade suprema da figura do *pater familias*, em uma conjuntura na qual prevalecia a finalidade religiosa das organizações familiares, na medida em que a inserção do indivíduo em uma família não era condicionada por laços sanguíneos, e sim ao compartilhamento das mesmas tradições e cultos religiosos, demonstrando que a unidade familiar direcionava-se à perpetuação das crenças e rituais considerados sagrados na Antiguidade. Nesse sentido:

> A família antiga formava-se em torno do culto aos valores religiosos. A religião não era cultuada em templos, e sim nas casas, cada uma com seus próprios deuses. Ela propagava-se através da geração, de pai para o filho, em linha masculina. Ao filho cabia a obrigação de oferecer orações e refeições fúnebres. A formação da família não se dava apenas pela geração ou pela consanguinidade, haja vista a desigualdade entre o irmão e sua irmã. Acima do nascimento, dos laços biológicos e afetivos, o que unia os membros da família era a religião, o culto aos antepassados e aos deuses familiares, representados, geralmente, pelo poder do pai, na falta deste, pelo ascendente masculino mais velho, o avô, enfim, o pater familias. (Cademartori, Pasin, 2014, p. 89)

No que diz respeito ao direito dos povos germânicos, nota-se também a importância atribuída à autoridade paterna na dinâmica das relações familiares, o que fortaleceria, posteriormente, a prevalência desse aspecto na tradição jurídica brasileira. Ressalta-se, assim, que:

> Os povos germânicos eram compostos por aldeões que viviam de forma muito simples, em clãs, cultivando a terra, não utilizavam a escrita, com um direito basicamente oral e consuetudinário. A família é um elemento central, fundamentada no poder absoluto do pai, compartilhado, até certo ponto, com a esposa. O jovem só adquiria a maioridade quando "armado", mesmo que a responsabilidade por ele continuasse sendo da família. (Cademartori, Pasin, 2014, p. 91)

Posteriormente, com o domínio da tradição judaico cristã no ocidente, a prevalência do direito canônico reflete tais valores morais e religiosos na regulação das normas referentes à organização familiar. Sendo assim, o casamento – considerado um sacramento pela igreja católica – ganha o status de condição essencial para a legitimidade e constituição da família, conformando inclusive os direitos relativos à filiação. Em consequência, as uniões não iniciadas pelo casamento não gozavam de reconhecimento e aos filhos provenientes dessas relações não era conferida a legitimidade enquanto integrante da família, deixando-os excluídos de qualquer direito sucessório.

Sob os influxos dessa moralidade, apesar de a entidade familiar continuar sendo *locus* privilegiado de reprodução dos valores religiosos dominantes, esta deixa de caracterizar sua função primordial, passando a centralizar-se, então, na finalidade de procriação, a fim de garantir a perpetuação da humanidade segundo a crença no legado recebido de Adão e Eva a partir do Gênesis. Nesse sentido, embora tenha ocorrido a perda do poder absoluto do *pater familias* sobre a vida dos filhos, com a atribuição de deveres de proteção e cuidado mútuos entre os membros da família, os laços de sangue predominam em detrimento dos vínculos afetivos, porquanto só havia espaço para a descendência biológica e concebida dentro da relação conjugal para efeitos de reconhecimento do indivíduo como integrante legítimo da família.

> No direito canônico o matrimônio era um sacramento indissolúvel, devendo seguir as regras eclesiásticas. Qualquer outra relação fora do âmbito matrimonial não era válida, e esse entendimento refletia-se também nos filhos gerados fora do casamento. Para o cristianismo, a formação da família fundamenta-se no princípio de que as relações familiares devem pautar-se na afeição e na caridade. Sob a égide de novos direitos dos filhos e deveres do pai, proíbe-se a este romper arbitrariamente os laços, matá-los, expô-los, e vendê-los como escravos, além de estabelecer-se o dever de ajudá-los material e moralmente durante sua juventude, sem diferenciar mais filhos e filhas. Por outro lado, a igreja não avançou na questão dos filhos naturais: tratou-os sem indulgência, denominando-os de bastardos. (Cademartori, Pasin, 2014, p. 90)

Resta evidente, assim, que a conjugação desses sistemas jurídicos se expressa fortemente na legislação brasileira em matéria de família. Partindo dos séculos compreendidos no período colonial como marco histórico, inicialmente prevalece o direito de família orientado pelos valores religiosos cristãos, pautando-se, precipuamente, na sacralidade do matrimônio indissolúvel como fundamento da unidade familiar e na dinâmica patriarcal das relações familiares. Assim, a ordem doméstica dependia essencialmente do exercício da autoridade do marido sobre a esposa e do pai sobre os filhos, que se encontravam submetidos às ordens e decisões a eles impostas. Contudo, a despeito de tal organização ser a única valorizada e considerada válida, ressalta-se que:

> No Brasil Colônia conviviam, lado a lado, uma organização doméstica e familiar profundamente influenciada por elementos que formaram uma sociedade brasileira estratificada, que diferenciava brancos, negros, livres e escravos e devido a precariedade de recursos na vida privada, favorecia-se a formação de laços familiares e afetivos à margem da legislação e dogmas religiosos. As práticas dos colonos incomodavam a Igreja, que buscava incentivar o matrimônio, mesmo que, para isso, precisasse invocar a excomunhão e demais penas previstas pelo direito canônico. (Cademartori, Pasin, 2014, p. 92-93)

Com a proclamação da República, advém a perspectiva – decorrente dos ideais iluministas da Revolução Francesa – de redução da influência da igreja católica no âmbito da normativa que norteia as relações privadas, buscando-se, desse modo, instituir um direito de família laico, formulado segundo um procedimento que obedecesse a propugnada separação entre religião e Estado. Nessas condições é idealizado o Código Civil de 1916, o qual, embora representasse importante passo na secularização do direito de família, ainda conservava a interferência dos valores morais de cunho religioso em suas normas, uma vez que a longa tradição cristã resultante de séculos de colonização portuguesa permaneceria arraigada na configuração cultural brasileira, influindo, pois, na concepção presente na ordem jurídica.

Desse modo, as previsões legais continham enfoque na definição de família formada por homem, mulher e filhos, sendo constituída unicamente pelo ato solene do casamento civil, que não poderia ser rompido. Desse modo:

> O Código Civil verteu sua atenção para o casamento como única forma de constituição de família – tanto é que, dos seis títulos do Livro I da Parte Especial (dedicado ao Direito de Família), quatro deles são para tratar do casamento, situação mantida na Constituição de 1934 e nas posteriores, até a entrada em vigor da atual Carta Magna. (Tepedino, 2020, p. 04)

Manteve-se também a diferenciação entre filhos legítimos (concebidos na relação matrimonial) e ilegítimos (frutos de relacionamentos extraconjugais ou não validados pelo casamento), além de privilegiarem-se os vínculos de consanguinidade, porquanto somente a filiação biológica e considerada legítima faria jus aos direitos sucessórios. Sobre esse aspecto, é importante enfatizar:

> A persistência em discriminar os filhos fora do casamento não fazia parte do projeto original do Código Civil de 1916, de autoria de Clóvis Beviláqua. Foi o Congresso Nacional que acrescentou a "proibição do reconhecimento de filhos espúrios – adulterinos ou incestuosos – com base em motivos morais e na manutenção do matrimônio." O Código Civil de 1916, ainda sob o manto moral da família legítima constituída apenas pelo casamento, classificava a filiação em: legítima, ilegítima, legitimada e adotiva. (Cademartori, Pasin, 2014, p. 94-95)

Sendo assim, à família construída nesse modelo foi atribuído o status de instituição nuclear – célula *mater* – para o desenvolvimento da sociedade, motivo pelo qual sua proteção a tinha como fim em si mesma, objetivando-se manter a sua estabilidade e segurança.

Considerando o contexto da influência liberal na legislação vigente à época, a entidade familiar foi reputada como instituição fundamentalmente privada, evitando-se ao máximo aumentar o campo de interferência do Estado nessa esfera. Referida visão justificava, pois, a ordem patriarcal, com a subordinação da mulher à autoridade do marido e dos filhos aos desígnios do pai, bem como a exclusão dos filhos denominados "ilegítimos". Assim, almejava-se unicamente manter a harmonia e unidade do ambiente doméstico, uma vez que a família não poderia ser desestruturada por influências externas.

É o que aponta Gustavo Tepedino:

> A hostilidade do legislador pré-constitucional às interferências exógenas na estrutura familiar e a escancarada proteção do vínculo conjugal e da coesão formal da família, ainda que em detrimento da realização pessoal de seus integrantes – particularmente no que se refere à mulher e aos filhos, inteiramente subjugados à figura do cônjuge-varão - justificava-se em benefício da paz doméstica. Por maioria de razão, a proteção dos filhos extraconjugais nunca poderia afetar a estrutura familiar, sendo compreensível, em tal perspectiva, a aversão do Código Civil de 1916 à concubina. O sacrifício individual, em todas essas hipóteses, era largamente compensado, na ótica do sistema, pela preservação da célula mater da sociedade, instituição essencial à ordem pública e modelada sob o paradigma patriarcal. (Tepedino, 2020, p. 03)

Ao longo do século XX, com a gradativa mudança na consciência moral coletiva que consolidou valores tão rígidos, paulatinamente a legislação promoveu a flexibilização de determinadas regras para acompanhar os anseios sociais que demandavam evolução do direito regulador da matéria de família. Em 1934, a Constituição promulgada "avançou no direito de sucessão dos filhos naturais, colocando-os em igualdade de condições com os legítimos" e na Constituição de 1937, possibilitou-se o seu reconhecimento, "garantindo-lhes os mesmos direitos dos filhos legítimos" (Cademartori, Pasin, 2014, p. 95), considerando-se que a denominação "filho natural" refere-se àqueles nascidos "de pessoas não ligadas pelo matrimônio" (Lucchese, 2013, p. 232). Em 1949, permitiu-se também "aos pais reconhecerem os filhos adulterinos após a dissolução da sociedade conjugal" (Cademartori, Pasin, 2014, p. 96).

A evolução nos direitos da mulher e dos filhos adotados se deu, respectivamente, com o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/1962) e com o Código de Menores (Lei nº 6.697/69). O primeiro "alterou e avançou no direito deste setor da população, o que consequentemente afetou o interesse dos filhos", ao passo que o segundo "trouxe a adoção plena quando o adotado aceitasse os direitos sucessórios e abdicasse de vínculos com pais e parentes" (Cademartori, Pasin, 2014, p. 96-97).

Quanto à possibilidade de se dissolver o matrimônio, apenas em 1977 a Emenda Constitucional nº 09 viabilizou o surgimento da Lei do Divórcio, a qual, ainda assim,

permanecia submetida ao procedimento de comprovação de culpa conjugal e restringia a liberdade de se constituir novas uniões reconhecidas, pois, à pessoa divorciada só era autorizado casar-se novamente uma única vez. Nas palavras de Gustavo Tepedino, apesar das críticas, naquele momento tais restrições buscavam "contentar os ânimos antidivorcistas" e:

> Com efeito, ao jovem estudante de direito parecerá certamente estranho que a Emenda Constitucional 9, de 28 de junho de 1977, que autorizou a dissolução do vínculo conjugal e permitiu, com isso, a consequente promulgação da Lei do Divórcio, tenha vicejado em meio a verdadeiro combate que se estabeleceu no país. Cabe lembrar, ainda, que no sistema originário do Código Civil de 1916, a separação dos cônjuges se vinculava ao rígido sistema da culpa, não se admitindo o desquite senão por causas taxativamente previstas (*numerus clausus*). (Tepedino, 2020, p.05)

Somente a partir da Constituição de 1988 inaugura-se o paradigma alicerçado na solidariedade e no afeto para justificar a proteção conferida pelo direito às famílias.

As alterações trazidas pela Constituição de 1988 revelam uma virada de fundamento axiológico no que se refere à proteção da família. A solidariedade, a igualdade e a afetividade são alçadas à posição de princípios vetores para direcionar a interpretação dos institutos que incidem no direito de família, de modo a promover o desenvolvimento da personalidade e a realização da dignidade dos membros do núcleo familiar. Isso porque passa-se a compreender que a família, enquanto instituição que o constituinte coloca na base da sociedade e, portanto, recebe proteção do Estado (CRFB, art. 226), é objeto de tutela jurídica não como um fim em si mesma, e sim como instrumento de consolidação dos direitos fundamentais de personalidade dos indivíduos que a integram. Sendo assim, não mais se sustenta o sentido de manter a higidez formal da família abstrata, dentro da noção anterior e tradicional, tendo em vista que o novo escopo da família é contemplar as necessidades existenciais imanentes à dignidade da pessoa humana. Na lição de Gustavo Tepedino:

> Verifica-se, do exame dos arts. 226 a 230 da Constituição Federal, que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução de valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos. (...) Assim sendo, a família, embora tenha ampliado, com a carta de 1988, o seu prestígio constitucional, deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada à medida que – e somente à exata medida que – se constitua em núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e da promoção da dignidade de seus integrantes. (Lôbo, 1989, pp, 54 e ss. Perlingieri, 1984, p. 558 apud Tepedino, 2018, p. 02-04)

Em consonância com essa premissa de valorização da pessoa sujeito de direitos como cerne e razão de ser da proteção conferida à família pelo Estado, desponta o valor da solidariedade para viabilizar a cooperação e o cumprimento de deveres mútuos entre os que

compõem a unidade familiar. Dessa forma, todos contribuem para o desenvolvimento moral e material uns dos outros, considerando os tipos de relação que se estabelecem no âmago da família, quais sejam, a relação conjugal e a relação materno e paterno-filial.

Aponta, assim, Gustavo Tepedino:

> Nesse locus privilegiado de interação, a família ultrapassa o seu perfil eudemonista, para se tornar, também solidarista, vez que os membros se corresponsabilizam uns pelos outros, principalmente quando existir algum tipo de vulnerabilidade. À medida que a pessoa humana assumiu a posição de centralidade do sistema jurídico, a liberdade existencial tornou-se forma imediata de realização da dignidade humana; no entanto, ao contrário das expressões autorreferentes de autonomia, o direito de família tem como objeto "opções conjugadas", pois as escolhas familiares estão sempre atreladas ao outro: cônjuge, companheiro, filho ou pais, uma vez que o direito de família é relacional. (Tepedino, 2020, p. 16-17)

Nesse sentido, aos cônjuges cabe, nos termos da enumeração dos incisos do art. 1566 do Código Civil, além da vida em comum no domicílio do casal, a fidelidade recíproca, mútua assistência, o sustento, a guarda e educação dos filhos, e o respeito mútuo. No que tange à responsabilidade parental, consectário lógico da solidariedade familiar, o art. 227 da Constituição aduz ao dever da família – ao lado do Estado e da sociedade – de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Ainda sobre o tema, a Lei n° 8.060/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) reitera a disposição supracitada em seu art. 4°, acrescentando, nos arts. 22 e 33 que aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais, esclarecendo que a guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente. Na mesma linha, o Código Civil elenca uma série de atribuições conferidas aos pais acerca dos cuidados com os filhos, nos seguintes termos:

> Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:
> I - dirigir-lhes a criação e a educação;
> II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
> III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
> IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
> V -conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
> VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar;
> VII -representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
> VIII -reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

> IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição

De acordo com as previsões constitucionais e infraconstitucionais que materializam a solidariedade familiar, vislumbra-se que os deveres relativos à atenção e ao cuidado recíprocos que dela decorrem estão intimamente ligados à proteção daqueles em posição de vulnerabilidade nas relações familiares, e não apenas à necessidade de cooperação entre iguais. Sendo assim:

> O princípio da solidariedade irradia no direito de família com o objetivo de estabelecer deveres entre os membros da entidade familiar, o que se nota, mais fortemente, nas relações desiguais. É o caso da autoridade parental, da convivência familiar, dos alimentos, da tutela, da curatela do bem de família legal, entre outros institutos que têm a sua *ratio* na necessidade de algum aspecto que emana da vulnerabilidade. (Tepedino, 2020, p. 17)

Outro valor essencial para a conformação da família constitucionalizada consiste na igualdade. Esse princípio proporciona o reequilíbrio dos direitos dos indivíduos no meio familiar e orienta a maneira pela qual devem ser pautadas as relações interpessoais. Desse modo, o novo paradigma estabelece a igualdade material, para oferecer condições concretas para o desenvolvimento da personalidade, rompendo com a organização outrora hierarquizada que mantinha a esposa sob a autoridade quase absoluta do marido e os filhos sob os desígnios peremptórios dos pais.

Sob a perspectiva de igualdade, não subsiste o modelo de família patriarcal em que a relação conjugal se baseava na posição de superioridade do homem sobre a mulher, tornando-a relativamente incapaz e suprimindo quase totalmente sua autonomia individual e participação nas decisões familiares. Prevalece, hodiernamente, a visão segundo a qual os cônjuges colaboram entre si para deliberar sobre os aspectos essenciais da vida em comum e manter a harmonia da convivência em família. À mulher é reconhecida a plena capacidade para os atos da vida civil e a autonomia para exercer e expressar sua individualidade, refletindo no direito de família os ideais de superação da desigualdade de gênero.

Nota-se, portanto:

> Pelo princípio da igualdade formal (CR, art.5º, *caput*), conquista extraordinária da sociedade democrática, homem e mulher – hodiernamente, todos os membros da entidade familiar, homo ou heterossexual – recebem tratamento isonômico no âmbito da família, com os mesmos direitos e deveres (CC, art. 1566 e 1724). Além de assumirem mutuamente a condição de consortes e responsáveis pelos encargos da família (CC, art.1565), podem acrescer o sobrenome do outro (CC, art. 1565, § 1º), planejar os rumos da família (CC, art. 1565, § 2º), escolher o domicílio conjugal (CC, art. 1569). Assim, com fundamento no art. 226, § 5º, da Constituição da República, a igualdade formal entre os integrantes da família assumiu papel de destaque no ordenamento brasileiro. (Tepedino, 2020, p. 23-24)

Quanto aos filhos, o referido princípio vem insculpido na Constituição e, posteriormente, no Código Civil, para vedar qualquer espécie de discriminação entre os filhos gerados no casamento e os havidos fora de uma relação matrimonial, bem como entre os biológicos e os adotados.

Nessa esteira:

> A igualdade entre os filhos também representou enorme conquista para a humanização do direito de família, afastando-se as discriminações infraconstitucionais em desfavor dos filhos havidos fora do casamento e dos adotivos. O art. 227, § 6º da Constituição determinou a efetiva igualdade entre os filhos, todos eles iguais destinatários de alimentos, direitos sucessórios, autoridade parental, dentre outros. (Tepedino, 2020, p. 24)

Isso porque atualmente se privilegia a família fundada no afeto, independentemente de haver sido iniciada ou não no instituto do casamento formal ou dos vínculos de consanguinidade existentes na filiação. Ademais, para além de uma concepção rígida e fechada de família, formada unicamente pelo marido, pela esposa e seus filhos biológicos, se preza pela dignidade da pessoa dos filhos, qualquer seja o modelo de relação no qual foram gerados ou a maneira pela qual foram inseridos na convivência familiar. Sendo assim, a igualdade da filiação se direciona para a proteção dos direitos fundamentais relativos à dignidade humana, mormente os direitos de personalidade.

2.3. A função do princípio da afetividade na garantia da dignidade dos filhos.

Observa-se que todas as transformações até então descritas – com a emergência dos valores constitucionais de solidariedade e igualdade – materializam, no seio da entidade familiar, o princípio da afetividade, específico desse ramo do direito. Consolida-se, portanto, a concepção de que a família se desenvolve em uma cadeia de relações afetivas que viabilizam a realização pessoal dos indivíduos que delas são parte, não subsistindo a ideia de instituição com o fim principal de manter a ordem social, por meio de uma estrutura hierarquizada que ignora a subjetividade de seus membros. Nesse sentido, na perspectiva da família solidarista e igualitária, não se justifica a manutenção da obsoleta instituição fundada no sistema patriarcal e sob a ótica dos filhos como objeto de direito dos pais – e não sujeitos de direitos -, sem qualquer interferência estatal para promover a equidade e coibir eventuais abusos nesse tipo de relação. Sendo assim, sobreleva-se a tutela daqueles em situação de maior vulnerabilidade, nos termos da lição de Gustavo Tepedino:

> O princípio da solidariedade legitima a intervenção estatal reequilibradora, para proteger os vulneráveis de forma diferenciada. Alude-se, por isso mesmo, ao princípio do melhor interesse dos vulneráveis, pelo qual, independentemente da espécie de

> vulnerabilidade, é dever do Estado propiciar os meios para colocá-los em situação de igualdade. (Tepedino, 2020, p. 18)

Tal necessidade de proteção está explicitada também no seguinte excerto:

> Para além da igualdade formal, contudo, a Constituição da República consagrou o princípio da igualdade substancial, que determina a efetiva intervenção reequilibradora do Estado para a redução das desigualdades. Associado ao princípio da solidariedade social, a igualdade substancial impõe tutela diferenciada em relação aos grupos de vulneráveis, para que possam participar da vida em sociedade em maiores condições de igualdade (Tepedino, 2020, p. 24)

Esse arcabouço principiológico promove também uma modificação substancial na perspectiva jurídica sobre o próprio conceito de família, uma vez que a Carta Magna reconhece a diversidade de arranjos serem englobados por essa concepção (CRFB, art. 226, 4°) afastando totalmente a visão anterior, segundo a qual a validade de uma organização familiar estava condicionada ao ato solene do casamento.

Visto que a valoração da afetividade também emerge como vetor essencial para a interpretação e aplicação do direito de família, exsurge a importância conferida ao afeto enquanto elemento agregador em torno do qual se constitui e em razão do qual se legitima uma entidade familiar. Assim, amplia-se a noção outrora vigente na sociedade e no ordenamento jurídico do modelo único que se caracterizava como família, para reconhecer a inclusão de novos formatos a serem considerados como tal.

Desse modo:

> As inúmeras alterações não podem ser examinadas de forma isolada ou casuística, senão no quadro dos princípios constitucionais, que desenharam novo conceito de unidade familiar, antes vinculada ao casamento – a partir do qual, no qual e para o qual se desenvolvia – adquire contornos funcionais, associada à ideia de formação comunitária apta ao desenvolvimento dos seus integrantes. O centro da tutela constitucional se desloca, em consequência, da exclusividade do casamento para a pluralidade das entidades que, fundadas ou não no vinculo conjugal, livre e responsavelmente constituídas, contenham os pressupostos para a tutela da dignidade da pessoa humana. (Tepedino, 2020, p. 21)

Como consequências desse processo destacam-se a proteção concedida à união estável (CRFB, art. 226, 3°), a assistência à adoção (CRFB, art. 227, 5°) e o reconhecimento da paternidade socioafetiva, na medida em que "o reconhecido muito mais que biológico, mas afetivo, revelando-se no conceito de "posse do estado de filho", instituto que acolhe a filiação como um fato socioafetivo" (Cademartori, Pasin, 2014, p. 101). O próprio matrimônio passa a ser compreendido, em seu aspecto teleológico, como comunhão plena de vida (Código Civil, art. 1511), isto é, volta-se para concretizar os interesses existenciais dos cônjuges, os quais, em relação mútua, compartilham entre si projetos comuns, cuja origem se encontra em seus anseios afetivos mais íntimos.

Resta evidente, portanto, a tendência de despatrimonializacão das relações familiares, tendo em vista que a Constituição, doutrina e jurisprudência legitimam a presença da *afetividade* no seio familiar como pressuposto que justifica sua proteção, superando-se a concepção da família estruturada primariamente em função de interesses patrimoniais, em que os institutos jurídicos se direcionavam para a tutela do patrimônio e não da pessoa. Assim, a doutrina denomina de "repersonalização" o fenômeno de inserir a pessoa e seus atributos essenciais no centro da proteção da sistemática do direito de família. Convém aludir à lição de Paulo Lobo nesse sentido:

> A família, ao converter-se em espaço de realização da afetividade humana, marca o deslocamento de suas antigas funções para o espaço preferencial de realização dos projetos existenciais das pessoas. Essas linhas de tendências enquadram-se no fenômeno jurídico-social denominado repersonalização das relações civis, que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais. É a recusa da coisificação ou reificação da pessoa, para ressaltar sua dignidade. A família é o locus por excelência da repersonalização do direito civil. (Lôbo, 2018, p. 16)

No que concerne à pessoa dos filhos, cumpre destacar o papel da afetividade na garantia dos seus direitos de personalidade, especialmente em relação ao fundamento da dignidade humana. Tendo em vista a patente vulnerabilidade física e psíquica da criança e do adolescente, emerge a necessidade de oferecê-los proteção especial para o pleno desenvolvimento dos aspectos ligados à personalidade.

Assevera-se, portanto, que dependendo do vínculo de afetividade que os pais estabelecem com os filhos menores, é que se poderá aferir o cumprimento adequado dos deveres intrínsecos ao exercício do poder familiar. Este:

> (..) passou a ser concebido como um poder-dever posto no interesse exclusivo do filho e com a finalidade de satisfazer suas necessidades existenciais, consideradas as mais importantes, conforme prevê a clausula geral de tutela da dignidade humana (art. 1º, CF). (Moraes; Teixeira, 2016, p. 126)

Parte-se aqui da premissa de que o respeito aos direitos analisados a seguir são, na seara jurídica, a expressão máxima do afeto existente no seio familiar. Sendo assim, a afetividade posta como princípio não corresponde propriamente ao sentimento de caráter subjetivo, portanto, de difícil identificação, e sim aos comportamentos dos pais, observados objetivamente e orientados no sentido de zelar pelo sadio desenvolvimento da personalidade dos filhos, por meio da observância das funções atribuídas constitucionalmente e legalmente à família.

Eis o teor dos ensinamentos de Maria Celina Bodin de Moraes e Ana Carolina Brochado Teixeira:

> Insista-se que não se trata aqui de valorar o afeto ou o amor, conceitos abstratos que correspondem a uma determinação subjetiva do humano – insubordinada e situada, portanto, fora do campo jurídico. Existem, porém, deveres jurídicos de conteúdo moral entre os membros da família, e é para eles que o julgador deve voltar sua

> atenção. No caso da relação parental, é a própria Constituição que, no art. 229, primeira parte, estabelece que "os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores". (Moraes; Teixeira, 2016, p. 136-137)

Essa via dupla de direitos-deveres (direitos dos filhos e correspondentes deveres dos pais) representa a concretização do princípio da afetividade então vigente no direito de família, consistindo na própria definição do seu conteúdo e alcance, à medida que sua definição aponta para o desvelo pelas necessidades existenciais uns dos outros. É por isso que tal princípio possui caráter elementar como fio condutor do respeito a todas as prerrogativas e garantias destinadas pela Constituição e pelas leis ordinárias à criança e ao adolescente. Evidencia-se, assim, que a locução "direitos de personalidade" no contexto da família refere-se a todos aqueles orientados a promover a integridade da formação psicofísica dos filhos menores.

É nesse sentido que normas insertas na Carta Magna e na legislação infraconstitucional emanam prescrições sobre a tutela dos direitos fundamentais inerentes à concretização da dignidade humana.

Extrai-se, pois, do artigo 205 da Constituição, que "a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho". Deste importante comando, depreende-se o direito à educação em amplo espectro, não circunscrito somente à instrução formal, mas, além disso, abarcando o ato de educar, no ambiente familiar, para incutir os valores ético-morais indispensáveis à formação do indivíduo, o senso de responsabilidade coletiva e as bases para uma convivência harmoniosa em suas relações interpessoais e sociais.

Assim demonstra Rolf Madaleno:

> Mais do que cuidar, a expressão velar, que também não foi utilizada pelo ordenamento jurídico, compreende toda a classe de cuidados materiais e morais, estando integrados em seu conceito os deveres relativos à educação e formação integral dos filhos. Têm os pais o dever de se esforçar para o desenvolvimento de todas as faculdades físicas, morais e intelectuais de seus filhos, de modo a que logrem alcançar com o auxílio dos genitores a plenitude de sua formação, tornando-se pessoas úteis e independentes, não sendo sem outra razão que Alma María Rodríguez Guitián afirma ser "o processo educativo algo mais profundo que a mera instrução para certos conhecimentos (…) sendo a educação um esforço radical e permanente de crescimento de toda pessoa". (Madaleno, 2018, p. 452-453)

Mais adiante, o caput do artigo 227 estabelece que:

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

Nota-se que à família são incumbidos, portanto, deveres que extrapolam o auxílio material responsável pela subsistência, e incluem a assistência de cunho moral e psicológico. Isso porque a educação, o lazer, a cultura, a dignidade e a convivência familiar não estão ligados meramente à presença de recursos financeiros que possam supri-los, e sim são direitos de natureza imaterial, relacionados, no âmbito de responsabilidade da família, ao vínculo estabelecido entre os filhos e seus genitores, os quais deverão conduzi-los à realização desses direitos mediante os ensinamentos que lhe são repassados durante o processo de criação.

Ressalta-se, ainda, a importância conferida pelo legislador constituinte ao dever de manter as crianças e adolescentes livres de qualquer forma de negligência, atestando expressamente que a omissão não será tolerada quando se tratar de seus direitos fundamentais. Sendo assim, também é dirigida aos detentores do poder familiar a proibição constitucional do comportamento omisso no que concerne ao cumprimento de seus deveres de cuidado e proteção àqueles na fase infantil sob sua responsabilidade. Daí consolida-se o entendimento segundo o qual:

> Em paralelo aos deveres dos pais, têm os filhos direitos havidos como fundamentais à garantia da integral formação de sua personalidade (CF, art. 227; ECA, arts. 3º e 4º). Disso tudo resulta compreender e concluir terem os pais um compromisso natural de afeto para com os seus filhos menores e incapazes, sendo direito da prole a convivência familiar, a assistência moral e material de seus pais, mesmo se separados, ou se o ascendente não guardião estiver geograficamente distante, porque ainda assim deverá manter uma razoável e adequada comunicação para com a sua prole, contato cada vez mais facilitado diante dos modernos meios de comunicação, inclusive pela via eletrônica, permitindo a conversação direta e por imagem, além de escrita e falada, sem referir as facilidades de locomoção, deslocando-se com segurança pais e filhos em tempos de férias que compensam as eventuais visitas restritas em razão de distâncias físicas, mas que não justificam distâncias afetivas e deliberados agravos morais. (Madaleno, 2018, p. 454-455)

Em seguida, o artigo 229 da Lei Maior prescreve que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Alude referido dispositivo às obrigações decorrentes do vínculo parental, que impõe a assistência mútua entre pais e filhos nas diferentes fases da vida que caracterizam o período de maior vulnerabilidade de cada um.

Todos esses comandos normativos previstos na Constituição evidenciam a relevância atribuída ao tema da proteção dos aspectos essenciais ao pleno desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente, havendo de serem internalizados em cada sub-ramo jurídico que demande a tutela de tais interesses, como é o caso do direito de família. Este tem por finalidade precípua concretizar a dignidade humana, mormente no que diz respeito ao lado mais vulnerável da relação familiar, quais sejam, os filhos menores. Nesse sentido, a preocupação com o crescimento saudável destes, que abrange tanto a higidez física quanto a

psíquica, é traduzida no texto constitucional na forma de direitos fundamentais, que devem ser rigorosamente observados pelos pais no âmbito da família.

De modo coerente, a normativa infraconstitucional que trata do tema relativo à proteção da infância traz em seu bojo dispositivos que reiteram e complementam os artigos retro mencionados. Relevante, neste ponto, pontuar que a legislação foi construída em consonância com o princípio da proteção integral, que proclama a prioridade e ampla responsabilidade – incluindo família, sociedade e Estado – no atendimento das necessidades inerentes a formação do indivíduo na fase infantil.

Maria Berenice Dias expõe tal concepção:

> Por preceito constitucional (CF 227) crianças e adolescentes transformaram-se em sujeitos de direito e foram contemplados com enorme número de garantias e prerrogativas. O princípio da proteção integral impõe que sejam colocados a salvo de toda forma de negligência. Mas direitos de uns significa obrigações de outros. São responsáveis a dar efetividade a esse leque de garantias: a família, a sociedade e o Estado. Ao regulamentar a norma constitucional, o ECA identifica como direito fundamental de crianças e adolescentes o seu desenvolvimento sadio e harmonioso (ECA 7.º). Igualmente lhes garante o direito a serem criados e educados no seio de sua família (ECA 19). (Dias, 2016, p. 164)

A Lei n. 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente propugna em seu artigo 3°, *in verbis*:

> A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Mais uma vez se vislumbra, portanto, que os direitos fundamentais são alçados ao patamar de prioridade na ordem jurídica, uma vez que são corolários do princípio que alicerça o sistema pátrio – o da dignidade humana. Tais direitos não se restringem às necessidades materiais de subsistência, pois, tão importante quanto, é a garantia da integridade psicológica do ser humano em processo de formação de sua personalidade.

É devido ao reconhecimento de que a infância e a adolescência caracterizam fases de especial fragilidade psíquica do indivíduo, que a legislação brasileira passa a internalizar regras visando assegurar as condições para a plenitude do desenvolvimento psicológico e emocional na pessoa da criança, atribuindo-lhe, então os direitos personalíssimos próprios de sua dignidade. Considerando que o núcleo familiar é o *locus* primário de influência na formação dos traços essenciais da personalidade, que constituem a identidade do ser humano e o distinguem de todos os outros da espécie, é indispensável o comprometimento dos pais na proteção dos referidos direitos de seus filhos menores.

Mais adiante, o Estatuto da Criança e do Adolescente elenca e especifica o conteúdo de tais direitos, prevendo, em seu artigo 15, que "a criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis". A Lei enumera aspectos inerentes à liberdade, além de caracterizar o direito ao respeito e à dignidade.

Convém destacar a convivência familiar e comunitária, na medida em que, segundo consta no artigo 16, inciso V, o direito à liberdade compreende o aspecto da participação da vida familiar e comunitária, sem discriminação. Acerca do respeito, este consiste, de acordo com o art. 17 do Estatuto, "na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais". No artigo 18, estipula-se o dever de todos de "velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor".

Nota-se a valorização conferida pela Lei ao direito à convivência familiar, inúmeras vezes enfatizado ao longo do Estatuto. Consignou-se em seu artigo 19 que "é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral".

No mesmo sentido de garantir a convivência da criança com sua família, o *caput* do artigo 22 determina que "aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais". Em seguida, o parágrafo único estabelece que:

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

Assim, aduz Rolf Madaleno ao versar sobre a convivência familiar:

> Para Cláudia Maria da Silva, uma sadia convivência familiar respeita o direito de personalidade do filho e garante a sua dignidade, porque a responsabilidade dos pais não se esgota apenas na contribuição material, e assim também pensa Rodrigo Santos Neves ao escrever se tratar a convivência familiar de um direito fundamental da criança e do adolescente, atributos essenciais do processo de formação da sua personalidade e desenvolvimento como pessoa, e negar esse direito representa violação ao direito fundamental de convivência. (Madaleno, 2018, p. 455)

O Estatuto prevê, ainda, a perda ou suspensão do poder familiar caso verificada a omissão no cumprimento dos deveres acima referidos. Da prescrição artigo 24, extrai-se que "a perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento

contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22."

Finalmente, importante pontuar como o Código Civil regula a matéria relativa à proteção de direitos fundamentais dos filhos no ambiente familiar. A esse respeito, registre-se que o artigo 1566, IV, do mencionado diploma legal preconiza, dentre os deveres conjugais, o sustento, a guarda e a educação dos filhos. Ademais, no que concerne às disposições sobre a guarda dos filhos, o artigo 1583 estabelece, em seu parágrafo 2° e incisos, que, nos casos de guarda unilateral, serão observados os critérios de afeto na relação da criança com o genitor e com o grupo familiar, saúde, segurança e educação. Tais fatores serão determinantes para se determinar qual dos pais possui a aptidão necessária para exercer a guarda.

Diante do arcabouço principiológico e normativo esmiuçado desde a Constituição federal até a legislação infraconstitucional, verifica-se que a afetividade, enquanto princípio jurídico prevalente na tutela da família, ocupa posição de destaque na garantia dos direitos fundamentais para o desenvolvimento da personalidade dos filhos. Considerando o paradigma do direito civil constitucionalizado, vislumbra-se que a repercussão imediata desta perspectiva, no que concerne ao trato das famílias, é o seu deslocamento da posição de fim em si mesma como instituição formal a ser protegida, acima inclusive, das necessidades emocionais e psicológicas das pessoas que a compõem, para a função de instrumento que deverá servir de meio para a concretização da dignidade humana.

3. A CORRESPONDÊNCIA ENTRE A VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A ILICITUDE CIVIL.

3.1. O paradigma da solidariedade como fundamento da responsabilidade civil no contexto pós 1988: a solidariedade social e a solidariedade familiar.

A incidência da Constituição de 1988 no microssistema da responsabilidade civil se dá mediante a elaboração de um modelo pautado, precipuamente, no princípio da solidariedade. Sendo assim, o objetivo de se construir uma sociedade solidária (CF, art. 3º) se irradia pelo ordenamento jurídico, conformando o instituto ora analisado. Nesse processo, as bases históricas da responsabilidade aquiliana são reformuladas.

Sobre a transformação de tais fundamentos, assevera Maria Cecília Bodin de Moraes:

> A suposta segurança oferecida pela estrutura milenar do direito civil clássico, que justificaria seu predomínio sobre a instável normativa constitucional, revela-se apenas como mais um mito elaborado para a manutenção do status quo individualista e patrimonialista. Já o imprescindível reconhecimento da relatividade e historicidade dos institutos jurídicos demonstra que sob sua aparente continuidade terminológica se ocultam radicais transformações semânticas. (Moraes, 2006, p. 235)

Ademais:

> Por conta disso, a funcionalização dos institutos clássicos do direito civil às finalidades superiores consagradas na Constituição, tal como se observa, por exemplo, na instrumentalização da família ao livre desenvolvimento de seus membros e na subordinação da tutela do contrato e da propriedade à realização da função (*rectius*, justiça) social, tornou-se uma consequência necessária do respeito obrigatório a hierarquia das fontes. Evidentemente, o mesmo ocorre na seara da responsabilidade civil (Moraes, 2006, p. 235)

Considerando que o modelo clássico foi influenciado pelo sistema civilista francês, em seus pressupostos estão o dano, o nexo de causalidade e a culpa, os quais tem norteado o reconhecimento do respectivo dever de indenizar. Essa concepção clássica da responsabilidade civil, contudo, está lastreada em uma visão liberal e individualista da sociedade e do direito, uma vez que formulada em um período no qual prevalecia a tutela da liberdade em detrimento de valores de cunho social.

Assim, a culpa foi instituída como elemento subjetivo essencial para a responsabilização individualizada de prejuízos eventualmente provocados, consolidando a máxima segundo a qual "não há responsabilidade sem culpa". Nesse cenário, predomina a função punitiva da responsabilidade, centrando-se o objetivo em sancionar a pessoa do ofensor e restando em segundo plano a função de se recompor o patrimônio jurídico da vítima da lesão.

Nesse sentido:

> A figura da culpa como pressuposto para a responsabilização pode ser explicada pela análise do contexto histórico da industrialização nascente e pela forte mentalidade liberal da época (*laissez faire*, *laissez passer*) em que se priorizava o desenvolvimento de atividades econômicas e, por isso, caso o empreendedor tivesse medo de ser responsabilizado mesmo sem sua culpa, provavelmente ele não se arriscaria a desenvolver a atividade, com evidente prejuízo para toda a sociedade (Mendes, 2016, p. 132)

Com o avanço dos processos de industrialização e a revolução tecnológica, diferentemente do que se almejava na passagem do Estado absolutista para a sociedade burguesa e confiante no domínio das forças naturais pela ciência, vem-se percebendo que o homem contemporâneo não possui o controle de todas as consequências ensejadas pelos progressos científicos pelos quais é responsável. Sendo assim, tal revolução, se por um lado expressa os avanços em diversas áreas do conhecimento humano, por outro, impõe novas preocupações com possíveis danos advindos da má utilização das recentes tecnologias, isto é, com os efeitos colaterais negativos não previstos inicialmente.

Em decorrência disso, observa-se:

> O sentimento de angústia aprofunda-se diante do descompasso existente entre a velocidade do progresso tecnológico e a lentidão com a qual amadurece a capacidade de organizar, social e juridicamente, os processos que acompanham esse progresso. A todo momento, de fato, percebe-se a obsolescência das soluções jurídicas para fazer

> frente a um novo dado técnico ou a uma nova situação conflituosa (Moraes, 2006, p. 237)

Nesse contexto, torna-se imprescindível a criação de mecanismos de prevenção e mitigação desses eventos danosos, tais como catástrofes ambientais, acidentes de trabalho, danos ao consumidor etc. A essa sociedade, pronta para se resguardar dos prejuízos potencialmente causados pela própria tecnologia e atividades em diversos setores, Ulrich Beck denomina de sociedades de risco. É nesse cenário, no qual o risco de danos reclama tutela especial do direito às vítimas, que a responsabilidade civil precisa adequar seus pressupostos a essa nova realidade.

> Na definição de Ulrich Beck, vivemos atualmente em sociedades de risco. O sentido da expressão, porém, não se vincula diretamente as crescentes hipóteses de risco – entendidas como o aumento real do número de acidentes – mas as sociedades que se organizam para fazer frente ao incremento daquelas hipóteses, introduzidas principalmente pelos avanços tecnológicos e pela intensa interferência humana no meio ambiente. Trata-se de sociedades preocupadas com seu futuro, com a sobrevivência das gerações futuras, e que necessitam desenvolver mecanismos aptos a garanti-lo. (Moraes, 2006, p. 236-237)

Nesse cenário:

> Em suma, a única certeza na sociedade de risco é a incerteza, pois os riscos não podem ser mensurados. A sociedade de risco, como quer Beck, é a sociedade da era industrial acrescida das inovações científicas e tecnológicas, cujos efeitos são imprevisíveis. Na verdade, os riscos sempre existiram, mas estes são os chamados novos riscos, que poderão levar a danos graves e irreversíveis às pessoas e ao meio ambiente, são os riscos do progresso. (Lopez, 2010, p. 03)

Sobre a necessidade de atualização dos alicerces jurídicos que traduzem a proteção da pessoa:

> A conceituação como sociedades de risco é, na realidade, consequência do fim da fase da fé cega no progresso da humanidade, confiança que havia definido a sociedade ocidental do séc. XIX como a de um "mundo de segurança" e delineado a legislação que o regulava mediante um sistema fechado e pretensamente completo que continha todas as respostas normativas. No decorrer do séc. XX, porém, a segurança foi irreversivelmente corroída. Como reflexo do novo panorama, pleno de incertezas, o legislador começa a utilizar-se de uma diversa linguagem normativa, passando a adotar cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados que, ao abrirem amplo espaço ao intérprete, acabam por acentuar a sensação de indeterminação e de insegurança perante o direito. Adverte-se então, a necessidade de individuar os princípios jurídicos que devem direcionar cada interpretação-aplicação do direito, de referi-los continuamente para enfrentar tendências de mais longo prazo e, de adotá-los para o preenchimento, em cada caso, das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados, os quais funcionam como instrumentos de incidência dos princípios e valores constitucionais nas relações intersubjetivas. (Moraes, 2006, p. 237)

Sendo assim, em uma leitura constitucionalizada, a responsabilidade civil tem como um de seus fundamentos o princípio da solidariedade social (CF, art. 3º, I), que conduz a uma necessária mudança na própria finalidade da responsabilidade civil, que, assumindo a centralidade da pessoa humana no seu conjunto regulador de interesses, deixa de priorizar o seu tradicional papel punitivo e passa a privilegiar a sua função reparatória. Dessa forma, mais

importante que infligir uma sanção ao ofensor é evitar o evento danoso e, na hipótese de este haver se consumado, reparar os prejuízos sofridos pela vítima que teve seu direito lesionado. Isso porque a solidariedade social demanda o zelo para com a integridade e a esfera de bem-estar alheias, o que inclui preservar o outro de danos e, no caso de sua ocorrência, repará-los de modo a reestabelecer o status quo ante.

Frisando essa modificação elementar, Maria Celina Bodin atesta:

> Já a canônica finalidade de moralização da responsabilidade civil parece ter sido substituída com vantagens pela concepção que vislumbra no instituto a presença, e a consequente realização, de um dever geral de solidariedade, também hoje previsto constitucionalmente (CF, art.3º, I), que se encontra na base do aforismo multissecular do *neminem laedere*, isto é, da obrigação de comportar-se de modo a não lesar os interesses de outrem. Trata-se aqui de tomar consciência de importante atualização de fundamento, fruto daquela historicidade, imprescindível à ciência jurídica, que se permite atribuir novo conteúdo a conceitos radicados. (Moraes, 2006, p. 239)

Ainda acerca da ênfase na reparação da vítima do dano, Bodin assevera que:

> (...) considerando-se a responsabilidade civil uma reação contra o dano injustificado, ela deixa 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 – se e quando existir uma razão jurídica que justifique este deslocamento. (Moraes, 2016, p. 122)

Daí a exigência de flexibilização da culpa como requisito absoluto da responsabilidade, uma vez que, diante da dificuldade de se aferir a presença do componente anímico que comprove a existência de culpa em diversas situações geradoras de dano, naturalmente se estaria diante da impossibilidade de se imputar a um autor a responsabilidade de proceder à reparação. Mais condizente com o espírito solidarista da Constituição e do próprio direito civil é o aumento das hipóteses de presunção da culpa, visto que, independente da culpabilidade subjetiva do autor, isto é, da reprovabilidade de sua conduta, o que ganha peso hodiernamente é a reparação/compensação do patrimônio jurídico da vítima do evento danoso.

> A complexificação social e a industrialização provocaram um salto no número cotidiano de acidentes, gerando danos injustos que, em virtude da incapacidade de vítima de comprovar a culpa do agente na produção do dano, ficavam irressarcidos. A insuficiência de um sistema de reparação calcado exclusivamente na noção de culpa lato sensu foi destacada de maneira pioneira por alguns juristas, que buscaram a construção de outros mecanismos de imputação de responsabilidade que prescindissem do elemento subjetivo. (Moraes, 2006, p. 248-249)

A realização do princípio da solidariedade é, portanto, resultado da superação do individualismo, que valorava primariamente a culpa, vinculando-a à necessidade de se punir o seu autor, para determinar se um dano seria passível de indenização. De modo diverso, atualmente se concebe que os riscos de se empreender certas atividades potenciais causadoras de danos, por si só, justificam a atribuição de responsabilidade. Por essa razão, o mentor de uma atividade de risco deverá compensar/reparar eventuais prejuízos desta decorrente,

independente da individualização de culpa, tendo em vista que o dever constitucional de solidariedade não permite que lesões ao terceiro atingido fiquem sem reparação.

> (...) O próprio funcionamento da sociedade industrial transforma os acidentes, tradicionalmente vistos como acontecimentos extraordinários, em eventos normalmente esperados, decorrentes do curso natural de atividades coletivas. As "fatalidades" tornam-se estatisticamente previsíveis e regulares: são os danos que "devem acontecer".
> Neste novo contexto, a utilização de um princípio de imputabilidade moral para justificar que o dano fosse transferido da vítima ao agente revelava-se incondizente com as diversas espécies de relações jurídicas próprias da sociedade moderna. Na medida em que estes danos anônimos são algo esperado pelo próprio desempenho da atividade, a imposição do dever de repará-los há de decorrer da mera assunção deste risco.
> A objetivação da responsabilização, neste ponto, nada mais é do que um aspecto de um processo maior de releitura do direito civil em virtude da incidência dos princípios constitucionais (Moraes, 2006, p. 250)

Nesta senda, quando se trata de avaliar a responsabilidade civil nas relações de família, embora a culpa permaneça sendo pressuposto indissociável da aplicação do instituto, há de se observar que o fundamento da solidariedade também deve orientar a responsabilização pelos danos provocados nesse âmbito. Assim, ao mesmo tempo em que o princípio se torna basilar para o direito de família, também exsurge como elemento conformador da própria noção de responsabilidade civil. Enquanto a solidariedade social enseja a objetivação da responsabilidade no exercício de atividades de risco, no direito de família este valor especifica-se no princípio da solidariedade familiar, o qual deverá alicerçar e nortear o funcionamento da responsabilidade civil quanto às possibilidades de indenização nas violações verificadas dentro das relações familiares.

A solidariedade familiar, consectário da solidariedade social prevista na Constituição – tendo em vista que a família é o núcleo mínimo da sociedade e deve refletir seus valores – é, pois, um princípio a ser utilizado para o preenchimento de cláusulas gerais de responsabilidade civil quando se estiver diante de conflitos que demandem soluções dessa natureza.

> O princípio é dotado de suporte fático hipotético necessariamente indeterminado e aberto, dependendo a incidência dele da mediação concretizadora do intérprete, por sua vez orientado pela regra instrumental da equidade, entendida segundo formulação grega clássica, sempre atual, de justiça do caso concreto. Quando um princípio entra em colisão com outro, para que um seja prevalecente, resolvendo-se a aparente antinomia, o caso concreto é que indicará a solução, mediante a utilização pelo intérprete do instrumento hermenêutico de ponderação dos valores em causa, ou do peso que o caso concreto provocar em cada princípio. (Lôbo, 2007, p. 02)

Nesse sentido, o conteúdo de tal princípio abrange o reconhecimento da interdependência entre os integrantes do grupo familiar na concretização da dignidade uns dos outros, especialmente no que se refere aos mais vulneráveis da relação. Para Gustavo Tepedino:

> (...) No ambiente familiar, essa tarefa se faz ainda mais importante, impondo-se à ordem jurídica mapear os indivíduos vulneráveis, oferecendo-lhes instrumentos para

> desenvolver suas potencialidades e superar sua condição de vulnerabilidade. É por isso que, além da tutela geral e abstrata da pessoa humana nas suas relações, justifica-se ainda mais a tutela específica concreta de todos os que estão nessa situação de vulnerados e, por isso, de desigualdade. Por isso, no âmbito da tutela dos vulneráveis, faz-se necessário identificar as necessidades específicas de cada grupo e, a partir daí, construir hermenêutica que vise à salvaguarda de seus interesses. (Tepedino, 2020, p.18-19)

Particularmente, a solidariedade é resultado do rompimento com o paradigma de tutela absoluta do indivíduo, porquanto o direito internaliza a concepção segundo a qual a concretização dos interesses pessoais sempre está condicionada e influenciada pelas relações estabelecidas por ele com os demais membros grupo. Importante ressaltar que não se trata de desconsiderar totalmente as necessidades do indivíduo em função do todo, mas sim de sopesá-las na interação com aqueles com quem convive.

Acerca da consolidação de tal princípio, Paulo Lôbo aduz:

> A solidariedade, concebida como diretriz geral de conduta, no direito brasileiro, apenas com a Constituição de 1988 inscreveu-se como princípio jurídico. Para Paulo Bonavides, o princípio da Solidariedade serve como oxigênio da Constituição e não apenas dela, dizemos, pois a partir dela se espraia por todo o ordenamento jurídico –, conferindo unidade de sentido e auferindo a valoração da ordem normativa constitucional. (Lôbo, 2007, p. 01)

Verifica-se, assim, que a grande relevância do princípio se dá, para além de sua eficácia vertical, no contexto da responsabilidade do Estado para com o bem-estar dos cidadãos por meio de políticas públicas, pela eficácia horizontal que impõe a responsabilidade dos sujeitos particulares com as demandas e espaços existenciais uns dos outros. Desse modo, os direitos subjetivos de cada um têm seu conteúdo e limites delineados pela exigência de solidariedade com seus pares. Como bem observado:

> A imposição de solidariedade levou ao desenvolvimento da função social dos direitos subjetivos, inclusive a propriedade e o contrato, que se tornou lugar comum neste inicio de século XXI. Sem a solidariedade, a subjetividade jurídica e a ordem jurídica convencional estão fadadas a constituírem mera forma de conexão de indivíduos que permanecem juntos, mas isolados. (Lôbo, 2007, p. 02)

Considerando que a família é organização social fruto da natureza humana relacional, a responsabilidade é, por isso mesmo, consequência lógica da solidariedade, ao mesmo tempo em que nela encontra seu fundamento. Tal espírito solidarista se exprime nessa seara mediante a cooperação e o cuidado. Colaboração recíproca entre iguais para manter a harmonia do lar, como é o caso dos cônjuges ou companheiros, e cuidado e assistência moral e material para com os vulneráveis, no caso dos filhos menores e dos idosos.

Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e do Estatuto do Idoso, a legislação infraconstitucional avançou no sentido de conferir efetividade aos dispositivos de proteção inscritos na Carta Magna – arts. 226 e 230, respectivamente –, elencando uma série de

direitos diretamente derivados dos direitos fundamentais, aos quais correspondem deveres jurídicos direcionados à pessoa de cada membro da entidade familiar. O cumprimento desses deveres é expressão máxima da solidariedade familiar no objetivo de realizar o macro princípio da dignidade humana e o desenvolvimento da personalidade daqueles em estado de maior fragilidade física e psíquica. Importante aludir à lição a seguir:

> O princípio da solidariedade vai além da justiça comutativa, da igualdade formal, pois projeta os princípios da justiça distributiva e da justiça social. Estabelece que a dignidade de cada um apenas se realiza quando os deveres recíprocos de solidariedade são observados ou aplicados. (Lôbo, 2007, p. 02)

Tal ocorre à medida que o princípio da solidariedade implica necessariamente no reconhecimento de que, para além de deveres de natureza moral, o cuidado e a convivência familiar despontam também como obrigações jurídicas a serem cumpridas pela família no melhor interesse dos vulneráveis, uma vez que seus direitos têm preferência no juízo de ponderação com os demais. Assim:

> A solidariedade familiar é fato e direito; realidade e norma. No plano fático, as pessoas convivem, no ambiente familiar, não por submissão a um poder incontrariável, mas porque compartilham afetos e responsabilidades. No plano jurídico, os deveres de cada um para com os outros impuseram a definição de novos direitos e deveres jurídicos, inclusive na legislação infraconstitucional, a exemplo do Código Civil de 2002, o que não significa que se alcançou a dimensão ideal de solidariedade, impondo pugnar-se por avanços legislativos. (Lôbo, 2007, p. 04)

Nessa direção já seguiam as disposições dos estatutos que consolidaram os direitos da criança, do adolescente e do idoso. Como já demonstrado, o ECA, por exemplo, ressalta inúmeras vezes o direito à convivência familiar, pois esta é tida como condição essencial da formação psicológica e social do indivíduo em fase de crescimento, motivo pelo qual é privilegiado, inclusive, o regime de guarda compartilhada dos filhos menores em caso de separação dos pais. Seguindo esse entendimento:

> Com fundamento explícito ou implícito no princípio da solidariedade, os tribunais brasileiros avançam no sentido de assegurar aos avós, aos tios, aos ex-companheiros homossexuais, aos padrastos e madrastas o direito de contato, ou de visita, ou de convivência com as crianças e adolescentes, uma vez que, no melhor interesse destes e na realização afetiva daqueles, os laços de parentesco ou os construídos na convivência familiar não devem ser rompidos ou dificultados. (Lôbo, 2007, p. 04)

Assim, no que concerne à responsabilidade civil aplicada às relações de família, a perspectiva constitucionalizada demanda o critério da solidariedade e, por conseguinte, a assunção da dimensão jurídica dos deveres relativos ao cuidado, à assistência moral e material, e à convivência familiar.

3.2. A dignidade humana como fundamento da responsabilidade civil por dano moral.

Ao tomar a Constituição como esteio condutor de seus conceitos e instrumentos, o microssistema da responsabilidade civil adota a tendência de repersonalização, orientando-se para a observância da dignidade humana como princípio fundamental em que deverá estar assentada. Nesse sentido, a despeito de permanecer relevante a tutela contra danos aos interesses patrimoniais, nota-se que sobreleva o reconhecimento de bens jurídicos de natureza existencial, considerados imanentes à própria condição humana e essenciais a sua plena satisfação. Tal é a consequência da consolidação, na Carta Magna, da possibilidade de reparação decorrente do dano moral.

Sobre o tema, assinala Maria Celina Bodin:

> A utilização da responsabilidade civil como instrumento de proteção de interesses existenciais foi impulsionada pela Constituição de 1988. A reparação do dano moral, expressamente garantida no texto constitucional, revelou-se como um dos mais importantes mecanismos de proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana em nosso ordenamento jurídico. No entanto, este é também o campo em que a arbitrariedade judicial se mostra mais desenvolta. O magistrado, na prática, recebe um cheque em branco, para decidir o que bem entender: ele *personifica* o dano bem como sua valoração e não se exige – nem se espera – que motive, do ponto de vista da racionalidade ou da quantificação, a sua decisão. (Bodin de Moraes, 2019, p. 02)

O problema apontado no excerto refere-se à dificuldade presente na prática judicial e que se estende até mesmo para a construção doutrinária acerca da definição do conceito e dos limites do dano moral. Este, embora radicado no texto constitucional e superada a antiga controvérsia sobre a sua admissão no ordenamento jurídico, ainda padece da dissonância e falta de sistematização no que diz respeito ao seu conteúdo. Desse modo, frequentemente se encontra decisões valorando a existência ou não de dano moral no caso concreto a partir de noções muito amplas e subjetivas, como a de sofrimento, desconforto, humilhação e vexame, por exemplo. Estas, como se observa, não correspondem a nenhum aspecto jurídico que deveria nortear a compreensão do tema.

Pontua-se, pois:

> Para a jurisprudência amplamente majoritária dos últimos anos, o dano moral significa qualquer "sofrimento moral" ou, como se convencionou dizer, ele corresponde à "dor, tristeza, sofrimento e humilhação causados injustamente a alguém". De fato, o mestre da responsabilidade civil brasileira, José de Aguiar Dias, sempre sustentou que "a distinção entre dano patrimonial e dano moral não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter de sua repercussão [psicológica, bem entendido] sobre o lesado. De forma que tanto é possível ocorrer dano patrimonial em consequência da lesão ao bem não patrimonial, como dano moral em resultado de ofensa a bem material (...)
>
> O conceito de dano moral no direito brasileiro, portanto, ficou sintetizado na inadequada e meta-jurídica formula: "causar a alguém, injustamente, um mal evidente que gere dor, tristeza, sofrimento e humilhação". Muito próximo, na verdade, do conceito sustentado pelo italiano Minozzi que, em 1901, afirmou não ser o dinheiro "nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a

> vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado" (...). (Bodin de Moraes, 2019, p. 04-05)

Contudo, é pertinente que a concepção de dano moral faça referência às categorias jurídicas que o fundamentam, afastando-se de conceitos de cunho subjetivo impossíveis de comprovação técnica e dependentes da ampla discricionariedade e do casuísmo na análise de cada juiz. Considerando que a reparação por dano moral visa tutelar direitos extrapatrimoniais, isto é, aqueles relativos à própria condição humana, cumpre observar que esta, de acordo com princípio fundamental inserto na Lei Maior, tem como valor inerente a dignidade.

Nesse sentido, a violação aos direitos que compõem e conformam a dignidade humana ensejará dano moral indenizável, uma vez que, neste caso, se estará diante de uma ofensa aos preceitos axiológicos imanentes à personalidade do ser humano. Sendo assim:

> O substrato material da dignidade assim entendida deve ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) os outros, como são iguais, são merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica que é titular; iii) cada um é dotado de vontade livre de autodeterminação; iv) cada um é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado.
> São corolários ou consequências imediatas desta elaboração filosófica os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade social e familiar, princípios que se encontram previstos na Constituição da República. (Bodin de Moraes, 2019, p. 12-13)

Nessa esteira, a valorização da dignidade humana como alicerce da responsabilidade civil acarreta, pois, a extensão expressiva dos danos considerados ressarcíveis, uma vez que a nova sistemática da responsabilização confere aos interesses inerentes à personalidade do indivíduo o status de bens jurídicos a serem alcançados pela sua proteção, não havendo mais que se falar em reparação somente pela violação aos direitos subjetivos de cunho patrimonial. Dessa forma, o grande questionamento que emerge nessa conjuntura concerne à determinação de quais os parâmetros utilizados na leitura da violação aos direitos fundamentais da personalidade, isto é, a partir de quando uma conduta desagradável deixa de ser tolerada enquanto resultado natural da convivência em sociedade e passa a produzir efeitos jurídicos, caracterizando desrespeito a direitos personalíssimos e gerando danos indenizáveis.

Ilustrando a relevância da discussão:

> A Constituição, nos incisos V e X de seu art. 5º, consagrou a possibilidade de indenização pelo dano exclusivamente moral, colocando um ponto final na acirrada controvérsia doutrinária até então reinante neste tema. Sua aplicação, contudo, não se resume à determinação da reparação do dano moral, mas tem também um papel fundamental na definição de seu conceito. [...] Sob esta perspectiva constitucionalizada, conceitua-se o dano moral como a lesão à dignidade da pessoa humana. Em consequência, "toda e qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição humana, que (mesmo longinquamente) pretenda tê-lo como objeto, que negue sua qualidade de pessoa, será automaticamente considerada violadora de

> sua personalidade e, se concretizada, causadora de dano moral. (Moraes, 2006, p. 245-247)

Nessas circunstâncias, é essencial recorrer-se ao entendimento segundo o qual os direitos de personalidade não são estáticos, ou seja, a velocidade das dinâmicas sociais que interferem nas relações entre indivíduos impõe que o ordenamento jurídico esteja aberto à legitimação de novos direitos e até mesmo à atualização da substância dos direitos formalmente previstos nas cláusulas gerais. Estas, como sobredito, conferem margem mais ampla ao operador do direito para preenchê-las seguindo um juízo valorativo atento às demandas de concretização da dignidade humana.

Ressalta-se, portanto, que:

> Quanto ao aumento das hipóteses de ressarcimento, sabe-se que a responsabilidade civil é um dos instrumentos jurídicos mais flexíveis, dotado de extrema simplicidade, estando apto a oferecer a primeira forma de tutela a interesses novos, considerados merecedores de tutela tão logo sua presença seja identificada pela consciência social, e que de outra maneira ficariam desprotegidos, porque ainda não própria por parte do legislador ordinário. (Moraes, 2006, p. 238)

3.3. A ilicitude presente na violação aos direitos de personalidade.

3.3.1. Os direitos da personalidade e sua proteção nas relações familiares.

Os direitos de personalidade, considerados intrínsecos à própria condição de pessoa[1], são aqueles que consubstanciam, no plano normativo, o valor fundamental da dignidade humana e por meio dos quais este princípio se expressa e se realiza. Sua consolidação na ordem jurídica brasileira se deu paralelamente ao fenômeno da constitucionalização do direito privado em meados do século XX, uma vez que, com a promulgação da Carta Política de 1988, pela primeira vez o tema foi objeto de positivação em um texto constitucional, sendo inserido no seu art. 5º, X.

Como bem observado por Delgado:

> Flávia Piovesan e Rômolo Russo Junior falam em "direitos do ser humano", sustentando que os "direitos da personalidade compõem direitos inerentes à condição humana e essenciais para a realização da personalidade humana, amplamente considerada tanto no plano físico como no plano moral, ou seja, 'em todos os domínios do viver' ". (Delgado, 2005, p. 06)

Consequentemente, sua proeminência na lei civil é observada a partir do Código de 2002, o qual dedicou capítulo específico para a disciplina do tema, constando dos seus artigos 11 a 21. Dotados de eficácia erga omnes, visto que são oponíveis em face de qualquer pessoa, suas peculiaridades em relação aos direitos subjetivos de conteúdo patrimonial incluem, de modo geral, a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade. Importa destacar, no que concerne à

[1] DELGADO, Mário Luiz. Direitos da personalidade nas relações de família. 2005, p. 04-06.

discussão de sua natureza jurídica, a tendência da doutrina a rejeitar a perspectiva clássica de direito subjetivo, tendo em vista que esta é relacionada historicamente aos direitos de cunho patrimonial e fruto da concepção individualista outrora prevalente. No contexto de repersonalização das relações privadas - do qual a categoria dos direitos da personalidade é expressão por excelência -, busca-se adotar uma concepção de interesses existenciais teleologicamente guiados para o desenvolvimento integro da personalidade humana.

Nesse sentido, pontua Fábio Siebeneichler de Andrade:

> Não obstante se aponte que a concepção jurídica atual privilegia a finalidade em detrimento da conceitualidade, é forçoso reconhecer que o tema da natureza jurídica dos direitos da personalidade constitui-se em um ponto palpitante da dogmática jurídica nacional. A razão parece residir na tentativa de refutação à qualificação dos direitos de personalidade como direitos subjetivos – orientação predominante na doutrina clássica -, sob o fundamento de que esta categoria estaria intrinsecamente vinculada ao instituto da propriedade, razão pela qual não se apresentaria como adequada para servir de base à tutela da pessoa e, por conseguinte, aos direitos de personalidade. Em essência, a opção pela teoria do direito subjetivo para amparar os direitos da personalidade representaria uma escolha patrimonialista, em oposição à percepção que privilegia a noção de pessoa no ordenamento jurídico atual. Nesse contexto, elege-se a concepção de que os direitos da personalidade seriam um complexo de interesses, voltado para o desenvolvimento da personalidade humana. (ANDRADE, 2013, p. 88-89)

É necessário frisar que o conteúdo dos direitos da personalidade esta interligado diretamente aos direitos humanos e aos direitos fundamentais, visto que, como derivam da cláusula geral da dignidade humana, a tendo como substrato material e tutelando os caracteres a ela imanentes, sem dúvidas estão inseridos nessas categorias de direitos. Assim, refletem o cenário de constitucionalização do direito civil, no qual as normas reguladoras das relações privadas emanam dos direitos fundamentais previstos na Constituição, que por sua vez constituem-se de direitos humanos reconhecidos internacionalmente e positivados no ordenamento jurídico pátrio[2]

Ressalta-se também que os direitos de personalidade contidos expressamente na Constituição e nas leis ordinárias não consistem em rol taxativo, visto que a proteção do ser humano em suas múltiplas necessidades existenciais não é passível de esgotar-se nas previsões legislativas que disciplinam o tema. Em vez disso, a doutrina propugna que tais direitos possuem conteúdo abrangente, sendo objeto de tutela jurídica múltiplos interesses, a serem reconhecidos nessa esfera à medida que novas demandas se descortinam[3].

Considerando, portanto, a função instrumental da família em prol da dignidade humana, dentro de sua perspectiva repersonalizada e solidarista, resta evidente que tal instituição

[2] DELGADO, Mário Luiz. Direitos da personalidade nas relações de família. 2005, p. 09-15.

[3] DELGADO, Mário Luiz. Direitos da personalidade nas relações de família. 2005, p. 07.

cumprirá esse objetivo somente à medida que se caracterizar como locus primário de observância e proteção aos direitos que garantam o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes[4]. Dessa forma, pode-se afirmar que o ponto de interseção entre o direito de família e os direitos da personalidade reside primordialmente no fundamento da dignidade humana, que deve conduzir qualquer espécie de relação jurídica, justificando a pertinência do respeito a esses direitos no âmbito familiar. Ensina Giselda Hironaka:

> [...] Feita essa digressão, confortável agora a afirmação de que é pela dignidade que os Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Direitos da Personalidade tocam e redesenham o Direito de Família, agora repersonalizado, solto das amarras do direito de castas, do privilégio, da desigualdade, do individualismo e do poder, para se prender agora ao direito das pessoas, da equidade, da solidariedade, do pluralismo, enfim, da dignidade.
> Nessa perspectiva, cabe discutir a função da família para proteção dos Direitos da Personalidade, dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos. É o debate sobre a função da família e a respeito da sua responsabilidade que imbricará e desvendará a medida de correlação entre esses ramos da dogmática jurídica.
> É inegável que o seio da família forma os que dela participam. É nela que a pessoa se prepara ou é preparada para a vida gregária, despoluindo ou recebendo obstáculos no caminho entre seu espaço privado e o espaço público. Mais do que simples pessoas, o objetivo da família é formar cidadãos, não apenas das suas cidades e respectivos países, mas do mundo, para que respeitem a dignidade alheia e tenham a si próprios respeitados. (HIRONAKA, 2018, p. 325-326)

Seguindo esse raciocínio, cabe pontuar que uma das maneiras de concretização dessa dignidade no ambiente familiar se dá mediante a garantia da integridade psicofísica, a qual se classifica como um direito de personalidade[5]. No que tange aos pilares da dignidade humana e sua proteção nas relações de família, "o direito à vida compreende o direito à integridade físico-psíquica, tutelando a intangibilidade das dimensões física e mental da pessoa humana, protegendo-a contra qualquer tipo de agressão física e psicológica" (DELGADO, 2005, p. 25).

No que tange à pessoa dos filhos, a dimensão da integridade psíquica será garantida mediante o respeito ao direito à convivência familiar e comunitária, à assistência moral e à educação, os quais consubstanciam seus principais interesses no que se refere à formação hígida da personalidade.

Em razão do exposto, a tutela aos referidos direitos no contexto de haver vínculo familiar entre os envolvidos em eventual lide de reparação por dano moral é reconhecida e defendida pela doutrina, em consequência da relação direta já mencionada entre o dano moral e a inobservância aos direitos da personalidade responsáveis por realizar a dignidade humana. Nas palavras de Delgado:

> No caso específico de responsabilidade civil por dano moral no âmbito das relações de família, não podemos deixar de nos referir ao conceito de dano moral: ao contrário

[4] DELGADO, Mário Luiz. Direitos da personalidade nas relações de família. 2005, p. 02.
[5] DELGADO, Mário Luiz. Direitos da personalidade nas relações de família. 2005, p. 24.

> do que afirmam muitos autores, o dano moral não é a dor ou o constrangimento, nem muito menos o sofrimento ou o desconforto experimentado pela pessoa. Dano moral é simplesmente o dano decorrente da violação a direito da personalidade, pouco importando os aspectos subjetivos da vítima. O dano moral não pode ser identificado com a dor exatamente pela impossibilidade de qualquer mensuração do sofrimento. Não há como se estabelecer graus de dor. E isso é importante para que não se fale em patrimonialização dos sentimentos. Havendo violação de direito da personalidade, surge o dever de indenizar, pouco importando os sentimentos da vítima. (DELGADO, 2005, p. 51-52)

3.3.2. O pressuposto da ilicitude na responsabilidade civil.

No que tange especificamente ao conceito de ato ilícito para fins de reparação civil, a noção fundamental dele se relaciona à violação de preceitos protegidos pelo ordenamento jurídico, bem como a transgressão de deveres por ele impostos[6]. Nestes termos, convém aludir ao disposto na cláusula geral de responsabilidade civil do artigo 186 do Diploma Civil vigente, segundo o qual "aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, cometerá ato ilícito".

Dessa forma, é essencial ressalvar que a ideia geral de ilicitude enquanto um juízo de atuação em desacordo com o direito pela infração de um dever jurídico se caracteriza como pressuposto autônomo a ser preenchido no caso da obrigação de indenizar[7], independente da culpa, do dano e do nexo de causalidade, conforme se pode extrair do artigo 927 do Código Civil, nos termos do qual "aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo"[8]. Neste particular, pode-se afirmar que a ilicitude, por si, é vinculada à pessoa do ofendido, prevendo por quais motivos e em quais situações seus interesses são aptos a receber tutela jurídica, isso é, em que medida um ato contraposto a um interesse particular será considerado antijurídico. Assim, nas palavras de Felipe Teixeira Neto:

> (...) Por essas considerações é que a diferenciação preconizada por Claus-Wilhelm Canaris no sentido de que a ilicitude diria o porquê e em que circunstâncias o lesado recebe a proteção do ordenamento jurídico ao passo em que a culpa o porquê e em que circunstâncias ao agente é imposto o ônus de suportar o prejuízo sofrido por terceiro ainda parece ser a que melhor atende a esta necessidade de um tratamento particular para cada um dos pressupostos em jogo. (NETO, 2017, p. 1171)

Considerando a ilicitude como o pressuposto de natureza jurídica que possibilita a constatação de um juízo de imputação a determinado agente incumbido de reparar o dano

[6] BOSCO, Carlos Alberto. A ilicitude como pressuposto da responsabilidade civil. Suas modalidades e causa de exclusão. Especial diferencial entre a autocolocação em risco e o consentimento do lesado. 2019, p. 126.
[7] NETO, Felipe Teixeira. A ilicitude enquanto pressuposto da responsabilidade civil delitual: um exame em perspectiva comparada (luso-brasileira). 2017, p. 1186.
[8] NETO, Felipe Teixeira. A ilicitude enquanto pressuposto da responsabilidade civil delitual: um exame em perspectiva comparada (luso-brasileira). 2017, p. 1165-1168.

provocado, o ato gerador de consequências jurídicas, além do seu aspecto volitivo[9], pode ser verificado tanto pela modalidade de ação quanto de omissão do sujeito. Acerca do que se entende como ato voluntário:

> É de bom alvitre fazer constar que, na responsabilidade pelo risco, o dano indenizável tanto pode ser proveniente de um fato praticado pela pessoa do responsável, por fato de terceiro, de fatos naturais e até do próprio lesado; todavia, a responsabilidade fundadas em fatos ilícitos, ao revés, assenta sempre sobre um fato da pessoa obrigada a indenizar. Dessa maneira, não se exige que a conduta do agente seja intencional, bastando que exista uma conduta que lhe possa ser atribuída em razão de estar sob o controle da sua vontade. Não se pretende assim, restringir os fatos humanos relevantes em matéria de responsabilidade aos atos intencionados, ou seja, àqueles casos em que o agente tenha prefigurado mentalmente os efeitos do ato e tenha agido em vista de sua existência. (BOSCO, 2019 p. 128-129)

Quando se trata do fato voluntário por omissão, importa destacar que esta é reputada relevante com a cumulação de dois requisitos, quais sejam: 1) quando a prática do ato teria o condão de evitar o dano ou ao menos diminuir a probabilidade de sua ocorrência; 2) quando existe o dever resultante de previsão legal da prática de determinada conduta. Nesse sentido, conforme lição de Carlos Alberto Bosco:

> (...) se existe um dever genérico de não lesar os direitos alheios (*neminem laedere*), de outra banda, não existe uma correspondente obrigação geral de evitar a ocorrência de danos para outrem, porquanto absolutamente impossível. Por isso que, para alguém ser responsabilizado pelos danos suportados em razão da sua omissão, é exigido que, além dos outros pressupostos da responsabilidade delitual, haja um dever específico violado: que o lesante esteja na posição de garantidor da não ocorrência daqueles mesmos danos, isto é, que ele tenha o dever jurídico da prática do ato do qual se absteve. (BOSCO, 2019 p. 129-130)

Para além das modalidades de ilicitude (ação e omissão), o seu conteúdo precisa ser delineado em consonância com a metodologia civil-constitucional de interpretação e aplicação dos institutos e categorias jurídicas do direito privado. Assim, tendo em vista o artigo 186 constituir uma cláusula geral, esta traz grande possibilidade de alargamento conceitual para abranger situações de contrariedade além da violação dos direitos subjetivos propriamente ditos[10].

Nesse sentido, o alcance da expressão *violar direito* prevista no artigo 186 deve ser compreendido não somente no que concerne aos direitos subjetivos, mas englobar também o desrespeito aos preceitos legais tendentes à proteção de interesses alheios. Dessa forma, qualquer violação de dever jurídico imposto com o fim de tutelar um valor de relevância para outro indivíduo deverá ser considerado ilícito.

---

[9] BOSCO, Carlos Alberto. A ilicitude como pressuposto da responsabilidade civil. Suas modalidades e causa de exclusão. Especial diferencial entre a autocolocação em risco e o consentimento do lesado. 2019, p . 128.
[10] NETO, Felipe Teixeira. A ilicitude enquanto pressuposto da responsabilidade civil delitual: um exame em perspectiva comparada (luso-brasileira). 2017, p. 1178-1179.

Sendo assim, para efeitos de delimitação da antijuridicidade de uma conduta, a violação a direitos aqui abordada naturalmente abarca os direitos de cunho extrapatrimonial, quais sejam, os direitos absolutos relativos à personalidade e os direitos familiares, enquanto a definição das normas orientadas à proteção de interesse alheio dependerá de uma adaptação dos contornos materiais do conceito de ilicitude de acordo com as contingências dos valores sociais tidos como relevantes no contexto de espaço e tempo a ser avaliado[11]. Assim, de acordo com os princípios reconhecidos constitucionalmente e que tutelam a pessoa humana nas suas variadas dimensões (patrimonial, física e psíquica) poderá se determinar quando uma conduta – comissiva ou omissiva – será apta a enquadrar-se na infringência de uma norma voltada para proteger interesse alheio. Em suma:

> Assim é que, hoje, a par das imperfeições legislativas ainda presentes, a ilicitude extraível do Código Civil de 2002 já é associada à "contrariedade às regras de dever-ser postas no Ordenamento jurídico compreendido como uma dinâmica e complexa totalidade de regras, princípios e modelos jurídicos derivados das quatro fontes de produção de normatividade" (lei, jurisprudência, doutrina e costume). (NETO, 2017, p. 1179-1180)

De se concluir, pois, que a interpretação a ser conferida à Lei Civil brasileira não deve considerar a matéria de ilicitude definida por um modelo de taxatividade, no qual apenas a violação a determinada categoria de direitos subjetivos seja tida como ilícita. Em vez disso, deverá se atentar para o conjunto principiológico e legislativo que traz os preceitos jurídicos protetivos de interesses alheios e, consequentemente, orienta quais comportamentos contrários a estes são aptos a caracterizar o ato ilícito indenizável.

Assim, a ilicitude no âmbito civil será verificada quando uma conduta lesionar os direitos fundamentais da personalidade e os alicerces da responsabilidade aquiliana já mencionados, quais sejam, a dignidade humana e a solidariedade, visto que estes princípios inegavelmente constituem normas de proteção a interesses relevantes para o indivíduo e, portanto, reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

4. O ABANDONO AFETIVO PARENTAL COMO ILICITUDE CIVIL.

É necessário contextualizar a problemática do abandono afetivo parental discutindo o papel do convívio familiar, e mais precisamente da referência paterna e materna na formação pessoal da criança e do adolescente. Como já abordado, a consolidação do atual paradigma de família remodelou as funções parentais tradicionais no processo de criação e educação dos

[11] NETO, Felipe Teixeira. A ilicitude enquanto pressuposto da responsabilidade civil delitual: um exame em perspectiva comparada (luso-brasileira). 2017, p. 1173-1174.

filhos. Nesse contexto, passa-se a atentar para presença da afetividade como elemento relevante para o amadurecimento biopsicossocial dos indivíduos, posto que cresce a importância da participação paterna no ambiente doméstico, deixando o homem de ser somente figura de autoridade e provedor do sustento material e passando a contribuir para a educação dos filhos.

Assim, a relação entre pais e filhos experienciada durante tal processo é basilar para o surgimento de vínculos e trocas emocionais que caracterizam suporte afetivo importante para a idade adulta. Isso porque, sendo a família o primeiro grupo social do qual o indivíduo faz parte, ele possui papel fundamental na sua constituição, influenciando seu comportamento mediante as ações e medidas educativas. É, portanto, no seio familiar que ocorre a socialização primária, responsável pela adaptação do indivíduo às exigências de convivência em sociedade.

Ademais, o referido processo socializador impulsiona o sujeito a elaborar sua identidade e subjetividade. Tal ocorre à medida que a família exerce sua função psicológica de proporcionar afeto, servindo de alicerce para as necessidades existenciais, auxiliando na superação de momentos de crise e criando um ambiente facilitador para a aprendizagem empírica, que serve de base para o desenvolvimento cognitivo.

Sendo assim, os adultos, notadamente os pais, atuam como modelos de comportamento no período da infância e da adolescência, quando os filhos demandam a participação de seus genitores para orientação e diálogo. A falta destes nessa fase pode provocar ou acentuar inclusive dificuldades de relacionamento, afetando a saúde psíquica. Dessa forma, as experiências vivenciadas pelo jovem no seu ambiente familiar, sem dúvida, contribuem para a sua formação enquanto adulto.

Nestes termos, o abandono afetivo parental pode ser identificado quando os pais (ambos ou um deles) negligenciam o exercício dessas funções básicas, comprometendo tanto a harmonia e a qualidade do relacionamento familiar, quanto o seu próprio vínculo interpessoal com os filhos. Tendo em vista que esses aspectos influenciam diretamente o desenvolvimento do indivíduo, esse rompimento pode culminar no surgimento de déficits e transtornos psicoafetivos.

Diante do exposto, convém determinar, pois, a natureza da obrigação de dar afeto, isto é, se esta constitui uma espécie de dever jurídico fundamental ou apenas dever moral. É pertinente, assim, identificar em que medida a afetividade (ou a falta dela) possui o condão de produzir efeitos no âmbito jurídico. Para tanto, recorre-se a atual concepção de família segundo os moldes constitucionais, de acordo com a qual afetividade é elevada ao status de princípio do direito de família, estando normatizada não com essa terminologia, e sim mediante os diversos

dispositivos presentes na carta magna e na legislação infraconstitucional que tutelam a família e a pessoa da criança e do adolescente.

Considerando a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, as relações de família, também entre pais e filhos, devem ser orientadas pelo princípio da proteção integral à criança e o direito ao convívio familiar, de acordo com todas as disposições anteriormente esmiuçadas e que consubstanciam tal doutrina de proteção integral. Sendo assim, todos os direitos referentes à pessoa dos filhos, os quais, segundo já abordado, se encontram na Constituição, no Código Civil e no ECA, bem como os correspondentes deveres parentais de garanti-los e suprir as necessidades de assistência moral, educação e convivência familiar, materializam, no plano jurídico, o valor da afetividade e a consequente obrigação de proporcioná-la.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o ordenamento jurídico, no que tange à disciplina da família e da proteção à infância, reconhece a relevância do papel dos pais no processo de desenvolvimento dos filhos, visto que àqueles impõe uma série de deveres inerentes ao exercício de seu poder familiar. Exsurge, por conseguinte, o afeto à medida que se identifica o cumprimento de tais deveres. Assim, uma vez que os direitos conferidos aos filhos desempenham função de garantir o desenvolvimento de sua personalidade, a afetividade, que subjaz o conteúdo desses direitos, atua como mecanismo de proteção da dignidade humana.

Dessa forma, embora não haja menção expressa ao dever de dar afeto, a leitura ampla e sistemática do conjunto de normas reguladoras do direito de família e de tutela da criança e do adolescente permite o reconhecimento desse dever, que passa a ter caráter normativo de dever fundamental, e não apenas de cunho extrajurídico, sendo a contrapartida do direito à proteção integral. Como visto, a formação da personalidade humana perpassa pelas relações interpessoais desenvolvidas na infância, daí porque a imposição da maternidade e paternidade responsável pela Constituição envolve, além do suporte material, o amparo moral e afetivo essencial durante o desenvolvimento psicossocial da criança.

Como se pode observar, quando se trata de abandono afetivo parental, faz-se referência à inobservância dos deveres elencados como atribuições conferidas pelo ordenamento jurídico à família e, mais precisamente, aos pais. Sabendo, por conseguinte, que a tais deveres correspondem direitos essenciais à construção da personalidade saudável, o rompimento com o princípio da afetividade gerado por pais que negligenciam o cuidado, a educação, a assistência moral e a convivência familiar, sem dúvida, culmina em violação à própria personalidade do indivíduo em formação.

De acordo com a perspectiva segundo a qual os direitos da personalidade constituem um amplo rol de interesses orientados à efetivação da dignidade humana, os direitos supracitados, bem como a integridade psicofísica, se enquadram na categoria de direitos de personalidade aptos a garantir a proteção integral dos filhos no ambiente familiar.

Seguindo esse raciocínio, os pais que, deliberadamente, apresentam conduta negligente e omissa ao longo do processo de criação dos filhos, se abstendo de educá-los e se fazer presentes por meio da convivência, proporcionando amparo psicológico e assistência moral, recaem em ofensa aos direitos de personalidade. Essa violação, portanto, pode ensejar o reconhecimento da existência de ilicitude civil, uma vez que, como já observado, o ato ilícito pode ocorrer mediante a omissão daquele que possui o dever jurídico de praticar determinado ato, estando em posição de garantidor para evitar a ocorrência do dano.

É essa, precisamente a função dos pais: exercer as atribuições que lhe são conferidas pela ordem jurídica - inclusive pôr as crianças e adolescentes a salvo de qualquer forma de negligência - que expressam o amplo dever de cuidado, garantindo a integridade psíquica dos filhos, e resguardando-os de prejuízos advindos de sua ausência durante a fase infantil. Assim, pode-se dizer que a ilicitude no abandono afetivo se caracteriza pela via da omissão.

Além disso, vislumbra-se a existência do ato ilícito porquanto a conduta negligente de pais que abandonam afetiva e moralmente os filhos incorre na afronta de preceitos jurídicos voltados para a proteção de interesses alheios, neste caso o próprio princípio da proteção integral que rege o ECA, o qual preconiza, em seu artigo 3º, que à criança e ao adolescente devem ser asseguradas as condições para seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social.

Da mesma forma, a ilicitude desse abandono está presente na violação da cláusula fundamental da dignidade humana, tendente a tutelar tanto os interesses dos filhos no seio familiar, dentro da concepção de família funcionalizada ao desenvolvimento pessoal de seus membros, quanto orientada a proteger os direitos da personalidade para efeito de reconhecimento do dano moral. Por fim, o ato ilícito em questão é identificado na ofensa que o abandono gera ao princípio da solidariedade familiar, o qual igualmente tende a proteger os interesses dos mais vulneráveis na relação de família, nesse caso servindo de suporte para o direito dos filhos a serem educados e assistidos, e, consequentemente, para pleitear reparação civil por dano moral em razão da contrariedade ao referido preceito.

Acerca do reconhecimento da ilicitude no abandono afetivo em sede jurisdicional, o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar demanda pleiteando dano moral em decorrência de abandono parental, analisou a questão da seguinte maneira:

Em acórdão proferido no Recurso Especial 1.159.242-SP (2009/0193701-9), a terceira turma deu parcial provimento ao recurso interposto por um pai contra acórdão do TJ-SP, que havia concedido pedido de indenização da filha por dano moral em razão de abandono afetivo. Na ocasião, o recorrente alegava que a decisão do tribunal de origem contrariou os artigos 186, 944 e 1638 do Código Civil, por não ter havido o referido abandono, aduzindo que, ainda que este fosse configurado, não se revestiria tal fato de ilicitude, afastando, pois, a possibilidade de reparação diante da ausência de um dos pressupostos da responsabilidade civil. Ademais, sustentou que a perda do poder familiar seria a única consequência possível em caso de negligência paterna no cumprimento dos deveres relativos ao cuidado com os filhos.

Em contrarrazões, a filha (recorrida) reiterou haver sido vítima, desde o nascimento, de abandono material e afetivo por parte do pai, sustentando não haver motivo para a reforma da decisão do TJ-SP.

A relatora, Ministra Nancy Andrighi, sintetizou a controvérsia da lide na determinação do cabimento ou não do dever de indenizar pelo abandono afetivo levado a efeito pelo pai - e reconhecido em segunda instância - enquanto omissão no exercício de seus deveres parentais. Sustentou, então, que inexistem restrições legais para a aplicação das regras de responsabilidade civil nas relações familiares, embora sejam dotadas de peculiaridades em razão dos sentimentos que as envolvem. Além disso, esclareceu que a perda do poder familiar em caso de omissão no dever de cuidado é uma medida tomada em função da integridade física da criança e do adolescente, não excluindo a possibilidade de compensação por eventuais danos causados em razão dessa omissão.

Ao tratar da identificação dos pressupostos da responsabilidade civil (ilicitude, culpa, dano e nexo causal) nas relações de família, ressaltou a dificuldade de identificá-los diante dos fatores subjetivos que entremeiam essa relação. Contudo, considerou que, perante a esfera jurídica, existe o vínculo objetivo entre pais e filhos, do qual decorre um núcleo mínimo de cuidados (previstos constitucionalmente e legalmente) a serem observados durante o processo de crescimento do infante. O vínculo jurídico é, portanto, o fator principal a ser levado em consideração nos casos de responsabilização civil pelo descumprimento de deveres inerentes ao poder familiar. Tal vínculo surge à medida que se constata a responsabilidade parental em razão do ato volitivo de gerar ou adotar filhos.

Nestes termos:

> Sob esse aspecto, indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos, sendo monótono o entendimento doutrinário de que, entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança.
>
> E é esse vínculo que deve ser buscado e mensurado, para garantir a proteção do filho quando sentimento for tão tênue a ponto de não sustentarem, por si só, a manutenção física e psíquica do filho, por seus pais-biológicos ou não. (ANDRIGHI, 2012, Resp. nº 1. 159. 242 - SP)

Discutindo especificamente o elemento da ilicitude para fins de omissão juridicamente relevante a caracterizar o referido pressuposto da responsabilidade civil, a relatora reconheceu o valor do cuidado como dever jurídico, o qual é dotado de relevância devido ao seu papel fundamental na formação hígida da personalidade do filho. Assim, estabeleceu que não se trata de um fator secundário, e sim primordial na garantia da integridade psicofísica da criança e do adolescente.

Necessário, pois destacar o seguinte excerto do voto:

> Essa percepção do cuidado como tendo valor jurídico já foi, inclusive, incorporada em nosso ordenamento jurídico, não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/ 88.
>
> Ver-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: o cuidado é fundamental para formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível - o amor - mais, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar.
>
> Negar ao cuidado o status de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na parte final do dispositivo citado: "(...) além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (...)".
>
> Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empeço sempre declinado quando se discute o abandono afetivo - a impossibilidade de se obrigar a amar.
>
> Aqui não se fala ou não 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. (ANDRIGHI, 2012, Resp. n 1.159.242- SP)

Dessa forma, a Ministra propugnou o entendimento segundo o qual, embora o sentimento de amor não seja passível de mensuração objetiva, a discussão deve centrar-se na verificação da observância aos deveres relativos ao cuidado parental, podendo sua existência ser identificada ou não no caso concreto mediante os elementos probatórios que demonstrem as ações exercidas pelos pais em benefício da prole. Assim, embora não se possa incutir no genitor o sentimento de amor por força de disposições legais, é possível ao ordenamento jurídico impor a ele que se atente ao exercício do dever de cuidado.

Conforme demonstrado nas instâncias de origem, o genitor violou o mencionado dever de cuidado mediante comportamentos, tais como o preterimento da filha em relação aos outros filhos, a recusa no reconhecimento da paternidade (o que só ocorreu por via judicial) e a falta de desvelo, atenção e convivência, sem que tenha havido qualquer interesse em estabelecer contato e relacionamento com a filha. Calcada nessas razões, a relatora reconheceu os efeitos jurídicos dessa negligência, reputando a ilicitude do abandono afetivo pela via da omissão, uma vez que a conduta voluntária atingiu um bem juridicamente tutelado, qual seja, as funções parentais de criação e educação da prole.

Por fim, ao pontuar a existência dos demais pressupostos para responsabilização civil - culpa, dano e nexo de causalidade - a Ministra concluiu pela procedência parcial do recurso, concedendo apenas a redução do valor da indenização fixado inicialmente pelo TJ-SP, mantendo, contudo, o entendimento da existência de dano moral.

Quanto ao voto dos demais ministros da terceira turma, houve divergência no entendimento do Ministro Massami Uyeda, o qual concluiu pelo provimento do recurso do pai, posto que, para ele, o abandono em discussão não poderia dar ensejo ao dano moral, sendo caracterizado como parte dos diversos acontecimentos que podem gerar frustração nas relações interpessoais desenvolvidas no meio familiar, não devendo ser objeto sequer de apreciação pelo Poder Judiciário, por envolver sentimentos de mágoa e ressentimento. Dessa forma, votou no sentido contrário ao reconhecimento de omissão ilícita no abandono afetivo.

De modo diverso, os Ministros Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino acompanharam o voto da relatora. O primeiro ressaltou a possibilidade do dever de reparar por dano moral em decorrência de abandono parental, destacando o tratamento discriminatório concedido à filha abandonada em comparação com os outros. Contudo, embora reconhecendo a omissão injusta geradora de ato ilícito e o fato de que a perda do poder familiar enquanto sanção pela negligência paterna não obsta a pretensão indenizatória da filha, concluiu pela redução de valor devido a título de reparação, uma vez que esta deve ser proporcional à responsabilidade do genitor no abandono, o qual, no caso em questão, teria sido provocado também pela mãe, que, segundo reconhecido em primeira e segunda instância, haveria dificultado qualquer aproximação entre pai e filha devido a sua hostilidade para com o recorrente.

Em consonância com o voto acima, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino considerou pertinente reduzir o montante da indenização diante da circunstância do caso, em que o convívio do pai com a filha fora inexistente em parte devido ao comportamento agressivo da mãe.

Defendeu a concepção segundo a qual o dano moral nas relações familiares só deve ser reconhecido em situações excepcionais, visto que são dotadas de particularidades envolvendo uma complexidade de sentimentos, devendo-se evitar, segundo ele, a patrimonialização de relações pessoais. Reconheceu, nesses termos, que o abandono afetivo, quando configurado, se enquadra nessa excepcionalidade, estando presentes os requisitos da responsabilidade civil, notadamente a ocorrência do ato ilícito em razão da omissão no dever de cuidado parental.

Segundo o ministro, embora não exista modelo absoluto para a criação e educação dos filhos, a ampla margem de liberdade dos pais nesse quesito não pode admitir a total negligência no exercício e dever de cuidado. Sendo assim, quando se observa o descumprimento das mínimas obrigações referentes ao cuidado com os filhos, resta caracterizado o abandono afetivo e a consequente ilicitude, o que se identificou nas provas apresentadas no caso em apreço.

A decisão proferida pelos Ministros da terceira turma do Superior Tribunal de Justiça, em 10/05/2012, foi a primeira na qual se observou o entendimento da pertinência da reparação por dano moral em razão de abandono afetivo parental. A despeito do provimento parcial do recurso do pai, que reduziu o montante indenizatório, é importante ressaltar a abertura da Corte, especialmente nos termos do voto da relatora, para o reconhecimento da existência de ilicitude enquanto pressuposto da responsabilidade civil, quando caracterizado efetivamente que houve omissão e negligência no exercício do dever de cuidado, representado pelos dispositivos constitucionais e legais de proteção à família e à infância.

Na mesma direção, a última decisão do tribunal – em 2022 –, também proferida pela terceira turma, dessa vez em processo que não teve o número divulgado pois tramitou sob sigilo judicial, considerou a inobservância do dever de cuidado como fator preponderante para a condenação de um pai a reparar civilmente sua filha devido ao rompimento da relação com a mesma durante a sua infância, verificando-se, no caso, que o genitor não participou da criação, educação e desenvolvimento da criança, provocando, assim, dano à integridade psíquica, devidamente comprovado nos autos. O acórdão reformou decisão de segundo grau que havia julgado improcedente o pleito da filha sob o entendimento da impossibilidade de se quantificar o sofrimento decorrente da falta de amor paterno.

Conforme analisado, porém, o abandono afetivo não se trata, para fins de apreciação jurídica, de mensurar o sentimento de amor ou a falta dele, tampouco a dor subjetiva do filho abandonado, e sim de verificar objetivamente o descumprimento dos deveres parentais, através do comportamento omissivo, bem como, a consequente violação aos direitos da personalidade do filho, notadamente a integridade psicológica. Nesse sentido, as duas decisões ora

examinadas, acertadamente, estão em consonância com a exigência da parentalidade responsável e que atenda ao melhor interesse da criança e do adolescente.

Para finalizar a análise da complexa questão envolvendo abandono afetivo, é indispensável destacar a atual disciplina legislativa acerca do tema. Neste particular, ainda não existe lei ou dispositivo de lei abordando direta e especificamente o assunto. Contudo, este é objeto do Projeto de Lei 4294/08, do ex-deputado Carlos Bezerra (MT). A proposta altera o Código Civil e o Estatuto do idoso, incluindo nestes a possibilidade de indenização por dano moral em consequência do abandono afetivo de filhos ou de pais idosos.

O referido PL foi aprovado, em setembro de 2021, pela Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa, após parecer favorável apresentado pelo relator, deputado Felício Laterça (PSL- RJ). A proposta leva em consideração, que, dentre as obrigações recíprocas na relação paterno-filial, existe o apoio e atenção mínimos para o saudável desenvolvimento da personalidade dos filhos e ao respeito e solidariedade familiar com as pessoas idosas. A tramitação do projeto ainda depende da análise definitiva pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados.

5. CONCLUSÃO.

Considerando desde o processo de constitucionalização do direito de família e da responsabilidade civil, que provocou profunda transformações na sistemática de interpretação e aplicação dos institutos a eles referentes, bem como a relação da ofensa aos direitos da personalidade com a ilicitude civil, se deduz que o abandono afetivo parental pode ser caracterizado como ato ilícito gerador de dano moral reparável.

Esta assertiva está calcada na análise inicial acerca da consolidação da afetividade como princípio jurídico orientador das relações de família, uma vez que o fundamento da dignidade da pessoa humana impõe que a tutela da família seja funcionalizada à realização pessoal de seus integrantes. Sendo assim, no contexto de um direito de família repersonalizado – que valoriza as relações humanas para além de seus aspectos patrimoniais – a afetividade representa sustentáculo axiológico para a tutela dos direitos da personalidade dos filhos no ambiente familiar.

Tais direitos, conforme anteriormente exposto, não constam de em rol taxativo, do que se extrai que os dispositivos constitucionais e legislativos (ECA e Código Civil) que preveem a garantia de assistência moral, educação, convivência familiar e integridade física e psíquica

da criança e do adolescente, quando transpostos para o direito de família, possuem em seu conteúdo direitos voltados ao desenvolvimento da personalidade dos filhos.

Atentando-se, igualmente para o valor da dignidade humana como substrato da reparação civil por dano moral e do princípio da solidariedade como norteador da sistemática da responsabilidade civil em geral, que se desdobra na solidariedade familiar quando se trata da aplicação dessa responsabilidade na seara da família, constrói-se o entendimento da importância da proteção aos direitos da personalidade.

Finalmente, apreciando-se a lógica interseção do desrespeito a esses direitos com o conceito de ilicitude civil, depreende-se que o abandono afetivo parental, quando ocorre omissão no cumprimento dos deveres parentais relativos ao cuidado com a prole, incorre em inevitável violação a personalidade dos filhos, tendo em vista que a assistência moral e afetiva dos pais nas fases da infância e da adolescência caracteriza importante fator para o desenvolvimento saudável da psique do indivíduo.

Diante disso, é evidente que, para fins de análise dos pressupostos da responsabilidade civil, o abandono afetivo perpetrado pelo genitor recai, inevitavelmente, em ilicitude civil. Em conjunto com a constatação da existência de dano à integridade psíquica do filho negligenciado e do nexo de causalidade entre a omissão quanto a observância ao dever de cuidado e o referido dano, poderá essa espécie de abandono dar azo à condenação ao pagamento de indenização a título de dano moral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abandono afetivo: Decisão do STJ e aprovação de projeto de lei na Câmara trazem novas perspectivas sobre o tema. IBDFAM: Instituto Brasileiro de Direito de Família [online], 30 set. 2021. Notícias. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/8967/Abandono+afetivo%3A+Decis%C3%A3o+do+STJ+e+aprova%C3%A7%C3%A3o+de+projeto+de+lei+na+C%C3%A2mara+trazem+novas+perspectivas+sobre+o+tema>. Acesso em: 30 mai 2022.

Abandono afetivo: STJ condena pai a pagar indenização por danos morais à filha; especialista comenta. IBDFAM: Instituto Brasileiro de Direito de Família [online], 24 fev. 2022. Notícias. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/9392/Abandono+afetivo%3A+STJ+condena+pai+a+pagar+indeniza%C3%A7%C3%A3o+por+danos+morais+%C3%A0+filha%3B+especialista+comenta>. Acesso em: 30 mai 2022.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler. **A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual**. Revista Derecho del Estado, n.º 30, p. 93-124, janeiro-junho de 2013. Disponível em: < http://www.scielo.org.co/pdf/rdes/n30/n30a05.pdf>. Acesso em: 18 mai 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista de Direito Administrativo, v. 240, p. 1-42, 2005. Disponível em: < https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 28 mai 2022.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BOSCO, Carlos Alberto. **A ilicitude como pressuposto da responsabilidade civil: suas modalidades e causas de exclusão: especial diferencial entre a autocolocação em risco e o consentimento do lesado**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, n. 55, (jul./dez. 2019). Disponível em: < https://hdl.handle.net/20.500.12178/169161>. Acesso em: 18 mai 2022.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jun 2022.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 20 jun 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 20 jun 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). Recurso Especial nº 1.159.242 – SP Civil e Processual Civil. Família. Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade. Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Lima de Oliveira Souza. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 24 de abril de 2012. **Revista Eletrônica de Jurisprudência do STJ**. Inteiro teor do acórdão disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1067604&tipo=0&nreg=200901937019&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120510&formato=HTML&salvar=false>. Acesso em: 30 mai 2022.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk; PASIN, Elizabeth Regina Machado. **A constitucionalização da família: o valor jurídico do afeto**. Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza, v. 35, n. 2, p. 87-120, jul.-dez. 2014. Disponível em: < http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/298#:~:text=A%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20brasileira%20de%201988,unicamente%20a%20partir%20do%20afeto. >. Acesso em: 09 out. 20.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no direito de família**. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2012.

DELGADO, Mário Luiz. **Direitos da personalidade nas relações de família**, 2005. Disponível em: < https://ibdfam.org.br/publicacoes/anais/detalhes/714/V%20Congresso%20Brasileiro%20de%20Direito%20de%20Fam%C3%ADlia>. Acesso em: 18 mai 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. em e-book baseada na 11ª ed. impressa, São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. 13ª ed. rev., ampl. e atual., São Paulo, SP: Editora Atlas, 2015.

FINCATO, Denise Pires; Gillet, Sérgio Augusto da Costa. **A Pesquisa Jurídica sem Mistérios: do Projeto de Pesquisa à Banca**. 3ª Edição, Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito de família, direitos da personalidade, direitos fundamentais e direitos humanos: correlação entre o ser familiar e o ser humano**. Revista Agumentum, v. 19, n. 2, p. 319-329, mai.-ago. 2018. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/609>. Acesso em: 28 mai 2022.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **"Direito de Família no Tempo: Do Código Civil de 1916 ao de 2002 e Além", p. 351 -368. In: Direito Civil: Estudos - Coletânea do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa - IBDCIVIL**. São Paulo: Blucher, 2018. Disponível em: <https://openaccess.blucher.com.br/article-details/16-21245>. Acesso em: 18 mai 2022.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material**. Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, São Paulo, n. 78, p. 119-158, 2006.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**, 2006. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/39750. Acesso em: 18 mai 2022.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos da Metodologia Científica**. 5ª Edição, São Paulo, SP: Editora Atlas, 2003.

LÔBO, Paulo. **Constitucionalização do direito civil**. Revista de informação legislativa, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/453>. Acesso em: 18 mai 2022.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 8ª Edição, São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2018.

LÔBO, Paulo. **Princípio da Solidariedade Familiar**, 2007. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/publicacoes/anais/detalhes/715/VI%20Congresso%20Brasileiro%20de%20Direito%20de%20Fam%C3%ADlia>. Acesso em: 18 mai 2022.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Responsabilidade civil na sociedade de risco**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 105, p. 1223-1234, 2010. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67932>. Acesso em: 28 mai 2022.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 3ª ed., rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro, RJ: Editora Forense, 2018.

MENDES, Giullianno Caçula. **A evolução da responsabilidade civil e suas implicações atuais no direito de família: análise da possibilidade de indenização por abandono afetivo**. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 15, n. 02, p. 127-154, abr./jun. 2016. Disponível em: <https://www.academia.edu/34577911/A_Evoluc_a_o_Da_Responsabilidade_Civil_E_Suas_Implicac_o_es_Atuais_No_Direito_De_Fami_lia_Ana_lise_Da_Possibilidade_De_Indenizac_a_o_Por_Abandono_Afetivo?sm=b>. Acesso em: 03 dez 2021.

MORAES, Maria Celina Bodin. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil**. Revista Direito, Estado e Sociedade - v.9 - n.29 - p 233 a 258 - jul/dez 2006. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?from_info_index=11&infoid=29&sid=9>. Acesso em: 18 mai 2022.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Conceito, função e quantificação do dano moral**. Revista IBERC, Minas Gerais, v. 1, n. 1, p. 01-24, mai. 2019. Disponível em: < https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/4>. Acesso em: 28 mai 2022.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro, RJ: Editora Renovar, 2009

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil**. Revista Forense, v. 102, n. 386, p. 183-201, jul.-ago-. 2006. Disponível em: <http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F/?func=item-global&doc_library=SEN01&doc_number=000778990>. Acesso em: 28 mai 2022.

MORAES, Maria Celina Bodin; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Descumprimento do art. 229 da Constituição Federal e responsabilidade civil: duas hipóteses de danos morais compensáveis**. Revista de Investigações Constitucionais [online], v. 3, n. 3, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.5380/rinc.v3i348534>. Acesso em 02 jun 2022.

NETO, Felipe Teixeira. **A ilicitude enquanto pressuposto da responsabilidade civil delitual: um exame em perspectiva comparada (luso-brasileira)**. Revista Jurídica Luso-Brasileira, nº 6, p. 1163-1190, 2017. Disponível em: < https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/6/2017_06_1163_1190.pdf>. Acesso em: 18 mai 2022.

PRATTA, Elisângela Maria Machado. SANTOS, Manoel Antonio. **Família e adolescência: a influência do contexto familiar no desenvolvimento psicológico de seus membros**. Psicologia em Estudo, Maringá, v. 12, n. 2, p. 247-256, maio-ago. 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pe/a/3sGdvzqtVmGB3nMgCQDVBgL/?lang=pt#>. Acesso em: 28 mai 2022.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **Monografia Jurídica Passo a Passo: projeto, pesquisa, redação e formatação**. São Paulo, SP: Editora Método, 2015.

SILVA, Heleno Florindo. **A família e o afeto: o dever fundamental dos pais em dar afeto aos filhos como mecanismo de proteção ao desenvolvimento da personalidade e concretização da dignidade humana**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, v. 32, jul.-dez. 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/12115>. Acesso em: 28 mai 2022.

Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.159.242 – SP (2009/0193701-9)**. Julgado em: 24/04/2012. Revista Eletrônica de Jurisprudência do STJ. Inteiro teor do acórdão disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1067604&tipo=0&nreg=200901937019&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120510&formato=HTML&salvar=false>. Acesso em: 30 mai 2022.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; Tepedino, Gustavo. **Fundamentos do direito civil: direito de família**. Rio de Janeiro, RJ: Editora Forense, 2020.

ULRICH, Beck. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo, SP: Editora 34, 2010.