

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO MORAL PATERNO-FILIAL: O reconhecimento do dano moral *in re ipsa* como mecanismo de concretização de direitos fundamentais *inter privatus*

CIVIL RESPONSABILITY FOR MORAL ABANDONMENT OF PARENTS ABOUT THEIR CHILDREN: The recognition of moral damage in re ipsa as mechanism of achieving of fundamental rights in the private relations

Elida de Cássia Mamede da Costa¹

RESUMO

O presente artigo primeiramente buscará salientar a origem da problemática referente a ausência dos pais na vida de seus filhos. Em seguida, distinguir-se-á os termos “abandono afetivo” de “abandono moral”, justificando a adoção do termo “abandono moral” no contexto. Visualizado o problema que move este artigo, analisar-se-á o dano moral e a consequente responsabilidade civil dos genitores ausentes em relação a sua prole, buscando-se os devidos fundamentos em algumas decisões judiciais atinentes à matéria e, notadamente, em reflexões em torno da dignidade da pessoa humana como vetor da ordem jurídica, de direitos fundamentais como liberdade e igualdade, e da solidariedade como valor.

PALAVRAS-CHAVE: RESPONSABILIDADE CIVIL, ABANDONO MORAL, RELAÇÕES PRIVADAS.

ABSTRACT

At first, this article will search the problem's origin about absence of parents in their children's lives. Then, this article will differentiate the terms “emotional distance” and “moral abandonment”, justifying the adoption of the term “moral abandonment” in the context. After viewing the problem of article, the moral damage and the consequent civil responsibility of absent parents in relation to their offspring will be analyzed, looking for their correct reason in some judicial decisions on the matter and, notably, in reflections around the human person's dignity as vector of legal order, around the fundamental rights like liberty and equality, and around the solidarity as a value.

KEY-WORDS: CIVIL RESPONSABILITY, MORAL ABANDONMENT, PRIVATE RELATIONS.

¹ Graduada em Direito pela Universidade da Amazônia, mestre em Direitos Fundamentais e Relações Privadas pela Universidade Federal do Pará, professora de Direito Civil da Universidade da Amazônia e analista judiciário perante o Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

INTRODUÇÃO

Dentre os vários ramos do Direito, o Direito Civil e – mais especificamente – a Responsabilidade Civil tem gerado crescentes e importantes discussões no cenário jurídico. A Responsabilidade Civil é, por excelência, o ramo do direito que percorre todos os outros, além da transitar por outras ciências. Sim, propõe-se a responsabilidade civil do médico, do engenheiro, nas relações de consumo, quando da prática de crimes – dentre tantas outras – e, destaque-se, nas relações familiares.

Nota-se igualmente a expansão dos seus conceitos e elementos, como o do nexos de causalidade, dano moral, etc.

Portanto, por via reflexa, este artigo contextualizará em breves linhas um problema específico de família, qual seja, a ausência dos pais na vida e educação de seus filhos – fenômeno social que gera responsabilidade civil.

Como se observa, o tema relata as relações entre pais e filhos com geradora do dever objetivo de cuidado dos que procriam e, caso haja inadimplemento desse dever, a solução encontrada hoje pelos juízes e tribunais pátrios tem sido compensar monetariamente essa ausência, reconhecido o dano moral.

A justificativa da condenação está no conteúdo da dignidade dos filhos e do direito de conviverem com seus pais, resguardando-se direitos fundamentais como a liberdade e a igualdade e resgatando a juridicidade da solidariedade familiar.

1 O PATRIARCADO E A ORIGEM DO ABANDONO MORAL PATERNO-FILIAL

O direito como um todo, notadamente a Responsabilidade Civil e o Direito de família, atravessam o tempo e o espaço. Assim, para se destacar a importância do estudo do tema proposto, valem breves palavras para a compreensão do abandono moral do pai como fenômeno social. Esse estudo focará o abandono realizado pelo pai (sexo masculino), de classe média e alta, e que deixaram de ter (ou nunca tiveram) relação conjugal com as respectivas mães. Claro que é possível abandono pelas mães, mas optou-se por avaliar o decorrente do pai neste momento.

Quem nunca ouviu a pergunta, que por ora nos soa tão superficial: “E a família, como vai?”. Ocasão em que, em nossa mente se passam todos os nossos problemas familiares como um filme, em milésimos de segundos. Muitos desses problemas, vale destacar, não nos são exclusivos. São, conforme mencionado no parágrafo anterior, fatos sociais. Pontuar-se-á aqui

a questão do abandono moral. Assim, sem mais delongas, passa-se a uma singela exposição sobre as bases da família em alguns momentos históricos, sem a pretensão de se construir panorama.

Segundo Bevilacqua (BEVILÁCQUA, 1976), nosso ordenamento jurídico baseia-se no direito romano, e em especial na estrutura do patriarcado. Fustel de Coulanges (COULANGES, 1971) destaca a autoridade do homem casado, pai e chefe da família, praticamente uma divindade, ou como a um pontífice, pois liderava o culto doméstico e representava a Lei, a autoridade absoluta sobre a família. Nessa esteira, o pai e marido tinha como principal atributo (além da liderança e tomada de decisões) prestar assistência material à esposa e filhos, sendo, assim, comum as crianças crescerem e se desenvolverem sem a presença moral (e afetiva) do pai.

Como se percebe, havia lugares demarcados do homem e da mulher, do pai e da mãe, conforme assinala Rodrigo da Cunha Pereira (PEREIRA, 2003, p. 3).

Com a devida permissão, e sem a presunção de abordagem psicanalista, vale citar humildemente o grande Jacques Lacan (LACAN, 1990). Este autor disserta que a família não está circunscrita exclusivamente aos laços sanguíneos, mas - mais que isso - é um grupo cultural, onde cada membro desenvolve uma função, e nem sempre há ligação biológica. Para ele, os dados biológicos não são determinantes. O que é determinante na família é a estruturação psíquica que a envolve, permitindo ao indivíduo que a integra compreender seu papel primeiramente na família, para posteriormente relacionar-se com o mundo.

Jacques Lacan (LACAN, 1990) cita, ainda, a “lei do Pai” (*nom-du-père*), ou a “Lei do Incesto” como norma fundante da cultura. Esta Lei contém a proibição sexual do incesto, que seria a realização do desejo libidinoso submerso no inconsciente de toda criança com feições edípicas, em ter relações sexuais com a mãe. O autor desta Lei é o pai, que representa a proibição deste incesto.

Kelsen (KELSEN, 1986) e Freud (FREUD, 1994) também destacam a existência de uma lei fundante do desenvolvimento psíquico do ser humano. Nesta senda, a história, a psicanálise e o Direito conferem ao pai um papel primordial na estrutura psíquica do indivíduo, por ser ele o responsável pelo cumprimento desta Lei. Ela explica a autoridade masculina sobre a família, o que Freud denomina de “discurso fálico”.

Vale repetir que se está referindo ao signo do pai, ou seja, a quem o representa, e não necessariamente ao pai biológico. Para Lacan, o que estrutura o sujeito é o que (e quem, mais especificamente) ocupa o lugar do polo paterno em sua mente, sob o primado da linguagem. Buscou em Saussure (SAUSURRE, 2002) sua ideia, para quem a palavra é fruto de uma

combinação entre um conceito, denominado significado, e de uma imagem acústica, denominada significante. Assim, a palavra não é o som material, mas a impressão psíquica desse som. Mesmo na ausência o pai se faz presente no discurso da mãe: “lá vem seu pai”, “quando seu pai chegar vou contar tudo a ele”, etc.

Portanto, desde o patriarcalismo cabia às mães a tarefa exclusiva de cuidar, criar e amar. Fator que – destaque-se – não é tão remoto face à ideia ainda hoje tão arraigada de que a mãe é a “rainha do lar”, a ajudadora, a que intercede perante o pai em prol de seus filhos. Clara e cristalina era a divisão de tarefas, correlacionada à famosa discussão sobre o público e o privado. Senão veja-se.

Conforme Hannah Arendt (ARENDR, 1997), no patriarcado, o homem representa a esfera pública, que envolve as atividades políticas e econômicas, voltadas à sociedade e ao sustento próprio e da família. É a esfera do cidadão. Já a esfera privada – centrada principalmente na família, na propriedade e no contrato – era separado do público e tinha o pater como senhor e autoridade absoluta sobre a vida e morte de sua esposa e filhos. O espaço privado era o local dos não cidadãos: mulheres, crianças, escravos (e os comerciantes, posto que, historicamente, se está a tratar de período antes da ascensão da burguesia).

Neste momento, o Estado era pensado como um organismo familiar, o grande “pai”, como referenda Giselda Hironaka (HIRONAKA, 2002, P. 5).

No século XVIII, com a inauguração da Revolução Industrial e a Revolução Francesa, instauraram-se novas concepções de produção e tecnologia, bem como os valores de liberdade, igualdade e fraternidade. Embora a Revolução Francesa não tenha consolidado a igualdade dos gêneros, a filosofia das Luzes trouxe alterações sobre as concepções de responsabilidades, família, casamento, etc. - o que atinge, obviamente, o Direito. Leciona Rodrigo Pereira (PEREIRA, 2003, P.1):

A estrutura patriarcal está se transformando. Há uma ruptura estrutural na qual o lugar do homem, enquanto provedor e pai, tem sido questionado a partir de sua suposta superioridade. Os movimento sociais com reflexos na ordem jurídica enunciam a igualdade dos gêneros.

Mesmo diante de tamanhas mudanças, as codificações nacionais e a ordem empreendidas em consonância com o liberalismo são fundamentadas em concepções meramente formais de liberdade e igualdade. Apenas previam que todos (homens e mulheres) eram iguais perante a lei e, portanto, livres em suas relações privadas. Nelas o Estado não podia intervir, revelando-se omissor e patrocinador de desigualdades e não liberdades em seu aspecto material.

Sobre a codificação civilista brasileira da época, Gagliano e Pamplona Filho (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, P. 98) asseveram que o Código Civil de 1916, ao refletir a sociedade do século XIX, trouxe concepções individualistas e patriarcais, dando muito mais ênfase ao “ter” do que ao “ser”.

Hoje, o Estado que se declara social busca (ou pelo menos deve buscar) garantir materialmente os direitos fundamentais dos indivíduos. Assim, já não basta ao pai o papel de provedor – ele deve se fazer presente na vida e educação de seus filhos, sendo pai formal e materialmente, em consonância à dignidade do filho, do direito à convivência familiar, dentre tantos direitos.

2 ABANDONO AFETIVO VERSUS ABANDONO MORAL

Nesse ínterim, faz-se necessário breve exposição sobre o que seja afeto e o que seja cuidado. Neste artigo não se fará uso da expressão “abandono afetivo” como muitos o fazem. Preferir-se-á utilizar a expressão: “Abandono moral”. E desde já passa-se a justificar a adoção da referida nomenclatura.

Afinal, o que é afeto? A primeira noção que se tem destina-se a sentimento. Bom ou mau. Ora, sentir-se “afetado” ou afirmar que algo nos afeta significa que a esfera emocional / sentimental da pessoa é diretamente atingida com algo. Pode-se comparar a um eco, que certo corpo sofre. Nas relações familiares, afeto é sinônimo de amor.

E pode-se ir além: não há família sem amor. Sim, o amor é o elemento fundador e mantenedor da relação familiar. A seu título, o ordenamento jurídico reconhece os vários tipos de família e arranjos familiares: famílias homoafetivas, famílias monoparentais, famílias constituídas apenas por irmãos, etc. além de outras relações provenientes de filiação sócio-afetiva, tendo por base a posse de estado de filho.

Pode-se dividir o amor em dois aspectos: subjetivo (o afeto, o sentimento em si, interno, psicológico), e objetivo (o comportamento, a atitude, o cuidado). Muito já se ouviu: “Amor não é só sentimento. Amor também é atitude”.

O afeto e/ou afetividade é (são) princípio(s) jurídico(s)? Sobre a questão, é importante mencionar que Paulo Bonavides (BONAVIDES, 2001, P. 809) aponta que os princípios jurídicos passaram por, pelo menos, três fases: 1ª) a jusnaturalista; 2ª) a positivista; e 3ª) a pós-positivista. Na fase jusnaturalista os princípios eram apenas diretrizes para concretizar a justiça. Não possuíam, assim, caráter normativo. Na fase positivista, os princípios foram codificados, mas ainda assim não possuíam força normativa, servindo apenas

como mecanismo hermenêutico. No pós-positivismo os princípios passam a ter força normativa.

E se têm força normativa, são direta e imediatamente exigíveis. Diante disso, elabora-se a seguinte questão: Pode-se exigir afeto de alguém, assim como qualquer sentimento? Entende-se que não. Os sentimentos de produzem espontaneamente.

Opta-se, seguindo a lição de Ávila (ÁVILA, 2012), pela nomenclatura “postulado” como mais apta a definir a afetividade. Isso porque não são normas, mas apenas orientam a interpretação, o raciocínio e a argumentação².

Em nenhum momento se está afirmando que o afeto (ou o amor enquanto sentimento) é desimportante. Mas somente que não pode ser exigido juridicamente dos pais. O amor normalmente diz respeito à motivação, eivado de subjetividade, contido no universo metajurídico da filosofia, psicologia ou religião. Portanto, sendo impossível sua materialização, escapa aos cuidados de um ordenamento jurídico. Senão veja-se:

Na ideia de família, o que mais importa – a cada um de seus membros, e a todos a um só tempo – é exatamente pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças e valores, permitindo, a cada um, se sentir a caminho da realização de seu projeto pessoal de felicidade (OLIVEIRA; HIRONAKA. In: DIAS; PEREIRA, 2004).

O cuidado, por outro lado, é objetivo, que exsurge através de ações como presença, contatos, cuidados, intervenções, etc.

Em sede de problemática sobre afetividade, Arnaldo Rizzardo (RIZZARDO, 2011, p. 682) anota o seguinte:

[...] A sua essencialidade é dimensionada pelas repercussões negativas na personalidade se não satisfatoriamente realizada essa necessidade. A própria realização e a felicidade dependem desse elemento.

² Lenio STRECK (p. 479-480) efetua pesada crítica em relação a convalidação de certos valores como princípios, tais como: 1) Princípio da absoluta prioridade dos direitos da criança e do adolescente, segundo o qual estas devem estar em primeiro lugar nas ações governamentais. Para Streck, centralizar esses direitos não é uma decisão democrática. 2) Princípio da afetividade, sendo esta presumida na relação entre pais e filhos. “[...] a afetividade elevada a um princípio escancara a compreensão do direito como subsidiário a juízos morais”. E continua: “trata-se, na verdade, de mais um álbi para sustentar/justificar decisões pragmatistas. É evidente que a institucionalização das relações se dá por escolhas pela relevância delas na sociedade. Ocorre que as decisões devem ocorrer a partir de argumentos de princípio e não por referências pessoais, morais, teleológicas, etc. no fundo, acreditar na existência desse ‘princípio’ é fazer uma profissão de fé em discursos pelos quais a moral corrige as ‘insuficiências ônticas’ (sic) das regras jurídicas. Ou seja, nada mais do que uma espécie de ‘terceiro turno’ do processo constituinte: os juízes – apoiados em forte doutrina, ‘corrigem-no’. Aliás, a vingar a tese, por que razão não elevar ao status de *princípio* o amor, o companheirismo, a paz, a felicidade, a tristeza, enfim, todo o que pode ser derivado do respeito (ou não) do princípio da dignidade da pessoa humana, alçado, a categoria de ‘super-princípio’?” (p. 480). 3) Princípio da paternidade responsável, o que, segundo Streck, representa mais um exemplo de uso indiscriminado da palavra “princípio”. (p. 487). (STRECK, 2009).

Já o abandono, objetivamente avaliado, consiste na omissão do dever de cuidado, inscrito nos artigos já citados da Constituição Federal bem como os do ECA. Na relação paterno-filial representaria o descaso pela sua criação, seu crescimento, seu desenvolvimento e sua moralidade. Configura-se na ausência do pai (ou da mãe) na vida do(s) filho(s). O cuidado se efetiva através do direito à convivência com os pais, que se manifesta não exclusivamente com a presença, mas com a efetiva participação na educação e formação dos filhos.

Muitas palavras podem ser ditas sobre a importância do cuidado. Tânia da Silva Pereira preconiza:

O ser humano precisa cuidar de outro ser humano para realizar a sua humanidade, para crescer no sentido ético do termo. Da mesma maneira, o ser humano precisa ser cuidado para atingir sua plenitude, para que possa superar obstáculos e dificuldades da vida humana (PEREIRA; OLIVEIRA, 2008, P. 309).

Sobre os possíveis efeitos do abandono paterno-filial, Arnaldo Rizzardo assevera que “Quase sempre se fazem sentir efeitos de ordem psíquica, como a depressão, a ansiedade, traumas de medo e outras afecções” (RIZZARDO, 2011, p. 688). E Rui Stoco (STOCO, 2011, P. 1062) reforça: “[...] o fato de a criança não ter um dos genitores presente causa forte sentimento de inferioridade”

Situação que se agrava quando da separação dos pais. Maria Berenice Dias (DIAS, 2013) atesta que a separação atinge não só os pais, como também juízes, promotores, advogados, psicólogos, psiquiatras, assistentes sociais, etc – todos atores desta novela da vida real. Os filhos têm atingido seu direito à convivência familiar. “Viver em família é conviver com ambos os pais. O fim do relacionamento deles não pode prejudicar em nada o direito do filho ao cuidado de quem o ama.” (DIAS, 2013)

A oportunidade leva a ponderar alguns aspectos sobre o perfil dos filhos afastados de seus pais. Interessante abordagem será comparar estes filhos à figura do consumidor, tendo por base a lição de Zygmundo Bauman (BAUMAN, 1998), para quem a elevada procura pelo mercado traz, simultaneamente, duas situações: mais prosperidade para uns, e em contrapartida, maior distância entre os que podem ter e os que não podem ter. Isso porque em alguns casos, o abandono se dá simultaneamente à constituição de nova família pelo pai (ou pela mãe, mas este trabalho atenta para o abandono do pai especificamente). Assim, os filhos da primeira relação acabam sendo tratados como “filhos de segunda estirpe”, havendo gritante diferença de tratamento entre os filhos havidos da primeira e da segunda relação, por exemplo. Necessária se faz a distinção da relação conjugal da paterno-filial.

Além disso, há a questão do acesso à justiça, bem colocado por José Acir Lessa Giordani (GIORDANI, 2007, p. 34-35). São barreiras para se chegar ao reconhecimento como indenizáveis destes danos: falta de recursos para custear advogado e demais despesas, falta de informação, burocracia excessiva, etc. Conforme ressaltam os autores Alexandre Morais da Rosa e Sylvio Lourenço Silveira Filho (ROSA; SILVEIRA, FILHO, 2008):

Forma-se, assim, uma massa de deserdados, excluídos, indesejados, não consumidores, o *homo famelicus*. O *Homo Economicus* substitui o *Homo faber*. Para estes, resta o desamor de seus semelhantes em um mundo de acirrada competição [...]

Revelado está o dano decorrente da falta do pai. Por todo o exposto, adotamos o termo “abandono moral” ao invés de “abandono afetivo”, por ser mais amplo e considerarmos o que melhor define o tema em tratamento.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS EM RELAÇÃO AOS FILHOS POR ABANDONO MORAL: CARACTERÍSTICAS

A responsabilidade existe independente da existência de uma lide, ou de condenação judicial. Ela pré-existe a tudo isso. Ela se manifesta a todo instante em nossas vidas. O ideal seria que esse tipo específico de responsabilidade não chegasse ao Judiciário como obrigação pecuniária. Mas há a necessidade de se aplicar alguma sanção aos que abandonam seus filhos. Sim, protesta-se pelo caráter pedagógico e punitivo da responsabilidade civil.

O que se entende por responsabilidade, em sua forma mais genuína, é aquela que se dá voluntariamente. Se há condenação, é porque houve irresponsabilidade. Pois bem, feitos esses esclarecimentos, passa-se a caracterizar a (ir)responsabilidade civil em sede judicial. O dever de amparo (moral, como interessa a este estudo) dos pais em relação aos filhos não se restringe, por óbvio, ao âmbito da responsabilidade civil, pois prioriza-se a inviolabilidade, sendo a compensação monetária fruto do inadimplemento, como assinala Nehemias Domingos de Melo (MELO, 2011). E, ainda um acréscimo: reconhece-se que a recompensa financeira está longe de ser a melhor forma de resolver o problema do abandono moral, até porque este dano não é auferível economicamente.

Segundo Francisco Amaral (AMARAL, 2006, p. 546) os fundamentos da responsabilidade civil revelam eticidade, pois ter responsabilidade, ou ser responsável significa assumir as consequências de seus atos. Visão que abandona o individualismo para adotar a concepção de que um sujeito responsável é comprometido com a sociedade.

A Responsabilidade Civil por abandono paterno-filial é subjetiva. Considera-se o ilícito civil na forma de omissão (*non facere*). Porém, vale destacar que no Direito de Família, pelos sentimentos e intimidade de que está cercado, é extremamente difícil a demonstração da culpa. Portanto, há que se considerar que se trata de dever de natureza objetiva. Protesta-se pela objetivação da avaliação da conduta dos pais e não a objetivação da responsabilidade em si (que dispensaria a culpa *latu sensu* do agente).

Essa objetivação apontaria, segundo Anderson Schreiber (SCHREIBER, 2009) para uma leitura de “culpa objetiva”, em que não serão avaliadas as particularidades do agente, mas seu comportamento em abstrato, considerado o padrão do “homem médio”, “bonus pater famílias” (“o bom pai de família”) ou “reasonable man”. Em decorrência desse fenômeno, observa-se como atual tendência a ampliação das hipóteses de responsabilidade solidária.

4 O DANO MORAL IN RE ISPA POR ABANDONO MORAL PATERNO-FILIAL

Sobre o dano moral algumas palavras. O Projeto de Lei do Senado n.º 700/2007 pretende caracterizar o abandono moral com ilícito civil e penal, inserindo vários dispositivos no ECA (lei n.º 8.069/90), notadamente o parágrafo único no art. 5º, com a seguinte redação:

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

Acresce, ainda, o artigo 232-A ao ECA, tipificando o abandono moral como crime, punível com detenção de 1 (um) a 6 (seis) meses. Mas afinal, qual a razão de ser do cabimento do dano moral em hipótese de abandono?

O cabimento do dano moral para os casos de abandono justifica-se inicialmente através da compreensão do seu próprio conceito. Sílvio de Salvo Venosa (VENOSA, 2005, p. 277) o conceitua da seguinte forma: “Dano moral consiste em lesão ao patrimônio psíquico ou ideal da pessoa, à sua dignidade enfim, que se traduz nos modernos direitos da personalidade”. O autor traz um importante complemento ao conceito, *in verbis*: “[...] é caracterizado o prejuízo pelo simples atentado aos interesses jurídicos personalíssimos, independente da dor e sofrimento causados ao titular que servirão para fins de fixação do *quantum* indenizatório.”

Portanto, revelado o fenômeno do abandono moral, e das mudanças estruturais da responsabilidade civil e da família, tendo por base, notadamente, o solidarismo jurídico, urge

ressaltar a importância em se considerar o dano moral *in re ipsa* como mecanismo de concretização dos direitos fundamentais de filhos abandonados moralmente por seus pais.

Sobre a prova do dano moral, Rui Stoco (STOCO, 2011, p. 1691) traz uma importante lição:

Sob esse aspecto, porque o gravame no plano moral não tem expressão matemática, nem se materializa no mundo físico e, portanto, não se indeniza, mas apenas se compensa, é que não se pode falar em prova de um dano que, a rigor, não existe no plano material.

Ora, o professor Flávio Tartuce (TARTUCE, 2013) pondera que quanto à necessidade ou não de prova, o dano moral pode ser classificado em *dano moral provado* ou *subjetivo* e *dano moral objetivo* ou *presumido*. O dano moral provado ou subjetivo necessita ser provado pela vítima da lesão sofrida, não bastando a narração dos fatos, havendo até – em alguns casos – que se proceder a exame pericial psicológico para atestar o dano e auferir o quantum indenizatório. O que para nós soa absurdo. Acompanha-se, aqui, a corrente que valida o *dano moral presumido, objetivo* ou *in re ipsa*, diante da violação de direitos constitucionalmente previstos. E para Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES, 2013), o dano moral³, independe de provas, pois atinge direitos de personalidade, que são intangíveis, e por isso existe *in re ipsa*, ou seja, decorrem de presunção absoluta.

Pense-se hipoteticamente num filho (ou filha) de classe média que recebe provimento material do pai mas não tem “direito a ele” – expressão inspirada em Maria Berenice Dias, de famoso artigo intitulado “direito dos filhos aos seus pais”. Seguindo mais profundamente neste exercício, esta família ou “arranjo familiar” situa-se em classe média ou alta. Os pais se divorciaram ou nunca tiveram convívio conjugal. A hipótese pode nos levar a pensar em – no mínimo – dois caminhos: 1º) este(a) filho(a) estudou, casou-se, tem filhos, e vive, de um modo geral, uma vida plena e realizada. E 2º) o(a) filho(a) isolou-se do convívio com seus pais, apresenta problemas psicológicos, transtornos familiares, em seu trabalho, etc.

Aqui um parêntese. Obviamente se está exagerando, pois poderia haver várias ocasiões intermediárias a estas. Mas esta redução é proposital face à discussão proposta.

Voltando aos “caminhos”, vale o questionamento: no 1º caso, não se podendo provar transtornos psicológicos em perícia técnica, não teria o(a) filho(a) direito a ser compensado pelo abandono moral do pai? Exatamente neste ponto está a importância do reconhecimento do dano moral *in re ipsa*. Nos dois casos houve abandono, e em nosso entendimento, houve dano moral que deve ser igualmente reconhecido. No máximo poder-se-ia considerar um

quantum indenizatório maior para o 2º caso, face às visíveis consequências mais gravosas. Lembrando que dano moral não é dor, sofrimento, angústia, etc. O conceito de dano moral corresponde à lesão a um bem jurídico extrapatrimonial, garantido constitucionalmente. E no caso do abandono dos filhos pelos pais, temos como fundamentos os artigos 227 e 229 da Constituição Federal de 1988.

Eis a importância de se considerar o dano moral *in re ipsa* para os casos de abandono (moral) paterno-filial.

5 DECISÕES JUDICIAIS ATINENTES À MATÉRIA

As decisões judiciais nacionais, até 2012, eram divergentes em relação ao tema. Primeiramente diverge-se quanto à caracterização do abandono como não ocorrência de ato ilícito, quanto ao fato de se tratar de indústria do dano, e mesmo quanto à obrigação de amar e/ou cuidar. Veja-se a título de exemplo:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO - MORTE DO PAI DOS AUTORES - ABANDONO AFETIVO - DANO MORAL - OCORRÊNCIA - ""QUANTUM"" FIXADO - RAZOABILIDADE - MANUTENÇÃO DA DECISÃO. 1 - A falta de convívio direto não deve ser interpretada como abandono ou mesmo ausência de afetividade entre pai e filhos, sendo comum que os pais tenham vida independente dos filhos. Na verdade, a distância e tampouco a impossibilidade de convívio diário, decorrente de razões diversas, podem ser interpretadas como falta de amor, de identificação paterna. 2 - Recurso não provido. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Apelação Cível n.º 1.0335.07.009084-0/001/0090840-43.2007.8.13.0335, Relator Desembargador Edgard Penna Amorim).

E:

APELAÇÃO CÍVEL - ACÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - FILHO RECONHECIDO POR FORÇA DE ACÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE AJUIZADA MAIS DE 30 ANOS APÓS O NASCIMENTO - ABANDONO AFETIVO - ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO - PRECEDENTES DO EG. TJMG - SENTENÇA CONFIRMADA. Diante da inexistência do prévio conhecimento acerca do estado de filiação, não há que se falar em descumprimento dos deveres inerentes à paternidade, inexistindo conduta ilícita que dê ensejo à condenação ao pagamento de indenização a título de danos morais. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Apelação Cível n.º 1.0701.07.186399-0/001, Relator Desembargador Armando Freire)

Sobre segundo caso, vale mencionar que a experiência tem mostrado a possibilidade da ocorrência, até com certa frequência, do pai saber da existência de um filho e, por não ter convivência e não ter sido compelido via judicial a assumir sua responsabilidade, não o faz

³ Salvo em casos especiais, em que é possível comprovar as consequências da lesão ao bem jurídico extrapatrimonial, e cuja prova serviria para averiguar o quantum indenizatório.

voluntariamente. Ora, independentemente de ação judicial, se o pai sabe que tem um filho, deve ampará-lo material e moralmente.

O Superior Tribunal de Justiça, em 29 de novembro de 2005, em sede de Recurso Especial, afastou a condenação por abandono moral imposta ao pai pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por maioria. O relator Ministro Fernando Gonçalves, elencou: “como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada”. Em sentido contrário, o Ministro Barros Monteiro votou: “Penso que daí decorre uma conduta ilícita da parte do genitor que, ao lado do dever de assistência material, tem o dever de dar assistência moral ao filho, de conviver com ele, de acompanhá-lo e de dar-lhe o necessário afeto”. E conclui:

De maneira que, no caso, ocorreram a conduta ilícita, o dano e o nexo de causalidade. O dano resta evidenciado com o sofrimento, com a dor, com o abalo psíquico sofrido pelo autor durante todo esse tempo. Considero, pois, ser devida a indenização por dano moral no caso (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 757.411/MG, Relator Ministro Fernando Gonçalves).

Como já se referiu alhures, de fato, amar não é dever e/ou direito. Amar não é passível de aferição real ou material. Portanto, não é a falta de amor que justifica o dever de indenizar, mas sim a falta de cuidado.

Por outro lado, é preciso levar em conta que pode ocorrer alienação parental por parte, do(a) genitor(a) que tem com a guarda exclusiva da criança. Outro questionamento deve ser explicitado: após ser condenado a indenizar seu filho por causa de sua ausência (moral), este pai terá possibilidade de restabelecer um relacionamento saudável com esse filho ou, ao contrário, ficará totalmente afastado dele? Como citaremos mais adiante, até então a condenação pecuniária é o meio mais adequado, mas caminha-se rumo a despatrimonialização da Responsabilidade Civil.

Coloca-se em posição de destaque a decisão de abril de 2012, por ter inaugurado importantíssimas definições a respeito do tema.

Luciane Nunes de Oliveira Souza moveu ação de indenização por danos materiais e morais contra seu pai, por abandono material e afetivo. O juízo *a quo* reconheceu seu pedido. Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento à apelação interposta pela recorrida, reconhecendo o seu abandono moral por parte do recorrente – seu pai –, fixando a compensação por danos morais em R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais). No Superior Tribunal de Justiça, o pai postula em Recurso especial que tão somente deva ser aplicada a perda do poder familiar. “No entanto, a par desses elementos intangíveis, é

possível se visualizar, na relação entre pais e filhos, liame objetivo e subjacente, calcado no vínculo biológico ou mesmo autoimposto [...]”. A moça, inclusive, se sentia “filha de segunda classe”, face ao injusto tratamento do pai. Considerou-se não a falta de amor, que é sentimento, mas omissão no dever objetivo de cuidado, “caracterizando o dano in re ipsa e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação.”. O STJ reduziu o valor da condenação para R\$ 200,000,00 (duzentos mil reais) (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 1.159.242, Relatora Ministra Nancy Andrighi).

Essa decisão selou com marca indelével a questão da responsabilidade por abandono moral. Antes e depois dela, muitos juízes e tribunais decidiam e decidem favoravelmente ao dever de indenizar. Observe-se outra decisão a respeito:

Desrespeitou o réu dispositivos da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002 – Com efeito, todos os filhos têm que ser tratados igualmente perante à lei – Os alimentos são concedidos de acordo com a condição social dos alimentandos – De fato, o réu adotou após o reconhecimento livre e espontâneo, sem qualquer ação de investigação de paternidade, atitude agressiva com relação à filha, com tremenda diferença em relação às duas filhas que teve com a atual mulher – A dignidade da pessoa humana, fundamento da Constituição Federal, engloba todos os direitos do homem – É inegável a dor que sente em decorrência da rejeição do pai – Condenação a título de danos morais”(BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação nº 457.944.4/0-00 (994.06.030080-7, Relator Desembargador Ribeiro da Silva)

Vale dizer que muito se inovou em prol das relações familiares e das respectivas responsabilidades. Lembrando que o Código Civil de 1916 impedia o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, relegando tais filhos ao total abandono. De fato, havia sanção ao filho e não ao pai. À esta época, a mais comum medida judicial aplicada a título de sanção aos pais que abandonam seus filhos era a perda do poder familiar.⁴ O que de nada adiantava, obviamente, pois para o pai, aquele filho nada significava. Hoje, assiste-se a uma singela evolução, no sentido de considerar o dever de indenizar os filhos em situação de abandono. Mas espera-se que a sobredita evolução não pare por aqui. Há que se pensar em despatrimonializar a responsabilidade civil nesta tão especial faceta de relações familiares. Que não mais seja somente o pagamento em dinheiro, mas que se encontre modos de iniciar e até mesmo – sem medo de ser radical – compelir a convivência entre pais e filhos. Como? Semelhante a aplicação de medidas alternativas, impondo-se guarda compartilhada (que até então se dá exclusivamente quando do acordo entre os genitores), ou obrigando visitas periódicas, presença em eventos importantes (aniversário, formatura, dia dos pais, das mães, etc.), e outras formas de contato. Difícil – e quase impossível – seria viabilizar tais medidas.

⁴ Artigos do CC-02 referentes a perda do poder familiar: Art. 1.635 e 1.638.

Importante destacar dois aspectos: 1º) em muitos casos não se pode exigir a presença física de ambos os pais. Face à complexidade da vida hodierna, muitos precisam viajar constantemente por causa de suas funções laborais, ou até mesmo morar em outros estados ou países. Isso, por si só, não configura abandono moral, pois mesmo fisicamente distantes, os pais podem se fazer presentes pelas diversas vias de comunicação criadas com a evolução da tecnologia, principalmente as viabilizadas por meio da internet. O outro aspecto 2º) é destacar a relação inversamente proporcional existente entre a classe econômica em que a família se situa e a presença efetiva dos pais. Por vezes, mesmo morando juntos os pais de classe média e alta se fazem ausentes na vida e educação de seus filhos por conta das diversas atividades em que se envolvem. Muitos não têm tempo de se dedicar aos filhos, e até “terceirizam” essa responsabilidade. Se comparados aos pais de classe econômica inferior, normalmente estes têm hábito de levar seus filhos a passeios no parque, conversam com eles, contam-lhes histórias, etc. Não que isto seja regra absoluta, mas esses fatores são apontados pela experiência como potenciais indicadores da ausência dos pais. E normalmente os pertencentes às classes sociais mais privilegiadas e que rompem o vínculo conjugal (ou quando nunca tiveram) com as respectivas mães – é que serão réus nas ações de indenização por este formato de abandono.

Eis a razão dos pais de classe social média e alta serem os escolhidos como protagonistas desta cena, conforme se mencionou no primeiro parágrafo do item de número 1.

6 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, LIBERDADE E IGUALDADE

Considerando a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais às relações familiares (privadas), bem como sua força expansiva aos todos os setores do Direito, cabem questionamentos sobre a relação da Dignidade da Pessoa Humana com o tema. Dignidade dos filhos. “Direito dos filhos a seu pai”, como bem escreve Maria Berenice Dias. Qual seria a função da responsabilidade civil por abandono moral? Deve-se buscar o sentido de dignidade da pessoa humana, aplicada às relações familiares, para averiguar objetivamente quando será afetada.

Desde já é importante citar Hironaka (HIRONAKA, 2005. p. 167), para quem não há pessoa sem dignidade, não se podendo conceber dignidade independente da existência da pessoa. Assim, a dignidade não é concedida à pessoa, pois ela é, por essência, digna. Nessa esteira, não há como reconhecer que existe um direito fundamental à dignidade. Pode-se falar

em direito a existência digna, ou direito ao respeito à dignidade e sua promoção.⁵ Ora, se o dano moral está na lesão a bem jurídico extrapatrimonial, caberá seu reconhecimento quando da violação do direito à vida digna, ou falta de respeito à dignidade.

A dignidade da pessoa humana é uma realidade? É ser? Ou dever ser? Gregório Martinez Peces-Barba (PECES-BARBA, 2003. p. 67) pondera que quando se reflete sobre a dignidade humana não se está descrevendo uma realidade, senão um dever-ser, em que a dignidade humana é, ao mesmo tempo, referencial inicial e ponto de chegada. O instituto da responsabilidade civil deve buscar constantemente este horizonte, principalmente para aqueles que são hipossuficientes. De acordo com Robert Alexy (ALEXY, 2008, p. 190) a dignidade consiste num mandado de otimização, isto é, norma que ordena que “algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”⁶.

Daniel Sarmiento (SARMENTO, 2004.p. 59-60) afirma categoricamente que a dignidade da pessoa humana representa o centro da ordem constitucional e, portanto, de todas as relações, inclusive as privadas. Ensina, ainda, o renomado jurista, que a dignidade é um atributo inalienável e indisponível da pessoa humana, mesmo em suas relações de ordem privada⁷. E ratifica o seguinte entendimento:

Ademais, a compreensão de que o princípio da dignidade da pessoa humana representa o centro de gravidade da ordem jurídica, [...] impõe, em nosso entendimento, a adoção da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (SARMENTO, 2004, p. 289).

Delimitando a Dignidade à esfera dos pais – aqui considerados exclusivamente do sexo masculino, de classe média e alta, e que deixaram de ter ou nunca tiveram vida conjugal com as respectivas mães – pode-se pensar na Liberdade. Somos essencialmente livres para convivermos com quem queremos. Para amarmos quem queremos. Portanto, haveria afronta à Liberdade desses pais quando são obrigados a prestar assistência moral aos filhos que são para ele como que estranhos?

⁵ “O conteúdo da dignidade da pessoa humana acaba por ser identificado como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais” (SARLET, 2004. p. 119), face ao princípio de proibição de retrocesso, que significa impossibilidade de se comprometer o mínimo existencial (as condições necessárias para garantia de uma vida digna). Nesse sentido, um viver digno corresponderia a prestações materiais mínimas (ou o mínimo existencial) sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo encontra-se em situação de indignidade.

⁶ A dignidade está presente nas regras e princípios, consoante o ensino de Robert Alexy (ALEXY, p. 138). Assim, o princípio de dignidade pode ser realizado em diversos níveis ou graus devendo haver a relativização (ou convivência harmônica) do princípio da dignidade da pessoa individualmente considerada e da dignidade vista sob o aspecto da coletividade.

⁷ Nessas linhas, vale ainda mencionar o artigo primeiro (1º) da Declaração Universal da ONU (1948): “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”.

Entende-se que não. Fernando Campos Scaff (in: RODRIGUES JÚNIOR; MAMEDE; ROCHA coords. pag. 75) inclusive declara que a responsabilidade civil representa a consequência direta da liberdade de escolha e iniciativa atribuídos às pessoas, submetendo seus patrimônios ao resultado de suas ações e/ou omissões por meio da obrigação de indenizar / compensar os respectivos danos de ordem material, moral e/ou estética.

O problema levantado da Liberdade como faceta da Dignidade merece destaque. A razão, em Immanuel Kant, é a fonte da liberdade. Kant defende que se o homem é um ser racional, atesta-se sua liberdade. E, nessa linha, sendo racional e livre, é imediatamente responsável por suas escolhas e atos (KANT, 2008, p. 150-151).

Hans Kelsen (KELSEN, 1998. p.104-105) ensina: “Não se imputa algo ao homem porque ele é livre, mas, ao contrário, o homem é livre porque se lhe imputa algo. Imputação e liberdade estão, de fato, essencialmente ligadas entre si.” (p. 109)

Assim, liberdade e responsabilidade são conceitos complementares. Ao se imputar responsabilidade aos pais por abandono dos filhos, resgata-se a própria liberdade. Se o ser humano é livre para fazer escolhas e se determinar de acordo com elas, é porque de algum modo pretende tais resultados ou mesmo assume os riscos que lhes são intrínsecos. Este raciocínio serve como uma luva para a compreensão do dano moral *in re ipsa* em caso de abandono.

Mas a liberdade vai mais além. Norberto Bobbio (BOBBIO, 1993. p. 131; 151) prega que a liberdade é princípio e fim da história. Para ele: “La libertad de hoy es el poder de mañana. Y el poder de mañana será una nueva fuente de falta de libertad para aquellos que quedan sujetos a dicho poder.” E descreve: “Como la libertad nace continuamente em el seno mismo de la libertad, a igual título puede decirse que la libertad renace continuamente em el seno mismo de la no-libertad.” Claro está que a liberdade é uma faca de dois gumes: dela nasce o poder (mais liberdade) e, ao mesmo tempo a não liberdade, ou restrições: a responsabilidade.

Portanto, não se fere liberdade quando se responsabiliza alguém pelos seus atos. Muito pelo contrário: a responsabilidade é consequência natural da liberdade.

Tratar de Liberdade leva – quase que automaticamente – à reflexão sobre Igualdade. Obviamente mesmo nas relações travadas entre particulares há a presença de desigualdade. Mas lembrando que resgatar igualdade, conforme Luigi Ferrajoli (FERRAJOLI, 1999. p. 82-

83), significa idêntica titularidade e garantia dos mesmo direitos fundamentais independentemente do fato, e pelo fato de que os seres humanos são diferentes entre si⁸.

E quanto à Igualdade material? Responsabilizar sem prova de dano (bastando a prova do abandono) financeira injustiças? O que se pode exigir desse pai? Mas parta-se de outra perspectiva: seria razoável tratar duas situações muito distintas (considerando-se o seguinte: dois irmãos tiveram resultados muito diferentes em relação ao abandono de seu pai em comum: de um pode-se extrair prova de sofrimento, enquanto o outro não apresenta quaisquer sintomas de problemas emocionais) como iguais? Até que ponto é válida a igualdade de desiguais? Conforme se viu em item anterior (4) há igualdade de reconhecimento de dano moral em ambas situações, fazendo-se a necessária diferença quanto ao valor a ser cominado como indenizatório, posto serem as consequências mais e menos gravosas, respectivamente.

Bobbio (1993 p. 58) destaca a importância de se questionar: igualdade em que? Responder-se-ia a igualdade em direitos fundamentais. E igualdade entre quem? Entre irmãos. Entre pais e filhos não há igualdade, pois ressalte-se que os pais têm o dever de amparo, sustento, apoio e proteção à pessoa dos filhos⁹ na fase da vida em que eles mais necessitam (infância e adolescência principalmente – e não exclusivamente). Eventualmente o inverso pode ocorrer: os filhos têm dever de prestar assistência aos seus pais (idosos, no mais das vezes) ou que se encontrem em alguma situação que dependam do sustento (material e moral) dos filhos. Entretanto, a hipótese não autoriza a afirmação de que haveria uma espécie de “contraprestação”, ou relação contratual nesse sentido.

Obviamente a prova do sofrimento pode ser apurada para fins de se estabelecer o *quantum* indenizatório. Haveria, portanto, a proteção da igualdade nos seguintes termos (tendo por base os “caminhos” enumerados anteriormente): ambos tiveram direitos fundamentais violados. Ambos merecem ter reconhecido o dano moral. Ambos merecem, portanto, igualdade de ponto de partida. Mas, se os efeitos são desiguais, que as consequências ao pai também sejam.

Esta ideia é solidificada em Ronald Dworkin (DWORKIN, 2002. p. 369) quando assevera que o conceito individual à igualdade é transformado em direito constitucional pela cláusula de igual proteção. Reconhece dois tipos diferentes de direito à igualdade: 1) Igualdade como tratamento (direito à igual distribuição de oportunidades, recursos ou encargos) e 2) Direito a tratamento como igual, ou seja, ser tratado com o mesmo respeito que

⁸ “Embora deva-se considerar o direito à liberdade das pessoas, inclusive o de não amar o filho, é preciso encontrar uma solução equilibrada que as leve a refletir sobre responsabilidades”. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação Cível n.º 545.352.4/5, Relatora Desembargadora Maia da Cunha)

toda pessoa. Mais adiante, o autor destaca que não haverá Igualdade em todas as circunstâncias. Ao final, alerta: “precisamos ter o cuidado de não usar a cláusula de igual proteção para fraudar a igualdade”.

7 BREVES REFLEXÕES SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOLIDARIEDADE FAMILIAR

Vinculados ao conceito de dano moral, oportuno se faz trazer reflexões sobre direitos fundamentais. Conforme Claus-Wilhelm Canaris (CANARIS, 2006) os direitos fundamentais devem ser aplicados às relações privadas como direito direto e imediatamente vigente. Posição com a qual concorda-se.

Para John Rawls, bens primários são “coisas que toda pessoa racional presumivelmente quer”, ou seja, são meios para a busca de diferentes concepções de bem que cada indivíduo pode ter, pois cada pessoa tem sua própria “visão abrangente de bem” (RAWLS, 2008).

A Eficácia Irradiante dos Direitos Fundamentais significa que os valores que dão margem aos direitos fundamentais invadem todo o ordenamento jurídico, condicionando a atuação do Estado e seus poderes em todos os setores da sociedade, até mesmo os considerados mais simplórios e corriqueiros. Na mesma linha de raciocínio é que se afirma que deve existir uma força expansiva dos direitos fundamentais para as relações privadas, como afirma Paulo Bonavides (BOONAVIDES, 2006, p. 632).

Eis os mais conhecidos princípios¹⁰ afetos ao tema deste trabalho: princípio da solidariedade familiar; princípio do melhor interesse da criança; princípio da proteção integral; princípio da afetividade e da convivência familiar; princípio da paternidade/maternidade responsável¹¹ e do planejamento familiar.

Levados à norma constitucional, a Responsabilidade Civil e a Família – bem como os demais institutos intitulados “privados”- impregnam-se de função social, como comenta Pedro Lenza (LENZA, 2011. p. 1103). A presença de um conteúdo público nas relações privadas, hoje, é de pacífico entendimento. Há até quem sustente a total extinção da dicotomia Público/Privado, face aos fenômenos de publicização e constitucionalização do Direito Privado¹².

⁹ Código Civil de 2002, Art. 1.634.

¹⁰ Estatuto da Criança e do Adolescente: Arts. 3º, 4º, 5º, 19 e 22.

¹¹ Art. 226 §7º da Constituição Federal de 1988 e Lei n.º 9.263/96.

¹² Nesse sentido, vale pronunciar as sábias palavras de Jorge Bustamante Alsino, para quem: “En tiempos en que las relaciones humanas se desarrollaban sin las complejidades de la vida moderna y, consecuentemente en su

Carmem Lúcia Silveira Ramos (RAMOS, 1998. p. 11) aponta para a despatrimonialização do Direito Civil como tendente a funcionalizar o sistema econômico com justiça distributiva e respeito à dignidade da pessoa humana e ao interesse coletivo.

O Estado que se pretende social traduz uma visão solidarística através de um modelo interventor e positivo, inclusive e principalmente nas relações privadas. O Estado que se diz social deixa de ser omissivo e passa a buscar resguardar direitos fundamentais e reduzir as desigualdades materiais, posicionando-se como “protetor dos mais fracos”, ao trazer regras mais benéficas a diversas categorias sociais consideradas hipossuficientes como: o trabalhador, o consumidor, a criança e o adolescente, o idoso, a mulher, etc. Com isso, já não é suficiente a previsão formal de direitos fundamentais, mas a solidariedade passa a ser um modo de atuar obrigatório, um dever jurídico, para toda a sociedade e para o Estado. Carmem Lúcia Antunes Rocha (ROCHA, 2004) cita o princípio da solidariedade social como aspecto da dignidade humana: o homem não é somente digno considerado em sua dimensão individual, mas intersubjetivamente e concretamente. Sim, o homem que tem rosto, necessidades, sente dor, fome, frio, etc. .

Ora, mas em que consiste a solidariedade, elevado à categoria de princípio constitucional? Como construir uma sociedade livre, justa e solidária, conforme reza o Art. 3º, I, da Constituição Federal de 1988? Obviamente não se está tratando de sentimentos, ou filantropia. Ser solidário é dever objetivo, elevado à categoria de princípio constitucional. Maria Celina Bodin de Moraes (MORAES, 2003. p. 111-114) assim o conceitua:

O princípio constitucional da solidariedade identifica-se, assim, com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados.

Segundo a autora a solidariedade¹³ não significa querer exigir o sentimento de fraternidade entre as pessoas, pois assim estar-se-ia afirmando que a solidariedade seria sinônimo de filantropia, ou de sentir algo de bom pelo outro. Mas é mais que isso. Hoje, a solidariedade ganha contorno jurídico, pois se exige comportamento solidário nas relações humanas. Por ser jurídico, se ocupa de ações / omissões e não de sentimentos.

simplicidade, podían destacarse nítidamente las acciones individuales, fácil era imponer a los hombres estrictos deberes de respeto y solidaridad y fácil resultaba también valorar una conducta obrada con entera libertad. Podía entonces decirse con justicia que el culpable debía responder y el inocente estaba exento de toda sanción. Si una persona resultaba víctima de hecho de un inocente, no era dado a los hombres modificar los designios de la naturaleza y esa víctima debía soportar sola todo el daño. (ALSINO, 1997. p. 409-410).

¹³ Karl Engisch (ENGISCH, 1996) afirma que a solidariedade é conceito jurídico indeterminado.

Maria Celina Bodin de Moraes (MORAES, 2003, p. 867) incrementa que o instituto jurídico em que mais claramente se nota a exigência da solidariedade é o da responsabilidade civil.

Sobre o assunto, aduz Daniel Sarmiento (SARMENTO, 2006, p. 297):

É óbvio que o Direito não tem como penetrar no psiquismo das pessoas para impor-lhes as virtudes da generosidade e do altruísmo. Seria terrível, aliás, se o Direito pudesse ditar sentimentos. Entretanto, se ele não pode obrigar ninguém a pensar ou a sentir de determinada forma, ele pode, sim, condicionar o comportamento externo dos agentes, vinculando-os a obrigações jurídicas.

Cabe mencionar o reconhecimento da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, o que Daniel Sarmiento – entre outros autores – denomina “eficácia horizontal”, expressão contestada e criticada por Juan María Bilbao Ubillos (UBILLOS, 1997), posto haver assimetria nas relações privadas¹⁴. Seria, nessa ordem de ideias, relações formalmente horizontais, porém materialmente verticais, ou pior: relações verdadeiramente verticais, camufladas de horizontais.

Como se nota, o tema abordado neste estudo guarda íntima conexão com a dignidade e os direitos fundamentais dos filhos, bem como a exigência de responsabilidade solidária e a solidariedade familiar que deve reger tais relações.

8 NOTAS CONCLUSIVAS

As ocorrências de abandono moral não ficaram no passado. É uma discussão que se renova a cada dia, e como Arnaldo Rizzardo comenta, a realidade permite a visão de várias situações que podem culminar ausência, aqui avaliada como o grande número de famílias monoparentais, longas jornadas de trabalho dos pais, frequência dos filhos em escolas de regime de semi-internato, etc. (RIZZARDO, 2011, p. 688).

A condenação por abandono moral paterno-filial representa, em última análise, mais um mecanismo tendente a concretizar direitos fundamentais nas relações privadas.

A responsabilidade civil, o direito de família, o direito civil, o direito - precisam ser constantemente reinventados num processo contínuo de formação de seus institutos. Sendo uma ciência social aplicada, nada mais natural que sofra constantes adaptações e reinvenções

¹⁴ Para Ubillos (1997): “Los poderes privados constituyen hoy una amenaza para el disfrute efectivo de los derechos fundamentales no menos inquietante que la representada por el poder público (p. 243). [...] Esta falta de ‘simetría’ permite que la parte que por razones económicas o sociales se encuentra em ‘posición dominante’ condicione la decisión de la parte ‘débil’ (p. 245). El derecho no puede ignorar el fenómeno del poder privado. Tiene que afrontar es realidad y dar una respuesta apropiada (p. 250).”

tendentes a acompanhar a sociedade. O que requer adaptação contínua. Assim, que a responsabilidade civil e a família continuem a progredir e caminhar rumo aos ideais solidarísticos.

9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

ALSINO, Jorge Bustamante. **Teoria general de la responsabilidad civil**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 6.ed. rev.aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ARENDT, Hannah. **A Condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 13a edição, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BEVILACQUA, Clovis. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BOBBIO, Norberto. **Igualdad y libertad**. Barcelona / Buenos Aires / México, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros. 21ª edição, 2007.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 1.159.242, Relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, proferido em 24 de abril de 2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 757.411/MG, Relator Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 29.11.2005, Diário de Justiça 27.03.2006.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Apelação Cível n.º 1.0335.07.009084-0/001/0090840-43.2007.8.13.0335, Relator: Desembargador Edgard Penna Amorim, data do julgamento: 17/12/2009, publicado em 17/12/2009.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Apelação Cível n.º 1.0701.07.186399-0/001, Relator: Desembargador Armando Freire, julgado em 23/03/2010, publicado em 14/04/2010.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação n.º 457.944.4/0-00 (994.06.030080-7) Relator Desembargador Ribeiro da Silva, 8ª Câmara de Direito Privado, julgado em 24.3.2010.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação Cível n.º 545.352.4/5, Relatora Desembargadora Maia da Cunha, 4ª Câmara de Direito Privado, julgado em 21-5-2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2006.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga – Estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma**. Trad. Fernando de Aguiar. Lisboa, Clássica, 1971.

DIAS, Maria Berenice. **O direito dos filhos a seus pais**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/o_direito_dos_filhos_a_seus_pais.pdf>. Acesso em: 08 set. 2013.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Boeira, Nelson (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1996 – a solidariedade é conceito jurídico indeterminado.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. 1.ed. Madrid: Trotta, 1999.

FREUD, Sigmund. **Totem e tabu**. In: _____. Obras psicológicas completas. Trad. Orizon Carneiro. Rio de Janeiro: Imago, 1974. v. XIII.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. V.1.

GIORDANI, José Acir Lessa. **A responsabilidade civil objetiva genérica no Código Civil de 2002**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. Vol. 4. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). **Direito e responsabilidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. 2.ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad, José florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

_____. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998

LACAN, Jacques. **Os complexos familiares**. Trad. Marco Antônio Coutinho Jorge e Potiguara Mendes da Silveira Júnior. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum**. 2. Ed. Ver. Atual. Aum. São Paulo: Atlas, 2011.

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

OLIVEIRA, Euclides de; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Do direito de família. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **Direito de família e o novo código civil**. 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PECES-BARBA, Gregório Martinez. **El concepto de dignidad humana, la política y el derecho**. In: _____. La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho. Madrid: Dykinson, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 3. ed. rev. Atual. Ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PEREIRA, Tânia da Silva. Abrigo e alternativas de acolhimento familiar, in: _____. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Direito à vida digna**. Belo Horizonte: Forum, 2004.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (coords.). **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo, Atlas.

ROSA, Alexandre Moraes da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. **Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002

_____. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Lingüística Geral**. 30ª Edição. São Paulo: Cultrix, 2002.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

STOCO. Rui. **Tratado de responsabilidade civil doutrina e jurisprudência**. 8. ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. ed. ver. atual. ampl. com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Direito das obrigações e responsabilidade civil**. Vol. 2. 8. ed. São Paulo: Método, 2013.

UBILLOS, Juan María Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del tribunal constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 5.ed. São Paulo: Atlas, v.4., 2005.