**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

BRUNA ROSSI DE LACERDA

A INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO

**CURITIBA
2014**

BRUNA ROSSI DE LACERDA

A INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Pós-Doutor Clayton Reis

**CURITIBA
2014**

TERMO DE APROVAÇÃO

BRUNA ROSSI DE LACERDA

A INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Prof. Pós-Doutor Clayton Reis

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, 30 de junho de 2014.

Ao meu irmãozinho, Marcos.

AGRADECIMENTO

Agradecimento
Ao estimado Prof. Pós-Doutor Clayton Reis pelas valiosas orientações sempre atentas à sensibilidade humana.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 BREVE HISTÓRICO DA FAMÍLIA	9
1.1 A FAMÍLIA NA GRÉCIA E EM ROMA.....	9
1.2 A FAMÍLIA EM FACE DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO.....	15
1.3 OS NOVOS PARADIGMAS DA FAMÍLIA NO BRASIL.....	18
2 O PODER FAMILIAR	22
2.1 DEFINIÇÃO E CARACTERÍSTICAS.....	22
2.2 ATRIBUTOS DO PODER FAMILIAR.....	27
2.3 O PODER FAMILIAR EM FACE DA DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO.....	32
2.4 A CONVIVÊNCIA E AFETO NA SOCIEDADE FAMILIAR – O DEVER DE CUIDADO DOS PAIS.....	36
3 FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	47
3.1 DEFINIÇÃO E CONCEITOS.....	47
3.2 PRESSUPOSTOS FORMAIS DA CULPABILIDADE.....	50
3.3 CONDUTA HUMANA E OMISSÃO AO DEVER DE DILIGÊNCIA E CUIDADO.....	53
3.4 FUNDAMENTOS DO DANO.....	57
3.5 FUNDAMENTOS DO NEXO CAUSAL.....	62
4 INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO	66
4.1 PRINCÍPIOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA....	66
4.2 O DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE CONVIVÊNCIA E AFETO ENTRE PAIS E FILHOS.....	77
4.3 O ABANDONO AFETIVO E CONSEQUÊNCIAS NO PLANO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	84

4.4 FINALIDADES DA INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO.....	108
4.5 A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS DIANTE DO VALOR DO DANO MORAL.....	110
CONCLUSÃO	113
REFERÊNCIAS	116

RESUMO

O presente trabalho tem como intuito abordar o a indenização por abandono afetivo. Para o estudo do tema é imprescindível invocar princípios constitucionais e direitos fundamentais, dentre eles o direito à vida, à integridade física, à personalidade, à dignidade da pessoa humana, à convivência familiar, princípio da paternidade responsável, princípio da afetividade, bem como os direitos e deveres decorrentes do poder familiar, o direito à indenização por dano moral e os pressupostos da responsabilidade civil. Discute-se, assim, se há responsabilidade civil em razão do abandono afetivo dos pais em relação a seus filhos e também qual a posição da doutrina e o entendimento atual dos Tribunais. O afeto é o elemento fundamental das relações travadas no ambiente familiar, principalmente na relação entre os pais e os filhos. A observância dos deveres inerentes ao poder familiar não se limita tão-somente às obrigações de proteção, assistência material, intelectual, mas também no dever de cuidar dos filhos e de com eles relacionar-se com emoções e sentimentos, pois somente dessa forma é possível moldar a personalidade dos filhos na direção da edificação de uma sociedade em que prepondere o princípio da dignidade da pessoa humana. Descumpridos pela mãe ou pelo pai o cuidado em relação aos filhos, a convivência, a afetividade, sendo estes atributos do poder familiar, questiona-se se o inadimplemento de tais deveres configura ato ilícito, vez que este é pressuposto para a aplicação da reponsabilidade civil. Discute-se, assim, se há responsabilidade civil em razão do abandono afetivo dos pais em relação a seus filhos e também qual a posição da doutrina e o entendimento atual dos Tribunais.

Palavras-chave: dignidade da pessoa humana - paternidade responsável – afetividade - abandono afetivo - responsabilidade civil

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende discutir a indenização por abandono afetivo em razão de sua relevância jurídica e enorme relevância social por nascer dentro do núcleo da família e envolver o abandono afetivo dos filhos pelos pais, o desamor, falta de convivência, o desamparo no desenvolvimento psicológico e moral e dos filhos, sendo esta a realidade vivida por muitas crianças e adolescentes.

As formações biológica, psíquica, afetiva e moral dos filhos são indissociáveis da manutenção da convivência e da relação saudável com seus pais. Garantir a proteção de todos os direitos de crianças e adolescentes é dever constitucional imposto à família, à sociedade e ao Estado. Caso a família e a sociedade não cumpram com seus deveres, recai sobre o Estado tal dever, uma vez que os direitos do infante, devido à sua condição peculiar de desenvolvimento, são prioritários, fundamentais e indisponíveis. Todas as oportunidades devem ser asseguradas a crianças e adolescentes, capacitando o desenvolvimento físico, mental, social, moral com liberdade e dignidade, fundando-se no princípio do melhor interesse da criança, para que alcance a maioridade de forma justa, usufruindo completamente de seus direitos com a finalidade de se tornarem adultos dignos, respeitáveis e livres.

O princípio da parentalidade responsável traduz-se na responsabilidade dos pais em relação aos filhos, sendo dever daqueles proporcionar o bem estar físico, psíquico e espiritual destes, garantindo-lhes dignidade, respeito, alimentação, educação, lazer e afeto.

Pelo poder familiar, compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores dirigir-lhes a criação e educação, tê-los em sua companhia e guarda, entre outros deveres, sendo que é estabelecido constitucionalmente aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores.

Tais dispositivos devem ser lidos a partir do princípio da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança, o qual é garantia de efetivação e proteção dos direitos fundamentais da criança e adolescente no caso concreto.

O objeto do presente trabalho é controvertido, sendo que acerca dele existem dificuldades doutrinárias e também entendimentos muito divergentes dentro dos tribunais pátrios.

Há forte vertente doutrinária e jurisprudencial defensora da impossibilidade da indenização por abandono afetivo, que sustenta que embora não se compreenda elogiável o comportamento do genitor que não dá afeto a seu filho, esta atitude é apenas moralmente reprovável, não havendo lugar para atribuição de valor monetário ao afeto, porque se estaria condenando uma pessoa ao pagamento de indenização em razão do desamor.

Contudo, corrente doutrinária e jurisprudencial não menos significativa advoga pela possibilidade de indenização por abandono, argumentando que amar é faculdade, no entanto, cuidar é dever. Por se tratar de dever defende essa vertente a incidência da reparação dos danos morais em caso de descumprimento do dever de cuidar e dar afeto, o que configura ato ilícito, que é pressuposto para aplicação da responsabilidade civil.

Cabe ressaltar que o desenvolvimento humano só é completo se nele estão garantidos os aspectos físicos, materiais, psíquicos, intelectuais e afetivos. A formação psíquica, afetiva, moral dos mais jovens está umbilicalmente ligada à relação destes com seus pais. Discute-se, portanto, quanto à possibilidade de indenização em decorrência do abandono afetivo.

1 BREVE HISTÓRICO DA FAMÍLIA

1.1 A FAMÍLIA NA GRÉCIA E EM ROMA

Tão ou mais importante do que as modificações jurídicas no que tange ao instituto da família, sob o aspecto sociológico é indiscutível a evolução da família no tempo em razão das transformações sociais.

Para a historiadora Michelle Perrot¹ “a história da família é longa, não linear, feita de rupturas sucessivas”. Saliente-se que a família é uma das técnicas de proteção social que se mantém até hoje².

¹ PERROT, Michelle. O nó e o ninho. In: VEJA 25: reflexões para o futuro. São Paulo: Abril, 1993, apud FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 75.

No estudo da teoria da família, para a análise de um tema ou até mesmo de um problema existente, para que se tenha melhor compreensão, é de grande utilidade a busca de dados históricos e suas repercussões, de modo a evitar um estudo limitado, confinado apenas ao instante da origem da questão analisada.

O direito de família positivado fixa um momento da realidade e opta por ações e omissões derivadas de certo modelo social, político e cultural. Porém, a realidade como passar do tempo se modifica, implicando em mudanças das instituições familiares, as quais representam uma construção de determinada cultura para reger a forma de convivência em certo ambiente social.

Como ensina Carlos Roberto Gonçalves³ o direito de família é, de todos os ramos do direito, o mais profundamente ligado à própria vida, posto que, de uma forma geral, as pessoas advêm de um organização familiar e a ela permanecem-se vinculadas por toda sua existência, ainda que constituam nova família pelo casamento ou pela união estável.

Contudo, por ser a família anterior ao direito de família, faz-se apropriada breve consideração sobre algumas de suas mais importantes informações históricas.

O conceito grego antigo de família traduz-se em “aquilo que está junto de um lar”, denominado de *epíston*. Os membros da família eram designados por palavra com o significado de “alimentados do mesmo leite”. A acepção de família era relativa a propriedade: casa, dinheiro, escravos, campo. A palavra grega *gens* correspondia ao conjunto de famílias e, por sua vez, o verbo *genire* e o substantivo *genitor* remetiam a filiação⁴.

Os gregos utilizavam-se também do termo *gueneá*, que corresponde a gênero ou origem, utilizado, ainda, para indicar família no que toca aos antepassados, ascendentes, fazendo menção à família extensa ou de origem⁵.

O modelo romano de família deixa para trás o matriarcado, tornando-se unidade política, religiosa e jurídica, atravessa a Idade Média, projeta-se em uma versão adaptada no Código Civil francês e repercute no Código Civil brasileiro de

² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 67.

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. v. 6. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 17.

⁴ SEMY, Glanz. **A família mutante** – sociologia e direito comparado: inclusive o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 18.

⁵ *Ibid.*, p. 19.

1916 e 2002. Diante de apertadíssimo retrospecto, já é perceptível a enorme influência do Direito Romano para o instituto da família.

A própria palavra família vem do latim “*familia*”, originada de palavra da língua dos oscos (povo do norte da península italiana), “*famel*”, cujo significado é escravo. O vocábulo englobava em seu sentido os servidores, escravos, domésticos, comitiva, cortejo, acompanhamento, companhia, casa, família⁶.

A família romana era caracterizada da seguinte forma: unidade política, jurídica e religiosa; estrutura análoga à estrutura estatal; centrada no chefe da família, o *pater familias*; estado monogâmico e exogâmico, com relações pessoais privadas e vedação do incesto; patriarcal, em que eram tidos por incapazes esposas e filhos⁷.

O Direito Romano colocou a essa unidade política, jurídica e religioso sob a autoridade e direção exclusiva do *pater familias*, ou seja, do pai, a quem era atribuído poder desarrazoado, pois era chefe, senhor, sacerdote, pai e marido. Estavam sob a autoridade do *pater familias* o casal, filhos, escravos e servos, sendo que todos estes compunham a família romana em virtude da estruturação social da época.

Imperava a lei da desigualdade que dava guarida a distinção de papéis e funções entre seus membros, privilegiando o interesse do pai sobre o das outras unidades da família, o que revela uma instituição patriarcal e hierarquizada, cuja organização se dava pelo princípio da autoridade.

O chefe de família tinha direito absoluto e ilimitado sobre os filhos, abarcando o direito de vendê-los, abandoná-los, castigá-los fisicamente e, inclusive de matá-los.

Era também absoluta a submissão da mulher à autoridade do marido.

Como já exposto, a família era unidade política, religiosa e jurídica. O papel de chefe político, sacerdote e juiz era exercido simultaneamente pelo ascendente comum mais velho da família, o qual dirigia os cultos dos deuses domésticos e realizava a distribuição de justiça, assim como administrava o patrimônio familiar⁸.

A família romana constituía-se pelo casamento, o qual era sempre monogâmico considerado como instituição divina formada pelo consentimento e

⁶ SEMY, 2005, p. 17.

⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 63.

⁸ GONÇALVES, 2011, p. 31.

solenemente. No casamento havia o *debitum conjugale* e o vínculo era indissolúvel, sendo possível apenas a sua anulação.

A exogamia implicava na oferta de membros da família para constituição de nova família, assim, buscava-se a multiplicação a partir de um acordo de cunho político. O parentesco no Direito Romano se dava nos moldes da agnação (*agnatio*), advinda da linhagem paterna, o parentesco civil. Já o parentesco de sangue (*cognatio*) era relativo à linhagem da mulher. Havia também no modelo romano o parentesco por afinidade (*affinitas*), que estabelecia vínculo formal entre os parentes dos cônjuges, a fim de que respeitassem os impedimentos matrimoniais, porém sem efeito sucessório. O parentesco por afinidade era desfeito com o fim do matrimônio, que ocorria nas hipóteses de falecimento de um dos cônjuges, redução da capacidade, repúdio (ato jurídico unilateral do marido), divórcio⁹.

A família, tanto na Grécia como em Roma, não recebeu da cidade suas leis, pois o direito privado existiu antes dela, e quando a cidade começou a delimitar suas leis já encontrou esse direito arraigado nos costumes, assim, o antigo direito não é obra de um legislador, mas sim da própria família.

Cabe esclarecer que apesar de estar sob a autoridade e direção do pai, existia algo superior a ele, qual seja, a religião doméstica. No pai repousava o culto doméstico, sendo que a família e o culto perduravam por meio do pai, e quando este morria era um ser divino que os descendentes invocavam. Já quanto à mulher, sua religião não lhe era determinada por seu nascimento, na verdade, só tinha religião ao se casar e tanto na morte como na vida era considerada somente uma parte integrante de seu marido, considerada menos que o homem tanto na Grécia como em Roma.

Quanto aos filhos, a natureza conferia-lhes uma maioridade que a religião nunca lhes atribuía. Fustel de Coulanges¹⁰ retrata que:

Segundo os antigos princípios, o lar é indivisível, assim como a propriedade; os irmãos não se separam quando o pai morre e, com maior razão, dele não se poderão desligar durante a vida. No rigor do direito primitivo, os filhos continuam unidos ao lar paterno e, em consequência, submetidos a sua autoridade; enquanto o pai viver serão sempre menores. Compreenda-se como essa disposição só se manteve válida enquanto a velha religião doméstica teve seu pleno vigor. Essa sujeição ilimitada do filho ao pai desapareceu bem cedo em Atenas. Em Roma, a velha regra foi inescrupulosamente conservada; o filho durante a vida do pai, jamais pôde

⁹ FACHIN, 2003, p. 64.

¹⁰ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 97.

cuidar de um lar particular, embora casado, mesmo tendo filhos, ficava sob a tutela do pai. Além disso, acontecia com o poder paternal o mesmo que com o poder marital; tinha por origem e por condição o culto doméstico. O filho nascido do concubinato não estava colocado sob a autoridade do pai. Entre o pai e esse filho não existia comunhão religiosa: nada havia, portanto, que conferisse a um a autoridade e ordenasse ao outro a obediência. A paternidade por si só não conferia ao pai direito algum. Graças à religião doméstica, a família era um pequeno corpo organizado, pequena sociedade com seu chefe e seu governo.

Assim, as leis gregas e romanas reconheceram ao pai o poder irrestrito de que a religião no princípio já lhe conferia. O poder paternal era composto de vários direitos como já aludido.

O pai era o chefe supremo da religião doméstica, dirigia as cerimônias do culto como havia aprendido com seu pai e ninguém na família lhe contestava a supremacia sacerdotal, nem mesmo a cidade ou seus pontífices podiam alterar o culto. Por ser o chefe religioso, era ele responsável por fazer perpetuar o culto e por consequência a família, sendo essa sua primeira obrigação, tendo em vista que apenas do pai dependia.

Em razão dessa sua obrigação, tanto nas leis gregas como romanas, tinha o direito de reconhecer ou repudiar o filho ao nascer, sendo que para adentrar no círculo sagrado da família era preciso o consentimento do chefe e a iniciação no culto, assim, enquanto não fizer parte da religião doméstica o filho nada representará para o pai. Tinha o direito de repudiar a mulher em caso de esterilidade para que a família não fosse extinta, bem como em casos de adultério para evitar a descendência da família de qualquer adulteração. O direito de casar a filha, ou seja, ceder a outro o poder que tem sobre ela, bem o direito de casar o filho, o que interessa para a perpetuação da família. Tinha o direito de emancipar (excluir o filho do culto), de adotar (introduzir um estranho no lar doméstico), de designar ao morrer um tutor para sua mulher e filhos). Todos esses direitos eram exclusivos do pai, a mulher não podia se divorciar e nem quando viúva poderia emancipar ou adotar, não podia ser tutora de seus filhos. Em caso de divórcio os filhos e filhas ficavam com o pai, a mulher nunca tinha poder sobre a prole, que não lhe pediam consentimento nem mesmo para casar¹¹.

A propriedade não era um direito individual, era, na verdade, um direito da família. Os bens pertenciam aos antepassados e aos descendentes, e a propriedade

¹¹ COULANGES, 2005, p. 98.

não era divisível, repousando inteiramente na cabeça do pai, de modo que nem a mulher ou filhos tinham algo de seu. O dote da mulher e tudo que ela pudesse adquirir durante o casamento seria do marido, e caso ficasse viúva nem mesmo readquiriria seu dote. Os filhos também não possuíam nada, nada podia adquirir, os frutos de seu trabalho, de seu comércio ou eventual testamento em seu favor seria do pai. Por isso era vedado o contrato de compra e venda entre pai e filho, pois se o pai vendesse ao filho estaria vendendo para si mesmo. Tanto nas leis romanas como nas leis de Atenas o pai podia vender o filho, pois por ter braços e pernas que eram fonte de receita era considerado como propriedade pertencente à família. O pai poderia vender os filhos três vezes e nas duas primeiras o pai poderia estipular no contrato que o filho lhe fosse revendido, porém depois da terceira vez o filho ficaria liberto do poder do pai¹².

A mulher e o filho não podiam figurar como demandistas, defensores, acusadores, acusados ou testemunhas, porque apenas o pai, de toda a família, podia apresentar-se perante o tribunal da cidade, sendo que a justiça pública só existia para ele e o pai era sempre responsável pelos delitos cometidos pelos membros de sua família. A justiça para a mulher e para os filhos não estava na cidade, mas estava em casa, onde o juiz era o chefe da família, sentenciando como um tribunal em razão de sua autoridade e respaldado pelas divindades domésticas. Esse direito de justiça, exercido pelo chefe de família na casa, não admitia apelação e podia até mesmo condenar à morte como fazia o magistrado na cidade, sendo que nenhuma autoridade tinha o direito de modificar a sentença do chefe da família. Mas é um equívoco afirmar que o direito do pai de condenar os membros da família à morte era absoluto, pois este só existia em decorrência de seu direito de justiça¹³. Assinala Fustel de Coulanges¹⁴:

E foi assim, durante muito tempo, a família antiga. As crenças existentes nos espíritos foram suficientes, sem necessidade do direito da força ou autoridade de um poder social, para constituí-la regularmente, para dar-lhe disciplina, governo, justiça e fixar em todos os detalhes o direito privado.

No decorrer do tempo, principalmente do século IV em diante, quando o Imperador Constantino abrigou a percepção cristã de família no direito romano,

¹² COULANGES, 2005. p. 99.

¹³ Ibid., p. 101.

¹⁴ Ibid., p. 102.

houve abrandamento das regras e progressiva restrição da autoridade do *pater*, conferindo maior autonomia às mulheres e aos filhos¹⁵.

As relações familiares durante a Idade Média foram reguladas unicamente pelo Direito Canônico em que apenas o casamento religioso tinha reconhecimento.

Com o passar do tempo as regras de origem germânicas ganharam importância cada vez maior, em que pese as regras romanas permanecessem a influenciar as relações patrimoniais entre os cônjuges e o pátrio poder¹⁶.

1.2 A FAMÍLIA EM FACE DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

No Brasil, o conceito e o regramento da família absorveram muitos elementos advindos da família romana, canônica e da germânica.

Faz pouco tempo que o conceito de família e o ramo de direito de família estão mais atentos e próximos da realidade brasileira, o que se deu devido a relevantes modificações históricas, culturais e sociais.

Do século XVIII até o começo do século XX, em consonância com a situação econômica do país, imperava o sistema clássico familiar, norteado pela lei da desigualdade e representado pela grande família¹⁷.

A família do Código Civil de 1916 ainda foi influenciada pelo modelo familiar do século XIX, era patriarcal, hierarquizada, heterossexual, matrimonializada, e patrimonialista, com objetivo de procriação, formação de mão-de-obra, aprendizado e transmissão patrimonial¹⁸.

A industrialização e urbanização levaram ao surgimento do modelo de família nuclear. Nas décadas subsequentes ao Código de 1916 surgem novos valores, como a afetividade na sociedade conjugal, seja ou não matrimonializada¹⁹.

Até a Constituição Federal de 1988²⁰ a lei fundamental da família era o Código Civil, porém a nova carta constitucional foi responsável pelo fenômeno de

¹⁵ GONÇALVES, 2011, p. 31.

¹⁶ Ibid., p. 32.

¹⁷ FACHIN, 2003, p. 38.

¹⁸ Ibid., p. 66.

¹⁹ Ibid., p. 67.

²⁰ BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 12 jun. 2014.

“constitucionalização” do Direito de Família, transformando os princípios constitucionais vinculantes em regras básicas de tal ramo do Direito e projetando suas diretrizes axiológicas no Código Civil de 2002²¹, código este que ainda se constrói diante das densas relações sociais do país no século XXI.

Para Luiz Edson Fachin²² “abrem-se as portas deste século com uma dimensão “publicizada” da família, sob um renovado estatuto, informado por outros valores distintos do privado clássico”.

Atualmente, as fontes formais dos princípios e regras do Direito Privado estão na Constituição, que tem aplicação imediata nas relações familiares, e na legislação infraconstitucional.

Importante ressaltar que, dentre seus dispositivos, o Código Civil de 2002 fez homenagem a algumas normas constitucionais expressas, a exemplo do princípio da igualdade, todavia, não foi significativo o progresso do novo diploma enquanto parte integrante do sistema jurídico ou sob a perspectiva de atendimento à realidade fática.

Mas essa insuficiência do atual Código Civil é suprida pelos princípios, os quais, como explana Luiz Edson Fachin²³, “desbordam das regras codificadas e neles a hermenêutica familiar do século XXI poderá encontrar abrigo e luz”.

Há princípios que estão acima das fontes formais, são eles o princípio da neutralidade, da igualdade e da não-discriminação.

Ainda, dentre os mais relevantes princípios do novo direito de família estão o princípio do respeito à dignidade humana, o princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros, o princípio da comunhão plena de vida, princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar e princípio da paternidade responsável e planejamento familiar²⁴.

Os citados princípios surgiram a partir das transformações vividas no contexto familiar brasileiro.

Afirma Maria Berenice Dias²⁵:

²¹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 jun. 2014.

²² FACHIN, 2003, p. 76.

²³ Ibid., p. 39.

²⁴ GONÇALVES, 2011, p. 21.

²⁵ DIAS, 2011, p. 27.

A família identifica-se pela comunhão de vida, de amor, e de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca. No momento em que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização, em que as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo, e o traço fundamental é a lealdade, não mais existem razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais que justifiquem a excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas.

A família pós-moderna, em seus aspectos jurídicos e sociológicos, está fundada no afeto, na ética, na solidariedade recíproca entre seus integrantes buscando resguardar a dignidade de cada um deles. Os novos valores que da sociedade contemporânea sobressaem e representam uma ruptura definitiva com o que se entendia tradicionalmente por família. A estrutura da sociedade moderna demanda um modelo de família igualitário, democrático, descentralizado, desmatrimonializado, sendo sua principal finalidade a solidariedade social e o fornecimento da base necessária na busca do aperfeiçoamento e desenvolvimento do ser humano, o que deve se realizar sempre guiado pelo afeto.

Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal²⁶:

A transição da família como unidade econômica para uma compreensão igualitária, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, reafirma uma nova feição, agora fundada no afeto. Seu novo balizamento evidencia um espaço privilegiado para que os seres humanos se complementem e se completem. Abandona-se, assim, uma visão institucionalizada, pela qual a família era, apenas, uma célula social fundamental, para que seja compreendida como núcleo privilegiado para o desenvolvimento da personalidade humana.

A família torna-se, portanto, o meio, o instrumento de promoção da pessoa humana e não mais a finalidade a ser alcançada, firmando-se então o seu caráter instrumental.

Para concluir, é fácil constatar as mudanças da concepção de família no Direito Civil brasileiro. No Código Civil de 1916 a família era: matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, unidade de produção e reprodução, de caráter institucional. A família da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002 mostra-se: pluralizada, democrática, igualitária substancialmente, heteroparental ou homoparental, biológica ou sócio-afetiva, unidade sócio-afetiva, de caráter instrumental.

²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson de. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 5.

Assim, a mudança de concepção da família implica em novos paradigmas da família no Brasil que repercutem no ordenamento jurídico e na jurisprudência, muitas vezes representando desafio na superação de velhos entendimentos a fim de atender à realidade de constante mutação das relações familiares.

1.3 OS NOVOS PARADIGMAS DA FAMÍLIA NO BRASIL

A família, ainda do Código de 1916, era matrimonializada, hierarquizada, patriarcal e transpessoal, decorrente do liberalismo, individualismo e patrimonialismo, a chamada “família codificada”.

As transformações sociais começam a se chocar com os paradigmas desse Código Clássico e fizeram surgir um descompasso entre a realidade e a lei, fazendo da jurisprudência peça importante na superação do sistema clássico.

A engenharia genética, o pluralismo sociológico e a afetividade na relações familiares são alguns exemplos de temas colidentes com modelo clássico de família.

A Constituição de 1988 trouxe mudanças extremamente significativas para o Direito de Família, preconizando a igualdade e a inocência da filiação.

Foi também proficiente em dar refúgio à pluralidade da família, à família matrimonializada ou não, diárquica, igualitária e eudemonista²⁷.

Todavia, a Carta Magna de 1988 apenas injetou em nosso ordenamento jurídico a concepção de família que há muito tempo já era aceita e vivida pela sociedade brasileira.

A nuclearidade do grupo familiar é uma característica que diferencia a família contemporânea da família dos tempos remotos, pois antigamente elas eram compostas pelo marido, esposa, filhos, genitores dos cônjuges, tios, primos, a chamada grande família. Hoje, a família brasileira é nuclear, ou seja, formada basicamente por pais e filhos. O motivo dessa mudança é explicado por fatores sociais, culturais e econômicos. Uma família formada por grandes grupos não é mais viável, ademais, são altos os custos para criar um filho nos dias atuais, acarretando na diminuição até mesmo no número de filhos gerados por casal. A família nuclear

²⁷ FACHIN, 2003, p. 39.

proporciona estreitar e fortalecer os laços afetivos entre as pessoas que a compõe (pai, mãe e filhos).

A afetividade é fundamento e traço determinante da família contemporânea que busca fortalecer a reciprocidade de seus sentimentos e o respeito entre seus integrantes, sustentando o relacionamento familiar e protegendo-o de intromissões alheias e males externos. A afetividade não é e não pode ser criada pela lei, porque se traduz em sentimentos naturais, os quais advêm dos vínculos entre as pessoas, da vivência, da afeição.

Teresa Celina Arruda Alvim Wambier assenta a solidariedade entre os membros da família como a responsável pela criação de um clima afetivo privilegiado, conferindo à família uma função protetora frente à sociedade²⁸.

Vários artigos do Código Civil de 1916 foram revogados pela preconização feita Carta Magna de 1988 acerca do princípio da igualdade entre homens e mulheres, constante no artigo 5º, inciso I, e 226, § 5º, firmando para tais sujeitos os mesmos direitos e deveres e vedando o tratamento discriminatório.

Inspirado no direito romano, o direito brasileiro tinha o marido como chefe e cabeça da sociedade conjugal, apenas a ele era concedido o poder familiar pelo Código Civil brasileiro de 1916. A organização da família só poderia ser exercida pela mulher na falta ou impedimento do pai. Embora o Estatuto da Mulher Casada conferisse ao pai e à mãe o pátrio poder, o exercício era efetivamente realizado pelo homem, contando apenas com a colaboração da mulher. A vontade do pai prevalecia em momentos de divergência, no entanto remanescia para a mulher a opção de buscar o Judiciário²⁹.

Ao assegurar a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres, garante-se a isonomia na direção da família. A família, que no modelo patriarcal era unicamente dirigida pelo marido, hoje é dirigida conjuntamente pelo homem e pela mulher, por isso se fala-se em família diárquica.

No modelo clássico, família e casamento estavam direta e absolutamente conectados, mas o atual regramento jurídico da família não impõe tal limitação e

²⁸ WAMBIER, Teresa Celina Arruda Alvim. Um novo conceito de família: reflexos doutrinários e análise da jurisprudência. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo. **Direitos de família e do menor**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 83.

²⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 382.

confere aos particulares maior liberdade na forma de constituição familiar, que pode ou não ser matrimonializada.

Sobre a pluralidade familiar leciona Luiz Edson Fachin³⁰:

No espaço da pluralidade familiar tem assento a família não matrimonializada. Nesse ninho sem moldura apresenta-se a união estável, a união livre e monoparentalidade. A união estável liga-se a um padrão familiar próximo ao casamento, facultada a conversão em casamento, posto que suscetível de nele ser convertida; a união livre corresponde a uma associação informal não suscetível de conversão, e as famílias monoparentais são formadas em diversos modelos que não se resumem a pais e mães solteiras. Entes sob a nova arquitetura de relação familiar.

A família da atualidade demanda disciplina jurídica atenta à sua realidade mutante e à pluralidade da família, sendo hoje mais adequado falar-se em Direito das Famílias do que em Direito de Família.

A exemplo da evolução constante no que se entende por família, destaca-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça que admitiu o casamento entre pessoas do mesmo sexo sob o fundamento de que não se pode admitir que a orientação sexual serva de pretexto para exclusão de famílias da proteção jurídica representada pelo casamento³¹.

Esse diploma superou a diferença, ou melhor, a discriminação que se fazia dos filhos advindos de relações não matrimoniais, vez que antes estes não eram considerados filhos legítimos, apenas os filhos de pessoas casadas entre si assim o eram considerados. Legitimava-se situação totalmente desconexa da realidade, a lei criava, então, a mentira jurídica.

Os filhos extramatrimoniais, apesar de serem filhos no aspecto biológico, não possuíam qualquer direito decorrente de tal laço, eram excluídos da cidadania jurídica a fim de preservar a honra e harmonia da família matrimonializada.

Hoje, o ordenamento jurídico brasileiro, além de tratamento igualitário e não-discriminatório quanto aos filhos tidos dentro ou fora do casamento, esse tratamento é também deferido às situações familiares com raízes que não são biológicas, mas sim exclusivamente socioafetivas, ou seja, reconheceu-se vínculos de filiação

³⁰ FACHIN, 2003, p. 92.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direito de família. Casamento civil entre pessoas do mesmo sexo (homoafetivo). Interpretação dos arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 do código civil de 2002. Inexistência de vedação expressa a que se habilitem para o casamento pessoas do mesmo sexo. Vedação implícita constitucionalmente inaceitável. Orientação principiológica conferida pelo STF no julgamento da adpf n. 132/RJ e da adi n. 4.277/DF. Recurso Especial n. 1183378. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. DJe 1 fev. 2012.

originados de laços de afeto, manifestados subjetivamente e na intimidade da família, bem como exteriorizados perante a sociedade.

A alteração paradigmática resultou, ainda, na despatrimonialização e na repersonalização das famílias. O liberal e patrimonialista Código Civil de 1916 posicionava a propriedade e os interesses patrimoniais como norteadores dos direitos privados, entre eles o direito de família.

A Constituição Federal de 1988 vem, então, reformular esse entendimento e foca a atenção nas relações pessoais e na afetividade familiar, uma vez que patrimônio passa a ter caráter secundário em relação aos aspectos pessoais e afetivos, esses sim de verdadeira importância.

A característica patrimonialista das relações familiares deixa de ter lugar na concepção atual de família, que passou a ser caracterizada pela extrapatrimonialidade, ou seja, as relações familiares não são guiadas pelo estatuto jurídico do patrimônio, não são relações patrimoniais quantificáveis economicamente, mas sim regidas pelo estatuto jurídico pessoal³².

Isso porque, na atualidade não há mais a tutela à família pela família, pois sua proteção de dá em virtude do ser humano.

Foi superada a organização tradicional da família e a contemporaneidade, nutrida de inovações tecnológicas, científicas e culturais possibilita a concepção de família como uma estrutura subjetiva essencial para a concretização individual da felicidade, sendo função da família transmitir a cultura e formar a pessoa humana digna. Conforme a lição de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal³³:

Nesse passo, é mister proceder a uma releitura dos elementos constitutivos da família. Assim, os relacionamentos sexuais e afetivos, a amizade e a relação estabelecida entre pais e filhos passam a ser compreendidos por uma nova ótica, a partir do turbilhão de mudanças que se sucederam nos tempos modernos. Impõe-se considerar o desenvolvimento biotecnológico, a globalização, a derrubada de barreiras culturais e econômicas, etc., revolucionando a célula-mater da sociedade(...). Outrossim, deixando a família de ser compreendida como núcleo econômico e reprodutivo (entidade de produção), avança-se para um compreensão sócio-afetiva (como expressão de uma unidade de afeto e entre-ajuda), e surgem, naturalmente, novas representações sociais, novos arranjos familiares. É a busca da dignidade humana, sobrepujando valores meramente patrimoniais³⁴.

³² FACHIN, 2003, p. 82.

³³ FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 486.

A realidade social e jurídica da atualidade trouxe novos paradigmas e exige que a família e todas as problemáticas em que estiver envolvida sejam pensadas a partir do afeto, da ética, da solidariedade, da dignidade da pessoa humana, posto que esses são seus elementos estruturais.

Como já mencionado, entre os novos paradigmas mais emblemáticos encontramos a pluralidade das entidades familiares, a igualdade entre homens e mulheres, a possibilidade da mudança de nome pelo homem e pela mulher no casamento, a igualdade entre os filhos, o planejamento familiar, paternidade responsável, facilitação da dissolução do casamento, caráter protetivo da Lei Maria da Penha, as famílias monoparentais, a proteção constitucional das famílias homoafetivas, o poliamor, a função social da família, as famílias reconstituídas, a confiança nas relações familiares pessoais, o afeto como valor jurídico tutelável, a responsabilidade civil no Direito de Família, a perda de uma chance nas relações familiares, entre outras.

2 O PODER FAMILIAR

2.1 DEFINIÇÃO E CARACTERÍSTICAS

A família foi o instituto que mais sofreu alteração jurídica no Direito Civil. Isso, porque, inicialmente, a família brasileira foi moldada dentro da concepção romana de família, a qual não cultivava as relações afetivas como hoje, mas sim as relações religiosas e patrimoniais, calcadas no poder paterno e matrimonial, em que nem o casamento tinha conotação afetiva³⁵.

As diretrizes da família sofreram radicais mudanças com o decorrer do tempo. Essas mudanças são notáveis, por exemplo, no enorme abismo paradigmático existente entre os valores do Código Civil de 1916 e a vigente Constituição. Todavia,

³⁵ LIRA, Wladimir Paes de. Direito da criança e do adolescente à convivência familiar e uma perspectiva de efetividade no direito brasileiro. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) **Família e responsabilidade**: teoria e prática do direito de família. Porto Alegre: Magister, 2010. p. 526.

a Carta Magna de 1988 apenas injetou em nosso ordenamento jurídico a concepção de família que há muito tempo já era aceita e vivida pela sociedade brasileira.

A nuclearidade do grupo familiar é uma característica que diferencia a família contemporânea da família dos tempos remotos, pois antigamente elas eram compostas pelo marido, esposa, filhos, genitores dos cônjuges, tios, primos. Hoje, a família brasileira é nuclear, ou seja, formada basicamente por pais e filhos. O motivo dessa mudança é explicado por fatores sociais, culturais e econômicos. Uma família formada por grandes grupos não é mais viável, ademais, são altos os custos para criar um filho nos dias atuais, acarretando na diminuição até mesmo no número de filhos gerados por casal. A família nuclear proporciona estreitar e fortalecer os laços afetivos entre as pessoas que a compõe (pai, mãe e filhos).

A alteração paradigmática resultou, ainda, na despatrimonialização e na repersonalização das famílias. O liberal e patrimonialista Código Civil de 1916 posicionava a propriedade e os interesses patrimoniais como norteadores dos direitos privados, entre eles o direito de família.

A Constituição Federal de 1988 vem, então, reformular esse entendimento e foca a atenção nas relações pessoais e na afetividade familiar, uma vez que patrimônio passa a ter caráter secundário em relação aos aspectos pessoais e afetivos, esses sim de verdadeira importância.

O Código Civil de 1916 estabelecia discriminação entre os filhos havidos fora do casamento e os havidos dentro do casamento. A nova concepção constitucional fez com que todas as disposições legais nesse sentido perdessem sua eficácia, determinando a igualdade dos filhos.

Firmou, também, a Constituição Federal o dever dos membros da família em resguardar e respeitar os direitos da criança, do adolescente e do idoso.

Além disso, radical mudança foi a instituição da igualdade nas famílias ou da igualdade na sociedade conjugal. Reconhecer a igualdade na sociedade conjugal gerou diversas consequências. A mais relevante para o presente estudo é a que atingiu o instituto do poder familiar.

Percebem-se implicações da igualdade já na terminologia utilizada. A expressão “poder familiar” surgiu para substituir o antes denominado pátrio poder.

A origem do pátrio poder também situa-se no direito romano, que estabelecia o chefe da família como o detentor do *pater potestas*, direito absoluto e ilimitado

sobre os filhos, abarcando o poder de vendê-los, abandoná-los, inclusive de matá-los.

O termo “pátrio poder” evidencia conotação machista e vestígios de uma ultrapassada sociedade patriarcal, pois diz respeito somente ao poder do pai diante dos filhos, causando descontentamento do movimento feminista e fazendo surgir o novo vocábulo “poder familiar”³⁶.

Hoje, a isonomia entre homens e mulheres é assegurada pela Constituição Federal, de forma que seus direitos e deveres são iguais na sociedade conjugal, conseqüentemente, cabe a ambos o exercício do poder familiar sem diferenciações.

O Estatuto da Criança e do Adolescentes não fugiu à orientação constitucional e atendeu à evolução das relações familiares, reformulando o instituto do poder familiar, que deixou de significar dominação e passou a ser símbolo de proteção para os filhos, tornando os pais titulares de mais deveres e obrigações do que de direitos.

Não o direito romano, mas o germânico influenciou essa nova postura presente no Estatuto da Criança e do Adolescente. O poder familiar germânico era um direito e dever exercido conjuntamente por pais e mães, destinado a proteger os filhos. O tempo de seu exercício era limitado e não proibia aos filhos a propriedade de bens. Com essa influência germânica, originou-se a doutrina da proteção integral abrigada por nossa Constituição Federal e norteadora de nosso ordenamento jurídico, a qual será ainda aludida neste trabalho³⁷.

A expressão “poder familiar” procurou demonstrar o tratamento isonômico entre homens e mulheres, mas ainda não é considerado o mais adequado, pois manteve a ideia de poder. A nova terminologia deveria representar a obrigação imposta aos pais, contudo indica uma obrigação da família.

Apesar de retirar o estigma machista impregnado na palavra “pátrio”, o vocábulo “poder” não exprime corretamente a relação que a legislação almeja estabelecer entre pais e filhos. Em detrimento da terminologia “poder”, que remonta à obsoleta ideia do *pater potestas*, sua característica mais forte é a de dever, responsabilidade, trata-se de um múnus, mais adequado seria chamá-lo de função, responsabilidade ou dever parental.

³⁶ DIAS, 2009, p. 382.

³⁷ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 36.

O termo “familiar” também contém imprecisão, transmitindo a impressão de que o encargo é de toda a família, inclusive dos irmãos e avós, quando na realidade seu exercício compete aos pais.

Existem diversas expressões mais adequadas sugeridas pela doutrina para abarcar essas novas ideias como “autoridade parental”, “função paternal”, “poderes e deveres parentais”, entre muitas outras. Assim, demonstra-se que os filhos saíram da posição de objeto do direito para serem sujeitos de direito, partindo então para uma concepção “filhocentrista” como ensina Waldyr Grisard Filho. O artigo 15, do Estatuto da Criança e do Adolescente, elenca direitos cultivadores dessa concepção, são eles: direito ao respeito, a ser ouvido, à vida, à intimidade, à filiação, ao integral desenvolvimento, entre outros³⁸.

A teoria funcionalista das normas de direito de família entendem o poder familiar como poder-função ou direito-dever que é desempenhado pelos pais em razão do interesse dos filhos. Waldyr Grisard Filho³⁹ propõe o seguinte conceito para poder familiar:

É o conjunto de faculdades [...] encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, física, mental, moral, espiritual e social. Para alcançar tal desiderato impõe-se ainda aos pais satisfazerem outras necessidades dos filhos, notadamente de índole afetiva, pois o conjunto de conduta pautado no artigo 1634 do CC o é em caráter mínimo, sem excluir outros que evidenciem aquela finalidade.

Cuida-se não de autoridade, mas de um encargo determinado pela lei aos pais. Esse encargo é limitado pelo Estado, o que mostra uma autonomia familiar relativa, ou seja, não absoluta, posto que se busca salvaguardar o melhor interesse da criança e do adolescente.

Frente aos filhos a natureza jurídica do poder familiar dos pais é de conjunto de poderes-deveres que deve ser exercido com altruísmo no interesse da criança.

Em relação a terceiros e ao Estado é um encargo, cujo exercício será objeto de fiscalização estatal objetivando coibir abusos, que caso ocorram ,importarão na sua limitação, suspensão ou extinção.

Em face de terceiros representa um direito subjetivo dos pais à sua função própria para que possam cumprir as determinações legais.

³⁸ GRISARD FILHO, 2005, p. 34.

³⁹ GRISARD FILHO, loc. cit.

O Estado passou a se interessar mais pelas relações familiares, tanto que na Constituição Federal há um capítulo dedicado à família.

Esse capítulo valoriza a criança e o adolescente atribuindo-lhes direitos fundamentais como fez em seu artigo 227. Verifique-se:

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 opressão⁴⁰.

Garantir a proteção de todos os direitos de crianças e adolescentes é dever constitucional imposto à família, à sociedade e ao Estado. Não cumprindo família e sociedade com seus deveres, recai sobre o Estado tal dever, uma vez que os direitos do infante, devido à sua condição peculiar de desenvolvimento, são prioritários, fundamentais e indisponíveis. Todas as oportunidades devem ser asseguradas a crianças e adolescentes, capacitando o desenvolvimento físico, mental, social, moral com liberdade e dignidade, fundando-se no princípio do melhor interesse da criança, para que alcance a maioridade de forma justa, usufruindo completamente de seus direitos com a finalidade de se tornarem adultos dignos, respeitáveis e livres. O artigo 1630 do Código Civil estabelece que os filhos de zero a dezoito anos estão subordinados ao poder familiar. Vale lembrar, a separação feita pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, considerando como criança quem tem 12 anos incompletos, enquanto adolescentes são os que têm entre 12 anos completos a 18 anos incompletos.

São características do poder familiar a irrenunciabilidade, a intransferibilidade, a inalienabilidade e a imprescritibilidade.

Não é possível renunciar aos filhos, nem ao poder familiar, pois este não pode ter seu fim determinado pela vontade de seus titulares, já que é desempenhado em favor da prole e sua renúncia lhe causaria danos.

O poder familiar tampouco é transmissível ou transferível. São obrigações personalíssimas, que só podem ser cumpridas pelos próprios obrigados, os pais. Sua atribuição somente é feita aos que são pai ou mãe, não permitindo sua

⁴⁰ BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 12 jun. 2014.

transferência a terceiros. No máximo admite-se a delegação do seu exercício, e no caso de delegação será feita de preferência à pessoa pertencente à família.

Como já explanado, não é admitida a qualquer título sua transferência à terceiro, na mesma linha, o poder familiar não é passível de alienação.

A imprescritibilidade é característica do poder familiar, garantindo que este não será extinto mesmo quando não exercido pelos pais, que a qualquer momento, desde que investidos em suas funções, poderão retornar a exercê-lo.

Resumindo, o poder familiar tem sempre em um de seus polos todo e qualquer filho menor de idade e não emancipado. A titularidade e o exercício do poder familiar são atribuídos incontestavelmente aos pais em igualdade de condições. O exercício dessa função deverá sempre ser desempenhado de acordo com o melhor interesse do filho. O poder familiar é a função ou dever de garantir ao filho os direitos que lhe são reconhecidos como pessoa em condição peculiar de desenvolvimento. Ao mesmo tempo, é o instrumento que confere aos pais direitos para que possam cumprir com seu dever de assegurar, instrumentalizar os direitos fundamentais dos filhos. Saliente-se que correlato a esse encargo dos pais existe o dever do filho de obediência às orientações e determinações paternas⁴¹.

2.2 ATRIBUTOS DO PODER FAMILIAR

Tomando por base o fim a que se destinam e o bem jurídico tutelado, os direitos e deveres decorrentes do poder de família são divididos entre os relativos à pessoa dos filhos, conhecidos por pessoais, e os relacionados a seus bens, chamados de patrimoniais.

Os filhos necessitam de proteção para que não sofram prejuízos em razão da má gestão de seu patrimônio pelos seus responsáveis. Os direitos e deveres de conteúdo patrimonial do poder estão disciplinados pela legislação no Título II, do Código Civil de 2002 no subtítulo “Do Usufruto e da Administração dos Bens de Filhos Menores”.

⁴¹ COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 64.

Já, os direitos e deveres referentes a aspectos pessoais são encontrados nos seguintes dispositivos: artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente; artigo 1634 do Código Civil; no artigo 229 da Constituição Federal, entre outros. Os atributos do poder familiar de conteúdo pessoal são os que interessam ao objetivo deste trabalho, portanto, somente deles será feita análise pormenorizada, deixando de lado o estudo mais profundo dos atributos de conteúdo patrimonial.

O artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente traz os deveres dos pais de criar, educar, de guarda, sustento, de cumprir e fazer cumprir determinações judiciais, por outro lado traz o direito do filho à convivência familiar e comunitária.

O Código Civil, em seu artigo 1634, repete alguns desses deveres, e inclui outros, dispondo sobre sete hipóteses de competência dos pais quanto aos filhos menores, considerados atributos do poder familiar, contudo esse rol não é taxativo.

As hipóteses são: dirigir-lhes a criação e educação, tê-los em sua companhia e guarda, conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casar, nomear-lhes tutor, representá-los e assisti-los nos atos da vida civil, reclamá-los de quem ilegalmente os detenha, exigir obediência, respeito e serviços próprios da sua condição. Vejamos a redação do artigo 1634 do Código Civil:

Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

- I - dirigir-lhes a criação e educação;
- II - tê-los em sua companhia e guarda;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição⁴².

Esse dispositivo legal prescreve o comportamento que se exige dos pais e a responsabilidade destes para com sua prole pelo tempo de duração da relação de menoridade ou dependência, visando auxiliar na formação biológica e da

⁴² BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 jun. 2014.

personalidade dos filhos sempre respeitando os preceitos éticos e morais abrigados por nossa ordem jurídica e social.

Dentre os atributos previstos pelo artigo 1634 do Código Civil está a representação dos filhos pelos pais que ocorre desde a concepção até os dezesseis anos, enquanto dos dezesseis até os dezoito são por eles assistidos. A representação e a assistência permitem que, por intermédio de seus pais, a vontade do filho seja exprimida.

Representar os filhos é atributo do poder familiar, existente em razão da proibição legal de menores a atuar juridicamente, bem como para protegê-los de praticarem atos prejudiciais a si próprios e ao seu patrimônio devido à sua condição de imaturidade.

Maiores de dezesseis e menores de dezoito anos precisam obter o consentimento dos pais para casar, o qual pode ser revogado até o momento da realização do casamento. O Poder Judiciário pode ser provocado pelo filho ou por qualquer dos pais quando estes divergirem quanto ao consentimento.

Ressalte-se que o casamento do menor de dezesseis anos é nulo e ineficaz, mesmo quando realizado com o consentimento dos pais. No entanto, a fim de evitar pena criminal ou em caso de gravidez o casamento de menor de dezesseis poderá ser celebrado sem o consentimento.

O dever de ter o filho em companhia e guarda é atributo do poder familiar de grande relevância. A guarda traduz-se no direito de reter o filho no lar, mantendo-o junto a si, dirigir seu comportamento, proibir-lhe frequentar certos locais e de manter companhias inadequadas, fixar-lhe residência e domicílio, reclamá-lo daquele que ilegalmente o detenha, simultaneamente traduz-se no dever de cuidar de sua saúde, segurança, vida, provendo ao futuro da criança ou adolescente⁴³.

José Antônio de Paula Santos Neto diferencia o dever de guarda do dever de companhia. Para ele, guarda é ter a posse da criança e do adolescente de forma garantida, podendo ser oposta frente a terceiros. Porém, de acordo com o autor, ter em companhia consiste na possibilidade de ter o filho consigo, orientando-lhe a criação. Além do mais, o dever de ter em companhia pode ser exercido pelo pai ou mãe que não é guardião⁴⁴.

⁴³ GRISARD FILHO, 2005, p. 45.

⁴⁴ SANTOS NETO, José Antônio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 138.

Prevê o artigo 1634 do Código Civil o atributo do poder familiar que possibilita aos pais reclamar, reivindicar os filhos de quem ilegalmente os detenha. É dever dos pais ter os filhos em sua guarda e companhia, para que assim possam criá-los e educá-los devidamente. Para tanto, os pais podem e devem reclamá-los de quem ilegalmente os detenha. O instrumento coercitivo utilizado para concretizá-lo é a busca e apreensão de rito cautelar.

O dever de vigilância e fiscalização está acoplado à guarda e companhia, sendo através destas últimas feita a orientação da criação em seu sentido moral, afinal o objetivo não se resume a ter consigo o filho, necessária é a sua orientação moral⁴⁵.

A criação é o dever de assegurar o desenvolvimento e a formação do filho de modo a atender todos os direitos fundamentais da pessoa humana, cuidando de seu bem-estar físico, de sua saúde, sustento alimentar e todo o necessário para que tenha uma vida digna.

O dever de sustento, previsto pelo artigo 1634 do Código Civil, é o dever de alimentar os filhos menores, abarcando tudo que for necessário à vida e manutenção da pessoa.

Estabelece o artigo 229, da Constituição Federal, que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores tem o dever de ajudar a amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Essa disposição constitucional impõe o dever de assistência, ou, também chamado, dever de sustento dos pais em relação aos filhos menores. Denise Damo Comel entende que o dever de sustento:

[...] deve ser compreendido como uma declaração programática do que constitui o poder familiar. O preceito deixa claro que a obrigação dos pais é extremamente abrangente, obrigando-os a estar presentes na vida do filho, ativa e diuturnamente, numa postura de ação e integração, prestando-lhe assistência de toda ordem. Veja-se que o dever de assistir não tem fim em si mesmo, senão que abarca ampla gama de funções, em que se incluem todas aquelas que são específicas e precípuas do poder familiar, quais sejam, o dever de criar, o dever de educar, o dever de ter em companhia e guarda e o dever de representação e assistência, que serão estudados a seguir. Assim, pois, o dever de assistir será cumprido à medida que os pais assumirem todos os encargos com relação aos filhos, dando-lhes o suporte necessário ao pleno desenvolvimento da atividade deles⁴⁶.

⁴⁵ GRISARD FILHO, 2005, p. 47

⁴⁶ COMEL, 2003, p. 94.

O poder familiar inclui também o dever de educar, que consiste em preparar o filho para ser um cidadão, ensinando-lhe valores, desenvolvendo suas capacidades físicas, mentais, espirituais⁴⁷. O dever de educar é abrangente, pode ser a educação escolar, moral, cívica, religiosa, política e profissional.

Pode-se dividir o dever de educar entre educação formal e informal. A educação informal é propiciar ao filho seu desenvolvimento em todos os aspectos de sua personalidade, transmitindo ao filho valores da vida, bem como ensinamentos filosóficos e religiosos, para que possa futuramente exercer a cidadania e esteja preparado para o trabalho. Já, a educação formal é o ensino, a escolarização.

O dever de prestar alimentos visa atender também às necessidades educacionais. O não cumprimento do dever de alimentos imotivadamente é considerado delito de abandono material, previsto no artigo 244 do Código Penal.

Enquanto isso, o delito de abandono intelectual dá-se pelo descumprimento do dever de prover educação, ensino aos filhos, e está previsto no artigo 246 do Código Penal. A negligência dos pais em não promover a educação e formação escolar dos filhos pode ensejar responsabilidade civil com necessidade de indenização por danos pessoais ou materiais causados, pois cabe aos pais possibilitar o desenvolvimento dos filhos. No entanto, os pais que não conseguem obrigar o filho a frequentar a escola não serão penalizados, cabendo ao Estado intervir promovendo assistência psicológica⁴⁸.

Outro atributo do poder familiar é o dever de exigir dos filhos que lhe prestem obediência, respeito e serviços próprios de sua idade e condição. Alguns autores, como Maria Berenice Dias entendem que exigir dos filhos que prestem serviços próprios de sua idade e condição consiste em afrontamento ao princípio da dignidade da pessoa humana, assegurado no artigo 1º da Constituição Federal, pois se pode considerar abuso frente à vulnerabilidade dos filhos⁴⁹. No entanto, é imprescindível garantir aos pais que possam exigir dos filhos obediência, respeito e serviços próprios de sua idade e condição, pois só dessa forma poderão os pais cumprir com os encargos de criação e educação, transmitindo os valores da vida.

Por fim, saliente-se que a razão de existir do poder familiar é a afetividade parental ligando pais e filhos, fazendo com que não se resuma a um conjunto de

⁴⁷ GRISARD FILHO, 2005, p. 45.

⁴⁸ DIAS, 2009, p. 388.

⁴⁹ Ibid., p. 389.

deveres divididos entre patrimoniais e pessoais. A essência do poder familiar é assegurar o afeto, o amor existente na filiação.

2.3 O PODER FAMILIAR EM FACE DA DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO

Não existe vinculação alguma entre a proteção aos filhos e a espécie de relacionamento dos genitores. O encargo do poder familiar não decorre do casamento ou da união estável, mas da filiação. Por esta razão, pai e mãe que nunca foram casados, nem mesmo mantiveram união estável detêm poder familiar.

O divórcio, a separação, ou ainda, a dissolução da união estável tampouco modificam os deveres e direitos dos pais para com seus filhos, pois nem união nem a convivência entre os pais é requisito para a titularidade do poder familiar.

Pais que vivem juntos exercem igual e simultaneamente a guarda. Com o fim do relacionamento conjugal ocorre cisão da guarda, contudo o vínculo jurídico entre pais e filhos e a titularidade da autoridade parental não se perdem, os direitos e deveres subsistem, porém podem sofrer algumas alterações para atender agora à nova situação de desunião dos genitores⁵⁰.

Assim, aos pais que nunca mantiveram união conjugal também será determinada a guarda entre eles, seja ela unilateral ou compartilhada.

Apenas alguns caracteres do Poder Familiar são perdidos quando estabelecida a guarda. Não há restrição quanto à titularidade do encargo, mas poderá haver quanto ao seu exercício, graduando-o.

Dispõe o artigo 1.632 do Código Civil que “separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”.

A falta de convivência de pais e filhos na mesma moradia não acaba com o poder-dever dos pais. Mesmo que a guarda seja unilateral, o poder familiar não é subtraído daquele pai ou mãe que não detém o filho sob sua guarda e companhia, porque ainda que não esteja em sua companhia, está submetido à sua autoridade.

⁵⁰ GRISARD FILHO, 2005, p. 92.

A custódia unipessoal será determinada, de acordo com o artigo 1583, § 2º do Código Civil, ao genitor com as melhores condições de exercê-la e com aptidão para propiciar ao filho saúde, educação e afeto nas relações com o genitor e com o restante da família.

Contudo, fica preservado o Poder Familiar do não guardião, visto que tem o direito de supervisionar o interesse dos filhos de acordo com o artigo 1583, §3º do Código Civil, bem como o de fiscalizar sua manutenção e educação disposto no artigo 1.589 do mesmo diploma legal.

Portanto, no modelo de guarda unilateral, terminada a convivência conjugal, termina também a guarda comum, passando o filho a viver com somente um dos pais, assegurado ao não guardião o direito de preservar a relação paterno-filial, mediante o regime de visitas e fiscalização.

O artigo 1583, §1º do Código Civil veio para modificar o ordenamento e atualizá-lo em relação às necessidades enfrentadas na realidade, de forma que agora o não guardião não está mais restrito somente a fiscalizar a manutenção e educação do filho que está sob a guarda do outro, ambos os pais continuam com a maioria dos deveres do poder familiar.

Ocorre, porém, que com a definição da guarda, inevitavelmente, o não guardião fique privado de alguma prerrogativa. O genitor guardião irá exercer a autoridade parental em toda sua plenitude, o não guardião irá exercê-la em menor intensidade, os poderes que passarão a ter não serão mais idênticos, mostra-se necessária uma adaptação.

É feita uma redefinição dos papéis parentais a serem desempenhados, ficando o não guardião com algumas restrições.

Os atributos de negar ou conceder consentimento para casar, reclamar seu filho de quem ilegalmente o detenha, exigir-lhe obediência são exercidos concomitantemente pelos genitores.

Próprios do genitor não guardião são os direitos de visitação, fiscalização e o dever de alimentos que não se extingue com a desunião.

O direito de fiscalização é modo pelo qual o genitor não guardião exerce a responsabilidade parental, zelando pelo completo desenvolvimento e fiscalizando a manutenção e a educação do filho sob a guarda do outro genitor. Consiste no direito de ser informado sobre saúde, escola, atividades, enfim sobre toda a vida do filho.

Se o genitor guardião exercer o poder familiar com qualquer irregularidade, pode o não-guardião invocar o Judiciário para que haja reparação⁵¹.

Deixe-se claro, no entanto, que os pontos negativos da guarda unilateral são muito patentes, pois afasta o genitor não guardião da criança, já que é o guardião geralmente quem impõe regras. Os encontros ocorrem somente nos dias de visita previamente estabelecidos, muitas vezes não sendo o da vista o melhor dia para que ela ocorra⁵².

A determinação da guarda e das visitas pode ser feita pelos pais, mas o acordo entre eles depende de chancela do Judiciário e da oitiva do Ministério Público. Poderá ser estipulada na ação de divórcio, na ação de separação, na dissolução da união estável ou ainda em ação autônoma.

Caso a guarda unilateral tenha sido eleita, ainda assim o juiz precisa informar a importância da guarda compartilhada. Caso o juiz perceba que o acordo não atende ao interesse dos filhos poderá determinar a guarda compartilhada.

Os artigos 1583 a 1590, do Código Civil, tratam da proteção do filho e trabalham o tema da guarda, definindo a unilateral e a compartilhada, dando maior apreço à compartilhada.

A guarda compartilhada acompanha melhor o dinamismo familiar, assegura a aproximação física dos filhos tanto com o pai quanto com a mãe, garantindo a corresponsabilidade parental, fazendo com que os pais participem ativamente da educação, formação da vida dos filhos. Essa espécie de guarda acarreta pluralização das responsabilidades, faz com que os laços não se desfaçam e confere aos pais o exercício isonômico da função parental⁵³.

O Código Civil define a guarda compartilhada como a responsabilização e exercício conjunto dos direitos e deveres decorrentes do poder familiar. É o que estabelece o artigo 1583, §1º, vejamos:

Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

⁵¹ GRISARD FILHO, 2005, p. 92-110.

⁵² DIAS, 2009, p. 404.

⁵³ Ibid., p. 400.

Os filhos serão muito beneficiados com a presença de ambos os pais no dia-a-dia, o modelo de corresponsabilidade é um avanço e retira da guarda o estigma de posse.

Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama o princípio da solidariedade pode ser verificado na definição da guarda dos filhos menores:

O modelo da guarda jurídica unilateral, fruto da dissolução entidade familiar (casamento ou companheirismo), representa ainda hoje resquício da filosofia individualista e liberal que norteou o ordenamento jurídico brasileiro até o advento da constituição de 1988. O princípio da solidariedade propugna o abandono de tal visão individualista para, no seu lugar, ser empregado no modelo que resulte da cooperação solidária de ambos os pais na formação e no desenvolvimento físico, psíquico e intelectual do filho comum, daí deve ser estimulado o modelo de guarda compartilhada, e não mais unilateral⁵⁴.

Duas residências e o livre trânsito dos filhos por elas são característicos do compartilhamento. No entanto, podem os genitores optar pela fixação da residência dos filhos com um dos pais, mas há se tomar o devido cuidado para que não ocorra a desconfiguração do instituto a ponto de o genitor com quem reside o filho tenha a sensação de vencer a disputa pela guarda ou que o filho o veja como seu único guardião. A fixação de alimentos pode também ocorrer na guarda compartilhada, pois a situação econômica dos pais pode ser desigual, ou ainda, na hipótese de não haver alternância da guarda física do filho acaba onerando demasiadamente aquele que a detém e é menos abastado financeiramente, configurando a necessidade da prestação alimentícia⁵⁵.

A separação dos pais, ou simplesmente sua não convivência (uma vez que para os pais que nunca mantiveram união conjugal também há que se determinar um modelo de guarda), inevitavelmente, atinge os filhos, pois participam dos conflitos e, algumas vezes, são o próprio objeto do conflito. A estrutura da família propicia à prole melhor desenvolvimento psíquico, emocional e físico, portanto, com a separação, os filhos são os que mais sofrem, desencadeando sentimentos de solidão, dor, impotência, rejeição que permanecem por longo período na lembrança. Para o filho é como se o pai não estivesse mais cumprindo os deveres paternos⁵⁶.

⁵⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios de Direito de Família**. Guarda compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08: Família, Criança, Adolescente, Idoso. São Paulo: Atlas, 2008. p. 75.

⁵⁵ DIAS, 2009, p. 403.

⁵⁶ Ibid., p. 399.

Sobre esse tema entende Maria Berenice Dias⁵⁷:

Ainda que a “posse de filho” não decorra da simples presença física no domicílio do pai ou da mãe, a definição da “guarda” identifica quem tem o filho em sua companhia. Todavia, o fato de o filho residir com um deles não significa que o outro “perdeu a guarda”, expressão, aliás, de nítido conteúdo punitivo. De qualquer sorte, com o rompimento da convivência dos pais, há a fragmentação de um dos componentes da autoridade parental. Ambos continuam detentores do poder familiar, mas, em regra, o filho ficava sob a guarda de um, e ao outro era assegurado o direito de visita, que acabava sendo regulamentado minuciosamente, estabelecendo-se dias e horários de forma às vezes bastante rígida

É essencial na vida da criança o contato com ambos os pais para que o pleno desenvolvimento seja alcançado e para minorar os prejuízos advindos da não convivência dos pais sob o mesmo teto.

2.4 A CONVIVÊNCIA E AFETO NA SOCIEDADE FAMILIAR – O DEVER DE CUIDADO DOS PAIS

Em contrapartida ao direito-dever de ter o filho em sua companhia, tem-se o direito da criança e do adolescente à convivência familiar e à companhia de ambos os pais, previstos no artigo 227 da Constituição Federal.

A convivência do filho com os pais e com a família é o preceito trazido pelo artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

A preferência é pelo desenvolvimento da criança no lar, com os pais, todavia, ele poderá se dar em família substituta, mas sempre assegurada a convivência com a família, seja ela de qualquer tipo, demonstrando mais uma vez a sua importância.

O Código de Processo Civil determina a necessidade de ser acordado na separação consensual sobre a guarda e o regime de visitas. O regime de visitas foi

⁵⁷ DIAS, 2009, p. 399.

conceituado pelo artigo 1121, § 2º do Código de Processo Civil como o instrumento através do qual os pais ajustarão a permanência em companhia dos filhos com o não guardião, englobando encontros periódicos, divisão das férias escolares e dias festivos.

É inadequada a definição de um instituto de direito das famílias em um diploma processual, bem como é inadequada a própria expressão “direito de visitas”.

Vários são os motivos para considerar inadequada a referida terminologia. O mais relevante deles é por ser muito mais direito do filho de conviver com os pais do que direito do pai de conviver com seu filho.

Propõe-se o uso da expressão “direito de convivência” como a mais adequada, pois a convivência deve ser preservada vivendo ou não pais e filhos sob o mesmo teto. Pelo princípio da proteção integral, ao invés de regular as visitas, mais importante é definir formas de convivência, para que as necessidades psíquicas da criança sejam atendidas, não sendo possível proteger integralmente se houver a exclusão de qualquer dos genitores⁵⁸.

A insuficiência da expressão direito de visitas é perceptível também por não se limitar o poder familiar a garantir a companhia por períodos determinados de tempo. Os encontros em datas predeterminadas estremecem os laços afetivos, pois os períodos de afastamento impedem a participação do pai na rotina do filho, podendo até gerar descompromisso com o seu desenvolvimento, os efeitos podem ser destrutivos nessa relação. Outro motivo é a locução “de visitas” que dá o sentido de protocolo, como uma tarefa mecânica a ser executada entre pai e filho, um encontro caracterizado por horários rígidos e forte fiscalização⁵⁹.

O direito de visita não fica restrito a visitas episódicas no lar do guardião ou em outro local previamente designado. O direito de visita abrange o dever de ter o filho em sua companhia e o dever de fiscalização.

Ter o filho em companhia é atributo do poder familiar que representa a convivência familiar e não pode ser limitado pelo regramento das visitas. Portanto, visita e convivência são essencialmente distintas.

A Convenção Universal dos Direitos da Criança e do Adolescente, adotada pela Resolução nº L44 (XLIV) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de

⁵⁸ DIAS, 2009, p. 405.

⁵⁹ DIAS, loc. cit.

novembro de 1989, visa assegurar proteção e cuidados especiais a crianças e adolescentes, conferindo-lhes proteção jurídica apropriada por consequência de sua falta de maturidade física e mental. Busca estimular os países membros a promoverem o desenvolvimento completo de suas crianças de forma harmônica, e possibilitando que ele ocorra preferencialmente no âmbito familiar, dando preparo e educação consonantes com dignidade, liberdade, solidariedade, tolerância, igualdade para uma futura vida individual em sociedade. Para defesa desses ideais que já estavam presentes na Carta das Nações Unidas de 1945 e na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948 é que foi redigida a Convenção, que coloca na família o suporte necessário para o desenvolvimento social e emocional saudável dos infantes, conferindo aos pais e a outras pessoas encarregadas a responsabilidade de proporcionar conforme suas possibilidades e meios financeiros as condições de vida necessárias para que isso ocorra⁶⁰.

Os Estados que aderiram à Convenção, como fez o Brasil, reconheceram o direito à convivência como direito humano e devem zelar pela não separação do infante de sua família, exceto nos casos de maior interesse da criança, em que devem ser respeitados a legislação vigente e o procedimento judicial de cada país.

Essas exceções que separam a criança e o adolescente de seus pais ocorrem nos casos de suspensão ou extinção do pátrio poder, colocação em lar substituto (guarda, tutela, adoção), ou ainda na dissolução da união conjugal dos pais que necessitam a determinação da guarda.

O Estado, todavia, respeitará o direito da criança separada dos pais a com eles conviver, mantendo as relações pessoais e o contato, salvo se oposto ao interesse da criança. Dispõe o artigo 9º, inciso III, da Convenção que é “[...] direito da criança separada de um ou de ambos os seus pais de manter regularmente relações pessoais e contatos diretos com ambos, salvo se tal se mostrar contrário ao superior interesse da criança”.

Seguindo a orientação da Convenção Universal dos Direitos da Criança e do Adolescente, que positivou o direito de convivência como um direito dos filhos, já é pacífico na doutrina brasileira que a expressão “visitas” deve ser entendida como “convivência”⁶¹.

⁶⁰ LIRA, 2010, p. 538.

⁶¹ Ibid., p. 528.

O direito de convivência está presente em tratados internacionais, mas no ordenamento jurídico nacional é encontrado no artigo 1º, inciso III da Carta Magna que positivou a dignidade da pessoa humana, comando que impõe o respeito aos direitos fundamentais, dentre eles o direito de convivência. Para corroborar a dignidade da pessoa humana, o art. 226, §8º impõe ao Estado assegurar a assistência à família na pessoa de cada um das que a integram.

Além do artigo 226, a Constituição Federal estabelece a convivência familiar no artigo 227, juntamente com outros direitos fundamentais que garantem a assistência à família e aos seus integrantes, e principalmente à criança e ao adolescente. É a redação do artigo 227 da Constituição Federal:

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

O direito humano fundamental à convivência familiar está embasado na dignidade da pessoa humana, bem como no princípio da prioridade absoluta dos direitos dos infantes. Dessa forma, é um o direito autoaplicável, dispensando regulamentação infraconstitucional, ficando proibida a sua eliminação ou limitação tanto pela via constitucional como infraconstitucional, cabendo à família, à sociedade a ao Estado efetivá-lo.

O direito de convivência tem fundamento em princípios do direito natural que consolidam os vínculos familiares mediante a manutenção do afeto. Liga-se ao direito natural porque é um direito do homem como tal, um direito humano, independente de aquiescência estatal⁶².

É um direito natural reconhecido pelo Estado e imposto como obrigação pela lei. É direito da personalidade que permite receber as pessoas com as quais se quer conviver. A criança e o adolescente têm o direito de manter contato com o pai ou com a mãe com quem não convivem cotidianamente. Por outro ângulo é o dever dos pais fazer com que tal direito se concretize⁶³.

Destaca Wladimir Paes Lima:

⁶² FACHINETTO, Neidemar José. **O direito à convivência familiar e comunitária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 59.

⁶³ DIAS, 2009, p. 405.

O direito da criança e do adolescente à convivência familiar é um direito fundamental, e como tal, uma necessidade básica, já que é na família, como primeiro agrupamento de inserção do indivíduo, que se estabelece a primeira relação de afeto, sobre a qual se apoia todo o desenvolvimento posterior do indivíduo, dando unidade à sua personalidade⁶⁴.

O direito de visita, ou melhor, o direito de conviver surge com desunião dos pais e com a definição da guarda, buscando dentro do possível promover a satisfatória comunicação entre pais e filhos que não convivem, consolidando e incentivando os vínculos paterno e materno-filiais. O propósito da visita é ser um instrumento de manutenção de tais vínculos após o fim da união conjugal dos pais.

O direito de convivência está relacionado com a maternidade e a paternidade responsável. É um direito e ao mesmo tempo dever do genitor não detentor da guarda conviver com sua prole, sendo também um direito do filho em conviver com o genitor não guardião.

É dado maior acento ao direito do filho do que ao do pai em razão do princípio da prioridade absoluta, pois é priorizada a observância do direito do infante em detrimento do direito do adulto.

Para o estabelecimento da convivência entre pais e filhos não se leva em conta a causa da ruptura da união conjugal, pois nesses casos a intenção é diminuir as consequências da perda de convivência diária com um dos pais, então, protege-se com prioridade o interesse do filho, visando o princípio do melhor interesse da criança.

Para que o direito à convivência seja concretizado na vida real, o mecanismo legal adotado foi a regulamentação das visitas. Entretanto, há deficiência normativa na regulamentação das visitas, de modo que coube à jurisprudência e à doutrina desenvolver espécies de visitação, sendo elas classificadas entre livre, de mínima regulamentação ou de extrema regulamentação.

O modelo da livre visitação exige adaptação a diversas situações, compreensão e tolerância. É a espécie mais adequada ao interesse dos filhos, interfere minimamente nas suas atividades e estilo de vida. Porém, o modelo mais utilizado é o de mínima regulamentação, podendo o genitor que visita ter o filho em sua companhia em meio de semana e em fins de semana alternados. Já, a extrema regulamentação das visitas especifica horários, datas e tarefas, o controle em

⁶⁴ LIRA, 2010, p. 554.

relação ao cumprimento da visitação é bem maior, dificultando talvez um pouco mais a vida e rotina de pais e filhos⁶⁵.

Para que se atenda o direito à convivência, pais e filhos precisam conviver, mantendo uma relação de intimidade, de familiaridade. Assim, as visitas com horários extremamente regulamentados dificultam essa aproximação. O ideal é incluir o pai ou mãe com que o filho não reside no maior número de atividades possível, fazendo com que um faça parte da vida cotidiana do outro.

Pode ocorrer que esse pai ou essa mãe não tenha condições de manter contato pessoal com grande frequência com seus filhos, por motivo de trabalho, porque mora em outra cidade ou ainda por qualquer outra justificativa. Mas isso não impede ao genitor de inserir-se no dia-a-dia do filho. Hoje, a moderna tecnologia nos traz diversas opções de comunicação, como o telefone, rádio, internet, celular, e-mails, mensagens, vídeo. Assim, a convivência está facilitada por todos esses meios, podendo os pais se comunicar com os filhos diariamente, participar de sua vida, saber dos acontecimentos, tomar e impor, juntamente com o outro genitor, decisões relativas à sua criação.

Paulo Lôbo⁶⁶ define a convivência familiar como:

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

A comunicação emocional ou, também chamada, intimidade é fundamental para o desenvolvimento saudável e com harmonia das relações travadas pelos membros da família, uma vez que a interlocução dos integrantes da família é a responsável por aproximar e estreitar os laços de confiança.

Quanto mais consagrada fica a importância da preservação dos vínculos afetivos, mais é disseminado o direito de convivência com outros parentes e não só com os pais.

⁶⁵ GRISARD FILHO, 2005, p. 107.

⁶⁶ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 68.

Se os elos afetivos merecerem ser mantidos, eles poderão ser preservados, podendo avós, tios, irmãos, padrastos, padrinhos pleitear o direito de conviver com a criança ou adolescente. Hoje, já se assegura a manutenção da convivência da criança com o parceiro do seu pai ou de sua mãe nas uniões homoafetivas quando desfeitas.

Tanto é o direito de visitas um direito vinculado à liberdade de crianças e adolescentes que a participação da vida familiar sem discriminação consta como um aspecto da liberdade na redação do artigo 16, inciso V, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Confira-se:

O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:
I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;
II - opinião e expressão;
III - crença e culto religioso;
IV - brincar, praticar esportes e divertir-se;
V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;
VI - participar da vida política, na forma da lei;
VII - buscar refúgio, auxílio e orientação.

Assim, o pai que não convive e não cria relações de afeto com o filho viola uma lista de direitos da criança ou do adolescente em questão. Viola seu direito à convivência, à personalidade, à liberdade, à vida e à dignidade da pessoa humana.

Inclui-se aqui, o direito à vida, porque este engloba o direito à integridade físico-psíquica, de forma a proteger a pessoa humana de qualquer agressão em seus aspectos físicos e mentais. Ressalta Mário Luiz Delgado⁶⁷ que as distinções antes feitas pela doutrina entre direito à integridade física e psíquica não mais se justifica, pois a integridade física e a mental devem ser compreendidas como uma unidade indissolúvel.

O direito à vida é o direito fundamental mais absoluto e elementar dos direitos, pois a partir dele torna-se possível o exercício de todos os outros. No estágio evolutivo atual não se confunde com sobrevivência, pois consiste o direito à

⁶⁷ DELGADO, Mário Luiz. Direitos da personalidade nas relações de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) V CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA: Família e dignidade humana. **Anais...** São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 706.

vida em um direito de viver com dignidade. Viver com dignidade no sentido de viver bem desde o princípio da formação⁶⁸.

Os pais por sua posição de geradores dos filhos além do dever de sustentar, fiscalizar e educar, são incumbidos de deveres tão ou mais relevantes, traduzidos no dever de amar e cuidar da higidez psíquica de seus descendentes.

Clayton Reis e Simone Xander Pinto⁶⁹ defendem que a casa-família é o ambiente onde começa o desenvolvimento de nossas emoções, o que se dá a partir de uma relação em que figuram como elementos principais o amor, o respeito e a consideração, e elucidam que:

Todas as emanações que provem do direito de família certamente são oriundas de manifestações da personalidade das pessoas que integram esse grupo social. É na intimidade do grupo familiar em que as pessoas 'despem' suas 'fantasias sociais' impostas pelos regramentos determinados pelos padrões presentes no ambiente plural. No interior da família somos o 'homem primário', despido das fantasias das convenções, sem limites de condutas e por consequência em processo de educação e formação da cidadania. Por esta razão que a família é a base da sociedade considerada inclusiva como sua célula *mater*. É no ambiente familiar que estruturamos nossa personalidade pessoal e social. (...) A intervenção do processo educativo, a conduta dos pais, o modelo de estruturação familiar, as heranças da família e os padrões utilizados pelos pais no processo de educação dos seus filhos, é que formam a base dos elementos axiológicos importantes na estruturação da personalidade dos filhos. (...) E, todo esse processo de personalização se se opera, como afirmado, no interior do lar, na intimidade da família e na adequada estruturação presente nesse projeto e arquitetura do novo ser social.

A finalidade principal da família torna-se a solidariedade social e as demais necessidades para o desenvolvimento humano sempre na busca de seu progresso e aperfeiçoamento, figurando o afeto como seu agente propulsor.

Para os autores acima citados as relações preponderantes na sociedade familiar são destinadas a regular e encaminhar as condutas entre seres humanos, em que acontecem trocas energéticas de amor e afeto, ou seja, energias positivas que engrandecem e dignificam o ser humano, e para completar trazem interessante conclusão de Erich Fromm⁷⁰ de que "a cisão entre o pensamento e o afeto conduz a

⁶⁸ AMIN, Adréa Rodrigues. Dos direitos fundamentais. In: MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 32.

⁶⁹ REIS, Clayton; PINTO, Simone Xander. O abandono afetivo do filho como violação aos direitos da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 12, n. 2, p. 503-523, set./dez 2012. p. 509.

⁷⁰ FROMM, Erich. A revolução da esperança. São Paulo: Círculo do Livro. p. 56, apud REIS, Clayton; PINTO, Simone Xander. O abandono afetivo do filho como violação aos direitos da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 12, n. 2, p. 503-523, set./dez 2012. p. 509.

uma doença, uma esquizofrenia crônica de baixo grau, do qual o novo homem da era tectrônica começa a sofrer”.

O afeto ratifica os relacionamentos travados dentro da família e é seu valor mais essencial, sendo a relação de afeto considerada hoje como direito fundamental diretamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Como assentado por Clayton Reis e Simone Xander Pinto⁷¹:

O afeto como restou demonstrado, constitui emoção positiva no ambiente familiar. É um direito da personalidade, sendo considerado como um dos seus predicados – talvez, o mais importantes deles partindo da consideração de que o ser humano se encontra essencialmente ligado uns aos outros através dos laços da afetividade.

O artigo 227 de nossa Carta Política, no que concerne à dignidade de crianças e adolescentes pontuou como dever da família, do Estado e da sociedade assegurar com prioridade absoluta o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à cultura, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, bem como colocá-los a salvo de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Maria do Rosário Leite Cintra⁷², integrante do grupo de colaboradores da redação do Estatuto da Criança e do Adolescente, e que atuou fortemente para introdução do artigo 227 no texto constitucional aponta:

Entre os direitos fundamentais da criança elencamos, ao lado do direito à vida, saúde, à alimentação, à proteção ao trabalho, o direito de ser criado e educado (...) no seio da família (...). Realmente a família é condição indispensável para que a vida se desenvolva, para que a alimentação seja assimilada pelo organismo e a saúde se manifeste. Desabrochar para o mundo inclui um movimento de dentro para fora, o que é garantido pelos impulsos vitais vinculados à hereditariedade e à energia próprias do ser vivo. Mas este movimento será potenciado ou diminuído, e até mesmo obstaculizado, pelas condições ambientais: 60%, dizem os entendidos, são garantidos pelo ambiente. Não basta pôr um ser biológico no mundo, é fundamental complementar a sua criação com ambiência, o aconchego, o carinho e o afeto indispensáveis ao ser humano, sem o que qualquer alimentação, medicamento ou cuidado se torna ineficaz (...). A família é o lugar normal e natural de se efetuar a educação, de se aprender o uso adequado da liberdade, e onde há a iniciação gradativa no mundo do trabalho. É onde o ser humano e desenvolvimento se sente protegido e de onde ele é lançado para a sociedade e o universo.

⁷¹ REIS; PINTO, 2012, p. 521.

⁷² CINTRA, Maria do Rosário Leite. Art. 19. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 83.

Destaca a autora que para que alimentação seja assimilada pelo organismo e a saúde se manifeste, a família é condição indispensável, pois sem ambiência, o aconchego, o carinho e o afeto essenciais ao ser humano qualquer alimentação, medicamento ou cuidado será ineficaz.

Tarcísio José Martins da Costa observa que o direito à convivência é mais do que simplesmente um direito, é uma necessidade vital da criança posicionada no mesmo grau de relevância do direito fundamental à vida⁷³. Cabe lembrar que, como anteriormente explanado garantir o direito à convivência é garantir o direito à vida, respeitando a integridade física e psicológica da criança.

Indubitavelmente, deve a convivência com o pai visitante ser protegida, pois é dela que advém o carinho, o afeto, o cuidado. Sustenta Flávio Tartuce⁷⁴ que:

O afeto talvez seja apontado atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a palavra afeto no Texto Maior como um direito fundamental, podemos dizer que o afeto decorre da valorização constante da dignidade da pessoa humana.

Sem conviver não pode o pai cumprir com os deveres de educar, corrigir, fiscalizar, vigiar, exigir obediência, respeito e colaboração, orientar sobre questões de cidadania, religião, profissão e vida sexual. Conseqüentemente, restará um grande déficit no desenvolvimento físico, psicológico e espiritual do filho.

É certo que grande parte dos traumas experimentados pelas pessoas durante seu percurso pela vida tem origem nas perdas afetivas sofridas no espaço familiar. Assim, juridicamente, o afeto trouxe uma nova realidade paradigmática para as relações familiares, sendo alçado como direito fundamental de proteção constitucional. O legislador positivou o afeto nas definições das relações familiares, fazendo constar nos artigos 1583, § 2º, I, e 1.584, §5º, ambos do Código Civil, figurando como elemento determinante para definição da guarda dos filhos. Ao ser elemento determinante para definição da guarda, o legislador deixa claro que o afeto é o mais relevante entre os atributos do poder familiar elencados no artigo 1.634 do Código Civil.

⁷³ COSTA, Tarcísio José Martins. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 38.

⁷⁴ TARTUCE, Flávio. Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords.). **Manual de Direito das Famílias e Sucessões**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. p. 47.

Como explanam Clayton Reis e Simone Xander Pinto⁷⁵:

O afeto é o ponto determinante nas relações familiares, especialmente entre os pais e os filhos. Não se pode descurar que o ser humano que sempre mereceu particular proteção do *mens legis*, fique ao desamparo dos titulares do poder familiar. O cumprimento dos deveres inerentes ao pátrio poder não se circunscreve apenas nas obrigações de mera conduta de proteção, assistência material, intelectual, mas sim no dever de cuidar e tratá-los com emoções e sentimentos. Os filhos merecem um novo olhar, um olhar claramente humanizado. Somente através dessa linha de conduta será possível modelar a personalidade dos filhos, voltada para a construção de uma sociedade em que predomine o princípio da dignidade da pessoa humana.

A afetividade está ligada a um imenso mundo de subjetividade determinante para a estrutura psíquica do ser humano, que não tem como ser desconectado de sua formação e crescimento, posto que a afetividade é elemento imprescindível na construção do mundo interior. Desde o nascimento, a atenção, o cuidado, o carinho, o contato são absolutamente necessários para o desenvolvimento saudável do homem, de forma que a falta de afeto pode levar os filhos a estado de insegurança, rebeldia e revoltas, o que no futuro pode se desdobrar em desajustes sociais e traumas.

A afetividade é um valor intrínseco à vida humana e sua imprescindibilidade pode ser mensurada pelos efeitos negativos na personalidade quando não adequadamente satisfeita essa necessidade.

Arnaldo Rizzardo⁷⁶ afirma que:

Em todas as fases da vida se faz importante a afetividade, a qual facilita a convivência, desarma os espíritos, torna agradável a companhia, elimina a agressividade e cria um constante ambiente de amizade. Na infância torna a criança dócil, lhe dá segurança, facilita a aprendizagem e imprime ao caráter sentimentos saudáveis. Na adolescência e juventude, fortalece o espírito, afasta os atritos, e cria ambiente para despertar aos sentimentos do amor sadio, desprendido, compreensivo e respeitoso. Na vida adulta, acalenta as uniões, torna mais fortes os laços de amizade, conduz à tolerância, e fortalece nas adversidades, levando a não sucumbir.

O desfazimento dos laços familiares atingem a base espiritual de seus integrantes e é ensejador de cicatrizes profundas na personalidade dos atores do rompimento da relação familiar, cicatrizes essas que denunciam perdas afetivas que

⁷⁵ REIS; PINTO, 2012, p. 504.

⁷⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 691.

podem levar ao desfalecimento de todo o projeto existencial, projeto de vida da pessoa. Dessa forma, muito acertada a colocação do afeto como valor jurídico em nosso sistema jurídico, reconhecendo o direito ao afeto que deve haver no âmbito familiar, principalmente quando voltado aos filhos. Para o Direito de família considera-se pai aquele que transmite amor e afeto ao filho, para ser pai não é suficiente o fato de ter gerado o filho.

3 FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

3.1 DEFINIÇÃO E CONCEITOS

O termo “responsabilidade” tem sentido polissêmico, encontrando-se para ele mais de um significado. Pelo senso comum, pode ser entendido como sinônimo de diligência ou cuidado, mas por ele também pode se compreender uma obrigação no plano jurídico de todos pelos atos que praticam.

A responsabilidade civil tem como componente predominante a relação entre dois sujeitos que se encerra na obrigação de reparar o dano. Porém, significativa é a dificuldade da doutrina nacional e estrangeira em conceituar a responsabilidade, pois há autores que a definem a partir da culpa, enquanto outros a compreendem mais amplamente, não a restringindo à discussão relativa à culpabilidade, mas colocando em foco também a divisão dos prejuízos causados e ponderação de direitos e interesses.

Para Caio Mário Pereira da Silva⁷⁷:

A responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio responsabilidade civil, que então se enuncia como princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano. Não importa se o fundamento é a culpa, ou se é independentemente desta. Em qualquer circunstância, onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil.

⁷⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 11.

A responsabilidade é a obrigação de apuração de um dano, seja em razão de uma culpa ou em de alguma outra circunstância legal que a justifique, a exemplo da culpa presumida, ou por circunstância simplesmente objetiva. Pode se considerar o aspecto mais representativo da responsabilidade civil o fato de ser um recurso de compensação, posto que tem por escopo compensar as perdas sofridas pela vítima e desencorajar a repetição de condutas similares no futuro.

Assim, a Responsabilidade Civil é o emprego de medidas a fim de obrigar uma pessoa a reparar dano moral ou material causado a outrem em decorrência de ato do próprio imputado, ou de fato, coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou em decorrência de mera imposição legal (responsabilidade objetiva).

No conceito de Rui Stocco⁷⁸:

Não se pode deixar de entender que a responsabilidade civil é uma instituição, enquanto assecuratória de direitos, e um estuário para onde acorrem os insatisfeitos, os injustiçados e os que se danam e se prejudicam por comportamentos dos outros. É o resultado daquilo que não se comportou ou não ocorreu *secundum ius*. É, portanto, uma consequência e não uma obrigação original, considerando que esta constitui sempre um dever jurídico originário, enquanto a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo ou consequente. Toda vez que alguém sofrer um detrimento qualquer, que for ofendido física ou moralmente, que for desrespeitado em seus direitos, que não obtiver tanto quanto foi avençado, certamente lançará mão da responsabilidade civil para ver-se ressarcido. A responsabilidade civil, é, portanto, a retratação de um conflito. Enfim, responsabilidade é a obrigação *secundum ius*, enquanto responsabilizar é fazer justiça, de sorte que no conflito entre Direito e Justiça, melhor dar preferência a esta [...].

A responsabilidade civil é a obrigação de ressarcir o prejuízo causado a outrem em razão de fato próprio, de pessoa ou coisa que dela seja dependente, ou seja, aquele que viola um dever jurídico em sentido amplo, acarretando dano a outra pessoa fica obrigado a reparar o prejuízo.

Aquele que pratica um ato ou incorre em omissão que resulte em dano, deve sujeitar-se às consequências do seu proceder, o que corresponde a uma regra essencial de equilíbrio social, na qual se sintetiza a questão da responsabilidade.

Tal regra fundamental tem sua ideia positivada pelo artigo 186 do Código Civil, o qual dispõe que “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou

⁷⁸ STOCCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 133.

imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Aquele que não ofender direito e tampouco causar dano a outra pessoa, atua em conformidade com as normas jurídicas baseadas no princípio romano que prescreve “a outro não prejudicar, a ninguém ofender”, respeitando-se, assim, a dignidade de seu semelhante.

Toda vez que uma pessoa se comporta desrespeitando uma regra jurídica, ocorre, portanto, uma infração. Se em razão dessa infração ocorrer o dano, além do ato ilícito, haverá também o dever de indenizar o prejuízo sofrido pela vítima.

A antijuridicidade define-se pela violação de uma regra jurídica normatizada no regramento de convivência humana, cabendo verificar se existe excludente que a justifique.

A concepção de antijuridicidade está ligada à ausência da conduta correta, adequada ao regramento social, caracterizando um desvio no comportamento do homem, o que revela a necessidade de fazer análise acerca da culpabilidade, posto que a conduta do autor do evento danoso em desatendimento à regra jurídica é o motivo determinante do surgimento da culpa.

Antes de adentrar nos pressupostos formais da culpabilidade, deve ser esclarecido que em certas hipóteses de aplicação da teoria responsabilidade objetiva, esta prescinde não apenas da culpabilidade, mas também da própria antijuridicidade. Nesses casos o dever de indenizar não exige a ocorrência de um ato ilícito, não tem por pressuposto um comportamento reprovado pelo ordenamento jurídico, ou seja, antijurídico. Sobre o tema afirma Rui Stocco:

Significa, portanto, que a existência ou inexistência do dever de reparar não se decide pela qualificação da conduta geradora do dano – se ilícita ou lícita-, mas pela qualificação da lesão sofrida. Ou seja, a juridicidade do comportamento danoso não exclui a obrigação de reparar, de sorte que a imputação da obrigação de reparar resolve-se em função do sujeito passivo da relação, e não na direção do seu sujeito ativo. O que importa considerar é que o dano suportado seja ilegítimo, e não que a conduta que lhe deu causa o seja.

Mas tais casos exigem expressa previsão legal, como do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, no que tange às atividades de risco.

3.2 PRESSUPOSTOS FORMAIS DA CULPABILIDADE

Um dos pressupostos da responsabilidade civil é a culpa, pois para sua configuração, conforme prescreve o artigo 186 do Código Civil, a ação ou omissão do agente deve ser voluntária ou, ao menos, deve haver negligência ou imprudência.

Para que surja a obrigação de indenizar não é suficiente que o agente do fato danoso tenha se comportado de forma ilícita, ofendendo direito de outrem ou violando norma jurídica protetiva de interesses particulares.

Não há culpa apenas porque o autor do dano agiu mal objetivamente, é imprescindível que tenha procedido com culpa (por ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência) enquanto em face das circunstâncias concretas da situação podia ter atuado de outra maneira, de modo a merecer pessoalmente a censura ou reprovação do direito.

O ato ilícito não se configura sem a culpa, a qual é somente um de seus elementos e forma seu componente anímico. Para Arnaldo Rizzardo⁷⁹:

Culpa materializada redundando em ato ilícito, o qual desencadeia a obrigação. Não se pode falar em ato ilícito sem a culpa, ou defender que se manifesta pela mera violação à lei. Acontece que o elemento subjetivo já existe com a infringência da lei, que desencadeia a responsabilidade se traz efeitos patrimoniais ou pessoais de fundo econômico. (...) De forma que a culpa pressupõe, não só a violação de dever como também a possibilidade de observá-lo, noção que postula necessariamente a liberdade humana.

Quando o proceder causador do dano é deliberadamente buscado, voluntariamente alcançado, resta caracterizada a culpa *latu sensu* ou também chamado dolo.

Já, quando o evento danoso advém de um comportamento negligente ou atuação imprudente do agente ocorre o que se denomina culpa *stricto sensu*.

Dessa forma, a intensidade do juízo de reprovação da culpa pode ser variável, observando-se a divisão da culpa de um lado o dolo e de outro lado a negligência, a imprudência e a imperícia.

A culpa em qualquer de suas modalidades representa uma violação ao dever de diligência, viola-se o dever de prever determinados fatos ilícitos e empregar providências aptas a evitá-los.

⁷⁹ RIZZARDO, 2009, p. 5.

O parâmetro para medição da diligência exigível do autor do dano, ou seja, para que se entenda que de fato houve culpa por parte do agente, é a comparação de seu comportamento com o comportamento padrão do homem que antevê o mal e de forma precavida evita o perigo.

Leciona Carlos Roberto Gonçalves⁸⁰ que:

Se, da comparação entre a conduta do agente causador do dano e o comportamento de um homem médio, fixado como padrão (que seria normal), resultar que o dano derivou de uma imprudência, imperícia ou negligência do primeiro – nos quais não incorreria o homem-padrão, criado in abstracto pelo julgador – caracteriza-se a culpa.

Assim sendo, só é possível cogitar a existência de culpa caso o evento danoso fosse previsível, pois se fosse imprevisível não poderia se falar em culpa.

Como acima demonstrado o artigo 186 do Código Civil exige sempre a existência de culpa em sentido amplo, que abarca o dolo -total conhecimento do mal e precisa intenção de praticá-lo-, ou, ao menos, a existência de culpa em sentido estrito, o qual representa a transgressão de um dever que o agente poderia conhecer e atender, conforme o padrão de comportamento do homem médio.

É preciso, ainda, fazer breve análise acerca do grau de culpa, dividido entre grave, leve e levíssima.

Considera-se grave a culpa quando for incomum aos homens, advinda de uma transgressão mais incisiva do dever de diligência exigida do homem médio, sendo usual equiparar a culpa grave ao dolo, como em casos de acidente automobilístico em que o motorista estava embriagado, excesso de velocidade, desrespeito do sinal vermelho em cruzamento.

A culpa leve, por sua vez, é a falta que poderia ter sido evitada com atenção ordinária.

A culpa levíssima é falta que seria evitável apenas com atenção extraordinária ou por particular conhecimento ou habilidade.

Cabe esclarecer, porém, que o Código Civil não faz qualquer diferenciação entre dolo e culpa ou entre os graus de culpa, de forma que, tenha o autor do dano agido com dolo ou com culpa levíssima, haverá em ambos o dever de indenizar, pois a culpa ainda que levíssima obriga a indenizar.

⁸⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 51.

Deve-se então também elucidar que a indenização será calculada conforme a extensão do dano e não pelo grau de culpa. Com efeito, o valor fixado a título de indenização nunca pode superar o montante dos danos causados à vítima e também não deve ser menor que estes.

Todavia, em certos casos de culpa extremamente leve essa máxima pode não ser justa, posto que seria mais justo a fixação de valor menor que o montante do dano. São situações essas em que existe uma excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Para elas o Código Civil em seu artigo 944, parágrafo único, prevê que se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

A culpa tem ainda outras classificações além daquela feita em razão de seus graus. As diferentes classificações da culpa são importantes para verificação de sua existência nas condutas humanas.

A culpa *in eligendo* é aquela em que o agente não atua com acerto na eleição de seu preposto, empregado, representante, ou não emprega o suficiente controle sobre os bens para a realização de certa atividade. Já, a chamada culpa *in vigilando* é configurada pela falta de cuidados ou fiscalização do proprietário ou do responsável em relação aos bens ou pessoas⁸¹.

Por sua vez a culpa *in cometendo* é a configurada em razão de uma atividade determinadora do prejuízo, enquanto na culpa *in omitendo* o agente tinha a obrigação de intervir em uma atividade, mas não o faz. A culpa *in custodiante* se dá em situações de falta de atenção e cuidado em relação a determinada coisa, como no caso de animais soltos em estradas⁸².

A culpa contratual é a que existe na violação de determinado dever inerente a um contrato, já a extracontratual consiste na transgressão de um dever fundado no princípio geral do direito, no desrespeito das normas, violação aos bens alheios ou direitos de outrem, chamada também de culpa aquiliana (culpa que nasce dos atos ilícitos)⁸³.

Há, ainda, a culpa *in contrahendo*, configurada no ilícito presente na conduta do agente de celebrar o contrato, levando, dessa forma, a vítima a sofrer o prejuízo em razão da celebração do contrato. É quando uma das partes, mesmo sabendo da

⁸¹ RIZZARDO, 2009. p. 5.

⁸² Ibid., p. 6.

⁸³ RIZZARDO, loc. cit.

impossibilidade da prestação, induz a outra a celebrar um negócio, confundindo-se muito com a chamada culpa aquiliana⁸⁴.

Anote-se que no ordenamento jurídico brasileiro é admitida a responsabilidade objetiva, ou seja, a possibilidade de responsabilidade sem culpa, de modo a afastar o elemento nuclear e subjetivo da culpa como pressuposto para o dever de indenizar. Na responsabilidade objetiva, no lugar do elemento volitivo, caracterizado pelo dolo (vontade de lesar) ou pela culpa (ausência de previsibilidade), coloca-se a responsabilidade em razão do risco ao qual a vítima foi submetida ou do risco que o agente assume em decorrência da atividade por ele desenvolvida, a qual pode levar a causação de uma dano para outrem.

3.3 CONDOTA HUMANA E OMISSÃO AO DEVER DE DILIGÊNCIA E CUIDADO

O ser humano, durante sua vida em sociedade, pratica inúmeras atividades, algumas delas não representam perigo, entretanto outras revelam-se causadoras de riscos para a vida, para a saúde e outros tantos valores assegurados pelo ordenamento jurídico. As atividades apresentam perigo seja em razão de sua natureza, como a fabricação de explosivos, exploração de minérios, manejo de produtos químicos, ou por causa dos meios utilizados no desenvolvimento da atividade, a exemplo de atividades em que se utilizam maquinário e instrumentos de alta complexidade.

Assim, dividem-se as atividades humanas entre perigosas e não perigosas.

Rui Stocco⁸⁵ ressalta que a atividade humana insere-se no cotidiano das pessoas como rotina de viver, como no desempenhar de atividades voltadas à sobrevivência, a exemplo de dormir, comer, andar, conversar, comunicar-se com o mundo externo, ou consiste no exercício de uma atividade profissional, devendo o homem simplesmente respeitar os limites estabelecidos, não desrespeitando direito ou inviolabilidade de outrem.

⁸⁴ RIZZARDO, 2009, p. 7.

⁸⁵ STOCCO, 2011, p. 153.

Na atualidade, o homem está sujeito, e às vezes até oprimido, em sua labuta diária, por máquinas e aparatos tecnológicos que continuamente vem aumentando os riscos à existência e também aos bens valiosos do ser humano e da sociedade.

Por esses motivos, a responsabilidade civil tem sofrido ampliação em seu âmbito de incidência, com a finalidade de se alcançar para as vítimas a reparação dos danos por elas vivenciados.

Assim, se antes a responsabilidade civil cabia apenas com a identificação de ato ilícito, advinda da compreensão de violação consciente de um dever jurídico, tornou-se também aplicável em situações de mera prática da atividade perigosa, com fundamento no risco inerente a tal atividade, o que se deu razão das transformações sociais ocasionadas pela Revolução Industrial, principalmente da série inesperada de acidentes com vítimas nos locais de trabalho.

O Código Civil, em que pese tenha adotado a culpa como elemento pressuposto da responsabilidade civil, excetuou-a ao adotar também a responsabilidade independente de culpa, a chamada responsabilidade objetiva, em casos que a atividade realizada pelo autor do dano é representativa de risco aos direitos de terceiros, nos moldes do artigo 927, parágrafo único do citado diploma.

Conferiu-se relevância expressiva às atividades de risco, seja o risco própria da atividade ou por ela criado, bem como nos casos em que esteja relacionado a animais ou coisas inanimadas.

A conduta humana e voluntária no mundo exterior é considerada elemento primário de todo ilícito, sendo esta uma violação a bem juridicamente tutelado, interessando ao Direito por produzir um dano, visto que não há responsabilidade sem evento danoso.

Porém, frise-se que a ofensa a bem jurídico, ofensa esta que, via de regra, terá sua existência verificada no plano normativo da culpa, está condicionada à existência, na ordem naturalística da conduta, de uma ação ou omissão que consiste na base do resultado lesivo⁸⁶.

Por viver em sociedade, o homem deve sempre se comportar primando por não causar dano a qualquer pessoa, de maneira que ao exercer os atos da vida civil, mesmo os lícitos, deve empregar a cautela necessária a fim de que sua ação ou omissão não enseje ofensa a bem jurídico de outrem. A doutrina moderna ajustou

⁸⁶ STOCCO, 2011, p. 153.

por denominar de dever de cuidado objetivo essa cautela, atenção ou diligência⁸⁷. Esse cuidado é o cuidado preciso de ser adotado pelo agente e não apenas cuidado normal, ordinário, isto é, deve o sujeito tomar o necessário cuidado para evitar a produção do dano.

Explana José de Aguiar Dias⁸⁸ que:

Na caracterização do cuidado preciso, a que se refere o dispositivo, entendem alguns autores que ele consiste na vigilância exigida em cada caso pelas circunstâncias peculiares, ao passo que outros consideram que o cuidado não é senão o que, em idêntica situação, teria o homem diligente padrão de avaliação da culpa *in abstracto*.

A ação ou omissão consistem, por tais razões, assim como no crime, o primeiro elemento da responsabilidade civil, isto é, a conduta humana que importa para ensejar a responsabilização revela-se como ação ou omissão, como possível observar da redação do artigo 186 do Código Civil, configurando um pedaço da realidade (relativo à esfera naturalística do comportamento do homem) a que a ordem jurídica do Direito submete a juízo de valoração.

Como explana Rui Stocco⁸⁹, há que se aclarar, todavia, que a voluntariedade do comportamento humano não pode ser confundida com a projeção da vontade sobre o resultado, ou seja, o desejo intencional de produzir o resultado, assumir o risco de causá-lo, proceder com afoiteza, indolência ou, ainda, com manifesta incapacidade, sendo que o querer intencional é relativo à culpabilidade em sentido amplo.

A vontade é, portanto, elemento fundamental da ação, porém não se pesquisa seu alcance ou conteúdo, não é necessário buscar a finalidade ou a consciência do resultado desastroso, ou melhor, a deliberação ou a consciência de produzir o dano, posto que este somente é elemento indicador do dolo.

A voluntariedade existente na culpa é a da própria ação, consistindo simplesmente no proceder voluntário ensejador de lesão a direito alheio, posto que no ato culposo, a vontade do agente é direcionada à sua realização, mas não o está em relação à consequência nociva.

⁸⁷ STOCCO, 2001, p. 153

⁸⁸ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. v. 2. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 444.

⁸⁹ STOCCO, 2011, p. 153.

A omissão, por sua vez é um não fazer que importa ao Direito quando atinge um bem juridicamente protegido. A omissão é uma conduta negativa, que se revela em razão do fato de que alguém não realizou certa ação quando deveria tê-lo feito, sendo seu ponto fulcral justamente não ter o sujeito agido de determinada forma, sendo o proceder omissivo do agente o que causou o dano.

Para Carlos Roberto Gonçalves⁹⁰:

Para que se configure a responsabilidade por omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado fato (de não se omitir) e que se demonstre que, com a sua prática, o dano poderia ter sido evitado. O dever jurídico de agir (de não se omitir) pode ser imposto por lei (dever de prestar socorro às vítimas de acidente imposto a todo condutor de veículo pelo artigo 176, I, do Código de Trânsito Brasileiro) ou resultar de convenção (dever de guarda, de vigilância, de custódia) e até da criação de alguma situação especial de perigo.

Nota-se então que o conceito de omissão é abstrato, um conceito essencialmente normativo, sem fundamento naturalístico, figurando a omissão numa relação de conexão da conduta ao evento danoso, vez que a norma jurídica fixa a realização de uma ação, de um fazer, a fim de evitar a produção do resultado e interpelar a cadeia de causalidade natural, porém o sujeito a quem incumbia a prática do ato determinado pelo ordenamento jurídico conserva-se inerte ou realiza ação diferente da imposta.

Para concluir, a ação ou omissão que faz surgir a indenização, normalmente, advém de uma infração a um dever, o qual pode ser legal (disparo de arma em local proibido), contratual (venda de mercadoria defeituosa, dentro do prazo de garantia) e social (abuso de direito, a exemplo da denúncia caluniosa)⁹¹.

Por fim, é de se lembrar que a exigência de voluntariedade na conduta do agente exclui a responsabilidade civil no que tange aos danos causados pelas forças da natureza, assim como pelos danos produzidos em estado de inconsciência, porém não excluem da responsabilidade civil os atos praticados pelos amentais ou por crianças, pois, nos moldes do artigo 928 do Código Civil, o incapaz responde pelos prejuízos a que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuser de meios suficientes. É fundamental para a

⁹⁰ GONÇALVES, 2012, p. 71.

⁹¹ GONÇALVES, loc. cit.

configuração da responsabilidade civil que a ação ou omissão, abstratamente, seja controlável ou dominável pelo agente.

3.4 FUNDAMENTOS DO DANO

O cometimento do ato ilícito enseja prejuízo para a vítima, sendo este um elemento objetivo do ato ilícito originado pela redução de um bem jurídico violado, diminuição esta que se chama de dano.

O dano é o pressuposto nuclear da responsabilidade civil, identificado numa primeira dimensão como a lesão de um direito ou de um bem jurídico e acopladamente a uma segunda dimensão deve envolver o aviltamento de valores econômicos ou patrimoniais, ou, ainda, a ofensa à esfera moral da vítima. Quanto a esse segundo aspecto identificador do dano, ressalte-se mais uma vez que o dano ensejador da responsabilidade não é somente o material, posto que o direito não deve deixar de proteger as vítimas de ofensas morais.

O dever de reparação, em geral, decorre da prática de um ato ilícito, mas podem haver casos em que não ocorra infração alguma e mesmo assim haja o dever de indenizar. Até mesmo uma conduta realizada em estado de necessidade, ainda que ausente de ilicitude, não livra o agente da indenização.

Frise-se que quando inexistente o dano, não há também obrigação de reparar, ou seja, o infrator da norma legal apenas será obrigado a reparar o dano se sua conduta injurídica causar prejuízo a outrem. A mera ação ou omissão que não resulte em dano à vítima não gera obrigação ao seu agente de indenizar.

De forma simples, pode-se falar que aquilo que a ordem jurídica tutela, protege, o dano viola, ofende, fere.

O Direito busca direcionar o comportamento humano, gerenciar os interesses e dar solução aos conflitos decorrentes das relações humanas. O Direito regulamenta as ações do homem de forma geral e não individualista, impõe-se a todos, o que revela seu caráter social e seu fim de utilidade comum. Ao mesmo tempo não exclui a tutela dos interesses individuais, os quais, quando em conformidade com a norma jurídica atingem o interesse comum. O que melindra o interesse em si é o que se chama de dano, e é também o que inviabiliza que o bem

satisfaça a necessidade humana ou afasta a capacidade geral para satisfação de um valor desejado e buscado pelo ser humano⁹².

A depender do interesse tutelado determina-se a espécie de dano.

Nos danos patrimoniais existe um interesse econômico em questão, sendo que o dano concretiza-se com o impedimento da satisfação da necessidade econômica. O conceito de patrimônio abrange os bens exteriores classificados como riquezas materiais, valorados em razão de sua natureza e geralmente em dinheiro.

O dano reduz o patrimônio da pessoa, representado por ofensa, diminuição a certos valores econômicos. Normalmente, o dano ocorre com relação ao patrimônio atual, mas pode ocorrer que seus efeitos de diminuição ou impedimento do patrimônio defendido se projetem para o futuro.

Quando os efeitos do dano incidem sobre o patrimônio atual, ensejando uma diminuição, uma perda, fala-se em dano emergente. Já a situação em que a pessoa deixa de perceber vantagens em razão do evento danoso, sendo privada de obter um lucro, é denominada de lucro cessante. É sobre o que trata o artigo 402 do Código Civil, dispondo que “salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

É frequente o surgimento de ambos os efeitos simultaneamente ao dano, havendo uma diminuição do patrimônio real que existia ao momento do dano e uma insatisfação dos resultados positivos derivados do uso do bem material⁹³.

Em certas situações o ato lesivo pode afetar a personalidade da vítima, sua integridade psíquica, sua honra, seu bem-estar, sua paz interior, seus valores, suas virtudes, seus afetos, provocando-lhe mal-estar ou desassossego de ordem espiritual.

Assim, além do dano patrimonial ou econômico, existe o sofrimento psíquico ou moral, ou seja, dores, tristeza, frustrações, traumas. Trata-se do dano moral, sendo este o dano que não atinge e tampouco diminui o patrimônio material do ofendido, mas sim ofende o patrimônio ideal, lesionando a vítima enquanto ser humano, sem atingir seus bens materiais.

Explica Arnaldo Rizzardo⁹⁴ que:

⁹² RIZZARDO, 2009, p. 16.

⁹³ Ibid., p. 18.

⁹⁴ Ibid., p. 19.

Dano moral, ou não-patrimonial, ou ainda, extrapatrimonial, reclama dois elementos, em síntese, para configurar-se: o dano e a não diminuição do patrimônio. Apresenta-se como aquele mal ou dano – que atinge valores eminentemente espirituais ou morais, como a honra, a paz, a liberdade física, a tranquilidade de espírito, isto é, fazendo a pessoa sofrer porque sente dores no corpo, ou porque fica triste, ofendida, magoada, deprimida. A dor física é a que decorre de uma lesão material do corpo, que fica com a integridade dos tecidos ou do organismo humano ofendida; a moral ou do espírito fere os sentimentos, a alma, com origem em uma causa que atinge as ideias.

A distinção entre o dano material e o moral situa-se, essencialmente, no modo de reparação. Nos danos materiais a reparação busca a reposição das coisas que sofreram lesão ao seu estado anterior ou, quando não for possível, oportunizar à vítima a aquisição de outro. Já nos danos morais não é possível fazer com que as coisas retornem ao seu estado anterior, de modo que a reparação consiste no adimplemento de certa quantia em pecúnia, a qual será fixada conforme o entendimento do magistrado a fim de compensar a dor íntima sofrida pela vítima.

A possibilidade de indenização por dano moral já foi alvo de muitas críticas negativas e de oposição, sendo diversas as razões invocadas para tanto.

Argumentava-se que o dano moral não poderia ser indenizado, tendo em vista que a dor, a honra, o sofrimento são financeiramente incalculáveis e, assim, não estão aptos a serem indenizados, a não ser que houvesse seu tarifamento.

Além disso eram argumentos contrários à possibilidade de dano moral a incerteza da concreta existência de dano moral, a inexistência jurídica de dano moral, falta de determinação do número de vítimas, a impossibilidade de rígida estimativa pecuniária dos danos morais, risco do arbítrio do magistrado e a imoralidade da possibilidade de compensar a dor com dinheiro⁹⁵.

Clóvis Beviláqua⁹⁶, com fundamento no artigo 76 do Código Civil de 1916, defendia a obrigação de indenizar o dano moral, argumentando que “se o interesse moral justifica a ação, para defende-lo ou restaurá-lo, é claro que tal interesse é indenizável, ainda que o bem moral não se exprima em dinheiro”.

O artigo 5º da Constituição Federal encerrou a discussão acerca da possibilidade de reparação do dano moral:

⁹⁵ CARVALHO NETO, Inácio. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 60.

⁹⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil do Estados unidos do Brasil comentado. v.1. Rio de Janeiro: Rio, 1940. p. 321, apud CARVALHO NETO, Inácio. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 60.

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Deve ser enfatizado que os referidos dispositivos constitucionais somente aclaram o teor do princípio da dignidade da pessoa humana constante do artigo 1º, III, da CF.

Quanto à problemática da liquidação do dano, afirmava Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda⁹⁷ que “a impatrimonialidade não quer dizer inviabilidade. Há bens não patrimoniais avaliáveis; e danos não patrimoniais que são avaliáveis”.

O dano moral, com exceção de casos especiais, como, por exemplo, o inadimplemento contratual em que se faz imprescindível da prova da intranquilidade da esfera psicológica do ofendido, dispensa a prova em concreto, uma vez que se dá na intimidade da pessoa, no interior de sua personalidade e existe *in re ipsa* (decorrente da própria coisa), tratando-se, portanto, de presunção absoluta.

O dano divide-se, ainda, entre contratual e extracontratual.

No dano contratual o prejuízo decorre do descumprimento de um compromisso contratual, lembrando que o inadimplemento de um dever contratual é causa humana mais determinante para surgimentos dos danos. O credor da prestação contratada sofre prejuízo com o comportamento da parte devedora que desrespeita o conteúdo da obrigação. Nesses casos, a declaração de vontade negada pelo devedor pode ser substituída pela sentença judicial.

O dano extracontratual, por sua vez, configura-se pela violação de um dever legal, envolvendo o desrespeito à lei, desrespeitando um direito alheio. A contrariedade à norma que disciplina um direito (a qual todos estão sujeitos) enseja prejuízo ao patrimônio de outrem, surgindo da ofensa genérica ao princípio *neminem laedere* (a outro não prejudicar, a ninguém ofender), de maneira que o comportamento humano que causar dano a outra pessoa obriga seu autor à reparação.

O dano pode também ser direto ou indireto. O dano direto está relacionado ao resultado imediato da ação que atinge um bem e o lesiona, é o resultado da ação

⁹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959 apud CARVALHO NETO, Inácio. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 62.

que recai sobre um valor sem qualquer intermediação e não ocorre posteriormente, é o que se produz imediatamente no bem, oportunizando a imediata medição de seu conteúdo e extensão. O dano indireto não ocorre por inteiro imediatamente, ele enseja ainda outro dano, que faz surgir um terceiro dano e assim sucessiva e repetidamente, são as consequência remotas e indiretas do evento danoso, que aparecem depois deste. Sobre o dever de indenizar os danos diretos ensina Arnaldo Rizzardo⁹⁸ que:

O que realmente importa é a análise do vínculo de causalidade, que efetivamente pode livrar o demandado do ônus de reparação dos danos indiretos. Indiferente é o fato do direito perseguido se relacionar a um contrato ou a uma ato ilícito. Em princípio, importa visualizar a causa primeira que desencadeia a consequência. Se a culpa inicial não desempenhou um papel suficientemente decisivo na consumação do dano, ou se ausente a culpa inicial não adviria a lesão, o autor não responde pela cadeia de prejuízos remotos e ocoríveis após o evento, como veremos adiante.

O dano pode ser coletivo em sentido amplo, isto é, um dano prejudicial simultaneamente a várias pessoas, vinculadas entre si por interesses comuns ou por identidade ou proximidade de classes, a exemplo de associações, vizinhanças, profissões. Quando os danos lesionam entidade, a própria associação, se for devidamente constituída, nos moldes do artigo 5º, XXI, da Constituição Federal, pode ajuizar a demanda cabível.

O artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor especificou também como indenizáveis os danos Coletivos *strictu sensu*, caracterizados pelos transindividuais de natureza indivisível dos quais seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas vinculadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica de base. Para esse caso é cabível a propositura de Ação Civil Pública ou Mandado de Segurança coletivo.

O mesmo artigo do estatuto consumerista dispõe sobre a indenização dos interesses difusos, que são os relativos a pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias do fato, sendo adequada o ajuizamento de Ação Civil e Ação Popular. Ainda, o referido artigo faz previsão também acerca dos danos individuais homogêneos, que são assim entendidos aqueles advindos de origem comum, em é cabível a propositura de Ação Civil Coletiva.

⁹⁸ RIZZARDO, 2009, p. 22.

Faz-se necessário, por fim, fazer breve análise sobre a liquidação do dano, questão esta que se sintetiza na concreta reparação do prejuízo sofrido pelo ofendido. Na reparação do dano (que é objeto da ação), busca-se saber com exatidão qual sua extensão e sua proporção, enquanto na liquidação (objeto da execução), visa-se a determinação concreta, efetiva, o montante relativo aos danos que foram apurados.

Indenizar é o mesmo que reparar o dano ocasionado à vítima, o que deve ser feito integralmente, e se ainda for possível, restaurando o estado das coisas anterior ao evento danoso. Na responsabilidade civil existe o dever de reparar integralmente, a fim de atender ao da princípio da integralidade (princípio *restitutio in integrum*).

Além disso, deve ser lembrado que pode ser levado em conta o grau da culpa (em sentido amplo) para tornar mais grave ou mais extensa a indenização devida. Como já exposto, o artigo 945 do Código Civil estabeleceu a culpa como elemento que repercute essencialmente na liquidação do dano.

Por fim, ressalte-se, ainda, que podem existir casos de concorrência de culpas, neles a indenização deve ser fixada de forma proporcional ao grau de culpa das partes envolvidas, e concomitantemente, em casos de participação de ambas as partes. Portanto, caso a vítima tenha concorrido para o evento danoso, esta circunstância deve, sem sombra de dúvidas, ser apreciada. A culpa concorrente em casos de indenização por danos morais afeta, desse modo, a quantificação de seu valor.

3.5 FUNDAMENTOS DO NEXO CAUSAL

A existência de nexo causal entre o fato ilícito e o dano por ele ocasionado é um dos pressupostos da responsabilidade civil. A relação de causalidade situa-se ao meio da ação ou omissão e do resultado, ou melhor, do dano. Por conseguinte, para que o dano seja imputado ao agente é imprescindível que tenha decorrido de sua ação ou omissão, sendo certo que sem a ação ou omissão o dano não teria ocorrido.

Ausente essa relação de causalidade não há que se falar em obrigação de indenizar, pois o artigo 186 do Código Civil exige que a obrigação de reparar o dano

seja atribuída à pessoa que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência causar prejuízo a outrem.

Arnaldo Rizzardo⁹⁹ afirma que:

Por outros termos, para ensejar e buscar a responsabilidade, é preciso que haja ou se encontre a existência de um dano, o qual se apresenta antijurídico, ou que não seja permitido ou tolerado pelo direito, ou constitua espécie que importe em reparação pela sua mera verificação, e que se impute ou atribua a alguém que o causou ou ensejou a sua efetivação. Em três palavras resume-se o nexo causal: o dano, a antijuridicidade e a imputação.

O dano só pode ensejar responsabilidade se for possível identificar o nexo causal entre ele e o seu autor, restando, portanto, estabelecida uma relação necessária entre o prejuízo e o fato incriminado, sendo absolutamente certo que sem tal fato o prejuízo não teria ocorrido.

A problemática envolvendo a teoria do nexo causal é nos casos em que surgem concausas, o que dificulta a identificação da verdadeira causa do dano.

As concausas podem ser sucessivas ou simultâneas.

Na situação de concausas simultâneas há só um dano ocasionado por mais de uma causa, como, por exemplo, o dano imputado a várias pessoas. Nesse caso, em matéria de responsabilidade extracontratual, a responsabilidade é solidária como prescreve o artigo 942, parágrafo único, do Código Civil.

Maiores dificuldades são encontradas em situações de concausas sucessivas, nas quais fica estabelecida uma cadeia de causas e efeitos, sendo necessário estabelecer qual delas verdadeiramente causou o dano.

Existem três teorias que buscam solucionar a situação de concausas sucessivas, são elas a teoria da equivalência das condições, a teoria da causalidade adequada e a teoria do dano imediato (exige que o dano seja consequência imediata do fato que o produziu).

Pela teoria da equivalência das condições, toda e qualquer circunstância que tenha concorrido na produção do prejuízo é considerada uma causa, sendo que a equivalência advém do fato de que suprimida qualquer das causas o dano não ocorreria. Mas essa teoria pode levar a conclusões absurdas, posto que certos liames estabelecidos com certos antecedentes são sem qualquer importância para a ocorrência do dano, são simplesmente irrelevantes.

⁹⁹ RIZZARDO, 2009, p. 71.

Carlos Roberto Gonçalves¹⁰⁰ traz um exemplo de conclusões absurdas que se podem alcançar pela teoria da equivalência das condições, como o nascimento de uma pessoa não pode, sem sombra de dúvidas, ser considerado como causa de um acidente de que foi vítima, ainda que possa ser considerado uma condição sem a qual nunca teria ocorrido o evento. Outro exemplo trazido pelo autor seria no caso de um homicídio estender a responsabilidade da ocorrência do dano ao fabricante da arma.

A outra teoria é a da causalidade adequada que admite como causadora do evento danoso apenas a condição por si só capaz de provocar o dano. Ocorrido o dano, deve-se concluir que o fato que o provocou era apto de lhe dar causa, assim, se presente essa relação de causa e efeito pode se dizer que a causa era adequada.

Mais uma vez, para facilitar a compreensão das teorias do nexos causal, cabe trazer a lição de Carlos Roberto Gonçalves¹⁰¹:

As duas teorias podem ser facilmente compreendidas com o seguinte exemplo: A deu uma pancada ligeira no crânio de B, a qual seria insuficiente para causar o menor ferimento num indivíduo normalmente constituído, mas que causou a B, que tinha uma fraqueza particular dos ossos do crânio, uma fratura de que resultou a morte. O prejuízo deu-se, apesar de o fato ilícito praticado por A não ser a causa adequada a produzir aquele dano em homem adulto. Segundo a teoria da equivalência das condições, a pancada é uma condição *sine quo non* do prejuízo causado, pelo qual o seu autor terá de responder. Ao contrário, não haveria responsabilidade, em face da teoria da causalidade adequada.

A teoria dos danos diretos e imediatos, por sua vez, é o meio-termo das duas teorias supramencionadas, considerando que deve ser indenizado todo dano advindo de uma causa, mesmo que remota, desde que seja sua causa necessária, por não haver outra que justifique o dano. O autor da dano seria responsabilizado apenas pelos danos decorrentes de seu ato, em razão de um vínculo de necessariedade, já quanto aos danos advindos de causas estranhas seriam responsabilizados os seus respectivos autores.

Segundo Rui Stocco:

¹⁰⁰ GONÇALVES, 2012, p. 470.

¹⁰¹ GONÇALVES, loc. cit.

Desenvolve-se a chamada teoria dos danos diretos e imediatos no sentido de que nem todo fator que alcança o evento danoso será necessariamente causa do dano. Quer dizer, nem toda a condição que interferiu no resultado será causa necessária.

O Direito Civil brasileiro adotou a teoria dos danos diretos e imediatos, como se pode observar da redação do artigo 403 do Código Civil:

Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

O legislador brasileiro, ao adotar a teoria do dano indireto e imediato, evitou a sujeição do dano a todas as funestas consequências do seu ato quando não conectados diretamente a ele¹⁰².

A fim de melhor ilustrar essa teoria cabe trazer o exemplo de um sujeito que sofre acidente de automóvel enquanto locomovia-se ao aeroporto para uma viagem de negócios, podendo responsabilizar o motorista causador do dano pelos prejuízos decorrentes direta e imediatamente do evento danoso, como despesas com médicos e hospitais, danificações no veículo e lucros cessantes relativos aos dias de serviço perdidos. Entretanto, não seria possível realizar a cobrança dos danos remotos, relacionados a eventuais lucros que poderia ter percebido caso tivesse viajado e concretizado os negócios como tinha planejado, pois ao direito incumbe diferenciar cautelosamente miragens de lucro da verdadeira ideia de dano, não sendo indenizáveis esperanças destruídas e tampouco danos potencias, eventuais, supostos ou abstratos¹⁰³.

Existem fatos que afetam nos acontecimentos ilícitos e ensejam o rompimento do nexo causal, impostando na exclusão da responsabilidade do agente, são as chamadas excludentes da responsabilidade civil. As principais dela são estado de necessidade, legítima defesa, culpa da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior e cláusula de indenizar.

Não se pode esquecer também das concausas preexistentes, aquelas que já existiam no momento do ato do autor, não eliminam a relação causal, a exemplo de um atropelamento que enseje complicações por ser a vítima diabética, respondendo

¹⁰² GONÇALVES, 2012, p. 472.

¹⁰³ GONÇALVES, loc. cit.

o agente pelo resultado mais gravoso, tenha ou não conhecimento da concausa preexistente agravadora do dano.

O mesmo raciocínio pode ser utilizado para a situação da causa superveniente, pois embora esta concorra para o agravamento do resultado, não melhora a situação do agente. Um exemplo é o da vítima de atropelamento que não é socorrida em tempo hábil e perde muito sangue, falecendo, mas essa causa superveniente (falta de socorro dentro do tempo), ainda que tenha contribuído para o falecimento da vítima, é irrelevante relativamente ao agente, porque não produziu o resultado, somente o reforçou. A causa superveniente apenas será relevante quando romper o nexos causal antecedente e tornar-se a causa direta e imediata do novo dano. As consequências são as mesmas na situação de causas concomitantes, como no caso em que não se responsabiliza o médico em razão de morte de paciente durante o parto, vítima do rompimento de um edema, o que não estabelece ligação com o parto e pode ter origem congênita¹⁰⁴.

4 INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO

4.1 PRINCÍPIOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA

A família é a base da sociedade, sendo o principal reduto de convivência humana. Cada uma das células familiares faz parte da comunidade social e política do Estado, o qual, com a finalidade de fortificar-se enquanto instituição política, proporciona à família proteção especial, de modo a amparar-lhe e aprimorar-lhe.

Já se sabe da importância do instituto da família na ordem social, assim deve-se também ressaltar sua importância para as relações que atingem as pessoas na ordem individual.

Ao fazer parte de uma família, o indivíduo estará sujeito a diversas relações nas quais possui interesse direto, a exemplo do poder familiar, obrigação alimentar; casamento, união estável, parentesco, etc.

¹⁰⁴ GONÇALVES, 2012, p. 473.

Os direitos de família surgem do pertencimento de uma pessoa a certa família, na qualidade de cônjuge, pai, filho etc. Em regra, são opostos aos direitos patrimoniais, não possuindo valor pecuniário. São distintos, quanto a isso, dos direitos das obrigações, vez que são marcados pelo fim ético e social. O desrespeito aos direitos obrigacionais é resolvido em perdas e danos, já a infração aos direitos de família sofre sanções diversas, como a suspensão ou extinção do poder familiar, dissolução da sociedade conjugal, perda de direito a alimentos, etc¹⁰⁵.

Contudo, podem os direitos de família possuir um conteúdo patrimonial, ora aproximando-se às obrigações, a exemplo dos alimentos, ora assemelhando-se aos direitos reais, como ocorre no usufruto dos bens. O mesmo ocorre no tocante ao regime de bens entre cônjuges ou conviventes e à administração dos bens dos incapazes, em que apenas aparentemente assumem a fisionomia de direito real ou obrigacional¹⁰⁶.

A depender de sua finalidade, as normas do direito de família regem as relações pessoais entre os cônjuges, ou entre os ascendentes e os descendentes ou entre parentes fora da linha reta; bem como podem regulamentar as relações patrimoniais existentes no âmbito da família, abrangendo as desenvolvidas entre cônjuges, entre os pais e filhos, entre tutor e pupilo; por fim, podem, ainda, assumir o comando das relações assistenciais dos cônjuges entre si, dos filhos em face dos pais, do tutelado em diante do tutor, o interdito perante seu curador. Dessa forma, o direito de família ocupa-se de três esferas de relações familiares: pessoais, patrimoniais e assistenciais.

É necessário enfatizar, no entanto, que a família privilegia a pessoa humana, seu bem-estar e o integral desenvolvimento das capacidades de cada de seus membros, criando limites de assimilação com a ordem pública quanto à regência jurídica de suas instituições e ao mesmo tempo expandindo a esfera de privacidade e intimidade no Direito de família.

Para Eduardo de Oliveira Leite a família visa o crescimento pessoal e a realização individual de seus integrantes, dentro e fora do grupo familiar¹⁰⁷.

Assim, pela família subtraem-se obstáculos a fim de que a vida individual seja menos repressiva e seja possível realizar com menos jugo as verdadeiras

¹⁰⁵ GONÇALVES, 2011, p. 17.

¹⁰⁶ GONÇALVES, loc. cit.

¹⁰⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias monoparentais. In: MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 36.

finalidades do grupo familiar, quais sejam, afeição, união, respeito, confiança, solidariedade, projeto de vida em comum e tradições familiares.

Para Giselda Maria Fernandes Novaes Hinoraka¹⁰⁸:

Não importa a posição que o indivíduo ocupa na família, ou qual a espécie de grupamento familiar ele pertence, o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade.

Não há dúvida, portanto, que a principal função da família moderna é de servir como sustentáculo emocional do indivíduo com flexibilidade e intensidade no que toca aos laços de afeto.

Porém, é também no seio familiar que por vezes são cometidos abusos, situações anormais causadoras de danos. O dano que antigamente considerava-se maléfico azar, na atualidade busca seu autor e a conformação perde lugar para a responsabilidade civil decorrente de prejuízos materiais ou imateriais¹⁰⁹.

Existem diversas hipóteses de atos praticados por integrantes de uma relação familiar que podem resultar em lesões suscetíveis de reparação, tanto sob o aspecto de ordem pessoal como material.

No cenário jurídico hodierno, a responsabilidade civil amplia-se e abrange todos os ramos do direito civil, inclusive o direito de família. Entre os dois ramos há diversos pontos de intersecção, incidindo a responsabilidade civil nas questões pessoais dos laços familiares e também nas questões patrimoniais decorrentes de tais laços.

Mas cabe pontuar a existência de polêmica em saber se a violação de algum dever específico de Direito de Família, por si só, seria o bastante para fazer surgir o dever de indenizar caracterizador da responsabilidade civil¹¹⁰.

Os entendimentos sobre o tema são divididos em duas vertentes. Uma delas admite a incidência da responsabilidade civil apenas nos casos de configuração de ato ilícito nos moldes da previsão legal genérica (artigos 186 e 187 da Lei Civil), inexistindo dever de indenizar sem a caracterização da cláusula geral de ilicitude.

¹⁰⁸ HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. Revista Brasileira de Direito de Família, 1999 apud DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 27.

¹⁰⁹ CARVALHO NETO, 2005, p. 25.

¹¹⁰ FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 75.

A outra vertente entende pela extensa configuração da ilicitude nas relações familiares, entendendo pela ampla possibilidade de aplicação da responsabilidade civil na esfera familiar, de forma que a indenização ocorreria tanto nos casos gerais de ilicitude (a considerar os artigos 186 e 187 da Lei Civil) como em situações específicas de efetivas transgressão dos deveres familiares, havendo dever de indenizar em razão da violação do dever posto pela norma legal.

Assim, como explicado, a controvérsia é atinente a se entender como suficiente ou não para incidência da responsabilidade civil a violação de um dever específico do Direito de Família.

Para que se configure a responsabilidade civil subjetiva deve estar presente a tríade do dano, culpa do autor e nexa causal. Todavia, a presença da referida tríade adquire traços mais complexos quando em pauta as relações familiares, já que nelas há elevado grau de subjetividade que envolve amor, afetividade, mágoa, desamor, dentre outros, o que representa maior dificuldade na identificação dos elementos exigidos para configuração da responsabilidade civil.

Eduardo de Oliveira Leite afirma sobre a responsabilidade civil no Direito de família:

Com efeito, a indenização, na área do Direito de Família, embora incomum e naturalmente imprópria (em setor onde o pessoal se sobrepõe ao patrimonial) ganha novo alento, na medida em que se revela uma estratégia capaz de amparar os direitos pessoais nas relações de família.

Garantir a compensação dos danos morais também nas questões de Direito de família é justo e necessário a fim de proteger e tutelar os mais importantes valores de nosso sistema jurídico, mostrando-se necessário mais uma vez salientar que a indenização por danos morais é assegurada na própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, V e X.

Os princípios que tornam possível e norteiam a responsabilidade civil no direito de família são principalmente a dignidade da pessoa humana, a responsabilidade parental, solidariedade familiar e afetividade, da proteção integral de crianças e adolescentes.

A dignidade da pessoa humana é a essência existencial comum a todos os seres humanos enquanto membros iguais da espécie humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito, previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal, e é o núcleo axiológico constitucional que repercute em todo o ordenamento jurídico, norteando os atos estatais e as inumeráveis relações privadas formadas na sociedade. Proclamado como princípio fundamental, fica evidente a escolha pela pessoa, voltando todos os institutos para promoção de sua personalidade.

No entendimento de Maria Berenice Dias¹¹¹:

É o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal. A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional. Sua essência é difícil de ser capturada em palavras, mas incide sobre uma infinidade de situações que dificilmente se podem elencar de antemão. Talvez possa ser identificado como sendo o princípio de manifestação primeira dos valores constitucionais, carregado de sentimento e emoções. É impossível uma compreensão exclusivamente intelectual e, como todos os outros princípios, também é sentido e experimentado no plano dos afetos.

É de se destacar o caráter intersubjetivo e relacional da dignidade da pessoa humana, tendo em vista o dever de respeito mútuo entre as pessoas, sendo a família o espaço comunitário por primazia para a efetivação de uma existência digna e da vida em comunhão com outras pessoas¹¹².

Tanto o direito de família como a responsabilidade civil, como partes do mesmo sistema, tem como base estrutural a o princípio absoluto da dignidade da pessoa humana, o qual, sem sombra de dúvidas, garante a comunhão plena de vida não só entre cônjuges, mas de cada membro da família.

Como sustenta Guilherme Calmon Nogueira da Gama¹¹³, as relações familiares são funcionalizadas em prol da dignidade de cada partícipe.

Na família deve ser assegurado o pleno desenvolvimento de cada um dos seus integrantes, possibilitando-lhes a realização de seus anseios e interesses afetivos, assim como a garantia de assistência educacional, intelectual e moral aos filhos.

Para Gustavo Tepedino¹¹⁴:

¹¹¹ DIAS, 2011, p. 62.

¹¹² LÔBO, 2010, p. 54.

¹¹³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito de família e o novo Código Civil. apud DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 44.

A milenar proteção da família proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos, econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos.

A Constituição Federal, no capítulo destinado à família, coloca o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento das normas que sedimentaram a emancipação dos membros da família, a exemplo do artigo 226, §7º, artigo 227, *caput*, e 230.

Em seu artigo 227, *caput*, a Constituição Federal faz menção expressa à dignidade da pessoa da criança e do adolescente, enfatizando o dever da família, da sociedade e do Estado em 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. Portanto, não se trata de um direito oponível ao Estado, à sociedade e à terceiros apenas, mas também a cada integrante da própria família.

Esse dispositivo constitucional configura uma série de recomendações ao intérprete e aos responsáveis para que respeitem o crescimento e promovam a personalidade de crianças e adolescentes sempre considerando sua condição de maior fragilidade e vulnerabilidade, o que permite lhes seja outorgado especial regime de proteção.

Fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, a dignidade da pessoa humana fez a Constituição optar expressamente pela pessoa, destinando todos os institutos ao desenvolvimento de sua personalidade¹¹⁵. A proteção da personalidade foi consagrada de várias formas na carta constitucional e, ao ser positivado como fundamento da República em seu artigo 1º, III, o qual representa uma cláusula geral da tutela da personalidade, permite que se lance mão de diferentes mecanismos para sua defesa. Isso porque, a tutela jurídica da

¹¹⁴ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: BARRETO, Vicente (Coord.) A nova família: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 48 apud GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 22.

¹¹⁵ DIAS, 2009, p. 62.

personalidade não possui limitação quanto aos instrumentos à sua disposição, especialmente quando relacionado aos valores estruturadores da família.

Como já exposto anteriormente, a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990 dispõe, em perfeita consonância com nossa carta constitucional, que os infantes devem ser preparados para a vida individual na sociedade, respeitada sempre sua dignidade, bem como lhes garante o direito saúde física, intelectual, espiritual e moral, desfrutando da necessária assistência familiar e social, além de especial proteção em situação deficitária de caráter físico, intelectual, psíquico ou de adaptação social, sendo titulares, ainda, do direito à compreensão e ao afeto e educadores de competência qualificada.

Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente tem por finalidade a garantia todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana quando se tratar de crianças e adolescentes, as quais estão em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Ademais, preconiza os princípios do melhor interesse, da proteção integral e prioridade absoluta dos direitos referente à dignidade de crianças e adolescentes.

A tutela principiológica do Estatuto da Criança e do Adolescente não é um aconselhamento ético, mas uma diretiva categórica nas relações de crianças e adolescentes com seus pais, com sua família, com o Estado. Dessa forma, tais princípios devem ser tomados como base para decisões e para aplicação da lei a fim de tutelar os filhos como seres prioritários e, ainda, visando superar qualquer obstáculo na caminhada definitiva para conversão de crianças e adolescentes em sujeitos de direito, de modo que deixem de ser tomados por objeto passivo e passem concretamente a ser, como os adultos, titulares de direitos assegurados juridicamente.

O princípio parentalidade responsável ou responsabilidade parental, como se queira chamar, constante do artigo 226, § 7º, da Constituição Federal, engloba todos os deveres inerentes ao poder familiar dos pais, entre eles o dever de sustento e o dever de conviver, enfim o cumprimento das obrigações materiais e morais para com os filhos, tendo como finalidade proporcionar-lhes o seu desenvolvimento. Confira-se:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício

desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Como o próprio nome do princípio indica, este envolve a responsabilidade dos pais para com os filhos que se inicia desde a concepção e se desdobra até a maioridade ou, por vezes, mesmo após a maioridade enquanto exista necessidade de acompanhamento dos filhos pelos pais, atendendo-se, dessa forma, o mandamento constitucional do art. 227, que nada mais é do que uma garantia fundamental.

O ECA preconiza em seu artigo 19 que crianças e adolescentes tem direito a serem criados e educados no âmbito familiar e, de forma excepcional, em família substituta, a fim de que seja garantida a convivência familiar e comunitária. Pelo artigo 21 do mesmo diploma dispõe que o poder familiar será exercido pelo pai e pela mãe em condição de igualdade, aos quais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, competindo-lhes, no interesse destes a obrigação de cumprir e fazer cumprir as ordens judiciais, nos moldes do artigo 22 do referido Estatuto.

Pelo princípio da responsabilidade parental, ser pai ou mãe abrange questões mais complexas do que o fornecimento do material genético ao filho, sua concepção, ou ainda, o adimplemento de alimentos. A função dos pais no desenvolvimento dos filhos é determinante, tendo os pais o papel de socializar e educar os filhos a partir de um relação construída com respeito, afeto e solidariedade.

O princípio da solidariedade está previsto no art. 3º, I, da Constituição Federal, constituindo um dos objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade solidária.

O artigo 229, da Constituição Federal, consagra o princípio da solidariedade familiar, impondo aos pais o dever de assistência aos filhos, bem como o consagra o artigo 230 que estabelece à família o dever de amparo às pessoas idosas.

Sustenta Maria Berenice Dias¹¹⁶ que:

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

¹¹⁶ DIAS, 2011, p. 66.

constitucional, tanto que em seu preâmbulo assegura uma sociedade fraterna.

A solidariedade, inserida a princípio na categoria da ética e da moral, tem seu lugar também no âmbito jurídico, e compreende uma ligação entre pessoas direcionada e delimitada a fim de promover assistência entre os indivíduos. A existência social de cada um dos integrantes da sociedade passa a ser de responsabilidade do poder público, da sociedade, bem como de cada membro individualmente.

É essencial ao desenvolvimento da personalidade do indivíduo o cumprimento dos deveres decorrentes da solidariedade, caracterizados por comportamentos e sujeições interindividuais concretizados dentro do contexto social¹¹⁷.

No que tange a crianças e adolescentes, o dever de solidariedade incumbido aos pais, traduz-se no dever de socorro espiritual e amparo material. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança estabelece a solidariedade como princípio a ser observado, o que se repete no artigo 4º do EC A.

Em relação aos filhos, a solidariedade diz respeito ao cuidado devido aos filhos até que alcancem a idade adulta, ou seja, sevem ser mantidos, educados, instruídos, possibilitando sua completa formação social.

Assevera Paulo Lôbo que vêm se aprimorando no direito de família os estudos referentes a “cuidado como valor jurídico”, vez que o cuidado aparece com destaque nos estatutos tutelares de pessoas vulneráveis, como crianças, adolescentes e idosos, em quem foram regulamentados comandos constitucionais acerca da matéria.

A Constituição Federal consagrou valores que impulsionaram evolução das relações familiares, sendo o princípio da afetividade um dos mais relevantes deles por especializar na família os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, entremeando-se com os princípios da convivência familiar, igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, conferindo relevância ao caráter cultural da família e não mais apenas ao caráter biológico de família.

O Estado impôs a si obrigações a cumprir em relação aos cidadãos, em razão disso listou vários direitos individuais e sociais com o fito de assegurar a dignidade

¹¹⁷ LÔBO, 2010, p. 56.

de todos. Isso configura nada mais do que o compromisso de garantir o afeto, assim, o Estado é o primeiro obrigado a assegurar o afeto por seus cidadãos¹¹⁸.

Esclareça-se, no entanto, que embora a palavra afeto não esteja expressa no texto constitucional, não há dúvidas de que o afeto está embutido em seu âmbito de proteção. O princípio da afetividade está implícito na Constituição, como no artigo 227, §6º, que trata da igualdade entre os filhos, independente de sua origem, pautando a adoção como escolha afetiva, bem como, no artigo 226, §4º, resta apregoadado que a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes é constitucionalmente protegida, possuindo idêntica dignidade a de qualquer outro modelo familiar, ou ainda, no artigo 227 que coloca a convivência familiar como direito a ser garantido com prioridade absoluta a crianças e adolescentes.

A consagração do afeto figura o princípio da afetividade como fundamento no direito de família para a estabilidade de relações socioafetivas, da comunhão de vida, da família unida por desejos e laços afetivos, características familiares estas que à luz do princípio da afetividade são preponderantes em relação a questões patrimoniais e biológicas, sendo hoje a afetividade o apontador das melhores soluções para os conflitos surgidos na família.

Portanto, fica evidente que foi constitucionalizado um modelo familiar igualitário e eudemonista, em que há mais preocupação e junção de esforços para o afeto e realização individual.

A aplicação do princípio da afetividade é indicada cada vez mais pela doutrina em diversos temas do direito de família, principalmente nos relativos a: solidariedade e cooperação; concepção eudemonista de família; funcionalização da família em prol do desenvolvimento da personalidade de cada um de seus integrantes; confronto entre direitos fundamentais; prioridade do estado de filiação, quer seja de origem biológica ou não; reorientação das funções de homens e mulheres; efeitos jurídicos da reprodução assistida.

Segundo Paulo Lôbo:

A concepção revolucionária da família como lugar de realização dos afetos, na sociedade laica, difere da que tinha como instituição natural e direito divino, portanto imutável e indissolúvel, na qual o afeto era secundário. A força da afetividade reside exatamente nessa aparente fragilidade, pois é o único elo que mantém pessoas unidas nas relações familiares.

¹¹⁸ DIAS, 2011, p. 70.

A família, então, modifica-se, passando a intensificar as relações sentimentais entre seus membros e valorizando as funções afetivas da família.

Em virtude dessa aguda evolução social da família brasileira uma nova ordem jurídica instalada atribui valor jurídico ao afeto, posto que todas as relações familiares, por mais complexas que sejam, alimentam-se de elementos comuns e disponíveis sem limitação a quem deles queira experimentar na vida em comum, quais sejam, afeto, solidariedade, devotamento, transigência, paciência e perdão.

A vida em comum só é possível se preservada a convivência familiar, o qual é princípio constitucional previsto expressamente pelo artigo 227 da Constituição Federal, em que aparece como dever da família, da sociedade e do Estado a ser assegurado à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade.

A Convenção dos Direitos da Criança assenta que em situação de pais separados o infante ter direito de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a não ser que contrarie o melhor interesse da criança.

No Código Civil é feita alusão à convivência familiar no artigo 1.513 ao assegurar a não interferência na comunhão de vida instituída pela família, bem como nos dispositivos relativos à guarda dos filhos, em que se dispõe acerca da convivência entre pais e filhos.

A convivência familiar é a relação afetiva firmada entre pessoas integrantes da família em razão de laços de parentesco ou não, vivida no dia a dia, duradoura, e que normalmente se dá em ambiente comum.

Por ambiente comum toma-se o espaço físico, a casa, a moradia, o lar. Entretanto, para convivência familiar não há obrigatoriedade de um lar, tendo em vista que o estilo de vida moderno e o mercado de trabalho não raras vezes obrigam que os membros de uma família fiquem separados fisicamente, o que não enseja a perda do senso de espaço comum e comunhão de vida.

O direito à convivência familiar é direcionado à família (não apenas a nuclear) e cada um de seus membros, à sociedade, ao Estado, e possui tutela específica no que tange a crianças e adolescentes.

Ademais, a convivência familiar é o substrato de verdade real da família afetiva, configurando fato social apurado com facilidade por vários meios de prova, o

que facilita a prova da posse do estado de filiação, dessa forma, o direito de convivência pode resultar em outro direito¹¹⁹.

O poder familiar, por sua vez, envolve quando do seu exercício a instalação e manutenção da convivência familiar. Enfatize-se que a convivência familiar do filho de pais separados deve ser preservada com ambos os genitores, vez que se trata de direito do filho de com eles conviver, sendo que a partir dessa convivência as pessoas, principalmente crianças e adolescentes, sentem-se acolhidas e protegidas.

4.2 O DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE CONVIVÊNCIA E AFETO ENTRE PAIS E FILHOS

A desunião dos pais, seja em razão de separação de corpos, separação judicial, divórcio ou simplesmente porque nunca estabeleceram vida em comum, não pode implicar na separação, na desunião de pais e filhos. Separam-se os pais, mas não estes de seus filhos menores de dezoito anos. Em decorrência do princípio do melhor interesse da criança, esta foi posta no âmago da tutela jurídica, preponderando sobre os interesses dos pais. O entendimento de crianças e adolescentes como pessoas em formação com qualidade de sujeitos de direitos reorientou a prioridade para os infantes, muito em atenção ao princípio constitucional previsto no artigo 227 da Constituição Federal que prescreve a prioridade absoluta de sua dignidade, seu respeito e de sua convivência familiar que não podem ser prejudicados pela separação dos pais¹²⁰.

A falta de convivência entre os pais não implica em um cessar da convivência familiar entre pais e filhos, mesmo que passem a viver em moradias diferentes.

O artigo 1.589 do Código Civil, a fim de assegurar os interesses prioritários dos filhos, prevê que o genitor não guardião poderá visitar e ter o filho em sua companhia conforme o acordo estabelecido com o outro genitor ou conforme o fixado pelo juiz, assim como fiscalizar sua educação e manutenção.

¹¹⁹ LÔBO, 2010, p. 69.

¹²⁰ Ibid., p. 186.

O princípio do melhor interesse da criança, como já visto, é uma garantia de efetivação e proteção dos direitos fundamentais da criança e adolescente no caso concreto.

A proteção dos direitos fundamentais da criança, como ditou Martha de Toledo Machado¹²¹, constitui uma norma-princípio, um valor supremo da Constituição Federal, orientando os valores e a interpretação de todo o ordenamento.

A centralização da tutela jurídica da família na população infanto-juvenil envolve uma concepção ampla no que se refere à proteção dos filhos. O direito de conviver com ambos os pais, e não só com um deles, é indubitavelmente um direito da criança e do adolescente, são eles os destinatários de tal direito fundamental e não os pais.

Pela óptica da psicologia os filhos não devem eleger entre o pai ou a mãe, pois têm o direito de se relacionar e desfrutar de suas duas linhagens de origem, cultura, posição social, religião, etc. Mesmo separados, os pais continuam titulares do poder familiar e os filhos, por sua vez, tem preservado o seu direito de convivência, contato e acesso em relação a ambos genitores, podendo com eles contar durante toda sua formação¹²².

A convivência assegura o completo desenvolvimento biopsicológico do infante e a dignidade da pessoa humana.

Os filhos são beneficiados, principalmente, no sentido de poder manter com igualdade o saudável e rotineiro vínculo de comunicação com ambos ascendentes de modo a manter uma estabilidade afetiva na relação entre pais e filhos¹²³.

Retoma-se a ideia apresentada no capítulo referente ao poder familiar de que as visitas em relação aos pais devem ser compreendidas como um direito-dever, contudo com maior ênfase para seu aspecto de dever do que para seu aspecto de direito, posto que deriva do dever de guarda e companhia.

O direito de visita lido com olhar constitucional é direito recíproco de pais e filhos à convivência, de ser garantida a companhia entre eles. Importante esclarecer que é mais correto dizer direito à convivência, ou à companhia, ou ao contato (permanente) do que direito de visita (episódica). Assim, o chamado direito de visita

¹²¹ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. São Paulo: Manole, 2003. p. 103.

¹²² LÔBO, 2010, p. 186-187.

¹²³ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 436.

deve ser entendido como direito à companhia, ao contato, não se limitando a visitar o filho na residência do guardião ou em local designado, deve compreender para os pais “ter o filho em sua companhia”, fiscalizar sua manutenção e educação, como prescrito pelo artigo 1.589 do Código Civil¹²⁴.

É sabido, portanto, que as visitas não representam a faculdade de visitar o filho e acolhê-lo por alguns dias alternadamente com o outro genitor, implica, na verdade, em dever e direito de comunicação, especificando-se na educação, formação e orientação dos filhos nas atividades comuns da vida.

Maria Berenice Dias pontua sobre o tema que:

A visitação não é somente um direito assegurado ao pai ou à mãe, é direito do próprio filho de com eles conviver, o que reforça os vínculos paterno e materno-filial. Talvez o melhor seria o uso da expressão direito de convivência, pois é isso que deve ser preservado mesmo quando pai e filho não vivem sob o mesmo teto. Não se podem olvidar suas necessidades psíquicas. Consagrado o princípio proteção integral, em vez de regulamentar visitas, é necessário estabelecer formas de convivência, pois não há proteção possível com a exclusão do outro genitor. Assim, é necessário harmonizar o direito de convívio com a condição de vida dos pais, principalmente quando há alteração de domicílio de um dos genitores. O direito de visitas é um direito de personalidade, na categoria do direito à liberdade, pelo qual o indivíduo, no seu exercício, recebe as pessoas com quem quer conviver. Funda-se em elementares de direito natural, na necessidade de cultivar o afeto, de firmar os vínculos familiares à subsistência real, efetiva e eficaz. É direito da criança de manter contato com o genitor com o qual não convive cotidianamente, havendo o dever do pai de concretizar esse direito.

Por ser um dever dos pais concretizar o direito do filho ao contato, à convivência, caso haja seu descumprimento, faz-se imperioso a adoção de medidas como reposta ao genitor inadimplente de seus deveres parentais.

A esse respeito, assinalou Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel¹²⁵:

Quer dizer isso que, se para os pais a visitação é um direito e um dever, dever esse que se insere no dever de assistência ao filho, para o filho configura um direito irrenunciável, o qual deve ser coativamente imposto aos pais, quando espontaneamente não queiram cumpri-lo, inclusive através de advertência (art. 129, VIII, do ECA), representação por infração administrativamente, imposição de multa diária com valor expressivo (*astreintes*) ou, ainda mediante ação de indenização por dano moral, se for o caso.

¹²⁴ LÔBO, 2010, p. 184-187.

¹²⁵ MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade. Poder Familiar. In: _____ (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 106.

Por esse prisma, quando não queira o genitor visitante voluntariamente exercer a visitação, esta deverá ser coativamente imposta. Para este fim, existem diversos mecanismos, afirmando ainda mais que para os pais as visitas são predominantemente um dever.

Em um primeiro momento, caberia aplicar ao pai inadimplente das visitas a advertência prevista pelo artigo 129, VIII, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ainda, medida mais grave poderia ser adotada qual seja, a representação por infração administrativa, prevista pelo artigo 249, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe:

Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao pátrio poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar: Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

Essa medida é considerada ainda mais grave, pois impõe ao pais penalidade pecuniária, que será arbitrada pelo juiz entre três a vinte salários, sendo possível aplicar o dobro em caso de reiteração da conduta. Nesse sentido julgou o Superior Tribunal de Justiça¹²⁶:

Estatuto da Criança e do Adolescente. Multa aplicada em decorrência de infração administrativa. Descuido dos pais. Depósito em conta destinada a manter a Vara da Infância e da Juventude. Contrariedade aos artigos 154 e 214 do ECA. O valor da pena pecuniária tem de ser revertido ao fundo municipal dos direitos da criança e do adolescente.

Caso essas medidas não sejam suficientes para que cumpra o genitor visitante com seu dever, poderá ser fixada multa diária com valor expressivo. Em uma demanda de regulamentação de visitas ajuizada sob o procedimento ordinário pode o juiz determinar a expedição de mandado de intimação do pai ou da mãe para cumprimento do regime de visitas fixado na sentença ou em sede de tutela antecipada, sob pena de aplicação da multa diária arbitrada na decisão, a qual será destinada em prol do genitor requerente.

Foi esse o caminho adotado pelo Juiz de Direito José Duarte Neto, da 3ª Vara de Família de Ribeirão Preto, São Paulo, que fundamentou sua decisão sob o argumento de que as visitas, em primeiro lugar, são um direito da criança, e não do

¹²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Estatuto da criança e do adolescente. Recurso Especial n. 512145. Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca. DJe 24 out. 2003.

pai. O magistrado condenou um progenitor ao pagamento de multa cominada em setenta e cinco reais a para cada vez que descumprir o dever de visitar sua filha, o que conforme decisão judicial deveria ocorrer a cada 15 dias¹²⁷.

O Superior Tribunal de Justiça também já teve a chance de se posicionar sobre o tema em Recurso Especial relatado pelo Ministro Fernando Gonçalves, admitindo a fixação de multa quando descumprido o regime de visitas, tanto pelo genitor que não visita como aquele que as impede. Confira-se a ementa do referido julgado:

Recurso especial. Civil e processual civil. Regulamentação de visitas. Acordo homologado. Descumprimento. Execução. Cabimento.

1 - No campo das visitas, o guardião do menor é devedor de uma obrigação de fazer, ou seja, tem o dever de facilitar a convivência do filho com o visitante nos dias previamente estipulados, devendo se abster de criar obstáculos para o cumprimento do que fora determinado em sentença ou fixado no acordo.

2 - A transação, devidamente homologada em juízo, equipara-se ao julgamento do mérito da lide e tem valor de sentença, dando lugar, em caso de descumprimento, à execução da obrigação de fazer, podendo o juiz inclusive fixar multa a ser paga pelo guardião renitente.

3 - Recurso especial conhecido e provido a fim de determinar o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau para regular prosseguimento¹²⁸.

Na doutrina, a aplicação de multa pecuniária é amplamente aceita. Assevera Rolf Madaleno¹²⁹ sobre o tema que:

A atual jurisprudência tem entendido o direito de visitas como um dever passível de execução judicial, inclusive pela imposição de multa pecuniária através de *aistrentes*, sendo certo que os pais têm uma obrigação de contato para com seus filhos e se, porventura se olvidam dessa obrigação, por egoísmo ou em vingança contra o outro genitor, seu ex-parceiro afetivo, foi-se o tempo equivocado, em que se entendia inútil forçar a espontaneidade do afeto, devendo sim, ser imposta a pena pecuniária para forçar essa relação que geralmente esconde de forma impune um jogo infantil de provocação entre adultos que, infelizmente não são suficientemente crescido crescidos para perceberem que seus atos infantis afetam negativamente seus filhos, sendo salutar que o Estado-juiz force, através da ameaça financeira, os progenitores sem a guarda a exercerem o direito de visita, pois só desse modo podem se dar conta de que existem outras formas de destilar seu ódio pelo amor conjugal que se desfez. (...) Portanto, não há como falar de um sagrado direito de visitas do guardião não custodiante, quando deve ser consignada a existência de um sagrado direito do filho de ser visitado, e tem sido frequentes as decisões judiciais impondo multas pecuniárias pelo não exercício das visitas.

¹²⁷ JUSTIÇA determina multa a pai separado que não visitar filha. **G1**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,MUL28399-5605,00.html>>. Acesso em: 22 abril.2014.

¹²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 701872. Relator Ministro Fernando Gonçalves. DJe 1 fev. 2006.

¹²⁹ MADALENO, 2011, p. 329.

No direito comparado também podemos encontrar exemplos de medidas impostas pelo judiciário a fim de assegurar a convivência familiar, a companhia entre pais e filhos.

O Tribunal de Elche, na Espanha, obrigou um pai de dez anos a levar seu filho de dez anos às procissões da Semana Santa durante o período designado para convivência, tendo em vista que o filho nunca havia faltado a uma procissão sequer na localidade e tinha vaga e uniforme para atuar nela como figurante. A decisão da corte espanhola reforça a ideia de que a convivência entre pais e filhos é um direito, porém, de fato, gera deveres aos genitores¹³⁰.

O descumprimento dos deveres decorrentes do poder familiar por um ou ambos genitores com comportamento prejudicial ao filho autoriza a intervenção do Estado a fim de defender a parte mais vulnerável dessa relação, qual seja, os filhos.

O Estado tem o direito de fiscalizar o apropriado cumprimento do encargo parental e caso verifique seu descumprimento pode suspender ou até mesmo excluir o poder familiar, posto que há prioridade quanto ao dever de proteção da integridade física e psíquica de crianças e adolescentes, podendo até mesmo impor o afastamento do convívio destes com seus genitores.

Entretanto, a possibilidade de suspensão ou destituição do poder familiar em casos de abandono afetivo não se mostra a melhor medida a ser tomada. Para o genitor que descumpra os deveres de convivência, de contato e todos aqueles que deles naturalmente decorrem e dependem, a suspensão ou perda do poder familiar representaria mais uma premiação do que de uma sanção, de forma apenas a facilitar o desígnio do pai omissor em se afastar cada vez mais de seu rebento, assim como abandoná-lo psicologicamente cada vez mais.

É sabido, do mesmo modo, que o direito não detém os mecanismos para compelir o genitor a amar seu filho, porém o poder familiar deve ser exercido pelos pais, o qual inclui convivência, contato, cuidado, orientação na formação dos filhos, entre muitos outros, e para a concretização do exercício desse encargo parental, o direito possui instrumentos a fim de evitar abusos e omissões.

A partir disso, surge a discussão sobre a possibilidade de condenação por abandono, ou melhor, dano afetivo de pais descumpridores dos deveres de

¹³⁰ LÔBO, 2010, p. 195.

convivência, contato, cuidado e, por consequência, de todos os deveres que deles dependem a efetivação.

Os danos morais configuram um meio acertado de tutelar o afeto, o qual, nos dias atuais galgou posição de valor que garante energia de vida às pessoas em seus relacionamentos.

As pessoas que optam por ter relações sexuais, seja dentro de uma relação conjugal estável ou em razão de uma relação casual, em respeito ao princípio da dignidade humana dos filhos, não podem se eximir de seu dever natural de desempenhar a manutenção da prole e tratar os filhos como sujeitos de direitos. Não podem os pais simplesmente disseminar seu material genético, fazendo surgir no mundo uma criança inocente, indefesa e absolutamente dependente dos cuidados dos pais para sua formação e desenvolvimento biológico e psíquico pleno. Não podem os pais, aos invés de cumprir seus deveres impostos pela relação paterno-filial, deixar os filhos ao revés da vida.

Como assenta Carlos Roberto Gonçalves¹³¹:

O instituto em apreço resulta de uma necessidade natural. Constituída a família e nascidos os filhos não basta alimentá-los e deixa-los crescer à lei da natureza, como os animais inferiores. Há que educá-los e dirigi-los.

Mesmo quando adimplidos os alimentos, tornam-se cada vez mais corriqueiras no Poder Judiciário, ações nas quais é pleiteada a indenização por abandono afetivo, buscando reparar os danos causados pela ausência do pai visitante, que deixou de prestar assistência moral e afetiva, causando prejuízo na formação da personalidade do filho. Visam, essas ações, reparar a violação que representa tal omissão do genitor em relação à dignidade da pessoa humana.

Demonstra-se com o surgimento de ações desse caráter que para o filho, apenas receber os alimentos não é suficiente. A prole precisa conviver e receber o afeto de seus pais para que obtenha o completo atendimento ao seu direito à personalidade e à dignidade da pessoa humana.

Buscando, portanto, tutelar e amparar os fatores importantes, podendo-se até mesmo chamá-los de imprescindíveis, para a vida plena do ser humano é que o direito de família, ou melhor, que o direito como um todo vem agora se debruçar e cuidar do tema da convivência e do afeto na família, de modo a ensejar temas que

¹³¹ GONÇALVES, 2011, p. 370.

envolvem também responsabilidade civil, como é o caso da indenização por abandono afetivo.

4.3 O ABANDONO AFETIVO E CONSEQUÊNCIAS NO PLANO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Os deveres incutidos na sociedade familiar quando sofrem violação afetam significativamente a esfera íntima de seus integrantes, causando danos à personalidade. Esse descumprimento de uma conduta dotada de valor pode sujeitar o transgressor à responsabilidade civil.

O abandono afetivo, abandono moral ou abandono paterno-filial, também conhecido por teoria do desamor, faz parte da pauta atual de discussão na doutrina, tanto entre os doutrinadores de direito de família como entre os estudiosos da responsabilidade civil, e aos poucos tem galgado relevo na jurisprudência pátria.

Constata-se que a evolução da responsabilidade civil foi demorada e gradativa, saindo da pena de Talião até chegar na Teoria do Risco, mas incessantemente com a finalidade de extirpar injustiças e permitir o adimplemento de indenização à vítima. O dano anteriormente limitado à esfera material, atualmente alcança prejuízo extrapatrimonial. Essa mudança adveio, essencialmente, em razão da previsão nas Constituições da cláusula da dignidade das pessoas humana, tutelando interesses, bens jurídicos antes nem mesmo cogitados.

No final do século XIX e início do XX, a simples hipótese da responsabilidade objetiva, hoje admitida sem controvérsia, aterrorizava os defensores da culpa. O mesmo ocorre hoje com a percepção de reparação do dano afetivo, repulsivo para alguns, porém uma esperança para aqueles que hoje não mantém contato com seu pai ou sua mãe, podendo, no futuro, ter com ele ou ela contato e, ainda, que não espontaneamente ao menos com o propósito de obstar ocasional condenação ao pagamento de indenização por danos materiais ou morais¹³².

¹³² CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. Responsabilidade Civil por Dano Afetivo. In: SILVA, Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (Coord.). **Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 17-18.

Se um dia o interesse da vítima foi crucial para a adoção da responsabilidade civil objetiva, também deve ser considerado na discussão acerca da responsabilidade civil em casos de dano afetivo.

Fundamental é a reflexão de que o conceito de dano não é algo estático ou simplesmente dado, é algo construído em razão do tempo e do lugar, do que uma sociedade compreende como merecedor de tutela jurídica. A mudança de paradigmas desenvolvida no decorrer do tempo fez com que possamos hoje falar não apenas em danos extrapatrimoniais como em dano à pessoa, o qual é uma subdivisão daquele.

Como esclarece Theodureto de Almeida de Camargo Neto¹³³:

Antes de a psicanálise instaurar o seu reinado, pondo a nu a relevância da saúde psíquica e da vida sexual e afetiva, poder-se-ia cogitar da hipótese de dano psíquico, dano à vida afetiva, dano à vida conjugal ou dano à realização sexual? Anteriormente ao desmedido império das técnicas e dos meios de comunicação, inclusive a Internet, haveria como imaginar certos danos à vida privada e à intimidade? Antes dos avanços da genética, poder-se-ia pensar em danos decorrentes de manipulação celular em embriões? Interesses como esses, relativos à vida privada, à intimidade, à dor, aos afetos, às expectativas de vida, à autoestima etc. integram e concretizam a dignidade humana e, aos poucos, vão caracterizando essa modalidade denominada danos à pessoa incidentes em qualquer apesto do ser humano considerado em sua integridade psicossomática e existencial, abrangendo aquilo que, em outros ordenamentos, como o italiano e o francês, tem sido caracterizado como dano biológico, dano à saúde, dano ao projeto de vida e dano moral.

A convivência, as visitas, a companhia eram entendidas como prerrogativa dos ascendentes, não representavam uma obrigação para os genitores e a ausência destes era tida apenas por uma insensata violação ao bom-senso e não era recomendado compelir a visita imbuída de rejeição e contrariedade, até porque o dever de visitas não passava da alçada de sua consciência.

Entretanto, pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente foi adotada a doutrina da proteção integral, a qual impõe que crianças e adolescentes sejam colocadas a salvo de qualquer forma de negligência. Crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, titulares de garantias e prerrogativas, o que enseja, ao mesmo passo, a responsabilidade da família, sociedade e Estado em concretizar esses direitos.

¹³³ CAMARGO NETO, 2011, p. 20-21.

Como já exposto, do poder familiar decorre uma série de deveres incumbidos aos pais, dentre eles os deveres de ter o filho em sua companhia, dirigir-lhes a criação e educação, nos termos do artigo 1.634, I e II, do Código Civil. Imprescindível lembrar também do dever dos pais de atender ao direito de convivência familiar abrigado pela Constituição Federal em seu artigo 227. A carta constitucional em seu artigo 229 imputa aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. A ambos os pais toca tal encargo, ainda quando separados. Se a guarda for unilateral, ao genitor não guardião surge o dever de visitar para que assim possa exercitar os demais atributos do poder familiar.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, pelo artigo 7º, faz a regulamentação da norma constitucional, elencando como direitos fundamentais o desenvolvimento sadio e harmonioso de crianças e adolescentes, bem como o direito de serem criados e educados no âmbito da família, família esta que hoje tem o afeto por seu agente agregador. O artigo 22 do referido Estatuto impõe aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, imputando-lhes também, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Nosso sistema jurídico tem como princípio a paternidade responsável, o que implica dizer que a convivência com os filhos não é direito, mas sim o dever, a obrigação dos pais. Isso porque, a falta de convívio e o distanciamento entre pais e filhos podem gerar nestes dano de ordem emocional, comprometendo o desenvolvimento salutar, causando sentimento de abandono e dor capaz de repercutir em toda sua vida.

No Direito brasileiro as visitas já foram tomadas como prerrogativas do genitor não guardião de receber sua prole que estava sob a guarda do ascendente guardião. Esta concepção perdurou por extenso período e repercutiu em equívoco existente ainda na atualidade e culpado por inúmeros abandonos afetivos de genitores que entendem as visitas tão-somente como uma faculdade e não como um direito fundamental do filho de compartilhar o frutífero e saudável contato com seus pais.

A assistência moral, psíquica e afetiva é um dos inescusáveis deveres parentais e com o descumprimento por um ou ambos os pais do real sentido da paternidade/maternidade, qual seja, o convívio, interação, entrosamento, deixando sua prole ao abandono, esta seguramente terá afetada sua saúde psicológica ante a

rejeição, vez que, como leciona Rolf Madaleno¹³⁴, “para o filho em formação é de extrema importância a convivência sadia com seus genitores, mola mestra e propulsora de sua hígida formação moral e psíquica”.

Deve prevalecer em qualquer situação o respeito à dignidade humana de crianças e adolescentes em fase de desenvolvimento e a deliberada omissão dos deveres parentais é passível de punição e reparação material por importar em prejuízo moral aos filhos.

Theodoreto de Almeida Camargo Neto¹³⁵ define o dano afetivo como:

Enquadrado no gênero dos danos morais, ou na subespécie dos danos à pessoa, o dano afetivo é aquele que atinge a criança ou o adolescente, em consequência do descumprimento do direito-dever de visita do pai – e às vezes da mãe -, fixado de comum acordo entre marido e mulher na separação consensual, ou imposto coativamente pelo juiz nas sentenças de separação e divórcio litigiosos, investigação de paternidade, regulamentação de visitas etc. (...) Este dever consiste não apenas na prerrogativa do respectivo titular de se avistar com a criança ou adolescente, mas também de com ela ou ele se comunicar por meio de correspondência, e-mail, telefone celular etc., assegurando-lhe, ainda, o poder de fiscalizar a manutenção e educação. Pressupõe, assim, que haja convivência entre ambos, para que conforme o caso, o vínculo de estabeleça ou se consolide, gradativamente, e que a criança ou o adolescente possa receber o afeto, a atenção, a vigilância e a influência daquele ou daquela que não detém sua guarda, de modo a alcançar a plena higidez física, mental, emocional e espiritual, que, como se sabe, depende, entre outros fatores, do contato e da comunicação recíproca e permanente com seus dois progenitores. Descumprido esse dever, surgem, invariavelmente inúmeras sequelas psíquicas e emocionais. (...) Ademais, poderá, também ensejar a condenação ao pagamento da indenização desses danos.

Diversamente do entendimento dos adultos, os filhos não tem capacidade de compreenderem a desmotivada ausência física dos pais, ausência esta que se intensifica nas datas especiais, como aniversários, dia dos pais, formaturas, Ano Novo, datas religiosas e período de férias.

Surge nesse contexto a discussão acerca da possibilidade de indenização por abandono afetivo. Maria Berenice Dias¹³⁶ é sua fiel defensora e entende que:

A grande evolução das ciências que estudam o psiquismo humano veio a escancarar a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio. (...) Comprovado que a falta de convívio pode gerar danos, a ponto de comprometer o desenvolvimento pleno e saudável do filho, a omissão gera dano afetivo susceptível de ser indenizado. A negligência justifica,

¹³⁴ MADALENO, 2011, p. 376.

¹³⁵ CAMARGO NETO, 2011, p. 22.

¹³⁶ DIAS, 2011, p. 70.

inclusive, a perda do poder familiar (CC.1638, II). Porém, esta penalização não basta. Aliás, a decretação da perda do poder familiar, isoladamente, pode constituir-se não em uma pena, mas bonificação pelo abandono. (...) A lei obriga e responsabiliza os pais no que toca aos cuidados com os filhos. A ausência desses cuidados, o abandono moral, viola a integridade psicofísica dos filhos, bem como o princípio da solidariedade familiar, valores protegidos constitucionalmente. Esse tipo de violação configura dano moral. E quem causa dano é obrigado a indenizar. A indenização deve ser em valor suficiente para cobrir as despesas necessárias para que o filho possa amenizar as sequelas psicológicas.

O desrespeito à convivência familiar e à necessidade afetiva causa dano à dignidade humana dos filhos que atravessam estágio de formação, sendo susceptível de reparação material.

O direito das famílias tem por objeto as relações afetivas, ou seja, a vida, os sentimentos das pessoas, ainda, a alma do ser humano. Por isso assinala Sérgio Gischkow Pereira¹³⁷ que:

O regramento jurídico da família não pode insistir, em perniciosa teimosia, no obsessivo ignorar das profundas modificações culturais e científicas, petrificado, mumificado e cristalizado em um mundo irreal, ou sofrerá do mal da ineficácia.

O fundamento jurídico central na defesa da possibilidade de indenização por abandono afetivo é sua subsunção ao artigo 186 do Código Civil que conceitua o ato ilícito ao dispor que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral comete ato ilícito”.

A violação de direito de outrem fica caracterizada pelo descumprimento do genitor no que se refere aos atributos do poder familiar preconizados pelo artigo 1.634 do Código Civil, principalmente quanto ao dever de companhia, de guarda e de direção da criação. A violação a direito alheio fica muito clara também pela afronta que o abandono afetivo representa aos deveres dos pais em relação ao filhos previstos no artigo 229 da Constituição Federal, dentre eles o dever de criação e de educação, bem como o comando constitucional relativo à convivência familiar prevista no artigo 227 da Constituição Federal. Ademais, como já exposto, configura frontal desrespeito aos deveres atribuídos aos pais e direitos de crianças e adolescentes abrigados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

¹³⁷ PEREIRA, Sérgio Gischkow. Estudos sobre direito de família, 2004, apud DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 29.

Flávio Tartuce¹³⁸ entende que se trata de lesão a um direito da personalidade, nos moldes do artigo 12, caput, do atual Código Civil, especificamente na lesão à honra e à integridade físico-psíquica e, para o autor, não há dúvidas de que as atribuições do poder familiar são autênticos deveres jurídicos que ao serem violados ensejam o direito subjetivo a indenização pecuniária, bem além da simples perda do poder familiar, sustentando que:

Antes de mais nada, é preciso, de imediato, firmar aqui o posicionamento favorável à reparação dos danos morais nos casos de abandono afetivo, particularmente nas hipóteses em que fica clara a presença de danos imateriais ao filho abandonado. (...) ¹³⁹Somente como argumento subsidiário para justificar a existência de violação de um direito alheio pode ser invocado o direito do filho ao amor de seus genitores. Segundo a melhor doutrina, o direito ao amor é um direito fundamental do menor, uma vez que entre os seus direitos essenciais se coloca, em primeiro plano, o direito de receber uma carga afetiva dos genitores, o que é primaz para sua formação como pessoa humana. Desse modo, como já se observou na doutrina, a discussão sobre o abandono afetivo não deve considerar, como ponto principal, se o pai é ou não obrigado a conviver com o filho, ou se o afeto pode ser imposto ou não, havendo uma mudança de foco quanto ao essencial da questão. Muito ao contrário, em uma análise técnico-jurídica, o ponto fulcral é que no abandono afetivo há a presença da lesão de um direito alheio, pelo desrespeito a um dever jurídico estabelecido em lei. Ato contínuo de análise, não é pertinente voltar ao debate já superado quando da discussão da própria existência do dano moral como reparável, sobre a monetarização do afeto.

É certo que o relacionamento alicerçado na ameaça de penalização ensejadora de prejuízo financeiro não é o caminho mais adequado para a construção de um vínculo afetivo.

Mesmo assim, ainda que os genitores visitem, ou melhor, convivam com os filhos apenas por medo de futura condenação ao pagamento de indenização, isso já se mostra melhor do que causar para o filho um sentimento de abandono. Se os pais não têm a capacidade de valorar a importância e necessidade de conviver e dar afeto aos filhos que nasceram sem pedir, em razão da exclusiva ação de seus pais, é imperioso que a justiça tenha o papel de compelir forçosamente o cumprimento dessa obrigação¹⁴⁰.

Sobre o tema Clayton Reis e Simone Xander Pinto¹⁴¹ entendem que:

¹³⁸ TARTUCE, Flávio. Abandono afetivo (Indenização) – Comentários a julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo. Danos morais por abandono moral. In: LAGRATA NETO, Caetano. **Direito de Família**: novas tendências e julgamentos emblemáticos. São Paulo: Atlas, 2011. p. 234.

¹⁴⁰ DIAS, 2011, p. 462.

¹⁴¹ REIS; PINTO, 2012, p. 521.

Na realidade, não se trata de pagar valores pecuniários em face do sofrimento das pessoas, mesmo porque a dor-sentimento não possui preço avaliável quantitativamente, se considerarmos o imperativo categórico Kantiano da dignidade da pessoa. Todavia, não impede ao magistrado, através do seu sentido de valoração, estabelecer *quantum indenizatório* para as questões relacionadas com o *pretio doloris* (...). Todavia, não basta apenas reconhecer os elementos valorativos nas relações familiares. Impõem-se conferir-lhes tutela efetiva aos citados direitos fundamentais. E, para tanto, o Poder Judiciário procedeu à interpretação do texto legal, conferindo-lhe efetividade e concretude às citadas normas de caráter essencialmente valorativas. Nessa linha de intelecção, o Superior Tribunal de Justiça, através de judicioso entendimento delineou a interpretação do texto legislativo sob a ótica de que há obrigações familiares que vão além das obrigações denominadas *necessarium vitae*. Assim, se amar é faculdade, cuidar é dever. E, é exatamente por extensão desse dever que se pretende outorgar a faculdade de incidir a reparação dos danos morais, quando ausente o cumprimento do dever de cuidar e amar. Para tanto, os danos morais que possuem função compensatória desestimuladora de novos atos lesivos exercem importante efeito sobre a personalidade do ofensor na medida em que o constriem na prática de novos e reiterados atos lesivos. Essa função pedagógica dos danos morais vem assinalando uma nova função essencialmente punitiva desses danos, a exemplo da linha jurisprudencial dos punitives damages presentes nos países da common Law. Uma postura que objetiva reprimir condutas lesivas na seara dos direitos fundamentais e, dentre eles, as lesões que se operam no direito de família e, que violam obrigações inerentes aos deveres decorrentes do poder familiar. Afinal, é inadmissível que na pré-modernidade onde predomina o princípio da dignidade da pessoa humana, que encarna o espírito da Declaração Universal dos Direitos do Homem, o ser humano continue a ser sistematicamente estigmatizado em seus direitos essenciais. Na vida familiar não mais se justificam que violações a esses direitos de primeira dimensão interfiram no pleno desenvolvimento da personalidade dos membros familiares, subtraindo-se deles o inarredável direito ao afeto para que a pessoa tenha condições no futuro, de crescer e atingir sua plenitude como ser humano.

Deve-se ter em mente a vinculação entre a liberdade no exercício das ações humanas e a responsabilidade do agente pelo respectivo ônus de tais ações. Da ação volitiva, surge, para as pessoas que geram ou adotam filhos, a responsabilidade decorrente dessa ação, qual seja, a criação de seus filhos. A responsabilidade é consequência da faculdade de escolha e de iniciativa do ser humano em sua vida.

De fato, não é possível compelir aos pais que amem os filhos, embora sejam estes merecedores desse amor, pois vieram ao mundo porque foram nele colocados por seus pais. Mas, ninguém é obrigado ter filhos (o planejamento familiar é de livre decisão do casal), assim, se por acaso os tiver deverá fazê-lo responsavelmente, tomando para si e cumprindo os deveres próprios da relação paterno-filial, quais sejam, cuidado, atenção e afeto.

Ante a transgressão de tais deveres (decorrentes do poder familiar) pelos pais, a responsabilidade civil assume o papel de assegurar a tutela abrangente dos valores da família, valores esses protegidos constitucionalmente.

Os danos morais foram inseridos no ordenamento jurídico, positivados constitucionalmente, para tutelar e dar efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana. O dano moral advém de dor, humilhações, constrangimento, mágoas, sentimentos estes que ferem a dignidade do ser humano.

Dessa forma, a indenização por abandono afetivo evita que os direitos dos filhos à convivência familiar, ao cuidado, à formação física e mental plena fiquem apenas no papel e caso sejam descumpridos, o genitor negligente não ficará impune. Isso porque, os danos ocasionados magoam profundamente a sensibilidade do filho abandonado afetivamente, vez que o sentimento de ofensa subsistirá em seu íntimo definitivamente.

Devemos ter por superado o paradigma que um dia já regeu as relações familiares orientado exclusivamente na autoridade do pai, como membro intocável da família simplesmente por seu papel de provedor, sem compreender como de maior importância seu dever de prover aos filhos de carinho do que de dinheiro, bens e outros benefícios patrimoniais.

Hoje os pais tem o expresso dever e responsabilidade de atender às determinações da lei guiadas pelos interesses dos filhos menores, como é o significativo exemplo do dever de garantir a efetivação da convivência familiar. Sobre o assunto entende Paulo Lôbo que:

O princípio da paternidade responsável estabelecido no art. 226 da Constituição não se resume ao cumprimento do dever de assistência material. Abrange também a assistência moral, que é dever jurídico cujo descumprimento pode levar à pretensão indenizatória. O art. 227 da Constituição confere à criança e ao adolescente os direitos “com absoluta prioridade”, oponíveis à família - inclusive ao pai separado-, à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar, que são direitos de conteúdo moral, integrantes da personalidade, cuja rejeição provoca dano moral. O poder familiar do pai separado não se esgota com a separação, salvo no que concerne à guarda, permanecendo os deveres de criação, educação e companhia (art. 1.634 do Código Civil), que não se subsumem na pensão alimentícia. Portanto, o “abandono afetivo” nada mais é que inadimplemento dos deveres jurídicos da paternidade. Seu campo não é exclusivamente o da moral, pois o direito atraiu para si, conferindo-lhe consequências jurídicas que não podem ser desconsideradas. Por isso, seria possível considerar a possibilidade da responsabilidade civil, para quem descumpra o múnus inerente ao poder familiar. “Afim se uma criança veio ao mundo –desejada ou não, planejada ou não – os pais devem arcar

com a responsabilidade que esta escolha (consciente ou não) lhes demanda”.

Os pais tem uma obrigação natural em relação aos filhos menores e incapazes, hoje já reconhecido como direito fundamental de crianças e adolescentes à convivência familiar e à assistência material e moral, mesmo em casos de pais separados ou quando um deles esteja distante fisicamente, devendo ser mantida a comunicação e, levando em consideração que atualmente o deslocamento é mais seguro e facilitado, podendo aproximar pais e filhos em época de férias e compensar as visitas limitadas devido a distâncias geográficas.

Assevera Rolf Madaleno¹⁴² que:

A desconsideração da criança e do adolescente no âmbito de suas relações, ao lhes criar inegáveis carências afetivas, traumas e agravo morais, cujo peso se acentua no rastro do gradual desenvolvimento mental, físico e social do filho, que assim padece com o injusto repúdio público que lhe faz o pai, deve gerar inescusavelmente, o direito à integral reparação do agravo moral sofrido pela negativa paterna do direito que tem o filho à sadia convivência e referência parental, privando o descendente de um espelho que deveria seguir e amar. (...). Além do direito ao nome paterno, o filho tem a necessidade e o direito, e o pai tem o dever de acolher social e afetivamente o seu rebento, sendo esse acolhimento inerente ao desenvolvimento moral e psíquico de seu descendente. Recusando aos filhos esses caracteres indissociáveis de sua estrutura em formação, age o pai em injustificável ilicitude civil, e assim gera o dever de indenizar também a dor causada pela carência, traumas e prejuízos morais sofridos pelo filho imotivadamente, rejeitado pela desumana segregação do pai, não obstante exista corrente claramente contrária ao dano moral pelo abandono afetivo. (...). Portanto, o amor e afeto são direitos natos dos filhos que não podem ser punidos pelas desinteligências e ressentimentos de seus pais, porquanto a falta deste contato influencia negativamente na formação e no desenvolvimento do infante, permitindo este vazio a criação de carências incuráveis, e de resultados devastadores na autoestima da descendência, que cresceu acreditando-se rejeitada e desamada.

Divergindo dessa orientação, Antônio Carlos Mathias Coltro¹⁴³ sustenta que o genitor que se omite na visitação do filho não infringe um dever negocial:

Esse dever jurídico não é senão parcela de um dever mais vasto – o dever de educação dos filhos (CC, art. 233, IV). Educação é processo complexo. Integra-se nele o contato afetivo, que se pode exercitar pela visita. Ora, esse dever de prover a educação dos filhos, inclusive com nutrição afetiva por meio do contato pessoal, é dever jurídico que não se irradia de negócio

¹⁴² MADALENO, 2011, p. 376-379.

¹⁴³ COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Comentários aos Código Civil brasileiro, 2006 apud CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. Responsabilidade Civil por Dano Afetivo. In: SILVA, Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (Coord.). **Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 24.

jurídico algum. Não cria portanto o negócio jurídico celebrado e homologado em ação de separação judicial. É antes dever jurídico irradiado de outro fato jurídico (em sentido estrito): o nascimento. Nascido o filho, vivos os pais, capazes já se projeta no mundo jurídico o dever de educação. De modo que os pais não passam a ser titulares de visita ao filho porque o hajam estabelecido no seu processo de separação, decorrendo ele da simples existência do filho, sem ensejo a que se argumente com a inobservância daquilo que na separação ficou previsto como óbice a sua conversão em divórcio, pois se caracteriza, sim, o descumprimento a dever jurídico que não se pode considerar com feição contratual, pese o que a respeito se possa lamentar, quanto à conduta do pai que se nega a visitar o filho.

Porém, a doutrina e a jurisprudência passaram a dar maior atenção para casos em que um dos genitores julga suficiente o adimplemento dos alimentos ao filho e não convive com ele, negando-lhe sua companhia.

Essa nova inclinação da jurisprudência e da doutrina de impor aos pais o dever de adimplir indenização aos filhos em decorrência da falta de convívio, mesmo quando atendido o pagamento de pensão alimentícia, ensejou significativa mudança não apenas nas decisões judiciais, mas, principalmente, nas relações paterno-filiais.

Em 2003, decisão da 2ª Vara da Comarca de Capão da Canoa, do Estado do Rio Grande do Sul, proferida pelo Juiz de Direito Mário Romano Maggioni condenou por abandono moral, um pai a pagar indenização de duzentos salários mínimos à filha. A sentença transitou em julgado, extinguindo-se a discussão em primeira instância.

Nesse caso, o pedido de indenização por abandono afetivo foi proposto contra genitor que adimplia regularmente todos os meses mil reais a título de alimentos¹⁴⁴. Contudo, o pai abandonou afetivamente a filha quando esta tinha dez anos de idade e essa rejeição lhe causou estigmas¹⁴⁵.

O magistrado fundamentou a sentença no sentido de que:

A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, o amor, o carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se autoafirme¹⁴⁶.

Outro caso é o do autor de uma demanda ajuizada no Estado de Minas Gerais que até os seis anos de idade manteve contato regular com seu genitor, no

¹⁴⁴ PAI é obrigado a indenizar filha por abandono afetivo no RS. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005mar14/pai_obrigado_indenizar_filha_abandono_afetivo_rs>. Acesso em: 22 fev. 2012.

¹⁴⁵ MADALENO, 2011, p. 378.

¹⁴⁶ LÔBO, 2010, p. 308.

entanto, após o divórcio de seus pais e o nascimento da irmã, fruto de um novo relacionamento conjugal do pai, mesmo adimplindo pensão alimentícia correspondente a 20% de seus rendimentos líquidos, o pai distanciou-se peremptoriamente do filho e passou a lidar com ele com frieza e rejeição, mesmo em datas emblematicamente importantes, a exemplo de aniversários, formaturas e aprovação em vestibular. Com fundamento no artigo 227 da CF e nos fatos expostos o autor ajuizou ação em que pleiteou indenização por danos morais, mas esta foi julgada improcedente em primeira instância¹⁴⁷.

Já o Tribunal de Alçada de Minas Gerais, em sede de apelação entendeu pela condenação do pai ao pagamento de 200 salários mínimos a título de indenização por abandono afetivo. Confira-se:

Indenização. Danos morais. Relação paterno-filial. Princípio da Dignidade Da Pessoa Humana. Princípio da Afetividade. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana¹⁴⁸.

No entanto, decisão da justiça mineira foi reformada pela 4ª Turma do Superior Tribunal do Justiça sob o fundamento de que o abandono afetivo não configura ato ilícito, veja-se:

Responsabilidade Civil. Abandono moral. Reparação. Danos Morais. Impossibilidade. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido¹⁴⁹.

O relator, Ministro Fernando Gonçalves, fundamentou sua decisão sob o argumento de que na relação parental o afeto não pode ser imposto e que o descumprimento sem justificativa do dever de guarda, sustento dos filhos causa a perda do poder familiar, sendo esta a pena mais gravosa a ser imposta aos pais. Argumentou também em seu voto que o pagamento de indenização não seria a melhor solução, pois afastaria definitivamente pai e filho.

¹⁴⁷ LÔBO, 2010, p. 308.

¹⁴⁸ BRASIL. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Apelação Cível n. 408550-5. Relator Juiz Unias Silva. DJ, Belo Horizonte, MG, 01 abr. 2004.

¹⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 757411. Relator Ministro Fernando Gonçalves. DJe, 29 nov. 2005.

Votando no mesmo sentido do voto vencedor, o Ministro Cesar Asfor Rocha defendeu que o Direito de Família possui seus próprios princípios, os quais são diversos dos regramentos básicos do Direito das Obrigações, confira-se:

Penso que o Direito de Família tem princípios próprios que não podem receber influências de outros princípios que são atinentes exclusivamente ou – no mínimo – mais fortemente - a outras ramificações do Direito. Esses princípios do Direito de Família não permitem que as relações familiares, sobretudo aquelas atinentes a pai e filho, mesmo aquelas referentes a patrimônio, a bens e responsabilidades materiais, a ressarcimento, a tudo quanto disser respeito a pecúnia, sejam disciplinadas pelos princípios próprios do Direito das Obrigações. Destarte, tudo quanto disser respeito às relações patrimoniais e aos efeitos patrimoniais das relações existentes entre parentes e entre os cônjuges só podem ser analisadas e apreciadas à luz do que está posto no próprio Direito de Família. Essa compreensão decorre da importância que tem a família, que é alçada à elevada proteção constitucional como nenhuma outra entidade vem a receber, dada a importância que tem a família na formação do próprio Estado. Os seus valores são e devem receber proteção muito além da que o Direito oferece a qualquer bem material. Por isso é que, por mais sofrida que tenha sido a dor suportada pelo filho, por mais reprovável que possa ser o abandono praticado pelo pai – o que, diga-se de passagem, o caso não configura - a repercussão que o pai possa vir a sofrer, na área do Direito Civil, no campo material, há de ser unicamente referente a alimentos; e, no campo extrapatrimonial, a destituição do pátrio poder, no máximo isso. Com a devida vênia, não posso, até repudio essa tentativa, querer quantificar o preço do amor. Ao ser permitido isso, com o devido respeito, iremos estabelecer gradações para cada gesto que pudesse importar em desamor: se abandono por uma semana, o valor da indenização seria "x"; se abandono por um mês, o valor da indenização seria "y", e assim por diante¹⁵⁰.

O Ministro Barros Monteiro teve seu voto vencido, sendo este no do sentido de que a perda do poder familiar não interfere na indenização por dano moral.

No voto vencido¹⁵¹ ficou entendido que o genitor ao omitir-se do cumprimento de seu dever familiar de convívio e afeto em relação ao filho, não mais resguardando os laços da paternidade, praticou conduta ilícita, posto que ao lado do dever de assistência material, possui o dever de dar assistência moral ao filho, de com ele conviver, de acompanhá-lo e de transmitir-lhe o afeto necessário. No voto vencido, esclareceu-se que há sim uma excludente de responsabilidade se o réu, qual seja, no caso da demonstração pelo genitor de ocorrência de força maior, o que não ocorreu naquele caso. O entendimento do voto foi no sentido de que ocorreram a

¹⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 757411. Relator Ministro Fernando Gonçalves. DJe, 29 nov. 2005.

¹⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 757411. Relator Ministro Fernando Gonçalves. DJe, 29 nov. 2005.

conduta ilícita, o dano e o nexo de causalidade, restando o dano demonstrado com o sofrimento, com a dor, com o abalo psíquico sofrido pelo autor durante todo o tempo.

Como se pode perceber as vozes ainda são muito dissonantes quanto à possibilidade de indenização afetiva por ser uma delicada questão atinente aos deveres jurídicos dos pais, ao princípio da afetividade, à laicidade estatal e ao argumento de que o Estado não pode obrigar as pessoas a amar.

No Tribunal de Justiça do Estado do Paraná há precedentes para ambas as vertentes. A Desembargadora Joeci Machado Camargo votou desfavoravelmente a um pedido de indenização por abandono afetivo em recurso de sua relatoria sob o argumento de que por mais que não se entenda louvável a atitude de um pai que não dá afeto a seu filho, esta é somente é atitude moralmente reprovável, não sendo possível atribuir valor monetário ao afeto, pois se estaria condenando alguém ao pagamento de indenização por desamor.

Argumenta a Desembargadora que não é correto solucionar a controvérsia com base na reparação financeira, posto que ao mesmo tempo que não se deve privar uma criança de ser amada também não é possível obrigar um pai a amar, dar afeto, dar amor, pois isso independe de sua vontade.

Para a relatora, quantificando o afeto e deferindo a indenização por abandono afetivo, o Direito passa a forçar o pai a visitar o filho, acreditando que visitar implica amar, quando, na verdade, deve-se ter em conta a liberdade afetiva do ser humano, não implicando a presença física dos pais em suprimento da carência afetiva dos filhos, até porque existem muitos genitores que embora se façam presentes no dia a dia dos filhos, não lhes transmitem afeto e não raras vezes os maltratam. O caso restou assim ementado:

Apelação cível - Ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos e pedido de indenização por dano moral em virtude de abandono afetivo. recurso de apelação: redução do quantum fixado à título de pensionamento - Não comprovação dos fatores indicativos da incapacidade econômica para suportar o encargo - Valor razoável e moderado - Indenização por abandono afetivo - Impossibilidade de quantificação pecuniária do afeto - Dever de cuidar - Responsabilidade moral cujo descumprimento acarreta na perda do poder familiar - artigos 24 do estatuto da criança e do adolescente e 1628, incisos ii e iii, do código civil - Função punitiva e dissuasória - recurso parcialmente provido. Recurso adesivo: pensão alimentícia devida a partir da citação - súmula 277 do stj - recurso desprovido.1. Não há nos autos elementos de convicção suficientes a referendar a redução dos alimentos, não demonstrando o apelante os fatores indicativos de sua incapacidade econômica para suportar o pagamento da pensão alimentícia tal qual fixada.2. "Não se nega que, em

função da simples 'paternité de fait', haveria deveres de criação e sustento do filho pelo genitor, mas simples dever moral, e não obrigação juridicamente exigível, que só nasce com a 'paternité de droit', com o reconhecimento voluntário ou judicial. Afastada a configuração de 'abandono material' pelo não pagamento de alimentos pretéritos, restaria apenas uma difícil configuração de dano moral, já que o próprio 'abandono moral' não dispensaria o requisito do pátrio poder, que somente se constitui com o reconhecimento." (Yussef Said Cahali, in Dano Moral, 2ª ed., págs. 662/663).3. Súmula 277: "Julgada procedente a investigação de paternidade, os alimentos são devidos a partir da citação"¹⁵².

Sobre o mesmo tema foi julgado outro recurso pelo Tribunal de Justiça do Paraná, dessa vez de relatoria do Desembargador João Domingos Kuster Puppi¹⁵³, o qual também indeferiu pedido de indenização por abandono afetivo, fundamentando que para tais casos o ordenamento jurídico prevê a perda do poder familiar, sendo a mais grave pena civil a ser atribuída aos pais, encarregada da função punitiva e, principalmente, dissuasória, demonstrando eficazmente que o Direito e a sociedade não coadunam com a conduta do abandono, o que destrói a justificativa mais relevante dos defensores da indenização pelo abandono moral. Fundamentou seu voto também no fato de que, várias vezes, o genitor guardião transmite ao filho os sentimentos de ódio e vingança nutridos contra o ex-companheiro, além disso, a indenização pode não atender especificamente o sofrimento do filho, mas sim a ambição financeira do genitor preterido no relacionamento amoroso. É a ementa do julgado:

Apelação Cível - Ação de Alimentos - Fixação em patamar condizente ao trinômio necessidade/possibilidade/proporcionalidade - Obrigação alimentar preconizada pela lei - Existência de outra filha - Dano moral - Abandono afetivo - Requisitos previstos em lei - Ato ilícito, nexo de causalidade e dano - Entendimento da corte superior - Foge à alçada do poder judiciário obrigar ao genitor a amar o filho - Não cabimento à indenização - Litigância de má fé - Não comprovada alteração de verdades - Não cabimento - Recurso parcialmente provido.

Como já aludido, o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná não é uníssono, em outras duas demandas envolvendo a questão, o Desembargador Jorge de Oliveira Vargas, relator em ambos os casos, foi favorável à indenização por abandono afetivo. Em uma delas utilizou a fundamentação de que a Constituição Colombiana, em seu art. 44, assegura aos filhos o direito fundamental

¹⁵² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n. 986880-4. Relatora Desembargadora Joeci Machado Camargo. DJe, Curitiba, PR, 02 out. 2013.

¹⁵³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível n. 1027825-2. Relator Desembargador João Domingos Kuster Puppi, DJe, Curitiba, PR, 28 ago. 2013.

ao amor, o que também se pode extrair de maneira implícita de nossa Constituição, tendo em vista que os direitos fundamentais são cláusulas abertas e derivam não apenas do texto constitucional, também dos princípios constitucionais explícitos ou implícitos.

Argumentou o relator, ainda, que o desprezo do pai pela filha fere nitidamente o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, sendo o teor da ementa do julgado:

Apelação cível. Ação de indenização por danos morais decorrente de abandono afetivo. Sentença que julga improcedente o pedido inicial sob o fundamento de ausência de ato ilícito. ii - Certidão no distribuidor onde consta diversas ações de alimentos ajuizadas pela autora. iii - Ato ilícito caracterizado. direito da criança e do adolescente à convivência familiar. art. 227 da constituição federal. princípio da dignidade da pessoa humana. iv - Dano moral. dever de indenizar. precedentes deste tribunal. v - Valor da indenização fixado em R\$5.000,00. vi - Recurso provido¹⁵⁴.

No outro caso citado, entendeu o mesmo Desembargador que a convivência familiar é um direito constitucional garantido nos moldes da cabeça do artigo 227 da Constituição Federal, cuja negligência, dá ensejo a dano moral, em razão dos prejuízos na formação do adolescente.

Fundamentou o relator que a rejeição afetiva de um genitor em relação ao filho afeta a auto estima deste, causando-lhe claros transtornos comportamentais, o que pode ser entendido como conduta violadora do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF). Confira-se:

Embargos infringentes. Dano moral. Relação pai e filho. reconhecimento de paternidade. Rejeição afetiva mesmo após o reconhecimento. Frieza e indiferença paterna. Dano moral caracterizado. Aplicação do art. 227 caput da cf. direito constitucional à convivência familiar. Princípio da dignidade da pessoa humana. recurso provido¹⁵⁵.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná em outro precedente deferiu o pedido de indenização por abandono afetivo, fundamentando o relator, Desembargador Roberto Portugal Bacellar, da seguinte maneira:

¹⁵⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n. 768524-9. Relator Desembargador Jorge de Oliveira Vargas. DJe, Curitiba, PR, 26 jan. 2012.

¹⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n. 576938-4/01. Relator Desembargador Jorge de Oliveira Vargas. DJe, Curitiba, PR, 01 set. 2011.

Há muito se discute a diferença entre obrigação moral, de mensuração subjetiva, intangível, que não comporta sanção e retrata uma faculdade (ex.: abrir a porta do elevador para os mais velhos, ser gentil, carinhoso, afetivo), da obrigação jurídica/civil que é um dever e cujo descumprimento pode ser penalizado. Em síntese, passou a ser reconhecido que o tratamento legislativo da responsabilidade civil também é aplicável às relações familiares, ao reconhecer o direito à convivência familiar e o dever de cuidar, dos pais em relação aos filhos. E a perda do poder familiar, antes vista como a única sanção aplicável aos pais, não substituiria a compensação indenizatória, que lhe poderia ser somada em razão de sua finalidade distinta. Em todos os casos, mesmo na perda do poder familiar (art. 1.638, II, do CC), a preocupação é com a educação, criação e cuidado. O genitor recebe a punição para que esses valores de cuidado (por outros meios) longe da convivência familiar que lhe é prejudicial sejam preservados pelo outro genitor, pelos familiares ou até por família substituta. Para se configurar o dever de indenizar resta verificar a existência dos requisitos ensejadores da responsabilidade civil. Segundo o entendimento exposto no voto do STJ, a questão estaria centrada no dever de cuidado, cuja manifestação se daria no atuar prático dos genitores, e não na inexistente obrigação de amar, existente na subjetividade de cada indivíduo. Aquele que opta por ter um filho ou que tem reconhecida a paternidade tem correspondente dever de cuidar. A atuação despeitosa ao dever de cuidar, portanto, caracterizaria o ilícito civil, requisito indispensável à responsabilização dos pais. Trazendo essas digressões ao presente caso, parece correto que os pressupostos necessários à responsabilização do apelante estejam presentes e, portanto, que a sentença deva ser mantida. Como salientado pelo magistrado a quo, o apelante negligenciou seus deveres de pai e assim caracterizou sua conduta culposa, tão pronto sua paternidade foi reconhecida (objeto de ação autônoma). Quanto à existência do dano, é comum que o dano moral, como abalo à esfera extrapatrimonial, não deixe marcas físicas passíveis de comprovação. Algumas vezes é possível aferir por perícia esses danos, mas isso não é exigível. Por evidente que o abandono afetivo e a sua consequente responsabilidade podem ser afastadas ou minoradas pela demonstração de alienação parental, distância que impeça a convivência ou outras situações peculiares. Não é o caso dos autos. Presume-se, pois, que a situação experimentada, no caso, pela apelada, de não ter suas necessidades materiais e, quanto menos, extra materiais garantidas, seja suficiente para caracterizar o dano moral¹⁵⁶.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹⁵⁷ são absolutamente desfavoráveis à possibilidade de monetarização ou patrimonialização do direito de família, não aceitam, por consequência, a indenização em razão da infração ao dever de afeto, assinalando que:

¹⁵⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Civil. Processo Civil. Responsabilidade Civil. Obrigação civil de dar cuidado correspondente ao direito do filho à convivência familiar que não se confunde com obrigação moral de dar amor - situação emocional com alto grau de subjetividade que não se pode exigir nas relações familiares. danos morais. abandono afetivo. omissão e negligência da obrigação constitucional de cuidar - direito à convivência familiar e respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. aplicação da responsabilidade civil às relações familiares - omissão quanto ao dever de cuidar que caracteriza obrigação civil - pai que, no caso, nem mesmo pagou as pensões alimentares - dano moral configurado - abandono afetivo reconhecido. a incidência de juros de mora a partir do evento danoso não caracteriza julgamento extra petita. sentença mantida. Recurso Desprovido. Apelação Cível n. 640566-7. Relator Desembargador Roberto Portugal Bacellar. DJe, Curitiba, PR, 13 dez. 2012.

¹⁵⁷ FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 75-77.

Esclareça-se que as peculiaridades próprias do vínculo familiar não admitem, em nosso sentir, a incidência pura e simples das regras da responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família. A aplicação das regras de responsabilidade civil na seara familiar, portanto, depende da ocorrência de um ato ilícito, devidamente comprovado. (...) Exatamente por isso, não se pode admitir que a pura e simples violação de afeto enseje uma indenização por dano moral. Somente quando uma determinada conduta se caracterizar-se como ilícita é que será possível indenizar os danos morais e materiais dela decorrentes. Afeto, carinho e atenção... são valores espirituais, dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal, não por imposição jurídica. Reconhecer a indenizabilidade decorrente da negativa de afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica. (...). Nessa ordem de ideias, não entendemos razoável a afirmação de que a negativa de afeto entre pai e filho (ou mesmo entre outros parentes, como avô e neto) implicaria indenização por dano moral. Faltando afeto entre pai e filho (e demais parentes), poder-se-ia imaginar, a depender do caso, a decorrência de outros efeitos jurídicos, como a destituição do poder familiar ou a imposição da obrigação alimentícia, mas não a obrigação de reparar um pretense dano moral. Enfim, em hipótese de negativa de afeto, os remédios postos à disposição pelo próprio à disposição pelo próprio Direito de Família deverão ser ministrados para a solução do problema. Até porque a indenização pecuniária nesse caso não resolveria o problema central da controvérsia que seria obrigar o pai a dedicar amor ao seu filho - e, muito pelo contrário, por certo, agravaria a situação.

Eduardo Zannoni¹⁵⁸ também é contrário à indenização por abandono afetivo e sustenta que os filhos são carecedores do direito de reparação do desamor, pela carência de afeto ou ausência de apoio espiritual partido dos pais, vez que não configuram descumprimento dos encargos parentais, ao contrário do dever de assistência material, bem como não são atos proibidos pela norma jurídica, como se proibem os maus-tratos, abandono e o fato de colocar em perigo a saúde física ou psíquica dos filhos.

Em contraponto ao posicionamento do autor cabe questionar se, de fato, não existe tal proibição pela norma jurídica, pois a própria Constituição Federal estabeleceu que é dever da família, da sociedade e do Estado colocar crianças e adolescentes a salvo de toda forma de negligência, assim, já se pode concluir que o abandono afetivo, por ser uma forma de negligência está sim vedado pela própria Carta Magna, ademais, como o próprio nome diz é modalidade de abandono, apenas não é o abandono material, mas moral, psíquico. Nessa linha o artigo 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve que o direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do

¹⁵⁸ ZANNONI, Eduardo. La Responsabilidad civil por el no reconocimiento espontáneo de hijo. Buenos Aires: La ley, 1990, apud MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 378.

adolescente, dessa forma, evidente mais uma vez que é tutelado o direito à integridade psíquica e moral dos filhos, de modo que o abandono afetivo representa uma clara violação a esse direito. É de se lembrar mais uma vez que o artigo 19 do mesmo diploma dispõe acerca da convivência familiar, assegurando que toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família.

Fábio Bauab Boschi¹⁵⁹ defende a existência de fundamento legal para a indenização pelo abandono moral e psíquico dos filhos, sendo que a obrigação advém do dever de visitas dos pais aos filhos, no exercício da paternidade responsável, como preceitua o artigo 226, § 7º, da Constituição Federal.

Além de todos os dispositivos legal e constitucionais já citados neste trabalho capazes de fundamentar o pedido de indenização por abandono afetivo, ressalte-se o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente que asseguram a crianças e adolescentes os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade, e ressalte-se também a inteligência do artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente acerca do dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Como ensina Rafael Marinangelo¹⁶⁰:

Se, todavia, o ordenamento jurídico considera a pessoa em si, dotada de personalidade e por isso mesmo, titular de atributos e de interesse não mensuráveis economicamente, o direito passa a construir princípios e regras que visam tutelar essa dimensão existencial, surgindo, assim, a responsabilidade extrapatrimonial.

Paulo Lôbo¹⁶¹ relata um caso da Justiça de São Paulo que em 2004 culminou na condenação de um pai ao pagamento de indenização no importe de cinquenta mil reais por danos morais e tratamento psicológico para a filha. O pai, ao se separar da

¹⁵⁹ BOSCHI, Fábio Bauab. Direito de visita. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 211 apud MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 379.

¹⁶⁰ MARINANGELO, Rafael. A Função Punitiva da Responsabilidade Civil. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.). Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012. p. 689, apud REIS, Clayton; PINTO, Simone Xander. O abandono afetivo do filho, como violação aos direitos da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 12, n. 2, p. 503-523, set./dez. 2012. p. 520.

¹⁶¹ LÔBO, 2010, p. 308.

mãe da autora para formar nova família, abandonou a filha com poucos meses de vida, despertando na jovem o sentimento de rejeição e humilhação por conta do tratamento frio a ela dispensado, principalmente porque todos os envolvidos eram integrantes da mesma comunidade judaica, de forma que cresceu tímida, envergonhada, nutrida de complexos de culpa e inferioridade e fez-se indispensável sujeitar-se a tratamento psicológico.

Demanda emblemática do abandono afetivo foi julgada pelo Tribunal do Rio Grande do Sul em que uma publicitária porto-alegrense de 23 anos de idade pugnou pela retificação de seu registro civil para dele retirar o sobrenome do pai, revelando seus traumas decorrentes de rejeição moral e psíquica do genitor¹⁶².

Foi tão intenso o trauma causado à filha abandonada afetivamente que ser obrigada a carregar o sobrenome do pai lhe constrangia enorme e insuportavelmente, sendo que ao atingir a maioridade pleiteia judicialmente a eliminação do sobrenome paterno, posto que à este estavam aliados sentimento de dor, sofrimento, abandono e constrangimento diário.

O Tribunal do Rio Grande do Sul autorizou a retirada do sobrenome paterno no nome da autora:

Registro Civil. Supressão do patronímico paterno. Situação excepcional amparada no art. 58 da Lei Dos Registros Públicos. Uma vez que o patronímico paterno representa constrangimento para a apelante, pela rememoração da rejeição e do abandono afetivo e, considerando que a exclusão não interfere na sua identificação no meio social, onde é conhecida pelo sobrenome materno, na linha adotada pela jurisprudência do STJ, é de ser reconhecida, na hipótese dos autos, a situação excepcional prevista no art. 58 da LRP, que autoriza a alteração do sobrenome. Deram Provimento. Unânime¹⁶³.

A 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu o direito de um filho à indenização de danos morais por abandono afetivo, sendo que neste caso o genitor teve inúmeras oportunidades de aproximação, até mesmo com a mudança do filho para a cidade onde residia, além disso, a situação foi ainda mais agravada pelo ajuizamento de negatória de paternidade (julgada improcedente após realização de exame de DNA) treze anos

¹⁶² MADALENO, 2011, p. 378.

¹⁶³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70.011.921.293. Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. DJ, Porto Alegre, RS, 05 out. 2005.

depois da sentença de procedência da ação investigatória de paternidade¹⁶⁴. É a ementa desse julgado:

Responsabilidade civil – Dano Moral – Autor abandonado pelo pai desde a gravidez da sua genitora e reconhecida como filho somente após a propositura da ação judicial. discriminação em face dos irmãos. Abandono moral e material caracterizados. abalo psíquico. Indenização devida. Sentença reformada. Recurso provido para este fim.

No julgado, o magistrado reconheceu a violação pelo pai dos deveres decorrentes do poder familiar e, mesmo admitindo a impossibilidade de obrigar alguém a amar outrem, enfatizou que o abandono e a discriminação do filho geram abalos psíquicos que merecem ser indenizados, firmado o nexo de causalidade entre a conduta paterna e os danos sofridos no caso concreto, restando preenchidos, assim, as exigências legais previstas pelos artigos 186 e 927.

Asseverou o magistrado da causa, ainda, que “se o pai não alimenta, não dá amor, é previsível a deformação da prole”¹⁶⁵.

Se penalmente pode haver a responsabilização pelo abandono intelectual, é justo que sejam responsabilizados pelo abandono afetivo, pois não pode uma pessoa provida de conhecimentos, de cultura, e extraordinariamente instruída intelectualmente, porém despojado de sentimentos éticos e morais ser mais valorizado por nosso sistema jurídico do que uma pessoa adequadamente instruída, mas provida de maturidade emocional esculpida por princípios e valores que constituem sua personalidade¹⁶⁶.

O Superior Tribunal de Justiça em diversos casos vem decidindo utilizando-se da interação entre Direito de Família e Direito das Obrigações (mais especificamente responsabilidade civil) nas relações conjugais e parentais. Esse diálogo estreito entre os dois livros do Código é muito interessante e absolutamente sadio para aperfeiçoamento da ciência jurídica, sendo esse o caminho adotado em dois mais relevantes julgamentos da história jurídica do país e do Superior Tribunal de Justiça.

O Superior Tribunal de Justiça vem sedimentando o entendimento de que as ofensas ensejadoras de danos morais na esfera da família ultrapassam meros

¹⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 511.903.4/7. Relator Desembargador Caetano Lagrasta, DJe, São Paulo, SP, 12 mar. 2008.

¹⁶⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 511.903.4/7. Relator Desembargador Caetano Lagrasta, DJe, São Paulo, SP, 12 mar. 2008.

¹⁶⁶ REIS; PINTO, 2012, p. 520.

aborrecimentos, transformando-se em transgressões que violam profundamente a personalidade, e esfera íntima e psicológica da pessoa, mas principalmente o princípio da dignidade da pessoa humana.

No Recurso Especial nº 1159242-SP, de relatoria da Ministra Nancy de Fátima Andriahi, o abandono moral foi considerado dano moral indenizável, entendendo a relatora que não há restrições legais à aplicação das regras da responsabilidade civil e o consecutivo dever de indenizar/compensar no Direito de Família, até porque os textos legais que regulamentam a matéria o fazem de forma ampla e irrestrita. Para a Ministra a perda do poder familiar não suprime ou afasta a possibilidade de indenização, uma vez que a perda do poder familiar tem por finalidade a proteção da integridade dos filhos menores, oportunizando-lhes, por outras formas, a criação e educação negada pelos pais, mas não consegue compensar os prejuízos causados aos filhos pelo malcuidado que lhes foi desferido pelos pais.

Explana a relatora:

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar. 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 empecilho sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar¹⁶⁷.

¹⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Civil e Processual Civil. Família. Abandono Afetivo. Compensação por Dano Moral. Possibilidade. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses

Assim, não se está a discutir a obrigação de amar os filhos, na verdade, trata-se da imposição biológica e legal de cuidar, sendo este um dever jurídico advindo da liberdade das pessoas de se tornarem pais, seja pela adoção ou pelo nascimento.

Fundamenta, ainda, seu voto no sentido de que o amor concerne à motivação, o que ultrapassa os limites da lei, fazendo parte da filosofia, da psicologia ou da religião em razão de sua subjetividade e da falta de possibilidade de exata materialização. Diversamente do amor, o cuidado é marcado por elementos objetivos, sendo possível sua verificação e comprovação de seu cumprimento a partir da constatação de ações concretas como presença, contato (ainda que não presenciais), atitudes voluntárias em prol dos filhos, comparação do tratamento conferido aos outros filhos – quando houver-, entre outros modos de identificação do cuidado que poderão as partes apontar para o magistrado. Restou assinalado no voto que:

Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever. A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica, por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese o *non facere* que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal¹⁶⁸.

Assim, preenchido o requisito da existência de ato ilícito, é imprescindível ainda a existência do dano para que seja possível a reparação civil, conforme estabelece o artigo 927 do CC.

Em regra, deve ser provado o dano, assim o dano suportado pelo filho abandonado deveria ser provado, vez que o dano hipotético ou eventual não é indenizável.

No entanto, ainda não há unanimidade quanto à necessidade de provar ou não o dano afetivo, pois há quem entenda se tratar de dano *in re ipsa*, ou seja, dano presumido, que independe da comprovação do grande abalo psicológico sofrido pela

em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. Recurso Especial n. 1159242. Relatora Ministra Nancy de Fátima Andrighi. DJe, Brasília, DF, 10 out. 2005.

¹⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1159242. Relatora Ministra Nancy de Fátima Andrighi. DJe, Brasília, DF, 10 out. 2005.

vítima. Quanto a esse ponto entendeu a Ministra Nancy de Fátima Andrighi no voto acima mencionado que:

Esse sentimento íntimo que a recorrida levará, *ad perpetuam*, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício de seu dever de cuidado em relação à recorrida e também de suas ações, que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano *in re ipsa* e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação.

Cabe ressaltar, ainda assim, que uma maneira fácil de provar a existência do dano e do nexo causal é por perícia psicológica que ateste a existência do dano psíquico e o vincule total ou parcialmente ao descumprimento do dever de cuidado pelo genitor.

Destaque-se que há Projeto de Lei proposto pelo Senador Marcelo Crivella, sob n. 700, de 2007, que objetiva a alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente com a finalidade de caracterizar o abandono moral como ilícito penal e civil. Existe também proposta em trâmite na Câmara dos deputados que visa a modificação do Código Civil e do Estatuto do Idoso para que haja previsão expressa de indenização em caso de descumprimento do dever de zelar pelo bem-estar dos filhos menores e dos pais idosos, o que se denomina no projeto de abandono afetivo¹⁶⁹.

Fica fora de cogitação qualquer dúvida de que a saúde física e mental, o crescimento no âmbito familiar e o contato com os genitores são direitos, ou melhor, interesses juridicamente relevantes para o ordenamento jurídico e são por ele tutelados. Ao levar-se em conta que para os direitos há deveres respectivamente correspondentes, no que toca aos direitos supramencionados dos infantes cabe aos pais, ainda que separados, assegurá-los, pois o pleno desenvolvimento dos filhos depende de dedicação, diligência e força por parte dos genitores no cumprimento do encargo parental.

Conseqüentemente, por se tratar de um dever, caso haja sua transgressão surge a obrigação de indenizar, na situação provável de existir dano afetivo e nexo causal entre a ação ou omissão do pai ou da mãe, posto que, diversamente de legislações estrangeiras em que se restringem os danos ressarcíveis a determinados interesses previamente elencados, a disposição do artigo 186 do CC traduz-se em

¹⁶⁹ CAMARGO NETO, 2011, p. 26.

uma cláusula geral que confere ao magistrado uma ampla margem de avaliação quanto ao mérito de tutelar um interesse supostamente ofendido.

Cabe lembrar que a Teoria do Risco, admitida pacificamente nos dias atuais pelos doutrinadores e pela jurisprudência, já foi objeto de espanto e rejeição igual ou maior do que a indenização por abandono afetivo, principalmente para os que eram defensores da culpa como elemento essencial da responsabilidade civil.

Se o simples protesto irregular de um título ou a indevida inscrição do nome de uma pessoa em cadastro restritivo de crédito ensejam indenizações, não há razão para não aceitar a possibilidade de reparação de danos não patrimoniais decorrentes do abandono afetivo. Isso porque, é inquestionável que mágoas, ressentimentos e tristezas resultantes da omissão dos genitores causam sequelas de gravidade muito maior no espírito das vítimas do que as advindas de um abalo de crédito¹⁷⁰.

Inviabilizar a integral realização da afetividade, sua ampliação, ou ofendê-la desprezando sentimentos inerentes à natureza humana causa grave lesão à pessoa em sua esfera espiritual e moral, impedindo sua plena realização pessoal.

Arnaldo Rizzardo¹⁷¹ sustenta o cabimento de indenização em casos de abandono afetivo, sob os seguintes argumentos:

Impedir a efetivação desse impulso que emana do próprio ser traz graves prejuízos e frustrações na realização da afetividade, com irreparáveis efeitos negativos que repercutirão na vida afora, ensejando inclusive a indenização pelo dano moral que se abate sobre o filho. Realmente, a ausência de um dos pais resulta em tristeza, insatisfação, angústia, sentimento de falta, insegurança, e mesmo complexo de inferioridade em relação aos conhecidos e amigos. Quase sempre se fazem sentir efeitos de orem psíquica, como a depressão, a ansiedade, traumas de medo e outras afecções. Se a morte de um dos progenitores, em face da sensação de ausência, enseja o direito à reparação por dano moral, o que se tornou um consenso universal, não é diferente no caso do irreduzível afastamento voluntário do pai ou da mãe, até porque encontra repulsa pela consciência comum e ofende os mais comezinhos princípios da humanidade.

É essencial diferenciar o verdadeiro pressuposto da responsabilidade civil em razão do abandono afetivo, posto que não é a ausência de amor que gera a responsabilidade civil, mas a prática de ato ilícito, qual seja, o descumprimento de dever e violação a direito dos filhos. O genitor descumpridor dos deveres parentais

¹⁷⁰ CAMARGO NETO, 2011, p. 29.

¹⁷¹ RIZZARDO, 2009, p. 698.

age com culpa, mais especificamente com negligência, sendo omissos em relação ao dever de cuidar do filho.

Ademais, a responsabilização civil apenas configura-se na presença de dano, culpa e nexo causal, sendo que na hipótese do Abandono Afetivo, quando ocorrer ofensa a norma constitucional e norma civil de proteção à criança e ao adolescente, positivadas no artigo 1º, III e artigo 5º, X, da Constituição Federal, bem como pelo artigo 1.634 do Código Civil, restando evidenciado o dano moral sofrido pelo filho, portanto, sendo-lhe devida a indenização.

4.4 FINALIDADES DA INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO

Não há ainda na doutrina e na jurisprudência unanimidade no entendimento quanto às finalidades da indenização por abandono afetivo, o único consenso é de que várias são as finalidades que podem por ela ser alcançadas.

Sem sombra de dúvidas a indenização por abandono afetivo além de impedir que os encargos parentais omitidos propositadamente fiquem sem qualquer punição eficaz, também visa impedir a concretização de qualquer inclinação à violação da paternidade irresponsável e ao abandono dos filhos ante o assente entendimento do Judiciário em colocar o afeto em posição privilegiada na família da atualidade.

Sobre as finalidades da indenização por abandono afetivo, Maria Berenice Dias sustenta sua natureza pedagógica:

Imperioso reconhecer o caráter didático dessa nova orientação, despertando a atenção para o significado do convívio entre pais e filhos. Mesmo que os genitores estejam separados a necessidade afetiva passou a ser reconhecida como bem juridicamente tutelado. A indenização por abandono afetivo poderá converter-se em instrumento de extrema relevância e importância para a configuração de um direito das famílias mais consentâneo com a contemporaneidade podendo desempenhar papel pedagógico no seio das relações familiares.

De fato, a indenização por abandono afetivo, se aplicada com bom senso e responsabilidade, poderá ser instrumento de excelência e de extrema importância para a sedimentação de um Direito de Família mais coerente com a

contemporaneidade, desempenhando relevante importante papel pedagógico no núcleo das relações familiares.

A indenização por abandono afetivo para muitos tem também função sancionatória e preventiva, havendo identidade de desígnios entre a pena de multa que pode ser fixada pelo descumprimento das visitas pelos pais e a pena indenizatória do abandono afetivo como defende Rolf Madaleno¹⁷²:

Contudo ao filho choca ter transitado pela vida, em tempo mais curto ou mais longo, sem a devida e necessária participação do pai em sua história pessoal e na sua formação moral e psíquica, desconsiderando o descendente no âmbito de suas relações, causando-lhe irrecuperáveis prejuízos que ficarão indelevelmente marcados por toda a existência do descendente socialmente execrado pelo genitor, suscitando insegurança, sobressaltos e um profundo sentimento de insuperável rejeição, e que o ressarcimento pecuniário não terá a função de compensar, mas cuidará apenas de certificar no tempo a nefasta existência desse imoral e covarde abandono do pai, e muito provavelmente, servirá de exemplo e alerta para os próximos abandonos, bem ao sabor da moderna doutrina que trata dos danos punitivos que são concedidos com uma finalidade dissuasória, preventiva e desincentivadora.

Entende Rolf Madaleno, como acima se pode observar, que a indenização por abandono afetivo não tem o condão compensatório. Entretanto, boa parte da doutrina com ele não concorda, defendendo que a responsabilidade civil propõe-se não somente à recomposição do dano, mas também à prevenção de sua repetição, revelando tanto um caráter sancionatório quanto ressarcitório, buscando a preservação e garantia de uma existência digna.

Clayton Reis e Simone Xander Pinto¹⁷³ enfatizam a finalidade compensatória da indenização:

O que se pretende com esses valores será certamente compensar a vítima diante das elevadas cargas afetivas que lhe proporcionaram penosas aflições. O ser humano que se sente afetivamente abandonado pelos seus familiares padece de sofrimentos de grande magnitude. As violações dos laços afetivos que unem essas pessoas enfraquecem seus espíritos, que refletem na desestruturação da sua personalidade. (...)Na vida familiar não mais se justificam que violações a esses direitos de primeira dimensão interfiram no pleno desenvolvimento da personalidade dos membros familiares, subtraindo-se deles o inarredável direito ao afeto para que a pessoa tenha condições no futuro, de crescer e atingir sua plenitude como ser humano.

¹⁷² MADALENO, 2011, p. 377.

¹⁷³ REIS; PINTO, 2012, p. 521.

Mesmo que num primeiro momento possa parecer repugnante a troca do afeto pela reparação pecuniária, não se pode olvidar o incentivo que a mera possibilidade de eventual indenização tem capacidade de causar no espírito do genitor descumpridor no desempenho de seus encargos parentais, e também da grande vantagem que seguramente importará aos filhos.

Cumprir salientar que na indenização por abandono afetivo não se busca reparar a falta de amor, ou desamor, mas penalizar o descumprimento dos deveres parentais que fere a dignidade da pessoa humana, de modo a evitar a impunidade no seio das relações familiares.

Assim, identificam-se como finalidades da indenização por abandono afetivo: prevenir, educar (pedagógica), compensar, sancionar, dissuadir e desestimular.

4.5 A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS DIANTE DO VALOR DO DANO MORAL

A questão da indenização do dano moral gera controvérsias, porque em todas as demandas que versam sobre dano moral, o magistrado depara-se com a complexidade do arbitramento de um valor adequado em razão da inexistência de critérios uniformes e definidos para tanto, pois a legislação não traz os parâmetros para fixação do montante indenizatório, tendo, portanto, a jurisprudência um importante papel nesse particular.

Normalmente, mensura-se a indenização pela extensão do dano e não pelo grau de culpa, porém, no caso do dano moral, o grau da culpa também é considerado, bem como a gravidade, extensão e repercussão da ofensa, juntamente com a intensidade do sofrimento causado à vítima.

Devem ser consideradas, então, as circunstâncias do caso, a gravidade do dano, a situação do ofensor, a condição do lesado, de forma que atenda a um caráter compensatório para a vítima e punitivo ao ofensor.

Para a fixação da indenização faz-se necessário um diálogo interdisciplinar com a psicologia a fim de assistir ao aplicador do direito, vez que é a área da ciência

capaz de determinar as repercussões causadas na integridade físico-psíquica do ofendido. Explica a juspsicanalista Giselle Câmara Groeninga¹⁷⁴ que:

Como foi exposto anteriormente, não é suficiente a falta da figura paterna para caracterizar o pedido de danos morais por abandono afetivo. É necessária a caracterização do abandono, da rejeição e dos danos à personalidade. As perícias devem levantar, por meio de metodologia própria, a extensão dos danos sofridos em função da falta da figura paterna. Devem também estabelecer a finalidade da ação para quem demanda, esclarecendo seu significado e sua importância simbólica para o desenvolvimento psíquico e para a adaptação social.

O Superior Tribunal de Justiça, no caso emblemático, de relatoria da Ministra Nancy de Fátima Andrighi, condenou o genitor ao pagamento de indenização por abandono afetivo e entendeu por bem reduzir o valor fixado em segunda instância, fundamentando para tanto que, apesar do o grau das agressões ao dever de cuidado cometidas pelo genitor em detrimento de sua filha, o valor de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) fixado pelo Tribunal de origem era muito elevado, motivo pelo qual foi reduzido para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Na já citada Apelação Cível 511.903.4/7 referente à demanda ajuizada perante o judiciário paulista, foi fixado o montante de quinhentos salários mínimos, valor este que se revela distante da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que vem arbitrando esse valor para casos muito graves de morte de pessoa da família, dentre eles a morte de filho menor.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro manteve sentença de primeiro grau que condenou o genitor ao pagamento de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) pelos danos morais sofridos pelo filho, por entender o valor razoável e proporcional¹⁷⁵.

¹⁷⁴ GROENINGA, Giselle. Descumprimento do dever de convivência: danos morais por abandono afetivo. A interdisciplinar sintoniza o direito de família com o direito à família. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). A outra face do Poder Judiciário. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 416, apud Flávio Tartuce. Abandono afetivo (Indenização) – Comentários a julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Danos morais por abandono moral. In: LAGRASTA NETO, Caetano. **Direito de Família**: novas tendências e julgamentos emblemáticos. São Paulo: Atlas, 2011. p. 234.

¹⁷⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível. Abandono afetivo. Genitor. Danos Morais. Dever de Indenizar. Inobstante as controvérsias existentes sobre o tema, inclusive no âmbito do STJ, o abandono afetivo por parte do genitor, capaz de gerar dor, vergonha e sofrimento, caracteriza dano moral passível de indenização. O valor arbitrado a título de indenização, deve atender aos parâmetros do razoável e proporcional. Recursos aos quais se nega provimento. Apelação Cível n. 0154617-61.2010.8.19.0001. Relator Desembargador Cherubin Helcias Schwartz Júnior. DJe, Rio de Janeiro, RJ, 02 ago. 2012.

No mesmo montante, o Tribunal de Justiça de São Paulo condenou um pai por abandono afetivo do Filho, confira-se trecho do acórdão¹⁷⁶:

Nessa senda, o arbitramento em R\$100.000,00 (cem mil reais) a título de verba indenizatória por dano moral, revela-se justo por todos os fatos descritos nestes autos, estando em consonância com o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade e servirá de desestímulo ao réu e compensatório ao autor, observando-se as condições sociais e econômicas das partes litigantes, a conformação dos fatos e a natureza do dano, de forma a não haver locupletamento indevido de uma parte e empobrecimento da outra, bem por isso é que não pode ser considerado insignificante ou excessivo, situando-se em patamar condizente com os fatos específicos do caso em testilha.

O Tribunal de Justiça do Paraná, em duas apelações, entendeu como suficiente o arbitramento do valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de indenização por danos morais¹⁷⁷.

Em outra oportunidade, o mesmo Tribunal manteve sentença condenatória do genitor ao pagamento do importe de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) por abandono afetivo de sua filha¹⁷⁸.

¹⁷⁶BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Dano moral. Ação de indenização por danos morais ajuizada por filho em face de genitor, com alegação de abandono afetivo e material, eis que fruto de relacionamento extraconjugal, havendo o reconhecimento da paternidade tardio, com diluição de bens. Comprovação do relacionamento do réu com a genitora do autor. A responsabilidade da paternidade vai além do meramente material, implicando em procurar moldar no caráter dos filhos os valores e princípios que lhes farão enveredar pela vida, cõscios da necessidade da prática do bem, que norteará sua busca pela felicidade e pautará a conduta dos mesmos nos anos vindouros, seja no lado emocional, seja no lado profissional e igualmente no lado espiritual, vez que a religião corrobora para aprimorar o caráter. Abandono afetivo e material configurados. Dano moral comprovado. Assédio moral é espécie de dano moral, não cabendo indenizações distintas. Custas, despesas processuais e honorários advocatícios devidos pelo réu, eis que a definição da indenização é critério subjetivo, não importando a sua redução em decaimento do pedido. Sentença reformada nesse ponto. Apelo do réu Improvido, apelo do autor parcialmente provido. Apelação Civil nº 0005780-54.2010.8.26.0103. Relator Desembargador Ramon Mateo Júnior. DJe, São Paulo, SP, 14 abr. 2014.

¹⁷⁷ Trata-se das seguintes decisões: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n. 768524-9. Relator Desembargador Jorge de Oliveira Vargas. DJe, Curitiba, PR, 26 jan. 2012. No mesmo sentido, conferir: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n. 576938-4/01. Relator Desembargador Jorge de Oliveira Vargas. DJe, Curitiba, PR, 01 set. 2011.

¹⁷⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação civil. Processo civil. responsabilidade civil. Obrigação civil de dar cuidado correspondente ao direito do filho à convivência familiar que não se confunde com obrigação moral de dar amor - situação emocional com alto grau de subjetividade que não se pode exigir nas relações familiares. Danos morais. Abandono afetivo. Omissão e negligência da obrigação constitucional de cuidar - direito à convivência familiar e respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Aplicação da responsabilidade civil às relações familiares - omissão quanto ao dever de cuidar que caracteriza obrigação civil - pai que, no caso, nem mesmo pagou as pensões alimentares - dano moral configurado - abandono afetivo reconhecido. A incidência de juros de mora a partir do evento danoso não caracteriza julgamento extra petita. Sentença mantida. recurso desprovido. Apelação Cível n. 640566-7. Relator Desembargador Roberto Portugal Bacellar. DJe, Curitiba, PR, 13 dez. 2012.

Tais decisões revelam, dessa forma, que as decisões dos Tribunais pátrios são muito dissonantes, inclusive fogem muito ao valor arbitrado pelo Superior Tribunal de Justiça. Esse descompasso demonstra a dificuldade e o longo caminho pela frente para se estabelecer parâmetros básicos e que levem ao arbitramento ao menos aproximado dos valores a título de indenização por abandono afetivo.

CONCLUSÃO

Na família atual o elemento mais essencial é a afetividade, pois ela é o pilar que sustenta a relação familiar, possibilitando a sedimentação dos laços sentimentais recíprocos e o respeito entre seus membros. A afetividade entre pais e filhos é instrumentalizada e mediada pelo poder familiar daqueles em relação a estes. Por poder familiar entenda-se o conjunto de deveres impostos aos pais com a finalidade de proteger e efetivar o desenvolvimento completo dos filhos no decorrer da infância e adolescência, salvaguardando o melhor interesse da criança e do adolescente. Entre os atributos do poder familiar estão: dirigir-lhes a criação e educação, tê-los em sua companhia e guarda, conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casar, nomear-lhes tutor, representá-los e assisti-los nos atos da vida civil, reclamá-los de quem ilegalmente os detenha, exigir obediência, respeito e serviços próprios da sua condição.

A falta de convivência de pais e filhos na mesma moradia não acaba com o poder familiar, ademais é fundamental na vida da criança o contato com ambos os pais, de forma a permitir seu pleno desenvolvimento e reduzir os prejuízos decorrentes da não convivência dos genitores sob o mesmo teto. Em contrapartida ao direito-dever de ter o filho em sua companhia, preconiza o artigo 227 da Constituição Federal o direito da criança e do adolescente à convivência familiar e à companhia de ambos os pais. O direito humano fundamental à convivência familiar está calcado na dignidade da pessoa humana e no princípio da prioridade absoluta dos direitos dos infantes. O direito de convivência emana dos princípios do direito natural, os quais atam os vínculos familiares pela manutenção do afeto. É direito natural, pois é direito humano que independe da concessão do Estado.

O rompimento das relações familiares fere o alicerce espiritual de seus membros e atinge a personalidade dos envolvidos, representando perda afetiva que pode ensejar o desmoronamento de todo um projeto de vida. Hoje temos o do afeto como valor jurídico protegido pelo sistema jurídico, reconhecido o direito ao afeto na família, especialmente quanto aos filhos.

O artigo 186 do Código Civil estabelece que “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. O artigo 927, por sua vez, dispõe que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Assim, aquele que causar dano é obrigado a ressarcir os prejuízos. Nesse diapasão, por ser o “afeto” tutelado pelo ordenamento (seja pelo direito à personalidade, convivência familiar, dignidade da pessoa humana, pelos atributos do poder familiar, etc.) e, conseqüentemente, se houver lesão ao referido direito, e restar configurado o trinômio de dano, culpa e nexô causal, o ato ilícito pelo abandono afetivo deve ser indenizado.

Ressalte-se que o artigo 229 da Constituição Federal atribui aos pais os deveres quanto à criação e educação dos filhos, de forma que ao abandonar afetivamente o filho, o genitor ofende bem jurídico tutelado, cabendo a reparação do dano causado.

Dessa forma, quando os pais se omitem nos seus deveres na criação do filho, há violação do direito à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF), afronta ao direito da personalidade (artigo 5º, X, da CF), desrespeito aos deveres inerentes ao exercício do poder familiar (artigo 1.634 do CC), o que incide certamente na prática de ato ilícito (artigo 186, do CC), surgindo, então, o dever de repará-lo (artigo 927, do CC).

Enfatize-se que a impossibilidade de indenização da dor moral advinda do abandono afetivo não pode ser confundida com a dificuldade de indenização da dor moral, porque a dor, de fato, não tem preço. Entretanto, a dificuldade de reparar não enseja a negação do dano, e configurado o dano é certo que deve ser reparado, da forma que for. Se o dinheiro (moeda de troca mais usual na sociedade e de mais fácil acesso às pessoas) não paga diretamente o preço da dor, ao menos colabora para sua amenização.

A finalidade da indenização pelo abandono afetivo é fazer com que o genitor o reconheça a ilicitude do seu ato inteiramente lesivo ao filho, revelando o caráter educativo da indenização, além de punitivo. Visa, assim, evitar a ocorrência no futuro de casos semelhantes de abandono afetivo, garantindo aos filhos um desenvolvimento completo e sadio em todos os aspectos, seja físico, psíquico, intelectual, moral, espiritual, emocional, pois só dessa maneira se estará de fato concretizando e protegendo a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AMIN, Adréa Rodrigues. Dos direitos fundamentais. In: MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil do Estados unidos do Brasil comentado. v.1. Rio de Janeiro: Rio, 1940. p. 321, apud CARVALHO NETO, Inácio. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2005.

BOSCHI, Fábio Bauab. **Direito de visita**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 211 apud MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 12 jun. 2014.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 12 jun. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Civil e Processual Civil. Família. Abandono Afetivo. Compensação por Dano Moral. Possibilidade. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. Recurso Especial n. 1159242. Relatora Ministra Nancy de Fátima Andrighi. DJe, Brasília, DF, 10 out. 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direito de família. Casamento civil entre pessoas do mesmo sexo (homoafetivo). Interpretação dos arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 do código civil de 2002. Inexistência de vedação expressa a que se habilitem para o casamento pessoas do mesmo sexo. Vedação implícita constitucionalmente inaceitável. Orientação principiológica conferida pelo STF no julgamento da adpf n. 132/RJ e da adi n. 4.277/DF. Recurso Especial n. 1183378. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. DJe 1 fev. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Estatuto da criança e do adolescente. Multa aplicada em decorrência de infração administrativa. Descuido dos pais. Depósito em conta destinada a manter a vara da infância e da juventude. Contrariedade aos artigos 154 e 214 do ECA. O valor da pena pecuniária tem de ser revertido ao fundo municipal dos direitos da criança e do adolescente. Recurso Especial n. 512145. Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca. DJe 24 out. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. Civil e processual civil. Regulamentação de visitas. Acordo homologado. Descumprimento. Execução. Cabimento. 1 - No campo das visitas, o guardião do menor é devedor de uma obrigação de fazer, ou seja, tem o dever de facilitar a convivência do filho com o visitante nos dias previamente estipulados, devendo se abster de criar obstáculos para o cumprimento do que fora determinado em sentença ou fixado no acordo. 2 - A transação, devidamente homologada em juízo, equipara-se ao julgamento do mérito da lide e tem valor de sentença, dando lugar, em caso de descumprimento, à execução da obrigação de fazer, podendo o juiz inclusive fixar multa a ser paga pelo guardião renitente. 3 - Recurso especial conhecido e provido a fim de determinar o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau para regular prosseguimento. Recurso Especial n. 701872. Relator Ministro Fernando Gonçalves. DJe 1 fev. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade civil. Abandono moral. Reparação. Danos morais. Impossibilidade. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido. Recurso Especial n. 757411. Relator Ministro Fernando Gonçalves. DJe, 29 nov. 2005.

BRASIL. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Indenização. Danos morais. Relação paterno-filial. Princípio da Dignidade Da Pessoa Humana. Princípio da Afetividade. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. Apelação Cível n. 408550-5. Relator Juiz Unias Silva. DJ, Belo Horizonte, MG, 01 abr. 2004.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Dano moral. Ação de indenização por danos morais ajuizada por filho em face de genitor, com alegação de abandono afetivo e material, eis que fruto de relacionamento extraconjugal, havendo o reconhecimento da paternidade tardio, com diluição de bens. Comprovação do relacionamento do réu com a genitora do autor. A responsabilidade da paternidade vai além do meramente material, implicando em procurar moldar no

caráter dos filhos os valores e princípios que lhes farão enveredar pela vida, cômicos da necessidade da prática do bem, que norteará sua busca pela felicidade e pautará a conduta dos mesmos nos anos vindouros, seja no lado emocional, seja no lado profissional e igualmente no lado espiritual, vez que a religião corrobora para aprimorar o caráter. Abandono afetivo e material configurados. Dano moral comprovado. Assédio moral é espécie de dano moral, não cabendo indenizações distintas. Custas, despesas processuais e honorários advocatícios devidos pelo réu, eis que a definição da indenização é critério subjetivo, não importando a sua redução em decaimento do pedido. Sentença reformada nesse ponto. Apelo do réu Improvido, apelo do autor parcialmente provido. Apelação Civil nº 0005780-54.2010.8.26.0103. Relator Desembargador Ramon Mateo Júnior. DJe, São Paulo, SP, 14 abr. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Responsabilidade civil – Dano Moral – Autor abandonado pelo pai desde a gravidez da sua genitora e reconhecida como filho somente após a propositura da ação judicial. discriminação em face dos irmãos. Abandono moral e material caracterizados. abalo psíquico. Indenização devida. Sentença reformada. Recurso provido para este fim. Apelação Cível n. 511.903.4/7. Relator Desembargador Caetano Lagrasta, DJe, São Paulo, SP, 12 mar. 2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível - Ação de Alimentos. Fixação em patamar condizente ao trinômio necessidade – possibilidade – proporcionalidade. Obrigação alimentar preconizada pela lei. Existência de outra filha. Dano moral. Abandono afetivo. Requisitos previstos em lei. Ato ilícito, nexo de causalidade e dano. Entendimento da corte superior. Foge à alçada do poder judiciário obrigar ao genitor a amar o filho. Não cabimento à indenização. Litigância de má fé. Não comprovada alteração de verdades. Não cabimento. Recurso parcialmente provido. Apelação Cível n. 1027825-2. Relator Desembargador João Domingos Kuster Puppi, DJe, Curitiba, PR, 28 ago. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação cível. Ação de indenização por danos morais decorrente de abandono afetivo. Sentença que julga improcedente o pedido inicial sob o fundamento de ausência de ato ilícito. ii - Certidão no distribuidor onde consta diversas ações de alimentos ajuizadas pela autora. iii - Ato ilícito caracterizado. direito da criança e do adolescente à convivência familiar. art. 227 da constituição federal. princípio da dignidade da pessoa humana. iv - Dano moral. dever de indenizar. precedentes deste tribunal. v - Valor da indenização fixado em R\$5.000,00. vi - Recurso provido. Apelação Cível n. 768524-9. Relator Desembargador Jorge de Oliveira Vargas. DJe, Curitiba, PR, 26 jan. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação cível - Ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos e pedido de indenização por dano moral em virtude de abandono afetivo. recurso de apelação: redução do quantum fixado à título de pensionamento - Não comprovação dos fatores indicativos da incapacidade econômica para suportar o encargo - Valor razoável e moderado - Indenização por abandono afetivo - Impossibilidade de quantificação pecuniária do afeto - Dever de cuidar - Responsabilidade moral cujo descumprimento acarreta na

perda do poder familiar - artigos 24 do estatuto da criança e do adolescente e 1628, incisos ii e iii, do código civil - Função punitiva e dissuasória - recurso parcialmente provido. Recurso adesivo: pensão alimentícia devida a partir da citação - súmula 277 do stj - recurso desprovido.1. Não há nos autos elementos de convicção suficientes a referendar a redução dos alimentos, não demonstrando o apelante os fatores indicativos de sua incapacidade econômica para suportar o pagamento da pensão alimentícia tal qual fixada.2. "Não se nega que, em função da simples 'paternité de fait', haveria deveres de criação e sustento do filho pelo genitor, mas simples dever moral, e não obrigação juridicamente exigível, que só nasce com a 'paternité de droit', com o reconhecimento voluntário ou judicial. Afastada a configuração de 'abandono material' pelo não pagamento de alimentos pretéritos, restaria apenas uma difícil configuração de dano moral, já que o próprio 'abandono moral' não dispensaria o requisito do pátrio poder, que somente se constitui com o reconhecimento." (Yussef Said Cahali, in Dano Moral, 2ª ed., págs. 662/663).3. Súmula 277: "Julgada procedente a investigação de paternidade, os alimentos são devidos a partir da citação". Apelação Cível n. 986880-4. Relatora Desembargadora Joeci Machado Camargo. DJe, Curitiba, PR, 02 out. 2013.

BRASIL.Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação civil. Processo civil.responsabilidade civil. Obrigação civil de dar cuidado correspondente ao direito do filho à convivência familiar que não se confunde com obrigação moral de dar amor - situação emocional com alto grau de subjetividade que não se pode exigir nas relações familiares. Danos morais. Abandono afetivo. Omissão e negligência da obrigação constitucional de cuidar - direito à convivência familiar e respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Aplicação da responsabilidade civil às relações familiares - omissão quanto ao dever de cuidar que caracteriza obrigação civil - pai que, no caso, nem mesmo pagou as pensões alimentares - dano moral configurado - abandono afetivo reconhecido. A incidência de juros de mora a partir do evento danoso não caracteriza julgamento extra petita. Sentença mantida.recurso desprovido. Apelação Cível n. 640566-7. Relator Desembargador Roberto Portugal Bacellar. DJe, Curitiba, PR, 13 dez. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Civil. Processo Civil. Responsabilidade Civil. Obrigação civil de dar cuidado correspondente ao direito do filho à convivência familiar que não se confunde com obrigação moral de dar amor - situação emocional com alto grau de subjetividade que não se pode exigir nas relações familiares. danos morais. abandono afetivo. omissão e negligência da obrigação constitucional de cuidar - direito à convivência familiar e respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. aplicação da responsabilidade civil às relações familiares - omissão quanto ao dever de cuidar que caracteriza obrigação civil - pai que, no caso, nem mesmo pagou as pensões alimentares - dano moral configurado - abandono afetivo reconhecido. a incidência de juros de mora a partir do evento danoso não caracteriza julgamento extra petita. sentença mantida. Recurso Desprovido. Apelação Cível n. 640566-7. Relator Desembargador Roberto Portugal Bacellar. DJe, Curitiba, PR, 13 dez. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Embargos infringentes. Dano moral. Relação pai e filho. reconhecimento de paternidade. Rejeição afetiva mesmo após o reconhecimento. Frieza e indiferença paterna. Dano moral caracterizado.

Aplicação do art. 227 caput da cf. direito constitucional à convivência familiar. Princípio da dignidade da pessoa humana. recurso provido. Embargos Infringentes n. 576938-4/01. Relator Desembargador Jorge de Oliveira Vargas. DJe, Curitiba, PR, 01 set. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível. Abandono afetivo. Genitor. Danos Morais. Dever de Indenizar. Inobstante as controvérsias existentes sobre o tema, inclusive no âmbito do STJ, o abandono afetivo por parte do genitor, capaz de gerar dor, vergonha e sofrimento, caracteriza dano moral passível de indenização. O valor arbitrado a título de indenização, deve atender aos parâmetros do razoável e proporcional. Recursos aos quais se nega provimento. Apelação Cível n. 0154617-61.2010.8.19.0001. Relator Desembargador Cherubin Helcias Schwartz Júnior. DJe, Rio de Janeiro, RJ, 02 ago. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Registro civil. Supressão do patronímico paterno. Situação excepcional amparada no art. 58 da lei dos registros públicos. Uma vez que o patronímico paterno representa constrangimento para a apelante, pela rememoração da rejeição e do abandono afetivo e, considerando que a exclusão não interfere na sua identificação no meio social, onde é conhecida pelo sobrenome materno, na linha adotada pela jurisprudência do stj, é de ser reconhecida, na hipótese dos autos, a situação excepcional prevista no art. 58 da lrp, que autoriza a alteração do sobrenome. Deram provimento. Unânime. Apelação Cível n. 70.011.921.293. Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. DJ, Porto Alegre, RS, 05 out. 2005.

CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. Responsabilidade Civil por Dano Afetivo. In: SILVA, Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (Coord.). **Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO NETO, Inácio. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2005.

CINTRA, Maria do Rosário Leite. Art. 19. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Comentários aos Código Civil brasileiro, 2006 apud CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. Responsabilidade Civil por Dano Afetivo. In: SILVA, Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (Coord.). **Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2011.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

COSTA, Tarcísio José Martins. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

DELGADO, Mário Luiz. Direitos da personalidade nas relações de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) V CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA: Família e dignidade humana. **Anais...** São Paulo: IOB Thomson, 2006.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. v. 2. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHINETTO, Neidemar José. **O direito à convivência familiar e comunitária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson de. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FROMM, Erich. A revolução da esperança. São Paulo: Círculo do Livro. p. 56, apud REIS, Clayton; PINTO, Simone Xander. O abandono afetivo do filho, como violação aos direitos da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 12, n. 2, p. 503-523, set./dez. 2012.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito de família e o novo Código Civil. apud DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Princípios de Direito de Família**. Guarda compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08: Família, Criança, Adolescente, Idoso. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. v. 6. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GROENINGA, Giselle. Descumprimento do dever de convivência: danos morais por abandono afetivo. A interdisciplinar sintoniza o direito de família com o direito à família. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). A outra face do Poder Judiciário. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 416, apud Flávio Tartuce. Abandono afetivo (Indenização) – Comentários a julgado do Tribunal de justiça de São Paulo. Danos morais por abandono moral. In: LAGRATA NETO, Caetano. **Direito de Família**: novas tendências e julgamentos emblemáticos. São Paulo: Atlas, 2011. p. 234.

HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. Revista Brasileira de Direito de Família, 1999 apud DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

JUSTIÇA determina multa a pai separado que não visitar filha. **G1**. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,MUL28399-5605,00.html>. Acesso em: 22 abril.2014.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias monoparentais. In: MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LIRA, Wladimir Paes de. Direito da criança e do adolescente à convivência familiar e umaperspectiva de efetividade no direito brasileiro. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) **Família e responsabilidade**: teoria e prática do direito de família. Porto Alegre: Magister, 2010.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Famílias. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. São Paulo: Manole, 2003.

MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade. Poder Familiar. In: _____ (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: Aspectos Teóricos e Práticos. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MARINANGELO, Rafael. A Função Punitiva da Responsabilidade Civil. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.). Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012. p. 689, apud REIS, Clayton; PINTO, Simone Xander.

O abandono afetivo do filho, como violação aos direitos da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 12, n. 2, p. 503-523, set./dez. 2012.

PAI é obrigado a indenizar filha por abandono afetivo no RS. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005mar14/pai_obrigado_indenizar_filha_abandono_afetivo_rs>. Acesso em: 22 fev. 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. Estudos sobre direito de família, 2004, apud DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PERROT, Michelle. O nó e o ninho. In: VEJA 25: reflexões para o futuro. São Paulo: Abril, 1993, apud FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959 apud CARVALHO NETO, Inácio. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2005.

REIS, Clayton; PINTO, Simone Xander. O abandono afetivo do filho, como violação aos direitos da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 12, n. 2, p. 503-523, set./dez. 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SANTOS NETO, José Antônio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SEMY, Glanz. **A família mutante** – sociologia e direito comparado: inclusive o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

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

TARTUCE, Flávio. Abandono afetivo (Indenização) – Comentários a julgado do Tribunal de justiça de São Paulo. Danos morais por abandono moral. In: LAGRATA NETO, Caetano. **Direito de Família: novas tendências e julgamentos emblemáticos**. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords.). **Manual de Direito das Famílias e Sucessões**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: BARRETO, Vicente (Coord.) A nova família: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 48 apud GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

WAMBIER, Teresa Celina Arruda Alvim. Um novo conceito de família: reflexos doutrinários e análise da jurisprudência. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo. **Direitos de família e do menor**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

ZANNONI, Eduardo. La Responsabilidad civil por el no reconocimiento espontáneo de hijo. Buenos Aires: La ley, 1990, apud MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.