

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

MARISA CRISTINA FRANÇA DOS SANTOS

**RESPONSABILIDADE CIVIL EM FACE DO ABANDONO AFETIVO DOS
GENITORES**

CURITIBA

2015

MARISA CRISTINA FRANÇA DOS SANTOS

**RESPONSABILIDADE CIVIL EM FACE DO ABANDONO AFETIVO DOS
GENITORES**

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

Orientador: Prof. Clayton Reis

CURITIBA

2015

TERMO DE APROVAÇÃO

MARISA CRISTINA FRANÇA DOS SANTOS

RESPONSABILIDADE CIVIL EM FACE DO ABANDONO AFETIVO DOS GENITORES

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: _____

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2015.

DEDICATÓRIA

Aos meus pais Antenor e Delourdes, pelo amor, carinho, paciência e incentivo nos meus estudos.

Ao meu esposo Leonardo, pessoa com quem amo partilhar a vida, que sempre está presente nos momentos bons e difíceis. Obrigada pelo carinho, a paciência e por sua capacidade de me trazer paz e incentivo em cada etapa dos meus estudos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus que iluminou o meu caminho durante esta caminhada.

Agradeço ao meu Orientador Professor Clayton Reis pelos valiosos ensinamentos.

Agradeço minha amiga Sonia Mara Bini pelas alegrias e tristezas compartilhadas na elaboração do presente trabalho, como também pelos ensinamentos obtidos através dos seus conhecimentos jurídicos.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO DIREITO DE FAMÍLIA.....	10
2.1 Princípios gerais aplicáveis.....	10
2.1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	10
2.1.2 Princípio da Tutela Especial à Família.....	11
2.1.3 Princípio do Pluralismo Democrático.....	12
2.1.4 Princípio da Igualdade Material.....	12
2.2 Princípios específicos.....	13
2.2.1 Princípio da Paternidade (Parentalidade).....	13
2.2.2 Princípio do Melhor Interesse da Criança/Adolescente.....	14
2.2.3 Princípio do Pluralismo das Entidades Familiares.....	15
2.2.4 Princípio da Afetividade.....	17
2.2.5 Princípio da Convivência Familiar	18
2.2.6 Princípio da Solidariedade Familiar.....	19
3 PODER FAMILIAR.....	21
3.1 Histórico do Poder Familiar.....	21
3.2 Poder Familiar no Direito Brasileiro.....	22
3.3 Direitos e Deveres do Poder Familiar.....	24
3.3.1 Dirigir-lhes a Criação e Educação.....	25
3.3.2 Exercer a Guarda unilateral ou compartilhada nos termos do artigo 1.584 Código Civil.....	27
3.3.3 Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.....	28
4 CONSIDERAÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	29
4.1 Conceito e natureza jurídica.....	29
4.2 Pressupostos da Responsabilidade Civil.....	31
4.2.1 A ação ou omissão do agente.....	32
4.2.2 Culpa ou dolo do agente.....	32
4.2.3 Relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima.....	34

4.3	Responsabilidade objetiva e a Teoria do Risco.....	35
4.4	Responsabilidade subjetiva.....	37
4.5	Responsabilidade civil e penal.....	39

5 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS GENITORES PELO ABANDONO AFETIVO..... 42

5.1	Responsabilidade Civil nas relações familiares.....	42
5.2	Do Abandono Afetivo.....	44
5.3	O cuidado como valor jurídico.....	52
5.4	Posições jurisprudenciais contrárias ao abandono afetivo dos genitores.....	55

6 CONCLUSÃO..... 58

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... 61

RESUMO

O presente trabalho monográfico diz respeito a responsabilidade civil em face do abandono afetivo dos genitores. O presente tema é polêmico no mundo jurídico e ainda causa divergências nas decisões proferidas por todo o País. Serão abordados os princípios aplicáveis ao direito de família, o poder familiar, um breve relato sobre a responsabilidade civil em geral e por fim o tema central que é o abandono afetivo. O foco central é o dever jurídico de cuidado nas relações paterno-filiais e como a omissão dos genitores gera o dever de reparar o filho (a) abandonado (a). E por fim, será verificado as hipóteses em que as ações de indenizações são cabíveis e as que não embasamento legal para uma sentença de procedência. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, visto se tratar de um tema que ainda carece de vasta referência bibliográfica.

Palavras chave: responsabilidade civil, abandono afetivo, cuidado.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetivou analisar a aplicação da responsabilidade civil na esfera familiar, especificamente nas relações entre genitores e filhos no tocante ao abandono afetivo praticado por um dos genitores.

A família sofreu diversas modificações no passar do tempo e estes novos paradigmas fazem com o Direito se adapte a estas novas realidades, mesmo não havendo legislação específica a respeito do tema.

O Direito de Família é de grande importância para o mundo jurídico e as relações que envolvem esta área merecem atenção e cuidado por parte dos julgadores.

O abandono afetivo nas relações paterno-filiais encontra-se presente na sua maioria nas relações que envolvem o filho e o genitor, esta situação pode decorrer de várias hipóteses, como por exemplo, no processo de separação dos genitores, onde a guarda do filho acaba ficando com a genitora e devido às situações de conflito o pai acaba se afastando da convivência com o seu filho.

De acordo com os princípios aplicáveis ao direito de família constata-se que o para um desenvolvimento pleno e saudável da criança e do adolescente é necessário que estes possuam uma convivência familiar fundada em respeito, dignidade, assistência e cuidados por parte dos genitores.

A lei deve inibir este tipo de conduta adotada pelo genitor, pois o filho que é cerceado da atenção e dos cuidados do genitor, sofrerá consequências no seu íntimo, transtornos na sua personalidade, causando dores e sofrimento, afetando sua estrutura psicológica.

O direito ao convívio, cuidado, criação e educação dos filhos se estende a ambos os genitores, não podendo apenas um destes ser responsável e arcar com todas estas obrigações.

O tema abordado está presente no cotidiano e com a reiteração de casos do abandono afetivo por parte dos genitores cresce o número de demandas judiciais. Após o julgado do Recurso Especial nº. 1.159.242-SP (2009/0193701-9) do Superior Tribunal de Justiça, tendo como Relatora a Ministra Nancy Andrighi, este assunto ganhou mais destaque no mundo jurídico.

Para a elaboração deste trabalho, dividiu-se o estudo em 04 capítulos, iniciando com os princípios aplicáveis ao direito de família, em seguida analisou-se o poder familiar, fazendo um breve histórico, a figura do poder familiar no direito brasileiro, na sequência foram feitas breves considerações sobre a responsabilidade civil, na sua concepção, natureza jurídica, finalidade, classificação e seus elementos. Por fim, no último capítulo tratou-se do foco central do presente trabalho, a responsabilidade civil por abandono afetivo dos pais perante os filhos, da responsabilidade civil no direito de família, do abandono afetivo e do cuidado como valor jurídico. Encerrou-se com entendimento jurisprudencial e conclusão.

Por fim, por se tratar de um assunto de grande relevância, é necessário analisar quais os requisitos para a procedência de uma demanda judicial nesta área e quais os critérios adotados pelos Tribunais pátrios. É necessário verificar se realmente o abandono afetivo acarretou abalos emocionais e psicológicos no filho (a), os quais podem causar danos imensuráveis a sua pessoa e em muitos casos necessitam de tratamento durante a sua vida.

2 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO DIREITO DE FAMÍLIA

Para iniciar o presente trabalho, é imprescindível tratar dos princípios mais relevantes aplicáveis ao direito de família, com foco na convivência familiar e no melhor interesse do menor.

Conforme profere Paulo Lobo¹:

“Os princípios não oferecem uma única solução em termos de incidência e de aplicação, contrariando a ideia do “tudo ou nada”, esta ínsita à noção das regras. A força jurídica dos princípios radica nesta “aparente fragilidade”, eis que, sem qualquer alteração de norma principiológica, é possível a constante adaptação do direito à evolução dos valores na sociedade civil”.

Os princípios serão divididos em princípios gerais aplicáveis, quais sejam: princípio da dignidade da pessoa humana; princípio da tutela especial à família; princípio do pluralismo democrático; princípio da igualdade material; e em princípios específicos, quais sejam: princípio da paternidade (parentalidade); princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; princípio do pluralismo das entidades familiares; princípio da afetividade; princípio da convivência familiar e princípio da solidariedade familiar.

2.1 Princípios Gerais Aplicáveis

2.1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos princípios fundamentais da Carta Magna, está elencado no artigo 1º, III e no que diz respeito ao direito de família encontra respaldo no artigo 226, §7º da CF/88², e envolve o núcleo de que todos os cidadãos devem ter seus direitos respeitados e protegidos, visto que são intocáveis.

¹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 36.

² “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 7º 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”. BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

O Doutrinador Guilherme Calmon Nogueira da Gama³, quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana entende que:

“Na esfera da entidade familiar, incumbe a todos os seus integrantes promover o respeito e a igual consideração de todos os demais familiares, de modo a propiciar uma existência digna para todos e de vida em comunhão de cada familiar com os demais”.

Antes da disposição constitucional do referido princípio, a família era regulada de forma meramente privada, segundo previa o Código Civil. Após, a inserção do princípio da dignidade da pessoa humana no texto constitucional, a entidade familiar passou a ser protegida a luz do direito constitucional, na defesa de cada um dos cidadãos brasileiros e no âmbito do planejamento familiar.

Isto posto, o princípio da dignidade da pessoa humana, vem para proteger a vida, a dignidade, integridade, a honra, a intimidade de cada cidadão, e no seio da família, cada familiar deve respeitar tal princípio, a fim de propiciar uma entidade familiar unida e protegida em todas as dimensões, inclusive a jurídica.

2.1.2 Princípio da Tutela Especial à Família

O princípio da tutela especial à família tem como fundamento o artigo 226, caput da CF/88, ao dispor que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do estado.

Na visão de Paulo Lôbo⁴, quanto ao princípio da tutela especial à família: “É mister a coordenação entre valores coletivos da família e os valores pessoais de cada um dos seus integrantes, buscando atingir o ponto de equilíbrio harmônico “em clima de felicidade, amor e compreensão”.

Ressaltamos neste princípio a preocupação do legislador em cuidar e tutelar os direitos de todos os integrantes da entidade familiar, principalmente no que tange as crianças e adolescentes, pois são cidadãos vulneráveis, que podem ser facilmente vítimas de abuso de direito.

Assim, é dever do estado possibilitar a tutela para todas as famílias, bem como prevenir violações contra a unidade familiar.

³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2008. p. 71.

⁴ LÔBO, PAULO, op. cit., p. 39.

2.1.3 Princípio do Pluralismo Democrático

Outro princípio de grande valor é o do pluralismo democrático, o qual consiste na liberdade de escolha do modelo da família. Esse princípio veio para alterar o pensamento referente ao modelo patriarcal para o modelo plural, ou seja, veio dar uma visão mais humanista e igualitária para o modelo de família, tanto no que diz respeito aos cônjuges, bem como no sentido dos filhos.

Para Guilherme Gama⁵:

“(...) em matéria de entidades familiares, reflete a encampação dos valores democráticos também no grupo familiar, com igual dignidade, respeito e consideração a todos os seus integrantes, sejam crianças, adolescentes, adultos (ou idosos), homens ou mulheres, havidos no casamento ou fora do casamento etc”.

O princípio do pluralismo democrático está diretamente ligado ao princípio da liberdade, pois atualmente cada cidadão tem o direito de optar por qual modelo de família mais lhe agrada e assim poder planejar sua entidade familiar, ficando nesse sentido, proibida qualquer intervenção do estado.

2.1.4 Princípio da Igualdade Material

O princípio da igualdade material está previsto, no artigo 5º, caput, I, artigo 226, §5º e no artigo 227, §6º todos da CF/88⁶.

Em tempos passados, nunca se cogitou em possibilitar igualdade de tratamento para homens e mulheres, especialmente no que diz respeito à união amorosa de duas pessoas e cuidado com os filhos.

⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, op. cit., p. 72.

⁶ Art. 5º (...)

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Art. 226. (...)

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Art. 227. (...)

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Porém, junto com as mudanças na sociedade, foi preciso também mudar o pensamento e a legislação para igualar em direitos homens, mulheres e filhos.

Importante destacar, que o princípio citado acima está em perfeita sintonia com o direito à diferença, ou seja, iguala a todos em direitos e garantias, mas respeita a individualidade de cada um.

No entendimento do doutrinador Guilherme Gama⁷:

“O princípio da igualdade não exclui o reconhecimento do direito à diferença, o que justifica a possibilidade de os pais considerarem providências e medidas diferentes para a educação de cada um de seus filhos.”

Assim, o princípio da igualdade material surgiu com o intuito de confirmar a igualdade entre homens e mulheres, principalmente em relação aos cuidados com os filhos e impedir qualquer tipo de discriminação tão presente em outras épocas.

2.2 Princípios Específicos

2.2.1 Princípio da Paternidade (Parentalidade)

Quanto ao princípio da paternidade (parentalidade), importante em um primeiro momento esclarecer que, se visualizarmos somente a expressão paternidade, estaríamos indo em direção oposta a outros princípios, como o da igualdade material, assim o termo correto já muito utilizado por doutrinadores é princípio da parentalidade, fazendo menção não somente a figura do homem, mas de ambos os genitores.

Na visão de Guilherme Gama⁸:

(...) por esse princípio, há responsabilidade individual e social das pessoas do homem e da mulher que veem a gerar, no exercício das liberdades inerentes à sexualidade e à procriação, uma nova vida humana, cuja pessoa – a criança – deve ter priorizado o seu bem estar físico, psíquico e espiritual, com todos os direitos fundamentais reconhecidos em seu favor.

⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, *ibidem*, p. 73.

⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, *op. cit.*, p. 78.

A Constituição Federal, também consagra o princípio da igualdade entre homens e mulheres em relação aos filhos, elencando os mesmos direitos e deveres, tanto na vigência da sociedade conjugal, quanto na cisão dos laços amorosos.

2.2.2 Princípio do Melhor Interesse da Criança/Adolescente

Um dos princípios que mais merece apreço, quando falamos da criança e do adolescente, é o princípio do melhor interesse da criança/adolescente, tal princípio encontra respaldo no artigo 227, caput e seus parágrafos da Constituição Federal de 1988.

Esse princípio prioriza sempre o menor, visando garantir a ele uma condição de vida digna, educação e saúde de qualidade, bem como o carinho e a atenção necessárias para buscar o correto desenvolvimento da criança/adolescente.

Segundo Guilherme Gama⁹:

Como pessoa humana em processo físico e psíquico de desenvolvimento, a criança e o adolescente são portadoras da condição peculiar a merecer tratamento diferenciado das outras pessoas. Tal tratamento deve ser ministrado não para diminuí-los mas sobre o prisma jurídico, mas sim para que eles possam ser integralmente protegidos com o objetivo de permitir “o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade”, conforme a feliz redação do artigo 3º da Lei 8.069/90 – O Estatuto da Criança e do Adolescente.

O princípio do interesse do menor regula todas as situações que envolvem os direitos e garantias da criança/adolescente. Quando a criança está inserida no seio familiar e passa a sofrer abuso de direito por parte de um dos pais ou ambos, o Juiz pode segundo o melhor interesse do menor garantir a sua proteção física e moral e lhe colocar sob os cuidados de terceiro.

Quando falamos em ruptura da união conjugal, em caso de disputa judicial pela guarda do menor, e caso não seja possível aplicar o modelo da guarda compartilhada, o Juiz ao estudar o caso poderá decidir qual dos genitores, poderá melhor atender as necessidades da criança, sempre visando acolher o princípio do interesse do menor.

Segundo a análise do doutrinador Eduardo de Oliveira Leite¹⁰:

⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, op. cit., p. 80 e 81.

¹⁰ LEITE. Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 195.

O interesse do menor serve, primeiramente, de critério de controle, isto é, de instrumento que permite vigiar o exercício da autoridade parental sem questionar a existência dos direitos dos pais. Assim, na família unida, o interesse presumido da criança é de ser educado por seus dois pais; mas se um deles abusa ou usa indevidamente suas prerrogativas, o mesmo critério permitirá lhe retirar, ou controlar mais de perto, o exercício daquele direito. O interesse do menor é utilizado, de outro lado, como critério de solução, no sentido de que, em caso de divórcio, por exemplo, a atribuição da autoridade parental e do exercício de suas prerrogativas pelos pais depende da apreciação feita pelo juiz do interesse do menor”.

Isto posto, resta claro a importância fundamental da aplicação prática do princípio do melhor interesse do menor, pois por ser um princípio abrangente permite ao Juiz que avalie caso a caso e procure sempre a solução mais adequada para o menor, a fim de garantir a aplicação dos direitos fundamentais e constitucionais da criança/adolescente.

2.2.3 Princípio do Pluralismo das Entidades Familiares

O princípio do pluralismo das entidades familiares encontra guarida nos artigos 226, §§ 1º, 3º e 4º e artigo 227 todos da Constituição Federal. Tal princípio esclarece, que o texto constitucional não enumera taxativamente todas as espécies de entidades familiares, estando vinculado ao princípio do pluralismo democrático, no qual cada pessoa escolhe o modelo de família que mais lhe agrada.

O ponto mais importante desse princípio para o presente trabalho é o de que independente do modelo de entidade familiar a ser seguido, e ainda independente se este modelo encontra ou não previsão constitucional ou infraconstitucional, no que diz respeito aos filhos, estes últimos terão sempre seus direitos e garantias protegidos e respeitados.

Conforme Sergio Luiz Kreuz¹¹:

A nova ordem jurídica, em especial, a partir da Constituição Federal de 1988, embora recepcionando e conferindo especial proteção à instituição do casamento, deixou este de ser a forma única de constituição da família. A Constituição confere status de família à “união estável entre homem e mulher, bem como à comunidade formada por qualquer dos pais e seus

¹¹ KREUZ, Sérgio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 43.

descendentes” (art. 226, §§ 3º e 4º). Mais do que isso; a Constituição Federal reconheceu, também, outros modelos familiares atípicos, com vistas à proteção jurídica dos sujeitos que as integram e nela desenvolvem suas personalidades.

No entendimento de entidade familiar, uma evolução a ser destacada é o reconhecimento da união de homossexuais, e com essa inovação, os casais começaram a exigir igualdade de direitos, no sentido de poderem formar uma família com filhos.

Assim, em recente decisão a 3º turma do Superior Tribunal de Justiça¹², reconheceu que casais homossexuais têm o direito de adotar filhos, a fim de constituir uma unidade familiar, e estes casos serão sempre discutidos e analisados

¹² CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO HOMOAFETIVA. PEDIDODE ADOÇÃO UNILATERAL. POSSIBILIDADE. ANÁLISE SOBRE A EXISTÊNCIA DEVANTAGENS PARA A ADOTANDA. I. Recurso especial calcado em pedido de adoção unilateral de menor, deduzido pela companheira da mãe biológica da adotanda, no qual se afirma que a criança é fruto de planejamento do casal, que já vivia em união estável, e acordaram na inseminação artificialheteróloga, por doador desconhecido, em C.C.V. II. Debate que tem raiz em pedido de adoção unilateral - que ocorre dentro de uma relação familiar qualquer, onde preexistia um vínculo biológico, e o adotante queira se somar ao ascendente biológico nos cuidados com a criança -, mas que se aplica também à adoção conjunta- onde não existe nenhum vínculo biológico entre os adotantes e oadotado. III.A plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas, afirmada pelo STF (ADI 4277/DF, Rel. Min.Ayres Britto), trouxe como corolário, a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional, o que torna o pedido de adoção por casal homoafetivo, legalmente viável. IV. Se determinada situação é possível ao extrato heterossexual dapopulação brasileira, também o é à fração homossexual, assexual outransexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza que são abraçados, em igualdade de condições, pelos mesmos direitos e se submetem, de igual forma, às restrições ou exigências da mesma lei, que deve, em homenagem ao princípio da igualdade, resguardar-se de quaisquer conteúdos discriminatórios. V. Apesar de evidente a possibilidade jurídica do pedido, o pedido de adoção ainda se submete à norma-princípio fixada no art. 43 do ECA, segundo a qual "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando". VI. Estudos feitos no âmbito da Psicologia afirmam que pesquisas"(...) têm demonstrado que os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães heterossexuais. O ambiente familiar sustentado pelas famílias homo e heterossexuais para o bom desenvolvimento psicossocial das crianças parece ser o mesmo". (FARIAS, Mariana de Oliveira e MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi in: Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da Psicologia jurídica. Curitiba: Juruá,2009, pp.75/76). VII. O avanço na percepção e alcance dos direitos da personalidade, em linha inclusiva, que equipara, em status jurídico, grupos minoritários como os de orientação homoafetiva - ou aqueles que têm disforia de gênero - aos heterossexuais, traz como corolário necessário a adequação de todo o ordenamento infraconstitucional para possibilitar, de um lado, o mais amplo sistema de proteção ao menor - aqui traduzido pela ampliação do leque de possibilidades à adoção - e, de outro, a extirpação dos últimos resquícios de preconceito jurídico - tirado da conclusão de que casais homoafetivos gozam dos mesmos direitos e deveres daqueles heteroafetivos.VII. A confluência de elementos técnicos e fáticos, tirados da i) óbvia cidadania integral dos adotantes; ii) da ausência de prejuízo comprovado para os adotados e; iii) da evidente necessidade de se aumentar, e não restringir, a base daqueles que desejam adotar, em virtude da existência de milhares de crianças que longe de quererem discutir a orientação sexual de seus pais, anseiam apenas por um lar, reafirmam o posicionamento adotado pelo Tribunal de origem, quanto à possibilidade jurídica e conveniência do deferimento do pleito de adoção unilateral. Recurso especial NÃO PROVIDO. (STJ - REsp: 1281093 SP 2011/0201685-2, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 18/12/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/02/2013)

a luz dos princípios da igualdade, do melhor interesse da criança e da afetividade, entre outros.

Dessa forma, o princípio do pluralismo das entidades familiares não é só o casamento que é reconhecido como entidade familiar, mas todas as formas existentes na legislação constitucional ou infraconstitucional, e com isso refletindo nas garantias em relação aos filhos.

2.2.4 Princípio da Afetividade

O princípio da afetividade é um princípio constitucional de grande valor, e para melhor compreendê-lo é necessário traçar uma trajetória histórica.

No início dos tempos, o chefe da família era o homem – pai, que exercia poderes de natureza quase absoluta em relação aos outros integrantes da família, o chamado pátrio poder. Nessa época, não se cogitava o princípio da afetividade, até porque o homem cometia, por vezes, muitos abusos contra a mulher e os filhos, e estes últimos eram tratados como seres inferiores, sem nenhuma garantia de direitos.

Atualmente, tal princípio encontra base no artigo 226, §§3º e 6º e artigo 227, caput e §1º ambos da Constituição Federal, e no artigo 1.511 do Código Civil de 2002, este último especialmente, ao tratar, em seu texto da expressão comunhão plena de vida.

Dessa forma, mesmo ocorrendo à ruptura da comunhão plena de vida, e conseqüentemente dos laços conjugais, os laços afetivos entre pais e filhos não podem ser rompidos, pois não ocorrerá a quebra do direito a convivência familiar.

Para Guilherme Gama¹³: “(...) por exemplo, ainda que posteriormente haja desafeição entre pai e filho socioafetivos, deve-se entender pela impossibilidade da desconstituição do vínculo devido à própria ideia da indisponibilidade do estado de filiação”.

Na sociedade atual, cada vez mais o afeto deve estar regendo as relações familiares entre pais e filhos, pois seria uma afronta ao interesse do menor não permitir que este esteja sempre perto de seus pais e familiares, a fim de receber

¹³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, op. cit., p. 84.

todo o amor, carinho e atenção para o perfeito desenvolvimento moral, físico e psíquico.

Além disso, atualmente os direitos dos filhos (criança/adolescente) são constitucionalmente protegidos e o princípio da afetividade vem de encontro com essas normas, e representa função básica para manter a entidade familiar unida e defender o direito a convivência familiar.

2.2.5 Princípio da Convivência Familiar

Outro princípio de alta relevância para a presente pesquisa é o princípio da convivência familiar, que está expressamente previsto no artigo 227, caput da Constituição Federal de 1988, através do qual a criança/adolescente, tem o direito garantido de ser criado pela família (pai e mãe, ou apenas um dos genitores).

No plano internacional, importante destacar a Convenção dos Direitos da Criança, cujo texto dispunha que: “a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão”. (Convenção dos Direitos da Criança, 1989).

O direito a convivência familiar abrange três situações: quando a criança é criada em uma entidade familiar por ambos os progenitores, independente do formato da entidade familiar, de acordo com o princípio do pluralismo das entidades familiares; no caso da ruptura dos laços entre os companheiros; e ainda nas hipóteses em que os pais não possuem as mínimas condições de cuidar e gerir a vida dos filhos, sendo a criança colocada em família substituta. Nesse último caso, em busca sempre da convivência familiar, o Juiz buscará deixar o menor com algum parente próximo, ou com quem tenha maior afetividade.

A situação mais difícil em manter a convivência familiar é no caso da dissolução das relações amorosas, pois geralmente há a quebra da entidade familiar.

Ocorre que o direito a convivência familiar é do filho e não de seus genitores, por isso a importância de manter o relacionamento do filho com o genitor após o rompimento do relacionamento conjugal.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 227 dispõe que:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.¹⁴

Assim, tem-se que a CF/88, diz que é dever da família, ou seja, dos genitores, assegurar a criança o direito a convivência familiar. E o que tem ocorrido na prática, e que cessado os laços amorosos entre os pais, um deles fica com a guarda do filho, impossibilitando na maioria das vezes a continuidade do direito a convivência familiar.

Acontece que por diversas vezes, apesar do direito do filho estar garantido constitucionalmente este é violado, pelo genitor não guardião, que não se preocupa em manter um relacionamento com seu filho, após o rompimento dos laços amorosos com o outro genitor, e de outra forma, o genitor guardião acaba por não incentivar tal relacionamento e por vir a obstar o direito do outro em fazer parte da vida, educação e desenvolvimento do filho.

O direito a convivência familiar é um direito voltado aos filhos de continuarem a relação de afeto com seus genitores nas situações, de ruptura do casamento ou da união estável, ou ainda, nas hipóteses em que os pais mantiveram apenas uma relação de cunho sexual, gerando filhos.

Assim, a Constituição Federal e outras normas jurídicas trazem disposições legais, a fim de, assegurar o direito do menor a convivência familiar no seio da família, e com o intuito de que sejam criados e educados por ambos os genitores e deles possam receber todo o amor e carinho necessários para o desenvolvimento da criança ou adolescente.

2.2.6 Princípio da Solidariedade Familiar

Este princípio é fundamental para uma convivência familiar saudável, a solidariedade está presente nas relações interpessoais e nas relações familiares encontra-se mais acentuada, deve haver reciprocidade e assistência mútua entre as pessoas na sua aplicação.

¹⁴ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Maria Helena Diniz¹⁵ salienta que:

Aproveita-se a lei da solidariedade no âmbito das relações familiares. Ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão. Basta atentar que, em se tratando de crianças e adolescentes, é atribuído primeiro a família, depois a sociedade e finalmente ao Estado o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação (CF 227). Impor aos pais o dever de assistência aos filhos decorre do princípio da solidariedade (CF 229). O dever de amparo as pessoas idosas dispõe do mesmo conteúdo solidário (CF 230).

A lei estabelece deveres que decorrem das relações familiares e a solidariedade familiar “culmina por determinar o amparo, a assistência material e moral recíproca, entre todos os familiares, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana”.¹⁶

Portanto, a solidariedade familiar está em consonância com todos os princípios aplicáveis ao direito de família e principalmente ao da dignidade da pessoa humana, ela é o fundamento para que não ocorra o desamparo perante um ente familiar em situações que envolvam rompimentos e quebras de laços de afetividade.

¹⁵ DIAS, Maria BERENICE. **Manual de Direito das Famílias**. 9ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2013, p. 69.

¹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 95.

3 PODER FAMILIAR

3.1 Histórico do Poder Familiar

As origens históricas do poder familiar são tão remotas, que começaremos a estudar esse tema a partir da época dos romanos, onde o poder familiar era tratado como Pátrio Poder ou *pater famílias*.

O *pater famílias*, era o poder exercido pelo pai, por ser o chefe da família, assim o homem tinha a autoridade de tomar todas as decisões familiares que diziam respeito à mulher e filhos.

A mulher e os filhos eram considerados como uma propriedade do homem, e a barbaridade cometida contra os filhos eram tamanhas, que o pai poderia dispor da vida deles, mata-los, vende-los, doa-los e maltratá-los.

Nesse período era muito comum, quando a família estava passando por dificuldades financeiras, o pai vender o filho, para angariar dinheiro e manter o restante da família. Poderia passados cinco anos recuperar o poder de pai, assim, essa situação era entendida como uma suspensão temporária do pátrio poder.

Com o surgimento do cristianismo, o pai continuou a ser reconhecido como único chefe da família, mas alguns atos de barbárie foram proibidos, como vender e matar os filhos, somente a partir de então que tais atos começaram a serem punidos.

Também foi na época do cristianismo, que houve um avanço quanto aos direitos dos filhos, pois já era normal que os pais cuidassem da educação de seus filhos, bem como a orientação religiosa.

Na época pós-moderna e contemporânea, houve uma grande modificação no entendimento familiar, visto que os casamentos e as uniões não aconteciam mais por determinação dos pais, ou por conveniência, e começaram a se formar entidades familiares construídas pelo amor e afeto.

Segundo Sergio Luiz Kreuz¹⁷:

Desaparece, portanto, a família patriarcal, caracterizada como uma unidade de produção e nasce a nova família, fundada em relações de afeto, de igualdade, de respeito e não mais sustentada por valores religiosos, políticos, morais, etc.

¹⁷ KREUZ, Sérgio Luiz, op. cit., p. 42.

Juntamente com a mudança de visão de direitos entre homens e mulheres, mudou-se o entendimento também em relação aos filhos, pois ambos os pais eram responsáveis por estes, desaparecendo aos poucos a ideia de pai autoritário e único chefe da família.

3.2 Poder Familiar no Direito Brasileiro

No Brasil, o primeiro registro do tema pátrio poder foi trazido através das ordenações do reino, em 1823, onde o homem ainda era considerado único chefe da família.

Conforme a doutrinadora Ana Maria Milano Silva¹⁸:

Tais papéis, atribuídos aos casais, reservavam assim, à mulher, a tarefa da educação dos filhos, cabendo ao homem, além de prover a família, expressar sua autorização a respeito das decisões familiares, visto possuir o título de chefe de família.

Com o passar do tempo, as legislações foram evoluindo quanto ao entendimento de pátrio poder, e de quem o exerceria, e o Código Civil de 1916, em seu artigo 380, já passou a adotar a expressão “colaboração”, vejamos:

Art. 380, Código Civil de 1916: Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

Parágrafo único: Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência”¹⁹

Isto posto, tem-se que apesar da evolução na legislação, fazendo constar a possibilidade da mulher colaborar com o marido na educação dos filhos, a partir do parágrafo único, fica claro que ainda prevalecia o entendimento de que o homem tem predominância sobre os filhos.

A Constituição Federal de 1988, ao tratar da família, dispõe que o homem e a mulher tem igualdade de direitos e deveres na sociedade conjugal, ou seja, a

¹⁸ SILVA, Ana Maria Milano. **A Lei sobre a Guarda Compartilhada**. 3º Ed. São Paulo: J.H.Mizuno, 2012, p. 17.

¹⁹

Constituição afasta a subordinação que existia da mulher frente ao marido, e iguala os direitos e deveres em relação aos filhos²⁰.

Outra importante mudança foi quanto à extinção da expressão “durante o casamento”, pois se tem que o pátrio poder do pai e da mãe em relação aos filhos independe do casamento ou da união estável.

Após as alterações legislativas o termo pátrio poder sofreu alterações passando a ser chamado de poder familiar.

O conceito de poder familiar para a doutrinadora Ana Maria Milano Silva²¹, é de que:

O pátrio poder é hoje aceito e denominado como poder familiar, como conjunto de direitos e obrigações sobre a prole, decorrente de uma relação conjugal ou somente sexual, ou ainda de uma adoção. Talvez até mais obrigações que direitos, em grau igualitário entre o pai e a mãe.

O Estatuto da Criança e do Adolescente veio também dispor sobre a proteção integral à criança e ao adolescente, conforme artigo 1º da Lei 8.069 de 1990.

O artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente profere que:

Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.²²

O Senado Federal, através da emenda nº 278, modificou a palavra pátrio poder, para poder familiar, a fim de atender a evolução da sociedade quanto ao tema.

O Código Civil de 2002, a partir do artigo 1.630 e seguintes, traz um capítulo que trata somente do poder familiar. Neste capítulo os artigos elencam que o poder familiar deve ser exercido por ambos os pais, e que caso os pais venham a se divorciar ou haja dissolução da união estável, estes continuam a possuir os mesmos direitos e deveres em relação aos filhos, salvo os casos em que os pais não acordam quanto à guarda dos filhos.

²⁰ Artigo 226, §5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

²¹ SILVA, Ana Maria Milano, op. cit., p. 23 e 24.

²² BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

“Art. 1.632 do Código Civil. A 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”.²³

Tem-se clara a aplicação pelo código civil dos princípios básicos do direito de família como o princípio da igualdade material, princípio da parentalidade e ainda o princípio do pluralismo das entidades familiares.

A doutrinadora Ana Silva²⁴ dispõe que:

Os direitos de ambos os genitores ao serem exercitados passaram a ser entendidos como Direitos Fundamentais, constitucionalmente protegidos. As alterações, sob este prisma, surgiram pela igualdade entre homem e mulher, pela igualdade entre filhos de qualquer origem, protegidos sem discriminação, pela união estável comparável ao casamento e, finalmente, pela própria transformação gradual da sociedade familiar em si mesma.

Dessa forma, evidencia-se que as alterações no modo de vida da sociedade, e principalmente na amplitude de garantias em face da mulher e filhos, fizeram com que houvesse a necessidade de alterar normas, a fim de oportunizar igualdade de direitos e deveres dos homens e mulheres sobre o poder familiar.

3.3 Direitos e Deveres do Poder Familiar

O poder familiar, já devidamente conceituado acima, atribui aos pais, direitos e deveres em relação à pessoa dos filhos.

Diante disso, importante fazer menção ao artigo 1.634 do Código Civil de 2002, que elenca um rol desses direitos e deveres:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

I - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

²³ BRASIL. **Código Civil de 2002**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

²⁴ SILVA, Ana Maria Milano, op. cit., p. 21 e 22.

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VI - 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; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

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

Faz-se indispensável, tratar especificamente dos incisos mais relevantes para a presente pesquisa, com foco no cumprimento desses direitos e deveres após o rompimento amoroso entre os pais.

3.3.1 Dirigir-lhes a Criação e Educação

É dever de ambos os genitores, em virtude do poder familiar, e direito da criança, ser criado e educado pelos pais. Nesse inciso o legislador não quis tratar apenas da educação oferecida pela escola, mas principalmente a educação proporcionada pelos pais, visando englobar todos os pontos necessários para o crescimento da criança/adolescente em sociedade.

O direito–dever de criação e educação, também possui amparo legal nas seguintes normas: artigo 22 do Estatuto da Criança e Adolescente e artigo 229 da Constituição Federal de 1988, as quais entendem que:

Art. 22 do ECA: Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Art. 229 da CF/88: Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Assim, resta claro que o dever de criação e educação dos filhos é tão importante que possui também garantia constitucional.

Na visão de Paulo Lôbo²⁵:

A noção de educação seria ampla, incluindo a educação escolar, moral, política, profissional, cívica e a formação dada em família e em todos os ambientes que contribuíssem para a formação do filho menor como pessoa em desenvolvimento e incluiria, ainda, todas as medidas que permitissem ao filho aprender a viver em sociedade.

O legislador ainda, quando incluiu nesse inciso o termo criação, pretendeu proporcionar direito básico, fundamental e também constitucional, de permitir que a criança seja criada por ambos os genitores, permitindo que cada um deles possa orientar seus filhos da melhor maneira, visando o seu pleno desenvolvimento físico, garantindo-lhe o sustento (roupas e alimento), a saúde e os cuidados necessários ao seu crescimento e sobrevivência.

Ocorre que enquanto os pais estão unidos amorosamente, é plenamente possível exercer esse direito advindo do próprio poder familiar, mas quando há ruptura do laço amoroso, o genitor não guardião enfrenta dificuldades em exercer seus direitos.

Nesse ínterim, faz-se necessário analisar que as situações que envolvem ruptura conjugal, com o afastamento de um dos cônjuges do lar, por vezes acaba afastando este cônjuge do convívio com o filho, fruto desta relação, e as consequências deste afastamento podem ocasionar sérios danos no desenvolvimento físico e psíquico da criança e do adolescente.

Para Maria Albuquerque Quintas²⁶:

Portanto, se um dos pais perde a guarda, o perderá. Se a guarda for compartilhada, estará salvaguardado o direito-dever de ambos os pais. Na guarda alternada, os pais poderão educar os filhos, mas ambos a sua maneira, enquanto detiverem a guarda e a sua companhia.

Assim, observa-se que a guarda compartilhada, é a modalidade que mais preserva o direito dos pais em acordarem na criação e educação dos filhos, e estes últimos em ter em sua companhia ambos os genitores, pois, por exemplo, no caso da guarda unilateral, quem criará e educará o filho diariamente e da forma que

²⁵ LÔBO, Paulo. Código Civil Comentado. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 209.

²⁶ QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 35.

melhor se aprouver é quem detém a guarda, e o outro pai poderá apenas fiscalizar se não há excessos na educação e criação do filho.

3.3.2 Exercer a Guarda unilateral ou compartilhada nos termos do artigo 1.584 Código Civil

Com a redação dada pela Lei 13.058/2014, o inciso II do artigo 1.634 do Código Civil, alterou o seu texto para seguinte forma: “exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do artigo 1.584”.

A redação antiga mencionava “tê-los em sua companhia e guarda”. Os termos companhia e guarda são distintos. A companhia é direito inerente do exercício do poder familiar, e a guarda não, ou seja, ambos os genitores tem direito garantido em ter a companhia dos filhos, porém nem sempre é possível que ambos detenham a guarda deles.

O direito de guarda compreende ainda, o dever de vigilância sobre os filhos, afim de, orientá-los da melhor forma.

Waldyr Grisard²⁷, profere que:

O dever de fiscalização, como algo a mais que a guarda, traduz-se no cuidado e na diligência dos pais ao integral desenvolvimento dos filhos. Por isso estão eles autorizados a proibir que os filhos mantenham relações com determinadas pessoas, que frequentem certos ambientes, que participem de espetáculos inadequados, que tenham acesso a leitura imprópria a sua idade. Decorre disso, poderem os pais vigiar a correspondência do menor, conforme o respeito devido ao filho e seu grau de maturidade, fixar-lhes horários para estudos, trabalho e lazer, bem como zelar por sua saúde.

Para compreender melhor o tema, no modelo de guarda alternada por exemplo, cada genitor, no seu período possui a guarda e a companhia do filho. Mas, no modelo de guarda unilateral, um dos genitores detém a guarda, e ao outro fica assegurado o direito de companhia através do regime de visitas.

A guarda compartilhada é o modelo que assegura o melhor interesse da criança/adolescente, pois ambos os genitores compartilham da guarda e da companhia de seus filhos.

²⁷ GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada - **Um novo modelo de responsabilidade parental**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 50.

3.3.3 Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição

O inciso IX, do artigo 1.634 do Código Civil de 2002, trata da obediência e do respeito dos filhos para com os pais.

O direito de obediência e respeito está diretamente ligado ao dever de criação e educação da prole, ou seja, é dever dos pais criar e educar os filhos de tal maneira que estes entendam o valor das lições passadas, e respeitem a visão de sociedade lecionada pelos pais.

Ainda, a obediência e o respeito são necessários para que os pais possam exercer com plenitude o poder familiar.

Quanto a última parte do inciso que fala “dos serviços próprios de sua idade e condição”, estes devem ser entendidos historicamente, pois antigamente era comum e possível os filhos ajudarem os pais no sustento da casa, e a única orientação era de que deveria ser observada a idade e condição da criança/adolescente para aquele trabalho.

A possibilidade de obrigar os filhos a trabalharem conforme sua condição vai contra o princípio fundamental do direito de família, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana. Ainda, o artigo 60 do ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente elenca que: “É proibido qualquer trabalho a menores de quatorze anos de idade, salvo na condição de aprendiz”.

Atualmente, a disposição legal do artigo 1.634, IX do CC, deve ser interpretada de outra forma, pois para a criança/adolescente seria permitido apenas ajudar os pais nos trabalhos domésticos, desde que estes trabalhos sejam compatíveis com sua idade, e de maneira que não atrapalhem seus estudos e suas atividades extracurriculares e após os quatorze anos de idade é permitido que os adolescentes laborem na condição de menor aprendiz.

4 CONSIDERAÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

4.1 Conceito e natureza jurídica

A responsabilidade civil está diretamente ligada a conduta humana, ou seja, “apenas o homem, portanto, por si ou por meio das pessoas jurídicas que forma, poderá ser civilmente responsabilizado”.²⁸

Nesse contexto, o ilustre Pablo Stolze Gagliano²⁹, afirma:

(...) da conduta humana, positiva ou negativa (omissão), guiada pela vontade do agente, que desemboca no dano ou prejuízo. (...) O núcleo fundamental, portanto, da noção de conduta humana é a voluntariedade, que resulta exatamente da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz.

O tema responsabilidade civil como se sabe, é de grande relevância para o estudo do Direito, e é disciplinada “no livro I da Parte Especial do Código Civil, que trata das obrigações. O regramento está no título IX, capítulos I e II – “Da obrigação de indenizar” e “Da indenização”³⁰. Tem na sua regra geral que, “é aquele que impõe a quem causa dano a outrem o dever de o reparar, sendo que tal princípio se encontra, registrado na conjunção dos artigos 186 e 927 do Código Civil”.³¹

Deve-se entender o que significa responsabilidade no seu conceito geral, para após analisar especificamente a responsabilidade civil.

Na lição de Maria Helena Diniz³², responsabilidade civil é:

(...) a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

Segundo Rui Stoco³³:

²⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil, vol. III.** 4º ed. Saraiva. Salvador. 2006. p. 27.

²⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze, idem, p. 27.

³⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil.** 2º ed. 2006. Rio de Janeiro. Forense. p.27.

³¹ RODRIGUES, Silvio. **Responsabilidade Civil.** 20º ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 13.

³² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil. Volume 7.** São Paulo: Saraiva, 2015, p. 51.

³³ STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua interpretação Jurisprudencial.** 1999.4 ed. Revista dos Tribunais. p. 59.

(...) a noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém por seus atos danosos.

Nesse sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho³⁴, prelecionam que quando se fala em responsabilidade significa dizer:

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada – um dever jurídico sucessivo – de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados.

Verifica-se que conforme entendimento doutrinário, a responsabilidade ocorre a partir do momento em que há obrigação de indenizar, pelo fato de ter ocorrido um ato ilícito ou um dano.

Pelo entendimento de Silvio Salvo Venosa³⁵, o termo responsabilidade “é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato, ou negócio danoso”.

Desta forma, seguindo a linha de pensamento do referido autor, na responsabilidade civil sempre haverá a obrigação de indenizar, a de reparar o dano causado.

A responsabilidade surge segundo Rui Stoco³⁶, quando “alcançar direito de terceiro, ou ferir valores básicos da coletividade, o agente deve arcar com as consequências”.

E, mais adiante continua o ilustre autor³⁷:

A responsabilidade civil gera uma obrigação, a qual é de indenização, devido a uma pessoa causar prejuízos a outra, por fato próprio, de pessoas ou coisas. Esta só vai se concretizar quando houver certeza que houve o dano.

Na mesma linha de raciocínio, salienta Washington de Barros Monteiro³⁸:

³⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze, *ibidem*, p. 03.

³⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Responsabilidade Civil**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.p 01

³⁶ STOCO, Rui, *ibidem*, p. 128.

³⁷ STOCO, Rui, *ibidem*, p. 39.

³⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações**. 2003.Saraiva. p.448.

(...) a teoria da responsabilidade civil visa ao restabelecimento da ordem ou equilíbrio pessoal e social, por meio da reparação dos danos morais e materiais oriundos da ação lesiva a interesse alheio, único meio de cumprir-se a própria finalidade do direito, que é viabilizar a vida em sociedade, dentro do conhecimento ditame de *neminem laedere*.

De fato, que a responsabilidade civil está inserida no dia-a-dia de uma sociedade, e que depende de vários pressupostos para se concretizar, porém é fundamental salientar que:

(...) independentemente do princípio que deva prevalecer, importa reconhecer que se não houver um nexo de imputação (quer ele seja a culpa do agente, que seja o risco da sua atividade), não surgirá obrigação de indenizar.³⁹

E mais adiante, continua Fernando Noronha⁴⁰:

Quando não houver culpa atribuível a alguém e, além disso, não houver uma pessoa que deva arcar com o risco do dano ocorrido, também não existirá responsabilidade, sendo o prejuízo suportado pelo dono.

Portanto, conclui-se que para ocorrer à responsabilidade de reparar o dano, é necessário que a vítima prove a culpa do agente causador do dano ou “então que exista norma específica (ainda que de origem jurisprudencial) fazendo recair sobre ela o risco de dano”⁴¹, pois, “para que haja a imposição do dever de indenizar, a referida atuação lesiva deva ser contrária ao direito, ilícita ou antijurídica”⁴².

Feitas as considerações iniciais sobre a responsabilidade, passará agora a delinear os elementos necessários para a sua caracterização e uma análise dos pontos mais importantes e discutidos na doutrina, conforme será exposto a seguir.

4.2 Pressupostos da Responsabilidade Civil⁴³

Para a configuração da responsabilidade, é necessário que haja pressupostos para caracterizar a mesma, e conforme cita Silvio Rodrigues, há a existência de quatro pressupostos, quais são: ação ou omissão do agente; culpa ou dolo do

³⁹ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações. V.01**. Saraiva. São Paulo. 2003. Pgs. 436 e 437.

⁴⁰ NORONHA, Fernando, *idem*, p. 437.

⁴¹ NORONHA, Fernando, *idem*, p. 437.

⁴² GAGLIANO, Pablo Stolze, *ibidem*, p. 31.

⁴³ RODRIGUES, Silvio, *op. cit*, pgs. 14, 15, 16, 17 e 18.

agente; relação de causalidade e dano experimentado pela vítima, os quais serão analisados a seguir.

4.2.1 A ação ou omissão do agente

Este pressuposto está diretamente relacionado ao comportamento do agente, pois a responsabilidade pode decorrer de ato próprio, ato de terceiro e por danos causados por coisas sob a guarda do agente.

Maria Helena Diniz⁴⁴ sustenta:

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

Quando se fala em responsabilidade por ato próprio, é aquela que decorre da própria ação do agente, ou seja, há infringência de um dever legal ou de algum regramento social que prejudica outrem, conseqüentemente gerando a obrigação de reparar.

A responsabilidade pode decorrer de atos de terceiro, que é quando uma pessoa responde por dano causado a outra pessoa, mas não decorrente de seu ato próprio, por exemplo, o pai responde pelos atos praticados pelos seus filhos menores, desta forma, se o filho praticar um dano a outrem, quem será responsável pelo dever de indenizar será o pai.

A responsabilidade civil pode decorrer de um ato lícito ou ilícito praticado pelo agente, a “decorrente de ato ilícito baseia-se na ideia de culpa, e a responsabilidade sem culpa funda-se no risco, que se vem impondo na atualidade, principalmente ante a insuficiência da culpa para solucionar todos os danos.”⁴⁵

4.2.2 Culpa ou dolo do agente

O elemento culpa é caracterizado como regra geral da responsabilidade civil, ou seja, o agente causa dano a outrem, através de uma conduta que infringe a

⁴⁴ DINIZ, Maria Helena, op. Cit, p. 56.

⁴⁵ DINIZ, Maria Helena, idem, p. 56.

norma jurídica, devido a sua atitude negligente, imprudente ou de imperícia e encontra seu respaldo legal no artigo 186 do Código Civil/02⁴⁶.

O dolo também está presente no artigo 186 do Código Civil de 2002 e no dizer de Carlos Roberto Gonçalves é “a violação deliberada, consciente, intencional, do dever jurídico”.⁴⁷

O dispositivo legal acima mencionado trata da responsabilidade civil onde há ocorrência de culpa do agente, “estabelece esse diploma legal o ilícito como fonte da obrigação de indenizar danos causados à vítima. Logo, a lei impõe a quem o praticar o dever de reparar o prejuízo resultante.”⁴⁸

Carlos Roberto Gonçalves⁴⁹ salienta:

Ao se referir à ação ou omissão voluntária, o art. 186 do Código Civil cogitou do dolo. Em seguida, referiu-se à culpa em sentido estrito, ao mencionar a “negligência ou imprudência”. Dolo e a violação deliberada, intencional, do dever jurídico. A culpa consiste na falta de diligência que se exige do homem médio. Para que a vítima obtenha a reparação do dano, exige o referido dispositivo legal que prove dolo ou culpa *stricto sensu* (aquiliana) do agente (imprudência, negligência ou imperícia), demonstrando ter sido adotada, entre nós a teoria subjetiva.

O ato ilícito expresso no artigo 186 do Código Civil de 2002 é o ponto determinante para a verificação da responsabilidade civil subjetiva, pois é “O dever de indenizar vai repousar justamente no exame de transgressão ao dever de conduta que constitui o ato ilícito”.⁵⁰

Nos casos em que a responsabilidade tem como foco o pressuposto culpa, a vítima lesionada deverá provar a conduta do agente causador do dano⁵¹, tornando-se uma situação complicada, pois em algumas situações é quase impossível a vítima obter provas suficientes, não atingindo seu objetivo final que é a indenização, exceto os casos em que a responsabilidade civil funda-se no risco.

⁴⁶ “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

⁴⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.66.

⁴⁸ DINIZ, Maria Helena, op. cit., p. 57.

⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: parte geral (Sinopses jurídicas)**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 191.

⁵⁰ VENOSA, Silvio de Salvo, op. cit., p. 24.

⁵¹ RESPONSABILIDADE CIVIL. ATROPELAMENTO. CULPA. ÔNUS DA PROVA. A responsabilidade civil decorrente de atropelamento impescinde da demonstração de conduta em desacordo com o dever objetivo de cuidado daquele indicado como causador do dano, **recaindo sobre a vítima o ônus probatório nesse sentido**. Negado provimento ao recurso. (TJ-RJ - APL: 116738520058190203 RJ 0011673-85.2005.8.19.0203, Relator: DES. EDSON VASCONCELOS, Data de Julgamento: 26/10/2011, DECIMA SETIMA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 03/11/2011).

Porém, há situações em que a lei não exige a comprovação da culpa do agente, que é o caso da responsabilidade objetiva, nestes casos, “o ato ilícito mostra-se incompleto, pois é suprimido o substrato da culpa”.⁵²

4.2.3 Relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima

Para que haja a obrigação de reparar é necessário que exista a relação entre a ação do agente e o dano causado a vítima. Pois se não existir esta relação de causalidade, não há o que se falar em obrigação de reparar o dano causado, “se houve o dano mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar”.⁵³

A existência do dano é imprescindível, pois “é um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, visto que não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo.”⁵⁴

Ainda, a referida autora⁵⁵ nos ensina que:

O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se “nexo causal”, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexo representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa. Todavia, não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. Este poderá não ser a causa imediata, mas, se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência.

Se a vítima não conseguir comprovar esta relação, não vai adiantar de nada ela pleitear uma indenização, pois a mesma será um fracasso, é necessária a ocorrência do dano com a relação de causalidade.

Diante do exposto, verifica-se que deve ocorrer um desses quatro pressupostos para que haja a obrigação de indenizar, caso contrário, não há o que se falar em responsabilidade civil.

⁵² VENOSA, Silvio de Salvo, op. cit., p. 24.

⁵³ GONÇALVES, Carlos Roberto, **Responsabilidade Civil**, op. cit., p. 67.

⁵⁴ DINIZ, Maria Helena, op. cit., p. 77.

⁵⁵ DINIZ, Maria Helena, ibidem, p. 134.

4.3 Responsabilidade objetiva e a Teoria do Risco

O estudo da responsabilidade objetiva, seguido da sua Teoria, qual seja, do risco, será analisada adiante, demonstrando suas peculiaridades e finalidades.

Como se sabe, a responsabilidade civil objetiva é uma modalidade de responsabilidade recente no nosso ordenamento jurídico, nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁵⁶, esta responsabilidade:

(...) ganhou posição de destaque no novo Código Civil, refletindo a nova face da sociedade contemporânea, em que o risco, especialmente decorrente do avanço tecnológico, impôs uma mudança dos antigos paradigmas da lei anterior (...).

Para um melhor entendimento desta responsabilidade, faz-se um breve comentário da responsabilidade subjetiva, que é fundamentada na ideia de culpa, ou seja, o agente causador só vai ser obrigado a indenizar a vítima, se a mesma provar a culpa do agente.⁵⁷

Contudo, quando se trata da responsabilidade objetiva, há uma inversão total do conceito da subjetiva, pois basta que exista relação entre o dano sofrido pela vítima e o ato do agente para gerar o dever de indenizar, não sendo necessário provar a culpa do agente.⁵⁸

Neste sentido, Fernando de Noronha⁵⁹:

A responsabilidade civil objetiva, ou pelo risco, é obrigação de reparar danos, independentemente de qualquer idéia de dolo ou culpa. Ela nasce da prática de fatos meramente antijurídicos, geralmente relacionados com determinadas atividades (e por isso ainda sendo riscos de atividades “normalmente desenvolvidas pelo autor do dano” – cf. Cód. Civil, art. 927, parágrafo único).

E acrescenta em seguida, que o princípio do risco:

(...) como justificativa desta responsabilidade sem culpa, afirma-se que quem causa um dano, ou quem exerce determinadas atividades, deve reparar os danos sofridos pelas outras pessoas, porque se o ordenamento reconhece ou atribui a cada um de nós direitos incidentes sobre a nossa própria pessoa ou sobre determinados bens externos, não devem ser toleradas violações

⁵⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze, op. cit., p. 135.

⁵⁷ RODRIGUES, Silvio, op. cit., p. 11.

⁵⁸ RODRIGUES, Silvio, idem, p. 11.

⁵⁹ NORONHA, Fernando, op. cit., p. 485.

deles, mesmo quando a pessoa responsabilizada tenha procedido com todos os cuidados exigíveis. Se alguém tem de suportar o prejuízo, não deve ser a pessoa que era titular de direito.⁶⁰

Portanto quando se fala em responsabilidade civil objetiva é preciso entender que “não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano”⁶¹, ou seja, a vítima não precisa demonstrar provas sobre o dano que sofreu, como ocorre na responsabilidade subjetiva.

A responsabilidade objetiva está diretamente ligada à ideia de risco, ou seja, é o que chamam de risco criado, aquele que enfatiza que:

Quem exerce determinadas atividades, suscetíveis de causar danos a terceiros, terá, como contrapartida dos benefícios que aufera, de suportar os danos que sejam eventualmente ocasionados a outrem.⁶²

Assim, Fernando Noronha⁶³ elenca os três riscos de atividade da responsabilidade objetiva, que estão indiretamente dispostos no art. 927, parágrafo único⁶⁴, do Código Civil, quais são:

(...) o risco de empresa, o risco administrativo e o risco-perigo. Esses riscos podem ser sintetizados dizendo-se que quem exerce profissionalmente uma atividade econômica, organizada para a produção ou distribuição de bens e serviços, deve arcar com todos os ônus resultantes de qualquer evento danoso inerente ao processo produtivo ou distributivo, inclusive os danos causados por empregados e prepostos (...).

Portanto, conclui-se que a teoria da responsabilidade objetiva, não tem como fundamento a culpa, e sim, “leva-se em conta o dano, em detrimento do dolo ou da culpa”. Mas deve-se sempre observar que a responsabilidade objetiva vai ser admitida quando a lei permitir, ou seja, expressar em seu ordenamento.⁶⁵

⁶⁰ NORONHA, Fernando, *idem*, p. 485.

⁶¹ GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit.*, p. 21. 2002.

⁶² NORONHA, Fernando, *op. cit.*, p. 486.

⁶³ NORONHA, Fernando, *idem*, p. 486.

⁶⁴ Art. 927. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

⁶⁵ VENOSA, Silvio de Salvo, *op. cit.*, pgs. 12 a 15.

4.4 Responsabilidade subjetiva

A responsabilidade subjetiva tem seu fundamento na culpa, ou seja, o agente que causar o dano está agindo de forma negligente, imprudente e de imperícia.

Todavia, é interessante observar em qual momento da história, o elemento culpa ganhou relevância no campo da responsabilidade civil. A respeito desse tema, PABLO E RODOLFO⁶⁶, observam que:

(...) a inserção da culpa como elemento básico da responsabilidade civil aquiliana (...), foi incorporada no grande monumento legislativo da idade moderna, a saber, o Código Civil de Napoleão, que influenciou diversas legislações do mundo, inclusive o Código Civil brasileiro de 1916. Todavia, tal teoria clássica da culpa não conseguia satisfazer todas as necessidades da vida em comum. (...) Assim, dentro do próprio sistema se começou a vislumbrar na jurisprudência novas soluções, com a ampliação do conceito de culpa e mesmo o acolhimento excepcional de novas teorias dogmáticas. (...). Tais teorias, passaram a ser amparadas nas legislações mais modernas, sem desprezo total a teoria tradicional da culpa, o que foi adotado, mais recentemente, até mesmo pelo Novo Código Civil.

Assim, feitas estas considerações iniciais sobre a culpa, adiante será analisada a responsabilidade subjetiva, ressaltando e analisando suas peculiaridades e características no aspecto doutrinário.

Nesse sentido, vale ressaltar a lição de Sergio Cavalieri Filho⁶⁷, que ensina, “ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva”.

No dizer do ilustre Washington de Barros Monteiro⁶⁸, a responsabilidade subjetiva:

(...) pressupõe sempre a existência de culpa (lato sensu), abrangendo o dolo (pleno conhecimento do mal e direta intenção de o praticar) e a culpa (stricto sensu), violação de um dever que o agente podia conhecer e acatar, mas que descumpre por negligência, imprudência ou imperícia.

Nesse sentido, como observa Fernando Noronha⁶⁹, a responsabilidade subjetiva é:

⁶⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze, op. cit., p. 12.

⁶⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. Malheiros Editores. São Paulo. 2002. 3º ed. p. 33.

⁶⁸ MONTEIRO, Washington de Barros, op. cit., p. 449.

⁶⁹ NORONHA, Fernando, op. cit., pgs. 484 e 485.

(...) também chamada de responsabilidade civil por atos ilícitos, ou aquiliana, é obrigação de reparar danos causados por ações ou omissões intencionais (ou seja, dolosas), imperitas, negligentes ou imprudentes (isto é, culposas), que violem direitos alheios. É ela que constitui o regime-regra da responsabilidade civil, como está claro no art. 927, caput, do Código Civil.

Ainda, no dizer do referido autor⁷⁰:

Esta responsabilidade nasce de atos ilícitos, que são ações ofensivas de direitos alheios, proibidas pela ordem jurídica e imputáveis a uma pessoa de quem se possa afirmar ter procedido, culposamente, ou mesmo de forma intencional.

Desta forma, observando os ensinamentos doutrinários acima transcritos, verifica-se que a culpa é essencial para caracterizar a responsabilidade subjetiva. Contudo, é interessante verificar que a palavra culpa, está diretamente envolvida com a conduta do agente, ou seja, “é a conduta humana culposa, vale dizer, com as características de culpa, que causa dano a outrem, ensejando o dever de repará-lo”⁷¹.

Porém há várias distinções sobre a natureza e extensão da culpa, “culpa lata, leve e levíssima; culpa contratual e extracontratual ou aquiliana; culpa in eligendo e culpa in vigilando; culpa in committendo, in omittendo e in custodiendo e culpa in concreto e culpa in abstracto”⁷², o que será analisado minuciosamente abaixo.

E sobre estas distinções, Washington de Barros Monteiro⁷³ ensina:

(...) culpa lata ou grave é a falta imprópria ao comum dos homens, é a modalidade que mais se avizinha ao dolo. Culpa leve é a falta evitável com atenção ordinária. Culpa extracontratual ou aquiliana é a resultante da violação de dever fundado num principio geral de direito, como o de respeito à pessoa e aos bens alheios. Culpa contratual é a violação de determinado dever, inerente a um contrato. Culpa in eligendo é a oriunda de má escolha do empregado, do representante, ou do preposto, caracteriza-a, o fato de admitir ou de manter o empregador a seu serviço empregado não legalmente habilitado ou sem as aptidões requeridas. Culpa in vigilando é a que promana da ausência de fiscalização, quer relativamente a pessoas, quer no tocante à própria coisa. A culpa in committendo ocorre quando o agente pratica um ato positivo, enquanto a in omittendo decorre de sua abstenção. A culpa in custodiendo resulta da falta de cautela ou atenção em torno de alguma pessoa, animal ou objeto sob os cuidados do agente. Por fim, a culpa in abstracto requer comparação com o bônus pater famílias do direito romano e

⁷⁰ NORONHA, Fernando, idem, p. 485

⁷¹ CAVALIERI FILHO, Sergio, op. cit., p. 37.

⁷² MONTEIRO, Washington de Barros, idem, p. 449.

⁷³ MONTEIRO, Washington de Barros, op. cit., pgs. 449, 450 e 453.

a culpa in concreto, seu reconhecimento depende do exame de cada ato, de cada fato, atento as peculiaridades.

Devido a responsabilidade subjetiva estar diretamente fundada na ideia de culpa, é interessante fazer um breve comentário sobre o próprio conceito de culpa.

Conclui Rui Stoco⁷⁴ que:

(...) a culpa, genericamente entendida é, pois, fundo animador de ato ilícito, da injúria, ofensa ou má conduta imputável. Nessa figura encontram-se dois elementos: o objetivo, expressado na ilicitude, e o subjetivo, do mau procedimento imputável.

Quando se fala em culpa, no âmbito da responsabilidade civil, PABLO E RODOLFO⁷⁵, ressaltam que:

Esta culpa, por ter natureza civil, se caracteriza quando o agente causador do dano atuar com negligência ou imprudência, conforme cediço doutrinariamente, através da interpretação da primeira parte do art. 159 do Código Civil de 1916 (“Art.159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”), regra geral mantida, com aperfeiçoamentos, pelo art. 186 do Código Civil de 2002 (“Art. 186. 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 responsabilidade civil subjetiva é um grande instituto do ordenamento jurídico, é a partir de seus pressupostos que se verifica a existência ou não da obrigação de indenizar, pois surge esta responsabilidade, quando ocorre um desvio de conduta do ser humano, este violando uma norma do ordenamento jurídico.⁷⁶

4.5 Responsabilidade civil e penal

Quando se fala em responsabilidade jurídica deve-se ressaltar que ela abrange a responsabilidade civil e a criminal.⁷⁷ Nesses dois tipos de

⁷⁴ STOCO, Rui, op. cit., p. 66.

⁷⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze, op. cit., p. 13.

⁷⁶ WALD, Arnoldo. **Obrigações e Contratos**. 16° ed. Saraiva. São paulo. 2004. p. 691.

⁷⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil**. 18° ed.2004. Saraiva São Paulo. p.22.

responsabilidade, “o que se observa é a variabilidade do aspecto do conceito do ilícito”⁷⁸, conforme será exposto a seguir.

Silvio de Salvo Venosa⁷⁹ diferencia de forma sucinta o ato ilícito nas esferas civil e penal:

Como visto, o círculo dos atos ilícitos como fatos e atos humanos é muito mais amplo: o ilícito civil nem sempre configurará um conduta punível, descrita pela lei penal. No entanto, a ideia de transgressão do dever jurídico está presente em ambas as responsabilidades. Cabe ao legislador quando é oportuno e conveniente tornar a conduta criminalmente punível. Os ilícitos de maior gravidade social são reconhecidos pelo Direito Penal. O ilícito civil é considerado de menor gravidade e o interesse de reparação do dano é privado, embora com interesse social, não afetando, a princípio, a segurança pública.

No dizer de Maria Helena Diniz, a responsabilidade civil “requer prejuízo a terceiro, particular ou Estado”⁸⁰. Dando continuidade ao raciocínio, a responsabilidade civil:

“por ser repercussão do dano privado, tem por causa geradora o interesse em restabelecer o equilíbrio jurídico alterado ou desfeito pela lesão, de modo que a vítima poderá pedir reparação do prejuízo causado, traduzida na recomposição do status quo ante ou numa importância em dinheiro.”⁸¹

No âmbito da responsabilidade penal, a mesma vai ocorrer quando houver a violação de ordem pública, ou seja, de interesse de toda a sociedade, é uma “lesão aos deveres de cidadãos para com a ordem da sociedade, acarretando um dano social determinado pela violação da norma penal.”⁸² A própria sociedade é a parte que sofreu o prejuízo, devido a ação do ofensor.

Na responsabilidade penal não se fala em reparação do dano, e sim na sanção que vai ser aplicada ao agente que casou perturbação a ordem pública. Sendo-lhe imposta uma pena, através do órgão competente, “tendendo, portanto, à punição, isto é, ao cumprimento da pena estabelecida na lei penal.”⁸³

É importante demonstrar quais os pontos que diferenciam uma da outra. Neste sentido, Miguel Maria Serpa Lopes, estabelece as seguintes diferenças:

⁷⁸ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil. Fontes Acontratuais das obrigações e responsabilidade civil**. 5º ed. Freitas Bastos. Rio de Janeiro. 2001.p.162

⁷⁹ VENOSA, Silvio de Salvo, op. cit., p. 20.

⁸⁰ DINIZ, Maria Helena, op. cit., p.22.

⁸¹ DINIZ, Maria Helena, op. cit., p.22-23.

⁸² DINIZ, Maria Helena, idem, p. 22.

⁸³ DINIZ, Maria Helena, op. cit., p.22.

“A responsabilidade civil se diferencia da penal por conter um conceito mais amplo, abrangendo todos aqueles casos em que a um individuo se impõe realizar cobertura de um dano causado a outrem; A responsabilidade civil e a penal, quando decorrentes de um ilícito, são ontologicamente idênticas, embora diferentes em suas conseqüências; A responsabilidade criminal se preocupa com a sociedade, com o delinqüente, com a preservação da paz social; a responsabilidade civil tem em mira o prejuízo patrimonial, e onde este não se caracterizar, como num caso de tentativa da prática de um crime, ela não constitui objeto de qualquer ação; por isso que ambas as responsabilidades podem partir do mesmo ilícito, é claro que o julgamento dos fatos que dão lugar a ambas se entrelaçam de modo a acarretar a influencia de um julgamento em torno dos mesmos fatos sobre o julgamento do outro ilícito, isto é, determinando essas relações tão discutidas acerca da influencia da coisa julgada no crime sobre a ação civil e no ilícito penal, a pena é cominada em proporção a gravidade do crime, tomando-se em linha de conta a personalidade do delinqüente, os seus antecedentes, etc.; ao passo que no ilícito civil, nenhuma influencia o grau da culpa exerce no montante da indenização a ser paga, cuja realização se efetua na proporção do dano causado.”⁸⁴

Desta forma, conclui-se que a responsabilidade civil se caracteriza pela existência do dano, e pela obrigação de indenizar do agente à vitima prejudicada. Sendo que na responsabilidade penal, nem se fala em reparação patrimonial, mas sim em prevenção, para que não haja reincidência da conduta tipificada.

⁸⁴ LOPES, Miguel Maria Serpa, op. cit., p. 162.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS GENITORES PELO ABANDONO AFETIVO

5.1 Responsabilidade Civil nas relações familiares

Conforme já descrito no capítulo 4 do presente trabalho, a responsabilidade civil possui três elementos fundamentais: a conduta humana, o dano e o nexo de causalidade, além da culpa.

O que será analisado é como a responsabilidade civil se concretiza nas relações familiares no tocante ao abandono afetivo ocasionado por um dos genitores, quais são os atos ou condutas que podem imputar o dever de reparar entre os familiares.

A família é de fundamental importância na sociedade civil e por isso encontra respaldo no artigo 226⁸⁵, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Esta figura desde o seu surgimento até os dias atuais, vem sofrendo modificações na sua estrutura, devido ao surgimento de novos paradigmas na sociedade civil. E com toda mudança, o Judiciário deve se adaptar a essas novas realidades.

Contudo, as posições no tocante a responsabilização civil no Direito de Família divergem no Poder Judiciário, não existindo uma posição pacífica em determinados temas, “o direito de família ainda não tem nenhuma simpatia para com a doutrina da responsabilidade civil, e o Código Civil brasileiro mantém um conveniente silêncio acerca da responsabilidade civil nas relações familiares.”⁸⁶

A matéria responsabilidade civil nas relações familiares não está disciplinada em nenhuma lei, porém, conforme consta no acórdão do Recurso Especial nº. 1.159.242-SP no Superior Tribunal de Justiça, tendo como Relatora a Ministra Nancy Andrighi, não existem restrições legais para aplicação desta responsabilidade na seara familiar.⁸⁷

⁸⁵ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

⁸⁶ ROSA, Conrado Paulino da. CARVALHO, Dimas Messias de. FREITAS, Douglas Philips. **Dano Moral & direito das famílias**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012 apud MADALENO, Rolf. **Responsabilidade Civil na Conjugalidade e Alimentos Compensatórios**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. São Paulo, n. 13, 2010. P. 5-29.

⁸⁷ “Da existência do dano moral nas relações familiares. Faz-se salutar, inicialmente, antes de se adentrarmos mérito propriamente dito, realizar pequena digressão quanto à possibilidade de ser aplicada às relações intrafamiliares a normatização referente ao dano moral. Muitos, calcados em axiomas que se focam na existência de singularidades na relação familiar – sentimentos e emoções – negam a possibilidade de se indenizar ou compensar os danos decorrentes do descumprimento das

O ser humano no seu dia-a-dia deve zelar e praticar condutas que não gerem prejuízos a outras pessoas. A partir do momento em que a conduta de uma pessoa causa prejuízo a outrem, esta deverá ser responsabilizada, o que inclui as relações familiares.

No que diz respeito a indenização no direito de família, Clayton Reis explica que:

A indenização dos danos ocorridos no ambiente familiar, diferentemente do que se observa no ambiente contratual ou negocial, deverá restringir-se aos danos imateriais, ou seja, danos morais. Poderão, todavia, ocorrer situações raras em que seja possível a reparação por perdas e danos – danos emergentes e lucros cessantes. Nestes casos, a prova do prejuízo efetivo (danos emergentes) deverá ser objeto de prova real – diferentemente dos danos morais, que se tratam, segunda interativa doutrina e jurisprudência, de *danum in re ipsa*, ou seja, decorrente do fato lesivo – e, ainda, de lucros cessantes – o que razoavelmente o devedor deixou de lucrar, - que dependem de provas efetivas.⁸⁸

Na seara do Direito de Família, esta análise de reparação civil deve ser analisada com prudência e cautela, pois estas relações tem um forte vínculo de afetividade e para se imputar a uma pessoa o dever de reparar, deve ocorrer a configuração de um ato ilícito praticado com culpa, a existência de um dano e a demonstração do nexo causal entre ambos.⁸⁹

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁹⁰:

Nas relações de família, outrossim, considerando que os sujeitos envolvidos não estão exercendo qualquer atividade que implique, pela sua própria essência, risco a direito de outrem, a esmagadora maioria das situações fáticas demandará a prova do elemento “culpa”, a teor da regra geral definidora do ato ilícito, constante no art. 186 do CC.

obrigações parentais a que estão sujeitos os genitores. Contudo, não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família. Ao revés, os textos legais que regulam a matéria (art. 5,^o V e X da CF e arts. 186 e 927 do CC-02) tratam do tema de maneira ampla e irrestrita, de onde é possível se inferir que regulam, inclusive, as relações nascidas dentro de um núcleo familiar, em suas diversas formas. Assim, a questão – que em nada contribui para uma correta aplicação da disciplina relativa ao dano moral – deve ser superada com uma interpretação técnica e sistemática do Direito aplicado à espécie, que não pode deixar de ocorrer, mesmo ante os intrincados meandros das relações familiares.” (REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012)

⁸⁸ REIS, Clayton. **Dano moral**. 5^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Pg.84.

⁸⁹ ROSA, Conrado Paulino da. CARVALHO, Dimas Messias de. FREITAS, Douglas Philips, em sua obr. cit., p. 44, sustenta que: “ A responsabilidade civil decorrente de atos praticados no seio familiar é, por concepção de natureza subjetiva, pois não há aplicação dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil objetiva, que são os casos tipificados por lei e atividade de risco.”

⁹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze, op. cit., p. 738, 2013.

Portanto, via de regra, quando se trata de responsabilidade civil nas relações familiares, é aplicada a responsabilidade subjetiva⁹¹, na qual o agente que propôs a demanda indenizatória deverá efetivamente comprovar os danos sofridos, estando presentes os pressupostos da responsabilidade civil.

Especificamente no tema do presente trabalho, observa-se cautela na aplicação da responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo por um dos genitores, pois alguns magistrados entendem que a imposição de uma reparação pode acabar por afastar definitivamente o genitor ou genitora do filho, prejudicando ainda mais esta relação de afetividade, bem como, entendem que o abandono afetivo não gera o dever de indenizar por não caracterizar conduta antijurídica e ilícita.⁹²

5.2 Do Abandono Afetivo

As relações familiares são formadas através dos vínculos sanguíneos, mas também podem ter sua origem por laços de afeto, tendo em vista as diversas formas existentes de entidades familiares. Nestas relações estão envolvidos vários

⁹¹ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO. INOCORRÊNCIA. A responsabilidade civil no Direito de Família é subjetiva, de modo que o dever de indenizar pressupõe o ato ilícito e nexos de causalidade. Nesse passo, não se pode reconhecer como ato ilícito o alegado abandono afetivo que, por sua vez, não guarda nexos de causalidade com os danos alegadamente sofridos pela autora. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70054827019, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 26/09/2013)

⁹² APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ALEGADO ABANDONO AFETIVO DO FILHO PELO PAI. QUADRO NÃO CARACTERIZADO. INDENIZAÇÃO INCABÍVEL. RECLAMO CONHECIDO E DESPROVIDO. É imprescindível ter cautela e reflexão ao analisar um pedido de indenização por danos morais por abandono afetivo de pai ao filho, pois constitui dever do Poder Judiciário tentar, de todas as formas, preservar a relação familiar entre pai e filho e, em caso de estar ela abalada, evitar o agravamento ou o fosso que separa genitor e gerado. Assim, uma eventual condenação à indenização por danos morais poderia afastar definitivamente o pai do filho, acarretando prejuízo de relevante monta para o convívio futuro das partes e ou pela falta deste. Ademais, não se pode incentivar o nexos direto entre as relações afetivas e a sua patrimonialização, pelo simples fato de que as primeiras são muito mais valiosas e não merecem ser reduzidas a um valor meramente pecuniário, principalmente quando se vislumbram traços de ânimo de caráter vingativo, ou de represália. (TJ-SC - AC: 233442 SC 2010.023344-2, Relator: Jaime Luiz Vicari, Data de Julgamento: 10/06/2010, Segunda Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n. ,de Imituba)

APELAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABANDONO AFETIVO. AUSÊNCIA DE CONDUTA ILÍCITA. INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. O abandono afetivo do pai em relação aos filhos, ainda que moralmente reprovável, não gera dever de indenizar, por não caracterizar conduta antijurídica e ilícita. (TJ-MG - AC: 10194090997850001 MG , Relator: Tiago Pinto, Data de Julgamento: 07/02/2013, Câmaras Cíveis Isoladas / 15ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 18/02/2013)

sentimentos, amor, afeto, cuidado, solidariedade, entre outros. Os entes que fazem parte da família devem manter respeito mútuo na sua convivência, preservando estas relações com dignidade e resguardando os direitos de personalidade das pessoas ali envolvidas.

O princípio da dignidade da pessoa humana já relatado no presente trabalho está diretamente presente nas relações familiares. Nesse sentido, na lição de Gama, citado por Maria Helena Diniz⁹³:

A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida em comum -, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.

Observa-se que nas relações de família o princípio da dignidade da pessoa humana está presente diariamente em todas as situações envolvidas e com esta garantia constitucional encontram-se presentes os direitos de personalidade do indivíduo, os quais estão disciplinados nos artigos 11 a 21 do Código Civil de 2002. Portanto, “a proteção jurídica da personalidade é um instituto que não admite limites de intervenções, particularmente quando se trata de tutelar valores sobre os quais se encontram estruturados os elementos axiológicos na intimidade do grupo familiar.”⁹⁴

Ainda, no tocante aos sentimentos que devem prevalecer no seio familiar, Clayton Reis⁹⁵ sustenta que:

Realmente, a mais precisa das relações familiares decorre daquelas onde predominam situações de afeto que traduz um conjunto de atos ou atitudes onde se encontram presentes a bondade, benevolência, inclinação, dedicação, proteção, apego, ternura, dentre outros adjetivos similares.

No caso da relação paterno-filial nem sempre o vínculo sanguíneo está presente, que são os casos que envolvem adoção. Mas nestas duas relações, seja a

⁹³ DINIZ, Maria Helena, op. cit., p. 66, 2013.

⁹⁴ TOLEDO, Iara Rodrigues de. PEREIRA, Sarah Caroline de Deus. FRÓES, Carla Baggio Laperuta. **Estudos acerca da efetividade dos direitos de personalidade no direito das famílias**. 1ª ed. São Paulo: Letras Jurídicas, p. 111.

⁹⁵ TOLEDO, Iara Rodrigues de. PEREIRA, Sarah Caroline de Deus. FRÓES, Carla Baggio Laperuta. Op. cit., p. 121.

biológica ou jurídica, os deveres inerentes ao poder familiar deverão ser cumpridos e não menos importante os laços de afeto, cuidado e solidariedade.

Maria Berenice Dias⁹⁶ cita Paulo Lôbo em sua obra, o qual identifica na Constituição quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade:

A igualdade de todos os filhos independentemente da origem (CF 227 § 6º); (b) a adoção, como escolha afetiva com igualdade de direitos (CF 227 §§ 5º e 6º); (c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade da família (CF 226 § 4º); (d) o direito a convivência familiar como prioridade absoluta da criança, do adolescente e do jovem (CF 227).

A palavra afeto não se encontra disciplinada no texto constitucional, porém as relações interpessoais que envolvem este sentimento encontram respaldo na legislação. A exemplo, o art. 1.584⁹⁷, § 5 do Código Civil/02 que trata sobre a guarda unilateral ou compartilhada dos filhos, constou o termo “afetividade”, o que demonstra a valorização jurídica do referido termo.

Nesse sentido, Tartuce e Simão⁹⁸, afirmam: “Mesmo não constando à expressão afeto do Texto Maior como sendo um direito fundamental, pode-se afirmar que ele decorre da valorização constante da dignidade humana”.

A família encontra respaldo constitucional, e quando duas pessoas optam em constituir família pressupõe-se que tomaram esta decisão de livre iniciativa e que deverão arcar com os ônus decorrentes desta escolha, o que inclui o nascimento da prole.⁹⁹

⁹⁶ DIAS, Maria Berenice, op. cit., p. 73, 2013.

⁹⁷ Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: 5o Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

⁹⁸ TARTUCE, Flávio e SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil. Direito de Família**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Editor Método, 2010, p. 47.

⁹⁹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 7º 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.

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

Clayton Reis¹⁰⁰ proclama que:

O lar é assim, a oficina da construção da personalidade da criança, o atelier em que os pais pintam na tela branca as variadas cores e figuras da existência humana. O sucesso na modelagem da personalidade da criança está relacionado com a sensibilidade e a responsabilidade dos progenitores, sempre voltados para obtenção dos resultados almejados. Quando a família falha nesse processo de construção da cidadania, o Estado paga preço elevadíssimos na construção de sistemas de repressão e na construção de penitenciárias!

Com o nascimento de uma criança, a família, independente da sua forma, tem a obrigação de fornecer uma estrutura adequada ao pleno desenvolvimento e crescimento desta, assegurando os direitos consagrados na Constituição. É a partir do processo de desenvolvimento da infância, que a criança começa a delinear o seu caráter, tomar suas referências. Se os direitos garantidos pela Constituição forem retirados desta criança ou adolescentes, os responsáveis deverão ser punidos.

As relações entre genitores e filhos são permeadas de obrigações jurídicas, os pais tem o dever de criar, assistir e fornecer toda assistência moral e material que estiver sob o seu alcance, o que se encontra disponível no texto constitucional em seu art. 229: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”, bem como, no Código Civil em seu artigo 1634¹⁰¹.

Com relação a estes deveres dos pais, Charles Bicca afirma: “o dever de criação e educação é responsabilidade dos pais. Tal dever compete a ambos os genitores e deve ser exercido desde a concepção da criança até sua maioridade”.¹⁰²

Independente de qual forma se constituiu uma família com a concepção ou opção de filhos, os pais tem a obrigação de fornecer uma estrutura sólida a criança ou adolescente, dando-lhes criação, educação e assistência, e não menos importante, cria-los no seio familiar com amor, afeto, respeito, dignidade.

¹⁰⁰ TOLEDO, Iara Rodrigues de. PEREIRA, Sarah Caroline de Deus. FRÓES, Carla Baggio Laperuta, op. cit., p. 113.

¹⁰¹ Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

I - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

(...)

¹⁰² BICCA, Charles. **Abandono Afetivo: o dever de cuidado e a responsabilidade civil por abandono de filhos**. Brasília. OWL, 2015, p.31.

A criança que se desenvolve em um seio familiar estruturado, com formação saudável, com plena eficácia dos seus direitos assegurados pela Constituição, tende a se tornar um adulto com bases sólidas, equilibrado, sem o risco de sofrer danos psicológicos em decorrência de um abandono por parte de um dos genitores.

O afeto que existe nas relações familiares, principalmente nas relações entre genitores e filhos não deve ser imposto, o ser humano deve exteriorizar este sentimento de forma natural. Mas a partir do momento em que um dos genitores não cumpre a sua obrigação de prestar toda a assistência moral e material ao seu filho, este deixou de exercitar o seu dever de cuidado e deve responder por tais atos.

As situações de abandono afetivo podem ocorrer em diversas formas, nas situações de ruptura conjugal, onde a guarda do filho acaba ficando com a genitora e por esta razão o pai acaba se afastando da convivência com o filho, em casos de investigação de paternidade e perda do poder familiar, situações estas que deverão ser devidamente comprovadas pelo representante ou filho abandonado.

Apenas com a negativa de afeto por parte de um dos pais, devem estes responderem civilmente pelos danos ocasionados ao filho que sofreu o abandono? Ou a partir do momento em que ficar comprovado o descumprimento do dever de cuidado por um dos genitores é que deve ocorrer esta reparação?

Os genitores tem o dever de criar, educar a prestar todo e qualquer tipo de assistência moral e material aos seus filhos, bem como, manter a convivência familiar, ficando comprovada a omissão dos genitores em algum desses deveres inerentes ao poder familiar, caberá ao magistrado avaliar o caso concreto e verificar a incidência de uma reparação civil.

Importante destacar que a perda do poder familiar e uma eventual reparação civil por abandono afetivo são coisas distintas, Aline Karow¹⁰³ sustenta que:

É necessário apontar que há diferença do critério para decretação da perda do poder familiar e do critério para condenação a reparar o abandono afetivo. Em que pese a correlação entre um e outro fato, os institutos não se equivalem. Decretação da perda do poder familiar é uma coisa, reparação civil é outra. É bem que verdade que os dois podem se originar da situação de abandono. Mas se deve atentar que a causa de pedir na demanda é a indenização por abandono afetivo não é a decretação da perda do poder familiar. Um não conseqüente do outro. O caráter da pena da perda do poder familiar é sim de ordem punitiva, buscando sancionar o genitor negligente, enquanto que o caráter da indenização é compensatório e no máximo

¹⁰³ KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo. Valorização Jurídica do Afeto nas Relações Paterno-filiais**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 144.

dissuasório. Assim temos dois institutos e duas funções de penas diversas, não podendo ser confundidos.

A criança ou adolescente necessita de uma base sólida durante o seu crescimento e para o seu pleno desenvolvimento, para formar suas convicções e os responsáveis por isso devem ser os pais. A partir do momento que não existe uma referência, esta criança ou adolescente pode sofrer inúmeras sequelas psicológicas, as quais serão carregadas pelo resto de suas vidas.

A convivência familiar é de extrema importância para o desenvolvimento e crescimento sadio da criança, pois através desta convivência é que os vínculos se tornam fortes entre genitores e filhos, quando a criança tem este vínculo cortado ou sequer instaurado na sua vida, poderá sofrer sequelas irreversíveis em sua personalidade, devido a falta de atenção e cuidados pela figura do genitor ou genitora.

Por se tratar de um tema que não possui uma posição cristalizada, parte dos doutrinadores, bem como, da jurisprudência, entendem que não se pode impor um valor jurídico e monetário ao afeto que envolve a relação entre genitores e filhos.

Aline Biasuz Suarez Karow¹⁰⁴ sustenta que:

O reconhecimento do afeto como valor jurídico é um movimento que passou a ser identificado, quando a temática do afeto começou a fazer parte cotidianamente da praxe forense familiar. A presença do “elemento afeto” nos casos de conflitos familiares passou a ser determinante e exclusiva para delimitar o rumo da decisão e a interpretação sistemática do caso. De valor cultuado pelas famílias e seus integrantes, o afeto ganhou projeção jurídica, tendo importância ímpar no ordenamento jurídico. A partir de reitera jurisprudência cuja função precípua foi delatar o afeto como o mais novo elemento integrante da ordem jurídica nacional, este passou a estar em todos os julgamentos que dizem respeito aos conflitos de ordem familiar.

O tema abandono afetivo ganhou grande relevância após o julgamento do Recurso Especial nº. 1.159.242-SP¹⁰⁵ no Superior Tribunal de Justiça, tendo como

¹⁰⁴ KAROW, Aline Biasuz Suarez, op. cit. p. 137.

¹⁰⁵ 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**

Relatora a Ministra Nancy Andrighi, no qual foi colocado em pauta o cuidado como dever jurídico que envolve estas relações.

A imposição de uma indenização em pecúnia ao genitor ou genitora após comprovado o abandono afetivo ao filho não compensará toda a ausência e transtornos que estes causaram ao filho, inclusive tal situação pode até dificultar a criação de um vínculo afetivo, mas a partir do momento em que se verifica a omissão por falta de cuidado dos genitores, é válida a imposição de uma reparação.

De forma clara e objetiva, a Ministra Nancy Andrighi em seu voto discorre sobre o dever jurídico de cuidado e destaca:

(...) o desvelo e atenção à prole não podem mais ser tratadas como acessórios no processo de criação, porque, há muito, deixou de ser intuitivo que o cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não é apenas uma fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania.

Essa percepção do cuidado como tendo valor jurídico já foi, inclusive, incorporada em nosso ordenamento jurídico, não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

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 empeco sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar.

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.

(REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012)

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.

O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião.

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

Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.

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, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal.

O abandono tratado no presente trabalho deve ficar comprovado, no sentido de demonstrar que este trouxe sequelas de ordem moral e psicológica para o filho que sofreu o abandono, e estas provas podem decorrer de testemunhas, laudos psicológicos, psiquiátricos e demais provas pertinentes.

Por se tratar de um tema que ganhou destaque no mundo jurídico e por não ter um posicionamento majoritário, a responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo divide opiniões, as quais são aplicadas diariamente nas decisões perante os Tribunais.

No caso da vítima que pleiteia uma reparação civil por abandono afetivo, não significa dizer que a indenização em pecúnia vai resolver a questão suscitada, pois dinheiro algum paga todo o sofrimento e transtornos sofridos. Nesse sentido:

(...) quando a vítima reclama a reparação pecuniária em virtude do dano moral que recai, p. ex., sobre a honra, nome profissional e família, não pede um preço para a sua dor, mas apenas que se lhe outorgue um meio de atenuar, em parte, as consequências do prejuízo. Na reparação do dano moral, o dinheiro não desempenha função de equivalência, como no dano material, porém, concomitantemente, a função satisfatória e a de pena. Se a responsabilidade civil constitui uma sanção, não há porque não se admitir o ressarcimento do dano moral, misto de pena e de compensação. Portanto, há danos cujo conteúdo não é dinheiro, nem uma coisa comercialmente redutível a dinheiros, mas a lesão a um direito de personalidade, visto que não se podem avaliar a dor, a emoção, a afronta, a aflição física ou moral, ou melhor, a sensação dolorosa experimentada pela pessoa.¹⁰⁶ (DINIZ APUD DEDA, 2015, p 77 e 78)

¹⁰⁶ DINIZ, Maria Helena apud OLIVEIRA DEDA, Artur Oscar de. **Dano Moral. In: Enciclopédia Saraiva do Direito.** v. 22, p. 77 e 78.

Apesar de uma eventual reparação civil imposta ao um dos genitores não restaurar todos os sentimentos e laços afetivos que estão presentes neste núcleo familiar, serve esta reparação como um alerta aos pais que não cumprem com os seus papéis perante a criação de seus filhos, conseqüentemente, evitando supostamente a ocorrência de outros casos.

Por se tratar de um tema de fundamental relevância, existem projetos de lei que visam regular a matéria que se encontram em trâmite, quais sejam: o Projeto de Lei nº 700 de 2007¹⁰⁷, de autoria do Senador Marcelo Crivella, o qual visa alterar a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências; O Projeto de Lei nº 4298/2008¹⁰⁸ em trâmite na Câmara dos Deputados, o qual pretende Acrescentar ao parágrafo ao art. 1.632 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e ao art. 3º da Lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo; e o Projeto de Lei sob nº. 470, 2013¹⁰⁹ que dispõe sobre o Estatuto da Família, o qual quer introduzir que sendo comprovado o abandono afetivo caracterizará conduta ilícita.

5.3 O cuidado como valor jurídico

No item em que foi abordado o tema abandono afetivo foram mencionados trechos do acórdão proferido pela Relatora Ministra Nancy Andrighi no Recurso Especial nº. 1.159.242-SP do Superior Tribunal de Justiça, nos quais a figura do cuidado é de grande relevância, recebendo um papel de grande destaque na referida decisão.

Primeiramente, faz-se necessária a definição de cuidado, que nas palavras de Leonardo Boff, citado por Roberta Tupinambá, define a terminologia da seguinte forma:

¹⁰⁷ <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/83516>. Consulta realizada em 25 de Outubro de 2015 às 13h45min.

¹⁰⁸ <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415684>. Consulta realizada em 25 de Outubro de 2015 às 13h45min.

¹⁰⁹ <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>. Consulta realizada em 08 de Setembro de 2015 às 22h26min.

O que opõe ao descuido e ao descaso é o cuidado. Cuidar é mais que um ato; é uma atitude. Portanto, abrange mais que um momento de atenção, zelo e de desvelo. Representa uma atitude de ocupação, preocupação, de responsabilização e de envolvimento afetivo com o outro.¹¹⁰

A figura do cuidado ganhou destaque nas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça no que diz respeito a situações em que envolvam crianças e adolescentes. Nesta seara, Adriana Antunes Maciel Aranha Hapner e outros relatam:

O ponto de partida do Estatuto da Criança e do Adolescente, já como resultado de maturidade experimentada pelo direcionamento de políticas públicas de atenção a essas categorias jurídicas, foi a necessidade percebida pela sociedade, e reconhecida pelo Estado, de que a proteção de crianças e adolescentes fosse garantida de forma integral. Após quase duas décadas de existência do referido Estatuto, e com base nos princípios norteadores do reconhecimento e proteção da família em conceito amplo, a materialização do cuidado com crianças e adolescentes tem recebido especial atenção do Superior Tribunal de Justiça, diante da percepção de que o cuidado não se restringe apenas as questões relativas a moradia, alimentação, saúde, dentre outras de subsistência básica. O cuidado, aqui concebido, deve ser entendido em seu sentido mais amplo. Significa garantir as crianças e aos adolescentes condições de desenvolvimento físico e emocional adequado, que lhes permita, inclusive, o sentimento de fazer parte de uma família, em cujo seio possam vivenciar afeto, a confiança, a cumplicidade, proporcionando-lhes condições de estabilidade emocional.¹¹¹

No período de formação da criança e do adolescente é fundamental a existência de uma convivência saudável entre os genitores e os filhos, visto que é durante este período que a criança começa a delinear sua personalidade, tomando como base esses ensinamentos para o resto de sua vida e o cuidado deve estar presente durante esta formação.

A ausência de um dos genitores durante a criação dos filhos reflete diretamente na sua formação, pois afetará o seu desenvolvimento psíquico e físico, podendo ocasionar sequelas irreversíveis.

Nesta linha de pensamento, Tania da Silva Pereira, em sua obra, cita Waldon, a qual alerta:

¹¹⁰ PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, apud BOFF, Leonardo. **Saber cuidar. Ética do humano – compaixão pela terra**. Rio de Janeiro, Vozes, Petropolis, 2004, p. 363.

¹¹¹ PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de, op. cit., p. 138.

(...) para atitudes de não cuidado ou ser des-cuidado em situações dependência e carência que desenvolvem sentimentos, tais como, de se sentir impotente, ter perdas e ser traído por aqueles que acreditava que iriam cuida-lo. Situações graves de desatenção e de não-cuidado são relatadas como sentimentos de alienação e perda de identidade. Referindo-se as relações humanas vinculadas a enfermagem, a autora destaca os sentimentos de desvalorização como pessoa e vulnerabilidade. “Essa experiência torna-se uma cicatriz que, embora possa ser esquecida, permanece latente na memória”.¹¹²

Com base na doutrina referenciada acima, no acórdão proferido pela Relatora Ministra Nancy Andrighi, destacou-se que o cuidado é:

(...) essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania. 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.

Durante o processo de criação dos filhos, a atenção, dedicação, zelo, vigilância por parte dos genitores é extremamente importante para a formação de um adulto responsável, o qual terá bases sólidas para conviver em sociedade de forma plena e saudável.

Na esfera dos sentimentos, não existe nenhuma imposição legal que obrigue um ser humano a amar o outro, inexistente um dever jurídico de amar, porém os genitores tem o dever de cuidado perante sua prole, e no caso de descumprimento deste dever, deverão ser responsabilizados devido a sua omissão.

Na maioria dos casos concretos, os sentimentos, como amor, carinho, respeito, que permeiam a relação entre pais e filhos já se perderam ao longo do tempo, devido a ausência de um dos genitores no processo de criação e formação de seus filhos.

Na análise da responsabilidade civil por abandono afetivo o fundamento está no dever de cuidado, vejamos:

Destarte, é importante ressaltar que o ato ilícito gerador da indenização não é, nem poderia ser, a falta de amor. O ato ilícito é a falta de cuidado e atenção decorrente do descumprimento do exercício do poder familiar previsto no ordenamento jurídico. Embora a falta de amor de um pai aos

¹¹² PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de, apud WALDOW, Vera Regina. **Cuidar: expressão humanizadora da enfermagem**, Petrópolis, Vozes, 2006, p. 311-312.

seus filhos cause tamanha indignação e perplexidade, não é nela que fundamenta as ações de indenização.¹¹³

Nesse sentido, a Ministra Nancy Andrichi em seu acórdão profere que: “Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos”.

Quando se tratar de abandono afetivo deverá ser colocado em pauta se houve um descumprimento do dever jurídico de cuidar dos genitores perante seus filhos, e sendo comprovado este descumprimento, verifica-se a ocorrência de um ilícito civil, o qual importará em uma reparação civil.

5.4 Posições jurisprudenciais contrárias ao abandono afetivo dos genitores

Nos capítulos anteriores foram transcritas situações em que podem ocorrer uma responsabilidade civil dos genitores/adotantes face ao abandono afetivo de sua prole.

Não menos importante, é necessário verificar em quais casos não há incidência de uma reparação civil, visto que quando se trata de assuntos ligados ao direito de família, é de suma importância o magistrado agir com cautela na aplicação de suas decisões.

De acordo com a jurisprudência colacionada no presente trabalho, verifica-se o pleito de responsabilidade civil em diversas situações, desde ações que envolvem investigação de paternidade até a destituição do poder familiar.

Há situações em que o abandono afetivo não pode ser imposto ao genitor ou genitora, visto que existem peculiaridades a serem analisadas, por exemplo, um filho que propõe uma Ação indenizatória em face do genitor alegando abandono afetivo, sendo que o genitor só tomou conhecimento da existência do filho após a proposição de uma Ação de Investigação de paternidade. O afeto se constrói com a convivência familiar e neste caso o genitor nem sabia da existência deste filho, tomando conhecimento a partir da Ação de Investigação de Paternidade, não podendo ser condenado em uma reparação civil.¹¹⁴

¹¹³ BICCA, Charles, op. cit., p. 42-43.

¹¹⁴ APELAÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ABANDONO AFETIVO. A condenação ao pagamento de indenização, em decorrência do abandono paterno, é possível, desde que cabalmente demonstrados os requisitos ensejadores da responsabilidade civil, ou seja a omissão paterna, o dano e o nexo de causalidade. Na hipótese, o réu somente soube ser pai do autor por meio de ação de investigação de

Outra situação que merece destaque é a alienação parental, nestes casos, onde o genitor (a) que fica responsável pela guarda da criança ou adolescente começa a proferir histórias que muitas vezes não condizem com a realidade contra a figura do outro genitor (a) que não convive diariamente com o seu filho (a).

Maria Berenice Dias narra a alienação da seguinte forma:

Muitas vezes, quando da ruptura da vida conjugal, se um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, o sentimento de rejeição, ou a raiva pela traição, surge um desejo de vingança que desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro. Nada mais do que uma lavagem cerebral feita pelo guardião, de modo a comprometer a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou não aconteceram conforme a descrição feita pelo alienador.¹¹⁵

Nestes casos, se um filho propuser uma ação de reparação civil por abandono afetivo em face do genitor, o Magistrado deverá analisar as circunstâncias do caso concreto e verificando a existência da alienação parental, não poderá condenar este genitor, visto que o afastamento ocorreu contra a sua vontade.

De acordo com a jurisprudência atual, seguem alguns casos¹¹⁶ em que a responsabilidade civil por abandono afetivo foi julgada improcedente, situações que

paternidade, ajuizada quando o filho já contava com 25 anos de idade. Por outro lado, os laços afetivos são construídos ao longo de muitos anos de convivência, e não com a prolação de um provimento jurisdicional. O autor não logrou demonstrar o aventado dano que sofreu, não se desincumbindo do ônus probatório, nos termos do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil. Sentença mantida. Negado provimento ao apelo. (TJ-SP - APL: 91077933020098260000 SP 9107793-30.2009.8.26.0000, Relator: Fábio Podestá, Data de Julgamento: 30/06/2015, 14ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, Data de Publicação: 01/07/2015)

¹¹⁵ DIAS, Maria Berenice, op. cit., p. 473.

¹¹⁶ "DIREITO DE FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO E MATERIAL. INDENIZAÇÃO. "Discute a demanda sobre a possibilidade do filho que não recebeu do pai biológico assistência material e afetiva receber a correspondente indenização. Toda indenização decorre de uma conduta geradora de dano. Dependendo da natureza da responsabilidade, exigir-se-á o elemento culposo ou não. No caso concreto, embora se trate de indenização que decorre de danos produzidos na esfera das relações familiares, não será diferente. Corretamente, o juiz a quo afastou o pedido de indenização material porque, primeiramente, uma vez comprovada a paternidade, em havendo necessidade, restaria ao autor a ação de alimentos amparada pela relação parental. Não seria a indenizatória o meio mais propício na medida em que para a indenização haveria de ser comprovado o dano material. No que toca ao dano decorrente a falta de assistência moral e afetiva, o tema é complexo e gera polêmicas. O autor, somente após a maioridade civil, com quase 30 anos de idade, já plenamente formado, sem indicação de sequelas emocionais, resolveu buscar a verdade real sobre seus pais biológicos. O réu, pai biológico, só tomou conhecimento da possibilidade do autor vir a ser seu filho quando citado na ação investigatória. Se dano houvesse, somente após a confirmação da paternidade é que nasceria, em tese, o autor o direito do autor de pleitear do seu pai os cuidados e afetivos e materiais decorrentes da paternidade. Dos autos decorre que o autor pretende através da indenização por dano moral compensar-se pelo valor dos bens que, segundo informa, foram doados, por simulação, a terceiros. Aqui o dano moral não existe in re ipsa e precisa ser provado. Eventuais prejuízos decorrentes de ações simuladas devem ser postulados no momento certo e pela via processual adequada. Recurso desprovido." (TJ-RJ - APL: 00013128420128190034 RJ 0001312-

envolvem a Ação de investigação de paternidade, onde o genitor só tomou ciência da existência do filho na referida ação. Sendo assim, a presente ação não tem fundamentos para procedência, pois o genitor não pode ser condenado a uma reparação civil de uma situação que só tomou ciência no decorrer do processo investigatório.

Já nos casos em que o genitor é condenado a reparar civilmente o seu filho abandonado, os efeitos desta condenação podem acabar de vez com um possível vínculo de afetividade que poderia existir entre eles, porém, este vínculo na maioria dos casos já está prejudicado e dificilmente mudaria o quadro fático.

84.2012.8.19.0034, Relator: DES. RICARDO RODRIGUES CARDOZO, Data de Julgamento: 19/11/2013, DÉCIMA QUINTA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 21/01/2014 17:25)

DANO MORAL. ABANDONO AFETIVO. Espontaneidade do afeto que não se confunde com o dever jurídico de cuidado, decorrente da relação paterno-filial. Não caracterização de abandono afetivo. Prova dos autos demonstram que a autora, não perfilhada, apenas procurou o pai quando já tinha 15 anos. Pai que prontamente a reconheceu como filha e buscou auxiliá-la enviando módicos valores a título de alimentos. Autora que não ajuizou ação de alimentos em face do genitor. Existência de relacionamento entre pai e filha, ainda que esporádico. Inexistência de prova ou mesmo alegação de que o genitor tenha maltratado a filha, ou se negado a se relacionar com ela ou impedido de frequentar sua casa ou sua família. Inviabilidade de se admitir o abandono afetivo antes da perfilhação. Ação improcedente. Recurso improvido. (TJ-SP - APL: 02047279220128260100 SP 0204727-92.2012.8.26.0100, Relator: Francisco Loureiro, Data de Julgamento: 14/05/2015, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 14/05/2015)

APELAÇÃO CÍVEL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PRETENSÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO EXTRAPATRIMONIAL. ALEGAÇÃO DE ABANDONO AFETIVO. INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO APTO A ENSEJAR REPARAÇÃO CIVIL. 1. No direito de família, a reparação por danos extrapatrimoniais é, em tese, cabível, sendo imprescindível para tanto, porém, que haja a configuração de um ato ilícito praticado com culpa, a existência de um dano e a demonstração do nexo causal entre ambos, nos moldes do que preconiza os arts. 927 e 186 do Código Civil. 2. Embora seja plausível que a autora, que já contava 54 anos de idade à época do ajuizamento da ação, tenha sofrido ao longo de sua vida pela ausência do pai biológico, esta situação não pode ser atribuída somente ao genitor, que apenas teve comprovado conhecimento acerca do possível vínculo biológico entre ambos - vínculo este cuja existência restou confirmada pelo resultado do exame de DNA realizado neste feito - pouco tempo antes da propositura da demanda, conforme narra a própria autora na petição inicial. O fato de o demandado ter referido, em seu depoimento, que ficou sabendo da existência de uma criança que havia sido abandonada pela mulher com quem havia se relacionado anteriormente não é capaz de configurar o abandono afetivo que respalda o pedido indenizatório deduzido pela autora, porquanto não há qualquer elemento probatório que indique que o demandado tivesse ciência, desde então, que aquela criança abandonada seria sua filha. 3. Não se enquadrando a... conduta do demandado no conceito jurídico de ato ilícito apto a gerar o dever de indenizar, não merece reparos a sentença que julgou improcedente o pedido de indenização por dano moral, decorrente de alegado abandono afetivo. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70064689896, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 16/07/2015).

6 CONCLUSÃO

No presente trabalho destacaram-se os princípios norteadores do direito de família, os aspectos históricos da mesma, o poder familiar e por fim, o enfoque no tema polêmico do abandono afetivo dos genitores.

As mudanças na figura da família estão presentes no texto constitucional, em especial nos artigos 226 e 227 da Carta Magna, a transposição da família patriarcal para o modelo de família afetiva, com o surgimento das entidades familiares, ocorreu devido às necessidades e mudanças presentes na sociedade.

Esta mudança na figura da família na sociedade, com a existência dos mais diversos tipos de família e entidades familiares, como por exemplo, a união estável, a figura de família com a figura de apenas um dos pais e seus filhos, trouxe consigo a afetividade, que está presente nas relações familiares, reforçando a valorização da pessoa humana.

A afetividade ganhou destaque nas relações familiares, e no caso das relações paterno-filiais é fundamental para uma convivência familiar saudável e principalmente contribuirá para a formação da personalidade do filho. O Princípio da Afetividade é um dos princípios norteadores do direito de família e decorre do Princípio da Dignidade Humana, um dos princípios de mais importância na aplicação do Direito.

A presença de ambos os genitores na convivência familiar é essencial para um pleno desenvolvimento físico e emocional da criança e do adolescente. O poder familiar está disciplinado no texto constitucional, no Código Civil de 2002 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, resguardando os direitos destes, os quais deverão ser cumpridos pelos genitores.

A criança e o adolescente possuem garantias fundamentais resguardadas devido a sua condição de vulnerabilidade e fragilidade. O Princípio do melhor interesse do menor, o qual foi tratado no presente trabalho, prioriza sempre o menor, visando garantir a ele uma condição de vida digna, educação e saúde de qualidade, bem como o carinho e a atenção necessárias para buscar o correto desenvolvimento da criança/adolescente.

Os genitores que cumprem com suas obrigações perante seus filhos, às fazem com amor, afeto, permeadas de sentimentos, dificilmente um pai ou uma mãe que dedica sua vida a um filho vai realizar tais deveres por mera obrigação.

Nas relações paterno-filiais o afeto, a solidariedade familiar e o cuidado estão presentes quando há existência de uma convivência familiar sadia, com amor, o respeito, a preocupação de cuidado com o outro.

O filho que sofre o abandono afetivo carrega consigo traumas psicológicos pela sua vida inteira, o que acaba por afetar seu convívio social, profissional e até mesmo amoroso. O desprezo, a rejeição e a humilhação praticada pelo genitor, causam sequelas de ordem irreversíveis na criança ou adolescente.

A terminologia abandono afetivo é a utilizada no mundo jurídico, mas o ponto fundamental deste tema é o descumprimento legal do dever de cuidado de ambos os genitores, pois o abandono tratado aqui é causado por omissão do pai ou da mãe no cumprimento do exercício do poder familiar, o que configura um ato ilícito, passível de reparação.

O genitor que apenas sustenta materialmente seu filho está violando os direitos garantidos pela nossa legislação, pois o cuidado vai muito além do material, é a necessidade de criar e educar os filhos de uma forma saudável, para que esta criança tenha um desenvolvimento físico e emocional sadio, e tenha bases e ensinamentos para conviver em sociedade e gerir sua própria vida.

De acordo com a jurisprudência atual, a maioria dos casos da responsabilidade civil por abandono afetivo é em face da figura do pai, o que não impede que uma mãe deixe de cumprir com os seus deveres e figure no polo passivo também.

As condenações impostas ao genitor omissor devem servir para demonstrar que não se deve abandonar um filho a própria sorte, a partir do momento em que se opta pela concepção de um filho (planejamento familiar), esta decisão acarreta uma série de deveres, os quais são garantidos legalmente para as crianças e adolescentes, devendo os genitores assumir os deveres inerentes de cuidado, afeto e atenção.

Ficando comprovado o abandono, o genitor omissor deve ser responsabilizado, não apenas com a perda do poder familiar a exemplo, mas também com uma reparação civil, a qual servirá como caráter punitivo e pedagógico dentro da sociedade.

O Poder Judiciário deve ter cautela na aplicação das decisões que envolvam o abandono afetivo dos genitores, verificando se realmente os direitos daquela

criança ou adolescente, ou mesmo do adulto que pleiteia tal reparação foram retirados da sua criação e formação, afetando drasticamente sua vida.

De fato, nenhuma indenização em pecúnia compensará toda a dor e sofrimento causados ao filho abandonado, pois as consequências deste abandono dificilmente desaparecerão do íntimo do abandonado, sendo carregados durante a sua vida.

O surgimento do dever de reparar do genitor que desprezou e se manteve ausente do processo de criação e formação de sua prole, ocorre da prática de um ato ilícito, e como bem exaltado pela Ministra Nancy Andrichi em seu acórdão, este ato ilícito decorre do descumprimento do dever legal de cuidado que ambos os genitores tem obrigação de cumprir face aos seus filhos.

A imposição de condenações aos genitores que abandonam seus filhos poderá servir de conscientização para aqueles pais que ainda não respeitam e não cumprem seus deveres perante a sua prole, podendo evitar no futuro um aumento nas demandas desta natureza.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BICCA, Charles. **Abandono Afetivo: o dever de cuidado e a responsabilidade civil por abandono de filhos**. Brasília. OWL, 2015.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**. Apelação Cível nº. 2010023344-2. 2ª Câmara de Direito Civil. Santa Catarina, 10 de Junho de 2010. Disponível em <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17763600/apelacao-civel-ac-233442-sc-2010023344-2>.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Apelação Cível nº. 10194090997850001. 15ª Câmara Cível. Santa Catarina, 18 de Fevereiro de 2013. Disponível em <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114647662/apelacao-civel-ac-10194090997850001-mg>.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº. 1159242/SP, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24 de Abril de 2012. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1281093/SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi, TERCEIRA TURMA, julgado em 18 de Dezembro de 2013. Disponível em http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23042089/recurso-especial-resp-1281093-sp-2011-0201685-2-stj?ref=topic_feed.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº. 70054827019. 8ª Câmara Cível. Rio Grande do Sul. 26 de Setembro de 2013. Disponível em <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113482977/apelacao-civel-ac-70054827019-rs>.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Apelação Cível nº. 9107793-30.2009.8.26.0000. 14ª Câmara Extraordinária de Direito Privado. 01 de Julho de 2015. Disponível em <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/204171037/apelacao-apl-91077933020098260000-sp-9107793-3020098260000>.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Apelação Cível nº. 116738520058190203. 17ª Câmara Cível. 03 de Novembro de 2011. Disponível em <http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20763669/apelacao-apl-116738520058190203-rj-0011673-8520058190203-tjrj>.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. Malheiros Editores. 3ª ed., São Paulo. 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil**. Volume 7. São Paulo: Saraiva, 2015 apud OLIVEIRA DEDA, Artur Oscar de. **Dano Moral**. In: Enciclopédia Saraiva do Direito. v. 22.

(____). **Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil**. 18º ed.2004. Saraiva São Paulo.

DIAS, Maria BERENICE. **Manual de Direito das Famílias**. 9ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2013 apud LÔBO, Paulo. **Código Civil Comentado**. Famílias. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

(____). **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. São Paulo: Ediora Revista dos Tribunais, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

(____). **Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil, vol. III**. 4º ed. Saraiva. Salvador. 2006.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2008.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada - Um novo modelo de responsabilidade parental**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: parte geral (Sinopses jurídicas)**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo. Valorização Jurídica do Afeto nas Relações Paterno-filiais.** Curitiba: Juruá, 2012.

KREUZ, Sérgio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional.** Curitiba: Juruá, 2012.

LEITE. Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** São Paulo: Saraiva, 2007.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil. Fontes Acontratuais das obrigações e responsabilidade civil.** 5º ed. Freitas Bastos. Rio de Janeiro. 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações.** Saraiva, 2003.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações.** V.01. Saraiva. São Paulo. 2003.

PEREIRA, Cáo Mário da Silva. **Responsabilidade Civil.** 9º Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico.** Rio de Janeiro: Forense, 2008, apud BOFF, Leonardo. **Saber cuidar. Ética do humano – compaixão pela terra.** Rio de Janeiro, Vozes, Petropolis, 2004.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

REIS, Clayton. **Dano moral.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil.** 2º ed. Rio de Janeiro. Forense, 2006.

RODRIGUES, Silvio. **Responsabilidade Civil.** 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSA, Conrado Paulino da. CARVALHO, Dimas Messias de. FREITAS, Douglas Philips. **Dano Moral & direito das famílias**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012 apud MADALENO, Rolf. **Responsabilidade Civil na Conjugalidade e Alimentos Compensatórios**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. São Paulo, n. 13, 2010.

SILVA, Ana Maria Milano. **A Lei sobre a Guarda Compartilhada**. 3º Ed. São Paulo: J.H.Mizuno, 2012.

STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua interpretação Jurisprudencial**. 1999.4 ed. Revista dos Tribunais.

TARTUCE, Flávio e SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil. Direito de Família**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Editor Método, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 12º Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

WALD, Arnaldo. **Obrigações e Contratos**. 16º ed. Saraiva. São Paulo. 2004.