

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ – UESPI
CAMPUS PROFESSOR ALEXANDRE ALVES DE OLIVEIRA
CURSO: BACHARELADO EM DIREITO

ERICA MICAELLE DA SILVA NASCIMENTO

**ABANDONO AFETIVO: UMA ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE
DE INDENIZAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

PARNAÍBA/PI

2016

ERICA MICAELLE DA SILVA NASCIMENTO

**ABANDONO AFETIVO: UMA ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE
DE INDENIZAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada à Universidade Estadual do Piauí – *Campus* Professor Alexandre Alves de Oliveira, Curso de Bacharelado em Direito, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. MsC. Bruna Oliveira Fernandes

Coorientador: Esp. Milton da Paz Aragão Júnior.

N244a

Nascimento, Erica Micaele da Silva.

Abandono afetivo: uma análise sobre a possibilidade de indenização no ordenamento jurídico brasileiro / Erica Micaele da Silva Nascimento - Parnaíba: UESPI, 2016.

55 f.

Orientador: MsC. Bruna Oliveira Fernandes.

Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Estadual do Piauí, 2016.

1. Personalidade 2. Família 3. Princípios fundamentais 4. Compensação 5 Abandono afetivo I. Fernandes, Bruna Oliveira. II. Universidade Estadual do Piauí III. Título

CDD 306.8



GOVERNO DO ESTADO DO PIAUÍ
FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ
UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ – UESPI
CAMPUS PROFESSOR ALEXANDRE ALVES DE OLIVEIRA
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO



MONOGRAFIA

**ABANDONO AFETIVO: UMA ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE
DE INDENIZAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

de

ERICA MICAELLE DA SILVA NASCIMENTO

RESULTADO: _____

Orientadora

Coorientador

Examinador

“Ainda que eu falasse as línguas dos homens e dos anjos, e não tivesse amor, seria como o metal que soa ou como o sino que tine.

E ainda que tivesse o dom de profecia, e conhecesse todos os mistérios e toda a ciência, e ainda que tivesse toda a fé, de maneira tal que transportasse os montes, e não tivesse amor, nada seria.

E ainda que distribuísse toda a minha fortuna para sustento dos pobres, e ainda que entregasse o meu corpo para ser queimado, e não tivesse amor, nada disso me aproveitaria.

O amor é sofredor, é benigno; o amor não é invejoso; o amor não trata com leviandade, não se ensoberbece.

Não se porta com indecência, não busca os seus interesses, não se irrita, não suspeita mal;

Não folga com a injustiça, mas folga com a verdade;

Tudo sofre, tudo crê, tudo espera, tudo suporta.

O amor nunca falha;

Mas havendo profecias, serão aniquiladas; havendo línguas, cessarão; havendo ciência, desaparecerá;

Porque, em parte, conhecemos, e em parte profetizamos;

Mas, quando vier o que é perfeito, então o que o é em parte será aniquilado.

Quando eu era menino, falava como menino, sentia como menino, discorria como menino, mas, logo que cheguei a ser homem, acabei com as coisas de menino.

Porque agora vemos por espelho em enigma, mas então veremos face a face;

Agora conheço em parte, mas então conhecerei como também sou conhecido.

Agora, pois, permanecem a fé, a esperança e o amor, estes três, mas o maior destes é o amor”.

(1Cor, 13:1-13)

AGRADECIMENTOS

A teoria do caos nos transmite uma das leis mais importantes do universo, presente na essência de tudo o que nos cerca. Segundo essa teoria uma pequena mudança no início de um evento qualquer resulta em consequências imprevisíveis no futuro. Pois bem, tomando por base essa ideia, após dissertar sobre o poema “ou isto ou aquilo” de Cecília Meireles, uma escolha me fez deixar a minha cidade em busca de crescimento pessoal e profissional e estar aqui hoje. E tantos acontecimentos imprevisíveis de fato me ocorreram!

Por isso, cabe a mim agradecer.

Ao senhor Deus, por ter me proporcionado à vida, por guiar meus caminhos e se fazer presente em minha vida nos momentos de prazer e dificuldade.

À minha mãe, Marlene Alves, que em meio a toda dificuldade soube ser forte o suficiente para criar e educar duas filhas, por me apoiar e me ajudar na busca em concretizar meus sonhos. Agradeço, principalmente, pelo amor e dedicação sem esperar nada em troca, apenas a satisfação em ver suas filhas felizes e realizadas. Amo a senhora!

Ao meu pai afetivo, Antônio Rosa, que assumiu ao lado da minha mãe o papel de pai, dispensando a mim e a minha irmã carinho e dedicação. Saiba que as nossas conquistas em grande parte têm sua contribuição e, por isso, sou grata!

Ao meu pai, Manoel Almeida, pelos bons ensinamentos e lembranças da minha infância ao seu lado, assim como pelo incentivo e apoio dentro das suas possibilidades.

À minha amada e admirada irmã, pelo exemplo de pessoa a ser seguido, pelo amor incondicional que me fornece e por sempre está ao meu lado me dando apoio e motivos para querer conquistar meus objetivos.

Aos meus avós pelo exemplo de vida e perseverança.

Aos demais familiares, especialmente as minhas tias (Francisca, Lindalva, Domingas, Rita e Maria da Graças) pelas vibrações positivas.

Ao meu namorado, Milton Aragão Jr., por todo o carinho, paciência e companheirismo em momentos de dificuldade e por me proporcionar momentos de indescritível felicidade. Você sabe do meu amor e admiração. Ainda, quero lhe agradecer

pelo incentivo e presteza no auxílio às atividades e discussões no processo de elaboração desta monografia, com a troca de materiais e informações.

Aos meus amigos da jornada acadêmica (Alan Victor, Aline Sousa, Gustavo Rocha e Natália Nascimento), pelos momentos de felicidade, das brincadeiras, dos besteiróis, pelas experiências adquiridas, pela cuidado e apoio que me proporcionaram nos momentos de dificuldade em que me encontrava em uma cidade que não era a minha e longe da família, vocês souberam ser a minha família aqui e nunca será demais agradecer por tudo. Além do que, nunca conseguirei retribuir a altura. Obrigada!

As minhas amigas de infância (Esther, Estheffany, Fabiana e Raissa) por me proporcionarem boas lembranças da nossa infância/adolescência e apesar do tempo e distância se fazerem presentes em minha vida. Amo vocês!

A todos os meus amigos, sem citar nomes, que de alguma forma direta ou indireta contribuíram à sua maneira para minha formação profissional. Por tornarem essa jornada mais agradável! Grata!

Aos meus companheiros de trabalho do Ministério Público Estadual do Piauí por partilharem comigo os seus conhecimentos práticos.

Aos mestres que em meio as dificuldades estruturais da instituição compartilharam seus conhecimentos conosco (seus alunos).

A minha orientadora, Bruna Fernandes, pela paciência, estímulo e enfrentamento do tema, bem como pela orientação e contribuição dispensadas na construção do trabalho.

Por fim, agradeço a todos que contribuíram para essa conquista. Muito obrigada!

RESUMO

A presente monografia versa sobre a possibilidade de indenização por abandono afetivo no Ordenamento Jurídico Brasileiro, com enfoque na relação paterno-materno-filial. Inicialmente, urge ter em mente que a família deve ter por fundamento a plena realização do ser humano, devendo os seus membros se pautarem pelos princípios fundamentais e estruturantes além dos princípios gerais aplicados ao direito de família, em especial, os pais devem observar e garantir uma série de deveres/direitos à criança e ao adolescente enquanto pessoas em desenvolvimento que terão suas convicções formadas com base nos ensinamentos obtidos junto a sua entidade familiar. Assim, será analisado se havendo violação dos direitos fundamentais por meio do abandono afetivo, de modo a gerar danos de grave repercussão a personalidade do infante, será possível a compensação ao ofendido pelos danos causados. O tema será abordado sob a ótica dos princípios constitucionais aplicados ao Direito de Família e da responsabilidade civil, buscando alicerce em textos legais, em projetos de leis, na jurisprudência e na doutrina, assim como nas obras de outras disciplinas, como a psicologia. Desta feita, a matéria abordada no presente trabalho monográfico contribuirá para uma discussão entre os estudiosos do Direito.

Palavras-chave: Personalidade. Família. Princípios Fundamentais. Compensação. Abandono Afetivo

ABSTRACT

The present monograph discusses the possibility of indemnity for affective abandonment in the Brazilian law, focusing on paternal-maternal-filial relationship. Initially, it is necessary to keep in mind that families must have, as a basic principle, the full accomplishment of human beings and their members should be guided by fundamental, structural and general principles applicable to family law. In particular, parents must observe and ensure several duties/rights to children and adolescences, as individuals in development, who will have their convictions formed based on the lessons acquired within their familial entity. Thus, it will be analyzed if violation of fundamental rights as a result of affective abandonment, resulting in damage or serious repercussion to a child's personality, it will be possible to compensate the abandoned for that caused damage. The topic will be addressed from the constitutional principles applied to the family law and civil responsibility perspective, finding support in legal texts, law projects, judge-made law, doctrines, as well as productions of other disciplines, such as psychology. Thereby, the matter presented by this monographic work will contribute to the discussion among law scholars.

Keywords: Personality. Family. Fundamental Principles. Compensation. Affective Abandonment.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO I FAMÍLIA: BREVES CONSIDERAÇÕES.....	14
1.1. Noções Históricas.....	14
1.2. Poder Familiar.....	16
1.3. Princípios do Direito de Família.....	19
1.3.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	19
1.3.2. Princípio da Solidariedade.....	21
1.3.3. Princípio da Igualdade.....	22
1.3.4. Princípio da Afetividade.....	23
1.3.5. Princípio da Convivência Familiar.....	25
1.3.6. Princípio do Melhor Interesse da Criança.....	27
CAPÍTULO II RESPONSABILIDADE CIVIL.....	29
2.1. Conceito.....	29
2.2. Considerações Históricas.....	30
2.3. Pressupostos da Responsabilidade Civil.....	32
2.4. Espécies de Responsabilidade.....	36
CAPÍTULO III RESPONSABILIDADE CIVIL DOS GENITORES PELO ABANDONO AFETIVO.....	39
3.1. Abandono Afetivo e suas Consequências.....	39
3.2. Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo.....	42
3.3. Decisões Judiciais.....	45
3.4. Projetos de Lei sobre o Tema.....	49
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	52
REFERÊNCIAS.....	56

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico possui como tema a possibilidade de indenização por abandono afetivo no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Assim, busca-se avaliar, através da análise da instituição familiar, dos princípios fundamentais aplicados ao direito de família e da responsabilidade civil e, em especial, a partir de um estudo doutrinário e jurisprudencial, como se está tratando o tema abandono afetivo, evidenciando, inclusive, como os tribunais pátrios têm enfrentado a questão, permitindo, desta forma, uma análise acerca da responsabilidade civil combinada com a questão do abandono afetivo.

Nesse sentido, o problema desta labuta científica pode ser assim definido: Constatado a irresponsabilidade parental em virtude do abandono afetivo do filho por ato volitivo e culpa do pai ou mãe, pode ser aplicada a responsabilização civil no âmbito familiar e, por consequência, gerar a obrigação de indenizar o dano causado pela omissão quanto aos seus deveres resultantes do poder familiar?

Outrossim, elenca-se como objetivo central, verificar se ocorrendo a violação dos direitos fundamentais por meio do abandono afetivo, que gere danos de grave repercussão a personalidade da criança ou adolescente enquanto pessoas em desenvolvimento, será possível a aplicação da responsabilidade civil no âmbito do direito de família e, assim, a compensação ao ofendido pelos danos causados.

Para tal desiderato, optou-se em sistematizar o trabalho em três capítulos distintos, entretanto, ligados um ao outro, de modo a servir de suporte para o tema exposto.

De se ver, então, que o primeiro capítulo abordará algumas considerações sobre a família, iniciando pela sua contextualização histórica, que se discorrerá sobre a evolução histórica por qual a instituição familiar passou, fazendo um apanhado geral desde as primeiras formas de agrupamento humano até o seu atual estágio, que toma por base não só o afeto, mas também, a liberdade, o amor, a ajuda mútua e o reconhecimento dos seus membros como pessoas humanas detentoras de direitos.

Em seguida, discorre-se acerca do poder familiar, destacando que atualmente o poder familiar tem por orientação a igualdade entre os sexos, o que fez com que o esse instituto deixasse de ser denominado “pátrio poder” e passasse a sua atual nomenclatura, deixando o pai de deter, sozinho, amplos e ilimitados poderes sobre o seu descendente.

No último tópico do capítulo primeiro, serão examinados os princípios fundamentais e estruturantes, que se resumem a dignidade da pessoa humana e a solidariedade, e os princípios gerais aplicados ao direito de família que interessam ao tema, tais como, o princípio da igualdade, afetividade, convivência familiar e melhor interesse da criança.

No capítulo subsequente, serão tecidas algumas considerações acerca do instituto da responsabilidade civil, externando seu conceito, evolução histórica, seus elementos caracterizadores (conduta, dano, nexos de causalidade e o requisito específico da responsabilidade civil subjetiva, a saber, a culpa), para no fim, expor a sua classificação (responsabilidade civil em subjetiva e objetiva, contratual e extracontratual ou aquiliana).

No terceiro capítulo, finalmente, abordar-se-á a questão principal do presente documento, qual seja a responsabilidade civil dos genitores pelo abandono afetivo, explanando seu conceito e consequências. Ato contínuo, expor-se-á a responsabilidade civil por abandono afetivo, analisando-se no tópico as duas posições antagônicas acerca do tema, a primeira que não reconhece o direito a indenização pleiteada com fundamento no abandono afetivo e aquela que reconhece esse dever de indenizar. Antes de finalizar, averiguar-se-á algumas decisões judiciais acerca do tema. Findando, essa parte, com a exposição de dois projetos de leis, o primeiro de origem no Senado Federal e o outro na Câmara dos Deputados.

Nesse diapasão, haja vista a natureza bibliográfica do trabalho científico a ser desenvolvido, o método de abordagem a ser seguido será o dedutivo, por sua vez o método de procedimento adotado será o analítico¹ e o histórico-crítico², que, visa delimitar no tempo à matéria objeto de estudo, pretende-se constatar como o universo da dogmática jurídica civilista e seus estudiosos, bem como os tribunais, vêm se posicionando acerca da questão da responsabilização civil em decorrência do abandono afetivo.

Seguindo essa metodologia, as balizas teóricas de categorias fundamentais à pesquisa a serem seguidas serão a instituição familiar, a responsabilidade civil, o tema abandono afetivo e suas consequências na formação da personalidade e identidade da pessoa em desenvolvimento, e, os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o cabimento de indenização como medida preventiva e educativa ao ato de abandonar afetivamente o filho, para somente então esboçar um diagnóstico de sua possibilidade.

¹ O método analítico busca construir e aprofundar análises, tecendo argumentações críticas e criativas, diante de uma hipótese de trabalho.

² O método histórico-crítico busca perscrutar os acontecimentos, processos e instituições do passado, no intento de verificar a sua influência nos dias atuais.

De se ver que as mencionadas delimitações teóricas vão se cingir às lições de juristas brasileiros tais como Carlos Roberto Gonçalves, Paulo Luiz Netto Lôbo e Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, densificando a pesquisa.

Nesse passo, no que se refere à técnica de pesquisa, pretende-se utilizar documentação indireta, com consulta em bibliografia de fontes secundárias, tais como: publicações avulsas, revistas especializadas, livros, artigos disponibilizados na *internet*, etc. Todas essas fontes servirão de alicerce para este trabalho, viabilizando um melhor entendimento da temática.

A temática escolhida pode ser justificada sob diversos argumentos, dentre os quais, pode ser destacado, o grande interesse pela área do Direito Civil despertado pelas experiências obtidas pela pesquisadora durante o período de estágio junto a 2ª Defensoria Pública do Estado do Piauí, a 9ª Promotoria de Justiça e a 3ª Vara Cível da Comarca de Parnaíba/PI, as quais lidam com questões atinentes ao direito de família, o que resultou em buscar, dentro da área, temas de relevância no âmbito social para desenvolver a pesquisa.

Ademais, pode-se destacar o anseio em analisar e tomar conhecimento de como os Tribunais Brasileiros vem se posicionando quanto a questão de se reparar os danos decorrente da falta de afeto, entendido este como a ausência não necessariamente de amor, mas sim como do dever de cuidado dos pais para com os filhos.

É de se verificar, pois, que aos genitores impõem-se a obrigação de proporcionarem aos seus descendentes um mínimo de cuidado, que vão além do mero cumprimento da lei, fornecendo meios e orientação suficientes a formação da personalidade, ao desenvolvimento psicológico e a permitir a adequada inserção social, e em caso de descumprimento surge a possibilidade aos destinatários destes direitos pleitear indenização pelos danos decorridos.

O propósito é averiguar as mudanças ocorridas na instituição familiar, o papel que a família desempenha para o desenvolvimento da personalidade do indivíduo, os deveres dos pais para com os filhos, a fim de garantir o desenvolvimento psicológico e preparar o indivíduo para a convivência social, para assim, chegar ao cerne do trabalho, qual seja verificar se há possibilidade dentro do sistema jurídico brasileiro de indenização por abandono afetivo, uma vez que a ausência dos genitores pode acarretar danos de difícil reparação.

Desta feita, está mais que evidente a contribuição da presente pesquisa para o âmbito científico, acadêmico, profissional e a relevância social e, a prática do estudo do

tema pode ser visualizada em seu cunho educativo, à medida que visa proporcionar um maior conhecimento acerca da questão e, assim, desestimular a prática de condutas do tipo.

CAPÍTULO I

FAMÍLIA: BREVES CONSIDERAÇÕES

1.1. Noções Históricas

A família, considerada como a principal forma de agrupamento humano, sofreu forte influência da cultura romana e canônica. Por esse motivo, para o desenvolvimento do trabalho logo nas primeiras linhas se faz relevante entender que a família no direito romano era exclusivamente patriarcal, constituída por um núcleo social político organizado, pelo qual o ascendente comum mais velho (*pater familias*) exercia a autoridade sobre os demais membros da família.

Dessarte, essa estrutura familiar permitia que o marido exercesse poderes sobre a esposa assim como sobre os filhos, uma vez que o *pater* detinha o poder soberano de um chefe político, sacerdote ou magistrado. Nessa época da história, o Estado praticamente não intervinha nas relações familiares, assim, o marido possuía poder suficiente para administrar a família como bem lhe convinha.

O civilista Viana bem explana sobre a caracterização da família no direito romano, *ipsis litteris*:

Não é necessário nenhum esforço para se concluir que a família, como instituição, conheceu profundas transformações, só guardando remota identidade com seus antecedentes históricos. A grande família, que compreendia a própria linha de escravos, cede passo à família nuclear, centrada na tríade pai-mãe-filho. A família romana estava alicerçada sobre o princípio da autoridade, em que o pater era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. A mulher ocupava posição subalterna; os filhos estavam submetidos à autoridade paterna em tal nível, que o pai tinha sobre eles direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*). E no direito romano o termo família apresentava duas significações, designando o grupo de pessoas submetidas em dado momento, à autoridade soberana de um chefe (*familia jure proprio*), ou o grupo de todas aquelas que seriam submetidas a uma autoridade única, se o *pater familias* comum ainda vivesse (*Familia jure communi*) (VIANA, 1998, pag. 02).

Durante a idade média as novas famílias não eram formadas com base no afeto, mas por vínculos matrimoniais, por consanguinidade ou demais formas sociais de agrupamento humano, sendo constituída pela união de duas pessoas com o mesmo culto doméstico, visando que a prole resultante dessa união mantivesse o culto familiar. Nessa

linha de raciocínio, o afeto na formação do vínculo matrimonial era presumido, como também era nas relações entre genitores e filhos.

A evolução histórica fez com que a família patriarcal e matrimonial, que visavam fins econômicos, políticos, culturais e religiosos desse lugar aquela baseada na afetividade e na igualdade entre os seus membros. Em outras palavras, a família vem se moldando com o fim de adaptar-se à realidade social, tendo por base não somente o afeto, mas o amor, liberdade, igualdade, respeito, cumplicidade e o reconhecimento do ente familiar como pessoa humana dotada de direitos e deveres, com a importância voltada para o indivíduo em si, sem valorar a sua origem ou forma, possibilitando a cada um realizar seus projetos pessoais de felicidade.

Ademais, a concepção de família não mais se restringe àquela formada através do casamento entre homem, mulher e filhos, possuindo hoje múltiplas acepções diante de diversas formas de organização familiar. A propósito, a Constituição Federal de 1988, artigo 226, §3º, bem como o Código Civil, artigo 1723, *caput*, reconhecem como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Interessante dar destaque ao fato de que os Tribunais Superiores reconhecem a união estável homoafetiva como família, com a mesma proteção dispensada a união estável heterossexual, como pode ser confirmado na ADPF nº 132/RJ³ e no REsp nº 1.183.378/RS⁴, que entendeu preenchidos os requisitos de habilitação para o casamento de duas mulheres).

A família monoparental, aquela constituída por um dos genitores e os filhos seja pela ocorrência do divórcio, pela morte de um dos genitores ou por outros motivos, igualmente é protegida pelo ordenamento jurídico, o que pode ser verificado no artigo 226, §4º, da Constituição Federal, o qual registra que se entende, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Em resumo, no seio familiar que o indivíduo, inicialmente, desenvolve sua personalidade para que em seguida seja inserido na sociedade. Dessa maneira, aqui encontra-se um dos papéis fundamentais da família, e por essa razão as relações desenvolvidas no ambiente familiar devem ser guiadas pelo respeito, igualdade, liberdade e cuidado, a fim de permitir adequada formação psicológica e inserção social.

³ ADPF nº 132/RJ, Ref. Min. Britto. DJ: 05.05.2011.

⁴ REsp nº 1.183.378/RS. Ref. Min. Luis Felipe Salomão. DJ: 25.10.2011.

1.2. Poder Familiar

A Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, tomando como parâmetro a igualdade entre gêneros, trouxeram uma inovação ao ordenamento jurídico brasileiro, ao adotarem a expressão “poder familiar”, deixando para trás o pátrio poder, segundo o qual o pai tinha proeminência no exercício do pátrio poder, que se traduzia na subordinação ao provedor da família, para tomar o sentido de proteção, com deveres e obrigações dos pais para com o filho.

Contudo, para se chegar a este estágio que hoje se apresenta a sociedade, muitas lutas foram travadas em busca da igualdade entre gêneros, que se deu a partir da revolução industrial, época na qual a mulher passou a trabalhar em fábricas e, movimentos de igualização buscaram direitos antes concedidos somente aos homens. A partir das conquistas alcançadas pelos movimentos de igualização a mulher passou a exercer papel de maior relevância, também, no âmbito familiar, deixando de ser considerada propriedade do marido, para ser mantenedora e chefe da família.

No direito brasileiro, o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962) mudou a concepção de que a mulher era um sujeito relativamente incapaz e passou a considerá-la juridicamente independente, ensejando mudanças que transcenderam a sua própria esfera de direitos, influenciando em instituições tais como a familiar. Embora, o Estatuto da Mulher Casada tenha garantido a ambos os genitores o pátrio poder, esse era exercido somente pelo marido e a mulher com ele colaborava, predominando a vontade do genitor em caso de discordância entre ambos, com a possibilidade da mulher se socorrer ao judiciário.

A doutrina de Massimo (1989, p.237) diz que o poder familiar (*potestà genitoria*) é a autoridade pessoal e patrimonial que o ordenamento atribui aos pais sobre os filhos menores no seu exclusivo interesse. Compreende, precisamente, os poderes decisórios funcionalizados aos cuidados e educação do menor e, ainda, os poderes de representação do filho e de gestão de seus interesses.

Inferre-se da interpretação do artigo 227, da Constituição Federal, ao determinar um conjunto mínimo de deveres à família em favor do filho, que o instituto (poder familiar) constitui uma função em que se destacam os deveres, informando o dispositivo, que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao

lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Ainda nessa linha, o poder familiar tem natureza de um *mínus público*, equivalendo a um poder-dever ao passo que constitui um direito subjetivo recíproco, correspondendo aos pais o dever de resguardar a pessoa do filho até que este adquira capacidade plena e a este último o dever de obediência aqueles.

Quanto à matéria, apregoa Gonçalves, *in verbis*:

O aludido instituto constitui, como foi dito, um *mínus público*, pois ao Estado, que fixa normas para o seu exercício, interessa o seu bom desempenho. É, portanto, irrenunciável, incompatível com a transação, e indelegável⁸, não podendo os pais renunciá-lo, nem transferi-lo a outrem. Do contrário, estar-se-ia permitindo que, por sua própria vontade, retirassem de seus ombros uma obrigação de ordem pública, ali colocada pelo Estado (GONÇALVES, 2014, p. 397).

Imperioso destacar que o dispositivo acima mencionado inseriu no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, que também pode ser percebido no artigo 4º e 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, *ipsis litteris*:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único: *omissis*

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Dessa maneira, em razão do princípio da proteção integral conferido à criança e ao adolescente, estes passam a ser considerados sujeitos de direitos. O artigo 229, da Constituição Federal complementa a forma como essa função deve ser desempenhada pelos pais, prescrevendo um dever recíproco entre pais e filhos, ao estabelecer que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

No estudo do poder familiar, interessante se faz averiguar quais previsões trouxe o Código Civil sobre o instituto. Assim sendo, nos termos do artigo 1630 e seguintes, do Código Civil, os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores, competindo a

ambos os pais essa função durante o casamento ou união estável, sendo que na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Acrescenta-se que havendo divergência entre os genitores quanto ao exercício do poder familiar a qualquer deles é assegurado recorrer ao juiz para solução do desacordo.

Relevante salientar, que a separação judicial, divórcio ou a dissolução da união estável não importam em qualquer alteração na relação existente entre pais e filhos, senão quanto ao direito/dever que os genitores possuem de convivência com seus filhos.

Logo, o pleno exercício do poder familiar consiste numa série de deveres impostos aos pais e, por consequência, confere direitos aos filhos⁵.

Com efeito, a inobservância dos deveres oriundos do poder familiar enseja sanções que podem ser a aplicação da pena de multa do artigo 249, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a suspensão ou extinção desse múnus⁶, visando atender ao melhor interesse do menor. A suspensão do poder familiar pode ser entendida como a perda temporária dos poderes exercidos sobre o filho e seus bens, já a extinção representa a perda definitiva, respeitados em ambos os casos o contraditório, ampla defesa e o devido processo legal⁷.

A pena de multa instituída no artigo 249, do Estatuto da Criança e do Adolescente, aplica-se quando houver o descumprimento, dolosa ou culposamente, dos deveres inerentes ao pátrio poder ou decorrentes de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou do Conselho Tutelar. Essa multa pode variar de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro no caso de reincidência.

⁵ Art. 1.634, do Código Civil: Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

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

⁶ Art. 129, do Estatuto da Criança e do Adolescente: São medidas aplicáveis aos pais ou responsável:

[...]

X- suspensão ou destituição do poder familiar.

⁷ Art. 24, do Estatuto da Criança e do Adolescente: A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

O artigo 1635, do Código Civil, enumera os casos que resultam na destituição do poder familiar, a saber, a morte dos pais ou do filho; a emancipação; a maioridade; a adoção; por decisão judicial, quando o pai ou mãe castigar imoderadamente o filho; deixar o filho em abandono; praticar atos contrários à moral e aos bons costumes incidir, reiteradamente, nas causas de suspensão.

Há a possibilidade de aplicação da suspensão quando, o pai ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos. Já quando no exercício do poder familiar o pai ou a mãe forem condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão, o exercício do poder familiar deve ser suspenso.

Em vista disso, o não cumprimento pelos genitores dos deveres a eles impostos em benefício da prole pode acarretar a responsabilidade na esfera administrativa, penal e cível, esta última será analisada com calma mais à frente, em virtude de ser o objeto do presente trabalho.

Em suma, aos genitores cabe o papel de administrar a vida do infante, permitindo a ele um crescimento e desenvolvimento saudável, de modo a poupá-lo de atos que possam prejudicar a sua dignidade enquanto pessoa humana.

1.3. Princípios do Direito de Família

O ordenamento jurídico brasileiro é orientado por dois princípios fundamentais e estruturantes, a saber, a dignidade da pessoa humana e a solidariedade, princípios estes que a lado dos princípios gerais (igualdade, afetividade, convivência familiar e melhor interesse da criança), também, exercem influência no direito de família. Assim sendo, oportuno se faz tecer breves considerações acerca desses princípios relevantes.

1.3.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A Constituição Federal vigente, logo no seu primeiro artigo⁸, traz a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, por isso o

⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

princípio da dignidade da pessoa humana deve ser observado em todas as relações jurídicas sejam públicas ou privadas no seio da sociedade.

Outrossim, é interessante destacar que os direitos fundamentais têm na dignidade o seu fundamento justificante, e, do próprio princípio se desdobram outros princípios e direitos fundamentais autônomos, o que leva ao acertado entendimento de norma fundamental. Há uma ligação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, na medida em que aquele tem aplicabilidade a partir da garantia dos direitos fundamentais.

Além do que, o princípio da dignidade da pessoa humana visa o respeito à pessoa humana, a fim de possibilitar o pleno desenvolvimento de sua personalidade, tornando a pessoa o centro protetor do ordenamento jurídico, buscando essa finalidade através da despatrimonialização e personalização dos institutos jurídicos.

Dias (2015, p. 45) esclarece que na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, optou expressamente pela pessoa, destinando todos os institutos à formação de sua personalidade. Para tanto, houve a despatrimonialização e a personalização dos institutos jurídicos, o que fez com que a pessoa humana se tornasse o principal objeto a ser protegido pelo ordenamento jurídico. Acrescenta ainda, que o princípio da dignidade humana, além de representar um limite à atuação do Estado, constitui também um norte para a sua ação positiva. Assim, o Estado tem por dever de se abster da prática de certos atos que atentem contra a dignidade humana, assim como promover a dignidade por intermédio de condutas ativas, para garantir o mínimo existencial para cada ser humano em seu território.

No direito de família, o princípio em comento tem especial aplicação, visto que a família é considerada a célula básica da sociedade. Por esse motivo, no âmbito familiar deve haver a preservação dos direitos da personalidade, o que ocorre por meio da incidência do princípio da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, a dignidade da pessoa humana no direito de família representa igual dignidade à todas as entidades familiares ainda que não expressas. Em decorrência disso, a Carta Magna brasileira reconhece a união estável e a família monoparental como entidades familiares tal como o casamento, porque seria indigno dar tratamento diferenciado a diferentes formas de constituição de família, como também dá igual

tratamento aos filhos independentemente da sua origem, pois seria igualmente indigno não tratar da mesma maneira os filhos.

Reforçando esse pensamento, asseveram Gagliano e Pamplona Filho (2014, p.85) que sob o influxo do princípio da dignidade da pessoa humana, epicentro normativo do sistema de direitos e garantias fundamentais, pode ser afirmado que a Constituição Federal consagrou um sistema aberto de famílias para admitir, ainda que não expressos, outros núcleos ou arranjos familiares para além daqueles constitucionalmente fixados, a exemplo da união homoafetiva.

De resto, é possível a percepção de que a dignidade da pessoa humana ganha relevância na análise do tema em foco no trabalho em mãos, porque o abandono afetivo pelos genitores importa na violação do princípio da dignidade da pessoa humana ao ocasionar danos a personalidade e a dignidade do infante.

1.3.2. Princípio da Solidariedade

A solidariedade encontra fundamento legal no artigo 3º, inciso I, da Carta Maior brasileira⁹, que a elenca como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil. Ao longo do texto constitucional, nota-se a preocupação em promover o princípio em voga, como nos artigos 226 e 227, da Constituição, ao impor, em primeiro lugar à família, para depois atribuir à sociedade e ao Estado o dever de proteger o grupo familiar.

Lobo (2011, p. 64) leciona que a solidariedade do núcleo familiar deve ser entendida como a relação de reciprocidade existente entre os cônjuges e companheiros, relativa à assistência moral e material. Por sua vez, a solidariedade em relação aos filhos corresponde ao dever de cuidado ao infante até atingir a sua plena formação social quando atingida a maioridade.

Assim, o princípio da solidariedade visa a superação do individualismo, já que consiste nos deveres de assistência, cooperação, ajuda, consideração e respeito recíprocos que devem existir entre os membros da família, não se limitando a esfera patrimonial, alcançando a esfera psicológica e afetiva. Por consequência do princípio da solidariedade é

⁹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

que o direito de convivência da criança com os membros de sua família deve ser observado.

Interessante pontuar que no acórdão de relatoria da Ministra Nancy Andrighi¹⁰, o Superior Tribunal de Justiça entendeu haver um inegável dever jurídico primário de solidariedade familiar, fundado no dever de cuidado e de não abandonar o filho, no qual o seu desrespeito acarreta um dever jurídico secundário de reparação do dano ocasionado pelo desrespeito ao dever primário. Logo, a tese de possibilidade de indenização pela irresponsabilidade parental, encontra no princípio da solidariedade um de seus fundamentos.

Mediante o exposto, o bem jurídico tutelado pelo princípio da solidariedade corresponde ao necessário dever de criação, educação e companhia, os quais podem ser resumidos no mínimo de cuidados que garantam ao filho uma plena realização como pessoa humana.

1.3.3. Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade pode ser analisado sob vários aspectos, isso devido ao seu vasto âmbito de incidência. Todavia, no presente trabalho, o seu estudo será limitado a aplicabilidade do princípio da igualdade nas relações paterno-filiais.

Nessa esteira, o artigo 226, §§3º e 4º, quando reconhece a união estável como entidade familiar, bem como quando entende como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, por consequência proclama o princípio da igualdade, uma vez que reconhece outras formas de formação da família além do casamento, e assim, elimina a diferenciação de tratamento que antes existia entre os filhos em razão de sua origem.

Por outro lado, o artigo 227, §6º, da Constituição Federal Brasileira de 1988, expressamente prevê o princípio da igualdade aplicado entre os filhos, ao informar que os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, sendo proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Nessa mesma linha, o artigo 1596, do Código Civil/2002¹¹, reproduzindo o texto constitucional, confirma a aplicação do princípio da igualdade no direito de família, especialmente na relação paterno-filial.

¹⁰ REsp nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9) Rel. Ministra Nancy Andrighi. Dj: 10.05.2012.

¹¹ Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Insta frisar que outrora, no Código Civil de 1916, eram estabelecidas distinções entre filhos legítimos e ilegítimos. Contudo, hodiernamente, não mais existe margem para a distinção quanto a origem do filho, entre aqueles havidos do casamento ou os que não provieram da relação matrimonial ou por adoção.

A conjuntura do ordenamento jurídico atual, como amplamente verificado, consagra a aplicação do princípio da igualdade no direito de família, a qual é guiada pela solidariedade entre os membros que compõem a família, pouco importando se o filho adveio de um casamento, união estável, concubinato, incesto ou da socioafetividade, todos terão igual tratamento.

Ressalta-se, ainda, que parte da doutrina entende que a guarda compartilhada consiste no desdobramento do princípio da igualdade entre o homem e a mulher, de modo a garantir a presença de ambos os genitores na criação dos filhos, não tendo nenhum dos genitores preferência em relação ao outro, o que implica no exercício do poder familiar por ambos os genitores.

Destarte, resta observado que o princípio estudado exerce influência nos institutos do direito de família desde o direito sucessório, na relação entre os cônjuges, perpassando no direito à alimentos e no dever de cuidado devido pelos genitores.

1.3.4. Princípio da Afetividade

O princípio da afetividade não encontra expressa previsão na Carta Federal de 1988, contudo, está consubstanciado no princípio da dignidade da pessoa humana, além do mais, pode ser visualizado nos, já mencionados, artigos 226, §4º e 227, *caput*, §§5º e 6º, da Constituição Federal de 1988.

Interessante ter em mente, que a família na atualidade deve ser compreendida como o ambiente no qual a personalidade e desenvolvimento de seus membros devem ser estimulados. Assim sendo, tem como norte a solidariedade e a afetividade.

Assim, tem-se que o ordenamento jurídico conferiu valor jurídico ao afeto. Fato é que o afeto é indispensável no ambiente familiar, principalmente na relação existente entre pais e filhos, visto que para que a formação da criança e do adolescente como pessoa humana seja completa, a família deve garantir os deveres que lhe incumbem, tais como a proteção, convivência, a promoção ao ambiente confortável, onde haja respeito e afeto.

O afeto não se restringe ao sentimento amor, correspondendo na realidade a ligação entre pessoas, que pode se manifestar de forma positiva ou negativa. A forma de

manifestação positiva do afeto equivale ao amor, já a negativa ao ódio. De certo que o afeto está presente nas relações familiares, seja na sua forma positiva ou negativa.

Corroborando com esse entendimento, Hironaka explana sobre o afeto nas relações intersubjetivas que o ser humano está sujeito ao longo de sua trajetória de vida, apontando a diferença entre as pessoas e os animais, para no final demonstrar a importância do afeto na relação entre sujeitos:

O afeto é, no direito, em ramos da filosofia e no senso comum, identificado com o amor. Em nossa visão positivista era inclusive visto como dissociado do pensamento. Mas, ele é muito mais do que isto. Sem dúvida, uma qualidade que nos caracteriza é a ampla gama de sentimentos com que somos dotados e que nos vinculam – uns aos outros, de forma original face a outras espécies. Com base nos afetos, que se transformam em sentimentos, é que criamos as relações intersubjetivas – compostas de razão e emoção – do que nos move. A diferença dos outros animais, somos constituídos, além dos instintos, de sua tradução mental em impulso de vida e de morte. Estes ganham a qualidade mental de afetos – energia mental com a qualidade de ligação, de vinculação= libido, Eros, ou de desligamento, de não existência= morte, Thanatos. São estes impulsos que nos afetam, desde dentro, e que se transformam em sentimentos – que ganham um sentido, uma direção na relação com as outras pessoas, com nuances que variam do amor ao ódio, em combinações variadas. É por meio dos afetos que valorizamos e julgamos a experiência variadas. É por meio dos afetos que valorizamos e julgamos a experiência em prazerosa, desprazerosa, boa, má. Mas vamos além disto, e valoramos nossas experiências também de acordo com o pensamento, com a experiência e com valores construídos nas relações e apreendidos do meio social. São os afetos que nos vinculam das mais diversas formas às pessoas. E é certo que também somos afetados pelos estímulos externos que são traduzidos, interpretados mentalmente segundo as experiências passadas e a valoração que lhes foram atribuídas. Somos seres axiológicos por excelência, e parte desta qualidade que nos é inerente vem justamente dos afetos (HIRONAKA *apud* SIMÃO, 2014, p. 38).

O princípio da igualdade acima analisado, também encontra fundamento na afetividade, na medida em que a família deve ser o espaço de promoção do afeto, não havendo nessa nova conjuntura margem para discriminação entre os filhos, já que fundada no respeito entre os membros que a compõem e no fato de que a constituição da família deixou de ser baseada unicamente na filiação biológica (laços de consanguinidade), dando lugar também à filiação socioafetiva, em sua essência baseada no afinidade existente entre pai e filho.

Lobo (2011, p.71) explicita que o princípio da afetividade pressupõe o dever jurídico recíproco que se impõe entre os genitores e filhos, mesmo que haja desamor ou

desafeição entre eles. A afetividade, como princípio jurídico, apenas deixa de incidir quando do falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda do poder familiar.

Decerto, a formação da personalidade da criança sofre influência direta da participação dos pais na vida dos filhos, sendo permitido à criança, através da convivência, o desenvolvimento de suas capacidades basilares sem prejuízos a sua personalidade.

De plano, conclui-se que a presença dos pais nos primeiros estágios da vida da criança como fornecedores de carinho, atenção e afeto, fará com que a personalidade e caráter da criança, construídos nestes moldes, determine o comportamento adotado quando na fase adulta.

1.3.5. Princípio da Convivência Familiar

A convivência familiar é um direito absoluto constitucional e expressamente garantido à criança e ao adolescente, no artigo 227, da Carta Federal de 1988. Ademais, o artigo 4º, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente, assegura esse direito, estabelecendo como dever da família a garantia, como prioridade, da efetivação dos direitos referentes à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. O mesmo diploma legal, no artigo 19, *caput*, assinala que toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

O aludido princípio deve ser compreendido como o direito a conviver com aquelas pessoas que se tem vínculo familiar biológicos ou socioafetivos, não deve ser entendido como um como simples aglomerado de pessoas que dividem o mesmo espaço e partilham os deveres, pois, deve estar baseada no afeto. Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 105), evidencia que o afastamento definitivo dos filhos da sua família natural é medida de exceção, apenas recomendável em situações justificadas por interesse superior.

E, por isso, a relação existente entre pai e filho nada tem a ver com a relação dos seus genitores. Dessa forma, os filhos não podem ser privados do convívio com qualquer um de seus genitores em razão de haverem posto fim ao matrimônio ou união.

Outrossim, a violação ao direito fundamental à convivência pode se constituir em abandono material, moral e intelectual. O abandono material põe em risco a saúde e sobrevivência do infante, já o abandono moral e intelectual prejudica sua educação e moralidade. Tendo em vista o abandono do filho e suas consequências gravosas que

exponha a vítima a perigo, o direito penal buscou coibir a sua prática ao tornar determinadas condutas criminosas, tais como, os tipos previstos nos artigos 133¹², 134¹³, 244¹⁴, 245¹⁵ e 247¹⁶, respectivamente, abandono de incapaz, abandono de recém-nascido, abandono material, abandono intelectual e abandono moral.

Não obstante, a lei civil trata de outro tipo de abandono do que trata o direito penal, aquele que tem como causa a ausência do genitor ou genitora no cotidiano do filho, que embora não detenha a guarda contínua no exercício do poder familiar, o qual tem como ônus o dever a prestar alimentos assim como, embora não tenha o dever legal de convivência e de visitação, tem o dever de assegurar o exercício regular do direito à convivência familiar e comunitária, até mesmo a visitação, desde que relacionados à

¹² Art. 133 - Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono:

Pena - detenção, de seis meses a três anos.

§ 1º - Se do abandono resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 2º - Se resulta a morte:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos.

Aumento de pena

§ 3º - As penas cominadas neste artigo aumentam-se de um terço:

I - se o abandono ocorre em lugar ermo;

II - se o agente é ascendente ou descendente, cônjuge, irmão, tutor ou curador da vítima.

III - se a vítima é maior de 60 (sessenta) anos

¹³ Art. 134 - Expor ou abandonar recém-nascido, para ocultar desonra própria:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

§ 1º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - detenção, de um a três anos.

§ 2º - Se resulta a morte:

Pena - detenção, de dois a seis anos.

¹⁴ Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Parágrafo único - Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada.

¹⁵ Art. 245 - Entregar filho menor de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

§ 1º - A pena é de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão, se o agente pratica delito para obter lucro, ou se o menor é enviado para o exterior.

§ 2º - Incorre, também, na pena do parágrafo anterior quem, embora excluído o perigo moral ou material, auxilia a efetivação de ato destinado ao envio de menor para o exterior, com o fito de obter lucro.

¹⁶ Art. 247 - Permitir alguém que menor de dezoito anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância:

I - frequente casa de jogo ou mal-afamada, ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida;

II - frequente espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor, ou participe de representação de igual natureza;

III - resida ou trabalhe em casa de prostituição;

IV - mendigue ou sirva a mendigo para excitar a comiseração pública:

Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

proteção integral da criança e do adolescente, mas não cumpre com as suas obrigações paternas e por consequência dessa conduta danosa surge o dever de compensação.

Cumprido salientar que a convivência familiar não se satisfaz tão somente com a prestação de alimentos, a promoção da educação ou com a detenção da guarda, vai além desses aspectos materiais, de modo a possibilitar o completo desenvolvimento da personalidade do filho. Já que a família deve ser compreendida como uma comunidade afetiva, sendo imprescindível nesse contexto a atenção, o respeito e o carinho.

Portanto, não restam dúvidas a respeito da importância do convívio familiar da criança ou adolescente com os pais, preferencialmente em um lar harmonioso, para o desenvolvimento de sua personalidade.

1.3.6. Princípio do Melhor Interesse da Criança

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente tem como origem as transformações na função social da família, que antes tinha função essencialmente política e econômica e passou a ser constituída com base no afeto e solidariedade. Dentro desse contexto, a criança e adolescente passou a ocupar lugar de destaque no meio familiar, em razão da sua vulnerabilidade como pessoa em desenvolvimento, que requer tratamento diferenciado.

Como se analisou ao longo do texto em desenvolvimento, a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente adotaram um conjunto de princípios e direitos a fim de resguardar o menor, passando a ser plenamente reconhecidos como sujeitos de direitos. Dentro desse conjunto engloba-se o princípio do melhor interesse do menor, que assim como outros princípios, encontra previsão no artigo 227, da CF/88, e também, foi consagrado nos artigos 4º e 6º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Essa nova conjuntura do ordenamento jurídico pátrio leva ao acertado entendimento do menor como pessoa humana, e por isso, sua dignidade deve ser preservada, não sendo admitida qualquer fato que atente contra ela, a exemplo da ausência de afeto.

A esse respeito, Diniz considera que:

É um princípio norteador de controle do exercício do poder familiar, da fixação do direito de guarda e de visita em caso de separação e divórcio, e

da determinação a indenização por dano moral por descumprimento do dever de convivência familiar, por conter elementos voltados ao pleno desenvolvimento da personalidade, à boa formação educacional, à realização pessoal, à integridade moral, física e psíquica da prole (DINIZ, 2006, p. 803).

Ante o exposto, o melhor interesse do menor deve ser tomado por base não apenas nas relações da criança e do adolescente com seus pais como princípio norteador do controle do poder familiar, mas também, da família, da sociedade e do Estado.

Nesse sentido, o melhor interesse da criança e do adolescente permite que a garantia do desenvolvimento normal da personalidade seja priorizada frente as demais escolhas dos seus genitores, os quais devem agir de modo a observar seus deveres paternos, desconsiderando a sua vontade e privilegiando o interesse do menor.

Portanto, o mencionado princípio busca garantir a absoluta prioridade do direito da criança e do adolescente, à proteção de toda forma de negligência, discriminação ou violência, o que deve ser concretizado de modo especial pela família.

Após a breve análise sobre a família, no próximo capítulo será averiguado o instituto da responsabilidade civil.

CAPÍTULO II

RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1. Conceito

Com a finalidade de se averiguar a possibilidade de indenização por dano causado pelo abandono afetivo, mister se faz tecer algumas considerações acerca do instituto da responsabilidade civil, compreender o seu conceito, analisar a sua evolução histórica, elementos caracterizadores e classificação.

A responsabilidade consiste em uma obrigação derivada, uma vez que em caso de descumprimento de uma obrigação principal surge o dever sucessivo de ressarcir o dano resultante desse descumprimento. Desta feita, pode-se inferir que o conceito de responsabilidade está intimamente relacionado ao de obrigação.

A responsabilidade (*respondere*) também pode ser considerada como o dever jurídico de recomposição do dano sofrido, imposto ao seu causador direto ou indireto, constituindo uma relação cujo objeto é o ressarcimento (LISBOA, 2012, p. 222).

Cavaleri Filho (2008, p.1-2) aduz que a responsabilidade civil indica um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Acrescentando que não se trata de simples conselho, advertência ou recomendação, mas de uma ordem ou comando dirigido à inteligência ou a vontade dos indivíduos, de sorte que impor deveres jurídicos importa criar obrigações.

Acerca da responsabilidade civil explanam os irmãos Figueiredo, *ipsis verbis*:

Conceitualmente, a responsabilidade civil deriva da transgressão de uma norma jurídica pré-existente, com a conseqüente imposição ao causador do dano do dever de indenizar. Consiste em atribuir a alguém, violador de um dever jurídico primitivo, as conseqüências danosas de seu comportamento. Esse descumprimento vai gerar dever de recomposição do status quo ante. Esta reparação haverá de ser integral, sendo norteadada pelo princípio da *restitutio in integrum*, chamado por alguns de princípio do imperador ou reparação integral (FIGUEIREDO; FIGUEIREDO, 2015, p. 47).

Nesse diapasão, a responsabilidade civil decorre da violação de uma norma jurídica preexistente de natureza contratual ou extracontratual, que gera, por conseqüência, ao causador do dano o dever de indenizar. Na responsabilidade civil contratual, o agente

infringe um dever legal, ao passo que na responsabilidade extracontratual, descumpre o pactuado, tornando-se inadimplente, o que será analisado mais à frente, porque por hora adentraremos na evolução histórica da responsabilidade civil.

2.2. Considerações Históricas

A responsabilidade civil nas primeiras formas organizadas de sociedade não tinha como um de seus pressupostos a culpa, sendo a regra a responsabilidade sem que fosse levada em consideração qualquer análise da culpa, provocando o dano uma resposta imediata do ofendido, com o uso da força como solução dos conflitos, uma vez que nesse período, o direito ainda não havia ganhado força suficiente para a regulamentação das condutas sociais, imperando a vingança privada, que importava na reparação de um dano mediante a prática de outro dano.

Corroborando com esse entendimento:

Nos primórdios da humanidade, entretanto, não se cogitava do fator culpa. O dano provocava a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido. Não havia regras nem limitações. Não imperava, ainda, o direito. Dominava, então, a vingança privada, “forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal (GONÇALVES *apud* LIMA, 2014, pag. 21).

O direito romano, também, tomava por base essa concepção, aplicando-se a vingança privada no caso concreto quando justificável, sendo o causador do dano punido conforme a pena de Talião, a qual tem previsão na Lei das XII Tábuas (olho por olho, dente por dente).

Ressalta-se, contudo, que a responsabilidade civil sofreu considerável evolução nesse período da história, porque a supramencionada lei, com o objetivo de evitar a aplicação da pena de Talião, previa a possibilidade de a vítima receber uma importância em dinheiro ou outros bens do patrimônio do autor do dano com o objetivo de compensação entre os sujeitos da relação jurídica. Nesse sentido, informa Lima (1938, p.11), *ipsis litteris*, “a vingança é substituída pela composição a critério da vítima, mas subsiste como fundamento ou forma de reintegração do dano sofrido”.

A Lei das XII Tábuas (450 a. c.) fez com que a autotutela por meio da vingança privada fosse abolida e superada pela composição tarifada e, em seguida, esta última pela composição obrigatória, que fixava no caso concreto a pena a ser paga com o patrimônio do ofensor, deixando os conflitos de serem questões referentes apenas a esfera particular das partes e passando a sofrer influência da inteligência social, sendo vedada à vítima fazer justiça com as próprias mãos.

Sobre o tema, preleciona Gonçalves:

Num estágio mais avançado, quando já existia uma soberana autoridade, o legislador veda à vítima fazer justiça pelas próprias mãos. A composição econômica, de voluntária que era, passa a ser obrigatória, e, ao demais disso, tarifada. É quando, então, o ofensor paga um tanto por membro roto, por morte de um homem livre ou de um escravo, surgindo, em consequência, as mais esdrúxulas tarifações, antecedentes históricos das nossas tábuas de indenizações preestabelecidas por acidentes do trabalho. É a época do Código de Ur-Nammu, do Código de Manu e da Lei das XXII Tábuas (GONÇALVES, 2014, p. 21).

A edição da *Lex Aquilia* representou um importante avanço na história da responsabilidade civil, o que pode ser notado por meio da influência até mesmo na usual classificação da responsabilidade civil quanto a natureza da norma jurídica violada pelo agente causador do dano, que se subdivide em contratual e extracontratual, também conhecida como aquiliana.

A *Lex Aquilia* proporcionou a introdução da culpa como elemento essencial da responsabilidade civil, estabelecendo a necessidade de culpa para que fosse viável a reparação do dano causado, ao tempo em que se introduzia a diferença entre a responsabilidade civil e penal. Ademais, a função da pena passou por uma transformação em sua concepção, passando a ser considerada como um princípio regulador da reparação do dano, com penas proporcionais ao prejuízo.

No direito francês, as ideias românicas, foram aperfeiçoadas de modo a estabelecer e propagar novos princípios da responsabilidade civil, tomando por base o princípio aquiliano de juízo da culpa. A primeira codificação moderna a consagrar a responsabilidade civil aquiliana foi o *Code Civil Français* de 1804, o qual informava que o agente causador do dano somente era obrigado a repará-lo caso ficasse comprovada a sua culpa. Nesse período da história foi criada uma distinção entre a culpa delitual e a culpa contratual.

Gagliano e Pamplona Filho dedicam algumas linhas sobre o assunto supra:

Permitindo-se um salto histórico, observe-se que a inserção da culpa como elemento básico da responsabilidade aquiliana – contra o objetivismo excessivo do direito primitivo, abstraindo a concepção de pena para substituí-la, paulatinamente, pela ideia de reparação do dano sofrido – 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 (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 55).

Com a revolução industrial após a 1ª guerra mundial, o desenvolvimento tecnológico dos meios de produção, que fizeram as indústrias produzir em larga escala, com o conseqüente desenvolvimento das cidades, meios de comunicação e transportes, a noção de responsabilidade baseada tão somente na culpa se tornou obsoleta, visto que se comprovar a culpa no caso concreto se tornou cada vez mais difícil, transformando-se a culpa num óbice a concessão de indenização, já que o ofendido não mais conseguia comprovar a culpa do ofensor na prática do dano. A partir de então, a responsabilidade objetiva, independentemente da existência de culpa, começou a ser aceita, com a finalidade maior de se resguardar a dignidade da pessoa humana.

2.3. Pressupostos da Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil deve ser analisada a partir da análise dos elementos essenciais que caracterizam o dever de compensar o prejuízo causado, a saber, conduta humana, dano ou prejuízo, nexó de causalidade e, para alguns doutrinadores, a culpa. Ressalta-se, por oportuno, que os pressupostos da responsabilidade civil variam conforme a espécie de responsabilidade.

Nesse diapasão, seguindo essa linha de raciocínio, o primeiro elemento a ser estudado será a conduta humana, ação ou omissão, que como mencionado acima, constitui elemento essencial para a configuração da responsabilidade, considerada como todo comportamento humano dotado de voluntariedade consciente, excluindo-se assim do âmbito da responsabilização diretamente animais e atuações humanas involuntárias.

A expressão “ação” deve ser entendida como uma conduta positiva do agente, mediante um comportamento ativo, que o leva a causar dano a outrem, já omissão deve ser compreendida como a falta de um comportamento esperado e não tido, quando o agente devia e podia praticar determinada conduta e não a praticou.

Os civilistas Gagliano e Pamplona Filho bem discorrem sobre a conduta como elemento da responsabilidade civil, *ipsis litteris*:

Nesse contexto, fica fácil entender que a ação (ou omissão) humana voluntária é pressuposto necessário para a configuração da responsabilidade civil. Trata-se,

em outras palavras, 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 (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO 2012, p.74).

Consoante o acima explicitado, a conduta humana quando comissiva ou omissiva é fator de fundamental importância para a configuração da responsabilidade civil, haja vista que produz consequências jurídicas quando dela resultam lesões em dado bem alheio.

Por sua vez, o dano ou prejuízo, traduz uma lesão causada a um interesse jurídico tutelado material ou moral. A violação a um interesse tutelado constitui-se como um dos requisitos necessários à incidência do dever de indenização, a subsistência do dano (caso o dano seja reparado não há que se falar em indenização), ou seja, deve-se ter a certeza do dano (dano certo).

Gonçalves (2014, p. 326), em seu livro *Direito Civil Brasileiro*, ao discorrer sobre o dano, leciona que indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente. Se possível, restaurando o *statu quo ante*, isto é, devolvendo-a ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito. Todavia, como na maioria dos casos se torna impossível tal desiderato, busca-se uma compensação em forma de pagamento de uma indenização monetária.

Aduz, também, em outra passagem.

Sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente. O dano pode ser material ou simplesmente moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira do ofendido. O Código Civil conseguiu um capítulo sobre a liquidação do dano, ou seja, sobre o modo de se apurarem os prejuízos e indenização cabível. A inexistência de dano é óbice à pretensão de uma reparação, aliás, sem objeto (GONÇALVES, 2012, p.45- 46).

E continua:

Com efeito, o elemento subjetivo da culpa é o dever violado. A responsabilidade é uma reação provocada pela infração de um dever preexistente. No entanto, ainda mesmo que haja violação de um dever jurídico e que tenha havido culpa, e até mesmo dolo, por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo. Se, por exemplo, o motorista comete várias infrações de trânsito, mas não atropela nenhuma pessoa nem colide com outro veículo, nenhuma indenização será devida, malgrado a ilicitude de sua conduta (GONÇALVES, 2012, p.45- 46).

O dano pode ser classificado em dano patrimonial (material), aquele que pode ser avaliado em pecúnia, sendo possível sua reparação através do pagamento em dinheiro ao ofendido. Por sua vez, o dano patrimonial se subdivide em dano emergente ou positivo e dano negativo ou lucros cessantes, a primeira subespécie faz menção aquilo efetivamente perdido pelo ofendido, resultando em diminuição do patrimônio, o segundo traduz-se pela expressão, aquilo que razoavelmente a vítima deixou de lucrar, a perda de um ganho esperado.

A propósito, segundo inteligência do Superior Tribunal de Justiça, no Resp. 61.512- SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU, 1º - 12-1997, n. 232, p. 62757, a expressão utilizada pelo Código Civil, no artigo 402¹⁷, “o que razoavelmente deixou de lucrar, deve ser interpretada de modo que, até prova em contrário, admite-se que o credor haveria de lucrar aquilo que o bom senso diz que lucraria, existindo a presunção de que os fatos se desenrolariam dentro do seu curso normal, tendo em vista os antecedentes. O simples fato de uma empresa rodoviária possuir frota de reserva não lhe tira o direito aos lucros cessantes, quando um dos veículos sair de circulação por culpa de outrem, pois não se exige que os lucros cessantes sejam certos, bastando que, nas circunstâncias, sejam razoáveis ou potenciais”.

No que se refere ao dano moral¹⁸, que especialmente é de interesse do presente trabalho, não produz efeitos no patrimônio do lesado, mas sim na sua pessoa, violando direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, o nome, a intimidade, a imagem etc., repercutindo negativamente na esfera psicológica do ofendido.

Zannoni (1982, p. 239-240) dedica algumas linhas sobre o assunto supra:

O dano moral direto consiste na lesão a um interesse que visa a satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem) ou nos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família). O dano moral indireto consiste na lesão a um interesse tendente à satisfação ou gozo de bens jurídicos patrimoniais, que produz um menoscabo a um bem extrapatrimonial, ou melhor, é aquele que provoca prejuízo a qualquer interesse não patrimonial, devido a uma lesão a um bem patrimonial da vítima. Deriva, portanto, do fato lesivo a um interesse patrimonial. É a hipótese, por exemplo, da perda de objeto de valor afetivo.

¹⁷ Art. 402, do Código Civil: Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

¹⁸ Súmula 37/STJ - 26/10/2015. Responsabilidade civil. Dano moral. Dano material. Cumulação. CCB, art. 159. CF/88, art. 5º, V e X. CCB/2002, art. 186.

«São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato

A Carta Magna Brasileira de 1988, no seu artigo 5º, incisos V e X¹⁹, traz como direito fundamental a reparação por dano moral, sendo a primeira constituição a reconhecer esse direito, antes previsto apenas na legislação esparsa.

Acrescenta-se, ainda, que a súmula 387, do Superior Tribunal de Justiça dispõe que é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral. Some-se a isso, a súmula 37, do mesmo Tribunal Superior, reconhece a possibilidade de cumulação das indenizações por dano material e moral oriundos do mesmo fato.

Vê-se que, os direitos não se resumem aos patrimoniais, pois devem ser reconhecidos os direitos da personalidade, aqueles inerentes a pessoa humana, inalienáveis, intransmissíveis e irrenunciáveis. A transgressão aos direitos da personalidade pode gerar danos no âmbito extrapatrimonial da pessoa, que por consequência acarreta no dever de reparar ao agente causador.

Resta analisar, agora, o último elemento geral restante da responsabilidade, qual seja, o nexo de causalidade que nada mais é que a relação de causa e consequência entre os elementos anteriormente descritos, a conduta e o dano, no sentido que não existindo o nexo entre a conduta do agente e o dano verificado, ou seja, caso seja verificado que a conduta do agente não produza o dano ou na ausência de dano, diante de uma conduta praticada, não existirá o dever de indenizar.

A inexistência de prejuízo econômico ou moral impede a imputação o dever de indenizar. De igual modo, não se pode responsabilizar determinada pessoa por um dano sofrido pela vítima quando, apesar da existência do prejuízo e de sua comprovação, não se lograr êxito em estabelecer a relação entre a conduta perpetrada ou patrocinada pelo suposto agente e esse mesmo prejuízo (LISBOA, 2012, p. 277).

A culpa para parte da doutrina não é tida como pressuposto geral da responsabilidade civil. Entretanto, pode ser afirmado que é elemento caracterizador da responsabilidade civil subjetiva, assim, nessa espécie de responsabilidade, para que haja a obrigação de indenizar, o agente deve agir com negligência, imprudência ou imperícia.

¹⁹ Art. 5º, da Constituição Federal de 1988: Todos são iguais perante a lei, sem distinções de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos seguintes termos:

(...)

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

(...)

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

Urge salientar que a negligência ocorre quando há a inobservância do dever de cuidado por omissão, já a imperícia se refere a inaptidão para prática de determinado ato. Por derradeiro, a imprudência corresponde ao descumprimento de regras básicas de cautela.

Segundo Silvio Venosa (2005, p. 33):

Para fins de indenização, importa verificar se o agente agiu com culpa civil, em sentido lato, pois, como regra, a intensidade do dolo ou da culpa não deve graduar o montante da indenização, embora o presente Código Civil apresente dispositivo nesse sentido (art. 944, parágrafo único). A indenização deve ser balizada pelo efetivo prejuízo, ou seja, extensão do dano.

No tocante a culpa, interessante frisar, ainda, que esse elemento subjetivo não é requisito para a configuração da responsabilidade objetiva, bastando para tanto, tão somente, a conduta humana, dano e o nexo de causalidade entre os dois primeiros elementos.

2.4. Espécies de Responsabilidade

A doutrina estabelece uma classificação sistemática da responsabilidade civil a fim de tonar o entendimento acerca do assunto mais didático. Dessa maneira, a doutrina classifica a responsabilidade civil em subjetiva e objetiva, contratual e extracontratual ou aquiliana.

A primeira classificação deve ser analisada sob o prisma do elemento culpa, uma vez que na responsabilidade civil subjetiva esse elemento é indispensável para sua configuração, já na responsabilidade civil objetiva não é necessário ser caracterizada a culpa.

Na responsabilidade subjetiva a culpa do agente será apreciada, de maneira que caso o agente, embora não tenha a intenção, pratica uma ação ou omissão agindo com negligência, imprudência ou imperícia, a qual gera dano a alguém, subsistirá a ele o dever de repará-lo. Por seu turno, a responsabilidade civil objetiva é aquela em que se configura independentemente da existência de culpa do agente causador do dano, havendo o dever de reparar o dano, tendo culpa ou não o agente, visando desestimular comportamentos considerados socialmente indesejados e incentivar os aceitáveis.

Nesse diapasão, para Gonçalves (2015, p. 42) a classificação corrente e tradicional denomina objetiva a responsabilidade que independe de culpa. Esta pode ou não existir, mas será sempre irrelevante para a configuração do dever de indenizar. Indispensável será a relação de causalidade entre a ação e o dano, uma vez que, mesmo no caso de responsabilidade objetiva, não se pode acusar quem não tenha dado causa ao evento. Nessa classificação, os casos de culpa presumida são considerados hipóteses de responsabilidade subjetiva, pois se fundam ainda na culpa, mesmo que presumida.

A responsabilidade civil também pode ser classificada em contratual e extracontratual. A primeira é aquela decorrente da violação de uma norma jurídica preexistente de natureza contratual, já a segunda da violação de uma norma jurídica extracontratual que gera, por consequência, ao causador do dano o dever de reparar. Nesta última, o agente infringe um dever legal, ao passo que na primeira espécie, descumpra o pactuado, tornando-se inadimplente.

No que diz respeito a responsabilidade civil contratual, como já mencionado acima, existe uma relação jurídica anterior entre as partes, que as obrigam a cumprir um compromisso anteriormente assumido, caso haja a transgressão do dever gerado pelo negócio jurídico firmado entre os contratantes resultará na responsabilidade do transgressor.

Nessa espécie em comento, o dever de reparar o dano pode variar a depender do tipo de obrigação assumida. A título de informação, nas obrigações de resultado a responsabilidade é presumida, como por exemplo, no caso de um médico que se obriga a realizar uma cirurgia estética, deve ele alcançar a finalidade almejada pelo credor, pois ele responde inclusive pelo risco de sua atividade, bastando tão somente que o credor insatisfeito demonstre que o resultado esperado não foi atingido.

Na obrigação de meio, já não se presume a culpa, incumbindo ao credor insatisfeito provar a culpa do devedor, pode ser apontado como exemplo, também, a atividade desempenhada por médico que não está vinculado a curar o paciente, mas sim de empregar todos os meios a sua disposição para que a cura seja alcançada, caso não o faça o ônus da prova cabe ao ofendido.

Quanto a responsabilidade aquiliana, esta é prevista e regulada pelo Código Civil, em seu artigo 186, informando os pressupostos da responsabilidade, prescrevendo que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Nessa perspectiva, a responsabilidade resta caracterizada quando houver a violação de um dever previsto em lei ou no ordenamento jurídico, a princípio não há, como na responsabilidade contratual, um vínculo entre o autor do dano e o ofendido, o que ocorre é a violação do dever legal abstrato de não causar dano a outrem.

Ultrapassada a análise das espécies de responsabilidade, passa-se a averiguar no caso de abandono afetivo na relação paterno-filial se a responsabilidade será subjetiva ou objetiva. Na visão de Madaleno (1997, p. 275), a responsabilidade civil no direito de família é subjetiva, exigindo um juízo de censura do agente capaz de entender o caráter de sua conduta ilícita. É preciso demonstrar a culpa.

Com base no acima afirmado, por ser a responsabilidade civil por abandono afetivo subjetiva, a culpa dos pais deverá ser comprovada, pois havendo uma conduta sem que haja a presença de culpa, não haverá a obrigação de indenizar. Portanto, o dever de indenizar que tem por causa o abandono afetivo impescinde da presença de alguns pressupostos da responsabilidade civil, que como já analisado, genericamente são a existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada como ato ilícito ou lícito, juridicamente valorada; a ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado ao ofendido pela ação comissiva ou omissiva do agente ou de terceiros, por quem respondam, ou por fato do animal ou coisa; ainda, deve haver o nexo de causalidade entre a ação e o dano e, por fim, a comprovação da culpa.

Isto posto, havendo o descumprimento dos deveres paternos e por consequência dessa ação resulte ao filho danos, ou seja, havendo o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, e desde que esteja presente a culpa, presentes encontram-se todos os elementos caracterizadores da responsabilidade civil subjetiva.

Finalmente, uma vez compreendida a responsabilidade civil com todos seus elementos e espécies, pode-se passar, nas próximas linhas, a discorrer sobre o cerne do presente trabalho, qual seja, a responsabilidade civil dos genitores pelo abandono afetivo.

CAPÍTULO III

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS GENITORES PELO ABANDONO AFETIVO

3.1. Abandono Afetivo e suas Consequências

Prefacialmente, necessário se ter em mente que a identidade da pessoa humana é construída durante toda a vida através dos relacionamentos e vínculos criados. Ao longo dessa trajetória de formação da identidade, a família tem papel de destaque, já que por meio dela que a criança terá contato com outros seres humanos e nesse meio será para ela apresentada uma visão do mundo. Nessa linha de pensamento, inegável a importância da família na formação da personalidade da pessoa.

O abandono afetivo pode ser entendido como o sentimento ou estado resultante da prática de ações ou omissões reiteradas que ferem o sentimento da pessoa, que a faz sentir rejeitada, assim como pode fazer com que essa pessoa desenvolva transtornos psicológicos, afetando a sua postura e relação com os demais membros da sociedade. Em resumo, o abandono afetivo que aqui nos interessa é aquele que tem como causa a falta de vínculos afetivos entre pai ou mãe e filho, o qual na modalidade culposa causa danos a personalidade do indivíduo.

Dias (2015, pag.96) considera que o conceito atual de família é centrado no afeto como elemento agregador, e exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade.

A ausência de assistência dos genitores, como já afirmado, pode gerar inúmeras consequências ao infante, tais, como danos psicológicos, uma vez que durante a infância a criança necessita manter relações com a família, com o objetivo de se sentir integrante de uma comunidade, em que haja amor, carinho e proteção, também, onde haja limites para que se cresça com suas habilidades plenamente desenvolvidas com respeito ao próximo.

O Código Civil pátrio traz como sanção ao descumprimento da função incumbida aos pais de dar assistência, criar e educar os filhos menores, a perda do poder familiar. No entanto, a perda do poder familiar como sanção à conduta reprovável do pai ou mãe que

abandona o filho, segundo pode-se inferir da interpretação em conjunto dos artigos 1634, inciso II e 1638, inciso II, seria uma verdadeira recompensa aquele que exerce o poder familiar de maneira danosa e destrutiva, vez que a sua aplicação não geraria nenhuma mudança na situação já existe entre as partes, de modo que seria ineficaz.

Nessa perspectiva, não pode ser arguida como eximente indenizatória a perda do poder familiar decorrente da sanção aplicada, porque não seria razoável, haja vista que seria um benefício ao ofensor essa sanção de natureza familiar, restando o lesado prejudicado e sem o seu direito a indenização por dano moral, desse modo, incentivando a prática do abandono afetivo.

A sanção prevista no Código Civil de 2002, não afasta a possibilidade de indenização por abandono afetivo, pois a punição tem por finalidade resguardar a integridade física da criança ou adolescente, já a responsabilidade civil tem como propósito reparar os prejuízos que o abandono afetivo do genitor ou genitora pode vir causar ao filho e inibir a prática de futuras condutas do tipo.

Verifica-se, então, que cabe a ambos os genitores assegurar os direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente, suprir suas necessidades, que ultrapassam as físicas, incluindo-se as psíquicas, pois como mencionado no capítulo anterior, relevante é o afeto para o crescimento saudável da pessoa em desenvolvimento, incumbindo aos pais a função de fornecerem os valores corretamente.

Oportuno destacar, que o direito à integridade psíquica deve ser considerado o mais importante dentre os direitos fundamentais, na medida em que representa o direito a própria personalidade.

A psicologia e a psicanálise assinalam que os vínculos afetivos têm valor fundamental para a formação da personalidade, uma vez que a identidade criada entre pai ou mãe ou substitutos e filho contribui para o desenvolvimento da personalidade.

A identificação é o 'processo psicológico pelo qual um indivíduo assimila um aspecto, uma propriedade, um atributo do outro e se transforma, total ou parcialmente, segundo o modelo dessa pessoa. A personalidade constitui-se e diferencia-se por uma série de identificações'. É na família que a criança faz a passagem do narcisismo para o altruísmo. Freud, em sua obra *Psicologia de Grupo e análise do ego*, nos brinda com a seguinte passagem: 'O amor por si mesmo conhece só uma barreira – o amor pelos outros, amor pelos objetos... E no desenvolvimento da humanidade como um todo, assim como nos indivíduos, só o amor atua como fator civilizador no sentido de trazer uma mudança do egoísmo para o altruísmo' (FREUD apud GROENINGA, 2006, p. 652).

Certo é que a criança ou adolescente abandonado por seus pais pode apresentar problemas no comportamento ou psicológicos, como por exemplo, baixa autoestima, sofrimento, isolamento, sentimento de rejeição, abandono, ansiedade e frustração, dentre outros. Agora, aqueles que crescem com os pais presentes possui o necessário estímulo para progredir e adquirir novos conhecimentos.

Madaleno (2008, p. 318) pondera que os profissionais da Psicologia têm afirmado que o filho abandonado por seus pais sofre trauma e ansiedade, com nefasta repercussão em suas futuras relações, ressentidas de autoconfiança.

Por outro lado, se a criança cresce em um ambiente sadio, cercada de atenção pelos genitores, tende a desenvolver sua autoestima, componente psicológico fundamental ao bom desempenho escolar, ao futuro sucesso profissional e ao bom relacionamento com as pessoas (NADER, 2009, p. 334).

A propósito, a situação da criança ou adolescente criada por um dos genitores em razão da morte do outro, não é o que interessa ao trabalho. Mas aquele que o infante tem a plena consciência de que seu genitor ou genitora, que está vivo, o renega, o que faz com que se sinta desprezado e causa traumas a sua pessoa. Apesar dos esforços empregados pelo genitor presente, a criança abandonada poderá se questionar o porquê do abandono ou atribuir a si a culpa pelo abandono.

Hodiernamente, com a facilitação do acesso a informação por meio da internet, a grande maioria das pessoas possuem uma noção dos seus direitos e deveres legalmente instituídos. Nessa linha de raciocínio, presume-se que os genitores detêm conhecimento das consequências advindas da conduta de abandonar o filho. Todavia, contrariando o ordenamento jurídico, muitos pais não dispensam o necessário cuidado aos filhos, deixando de observar os seus deveres resultantes da paternidade/maternidade, não demonstrando qualquer preocupação ou mesmo demonstrando desinteresse na vida do filho.

Consoante explicitado acima, a saúde psíquica da pessoa humana é tão relevante quanto a sua saúde física. Por esse motivo, aquele pai ou mãe que deixa o filho em abandono, causando-lhe danos ao seu psicológico, que gerem dificuldades para o seu normal desenvolvimento, poderá, a depender das circunstâncias, ser compelido a compensar o dano resultante de sua omissão, a fim de se minimizar as consequências danosas.

3.2. Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo

O afeto não deve ser juridicamente compreendido como sinônimo de amor. A afetividade e o afeto possuem significados diferentes, já que o segundo pressupõe o fato psicológico, por sua vez, a primeira representa o dever recíproco imposto aos pais e filhos, ainda que não exista o sentimento amor (fato psicológico). Assim, aos pais cabem criar, educar, participar diretamente da vida do filho, conviver e participar da sua criação, ou seja, dar assistência material e imaterial.

A psicanálise contribui para que o direito não restrinja a compreensão do afeto ao amor, o que acarretaria no esvaziamento axiológico e no perigo conceitual. Partindo do entendimento limitado de que o afeto corresponde ao amor, a sua manifestação negativa, o ódio, seria desconsiderada, apesar de ser uma realidade social. Ainda, o afeto considerado amor, sua aferição necessitaria de longo e inócuo trabalho de investigação da alma humana: “Você ama seu filho?” ou “qual a medida de seu amor?” (SIMÃO, 2014, 37)

O abandono afetivo para que seja configurado como ato ilícito deve ser praticado de forma voluntária e culposa pelo pai ou mãe. Levando isso em consideração, quando o genitor induz a criança ou adolescente a romper os laços afetivos com o outro, não há ato ilícito por parte daquele afastado do filho, pois não existe nexos de causalidade entre a conduta e o dano, já que o genitor afastado não incorre com culpa nessas circunstâncias em que se verifica a ocorrência de alienação parental.

A princípio, deve-se ter em mente que há duas posições antagônicas acerca do tema, a primeira que não reconhece o direito a indenização pleiteado em decorrência do abandono afetivo e aquela que reconhece esse dever de indenizar.

Os seguidores da corrente que não considera indenizável o dano que teve por causa o abandono afetivo, alegam que o processo criaria mais uma barreira a relação paterna/materna-filial, pois um litígio entre as partes reduziria drasticamente a possibilidade de o filho ser acolhido pelo amor paterno, em razão da demanda indenizatória. Nesses mesmos termos afirma o Ministro Fernando Gonçalves²⁰:

Por certo um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que tardiamente, pelo amor paterno. O

²⁰ REsp nº 757, 411/MG. Rel. Min. Fernando Gonçalves. Dj: 29.11.2005.

deferimento do pedido não atenderia, ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo nesse sentido já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios previstos na legislação civil, conforme acima esclarecido, afirmou o relator da decisão de 2005.²¹

Outrossim, argumentam que não se pode condenar uma pessoa pelo simples fato de não amar, pois inviável seria obrigar alguém a dar amor a outrem, bem como seria uma “mercantilização do afeto”.

A corrente que reconhece a obrigação de indenizar, entende que a perda do poder familiar como sanção a conduta reprovável do pai ou mãe que abandona o filho, segundo pode-se inferir da interpretação em conjunto dos artigos 1634, inciso II e 1638, inciso II, seria uma verdadeira recompensa aquele que exerce o poder familiar de maneira danosa e destrutiva, vez que a sua aplicação não geraria nenhuma mudança na situação já existe entre as partes, de modo que seria ineficaz.

Em vista disso, a perda do poder familiar como sanção aplicada em face do abandono dos pais ao filho, não pode ser utilizada como argumento contrário ao dever de indenizar dos pais em virtude do abandono, porque sendo essa a única punição prevista a ser aplicada nesse tipo de situação, aqueles que a praticaram não sofreriam qualquer consequência negativa em sua esfera pessoal, ao contrário do desejado, seria benéfico ao agente que pratica tal conduta, também, não seria criado, na sociedade, o sentimento de temor a prática do abandono afetivo.

Nas palavras de Simão (2014, p. 40-42):

E quais seriam as sanções possíveis segundo o Ministro? A perda do poder familiar. O argumento beira ao ridículo. Se o pai fosse destituído do poder familiar, seria premiado porque se veria totalmente livre de seus deveres. A destituição do poder familiar ocorreria no interesse do pai e não do menor. Em suma, a punição atingiria a vítima de um ato ilícito e não o agressor.

E continua a refutar os argumentos contrários:

Falar se em “monetização do afeto”, como pensam alguns, é algo pueril que significa ausência completa de conhecimento jurídico. É lição basilar que a indenização tem por escopo retornar a vítima ao estado anterior ao dano (*statu quo ante*). Contudo, há casos em que este retorno, esta volta revela-se impossível. Há mais de dois séculos, o Direito já decidiu que, sendo impossível, a vítima recebe um valor pecuniário, não para reparar o que não pode reparar, mas para compensar aquilo que se perdeu. Nesse

²¹ REsp nº 757, 411/MG. Rel. Min. Fernando Gonçalves. Dj: 29.11.2005.

sentido, toda a indenização por dano moral (exemplo clássico é a morte de um parente querido) significaria “monetarização do afeto”? Quem defende esta tese pueril poderia responder qual seria a forma adequada de se punir o causador de dano moral.

Consoante explanado ao longo do trabalho, a paternidade responsável pressupõe a observância de todos os direitos fundamentais, como o princípio da dignidade da pessoa humana e outros que nele tem fundamento, tais como, o princípio da proteção integral, convivência familiar, afetividade e solidariedade, que regulamentam as relações paterno-filiais e os deveres impostos pelo poder familiar.

Destarte, o ordenamento jurídico ao prever a relevância do dever de cuidado, tornou possível a responsabilidade civil do genitor ou genitora quando houver descumprimento de suas funções paternas/maternas, causando por consequência danos a dignidade da pessoa do infante, haja vista que a paternidade deve ser exercida atendendo ao princípio da dignidade da pessoa humana, segundo o qual os genitores devem se comprometer com um mínimo de assistência afetiva, moral, intelectual e material.

Salienta-se, que o dano moral é perfeitamente aplicado ao direito de família, logo, quando houver violação aos direitos da personalidade, surge o dever de compensar o dano moral. A reparação do dano moral tem por finalidade a proteção da dignidade dos membros que compõem a família, não busca qualquer vantagem patrimonial, mas visa a compensação ante a ofensa sofrida, ao tempo em que, revela-se uma sanção ao ofensor, que visa educar e inibir que ele ou a sociedade volte a praticar a mesma conduta.

A conduta de deixar o filho em abandono afetivo gera dano à pessoa do infante, que atinge a sua esfera extrapatrimonial, portanto, a espécie de reparação é aquela decorrente de danos morais. Mas nem todo sofrimento é capaz de ensejar a reparação por danos morais, na medida em que somente aquelas condutas socialmente relevantes possuem essa capacidade.

Nesse sentido, a configuração do dano moral no caso concreto deve ser guiada por alguns parâmetros, a fim de se entender se houve lesão extrapatrimonial capaz de ensejar reparação. Dessa maneira, preenchidos os requisitos da responsabilidade civil, os quais são conduta dos genitores, dano, nexos de causalidade e culpa, busca-se compreender se a dor resultante da conduta danosa vai além daquela dor suportável (dentro de patamares do homem médio).

3.3. Decisões Judiciais

A matéria relativa a responsabilidade civil por abandono afetivo começou a ser objeto de discussão relativamente recente nos Tribunais pátrios. Apesar disso, alguns julgados manifestam visão contrária a essa possibilidade de indenização bem como, outras apontam favoravelmente no sentido de conceder a reparação por danos morais.

Em breve consulta a jurisprudência dos Tribunais, observa-se que o entendimento majoritário dos Tribunais é no sentido da impossibilidade de indenização por danos morais que decorre do abandono afetivo. Conforme extrai-se da decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que não entendeu pelo não cabimento do dever de indenizar.

TJSP – Apelação APL 02047279220128260100 SP
020472792.2012.8.26.0100 (TJSP).

Data de publicação: 14/05/2015

Ementa: 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.

No julgado de origem na Comarca de Capitão da Canoa, localizada no Estado do Rio Grande do Sul, cujos autos possuem o nº 141/1030012032-0, a autora D. J. A., representada por sua genitora, propôs ação de indenização moral em face do genitor D. V. A., alegando abandono afetivo. Na decisão proferida pelo magistrado Mário Romano Maggioni, com data de 15 de setembro de 2003, foi reconhecida a possibilidade de indenização por abandono afetivo. Senão, veja-se:

De se salientar que aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (artigo 22, da Lei nº 8.069/1990). A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se autoafirme. Desnecessário discorrer acerca da importância da presença do pai no desenvolvimento da criança. A ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho recém-nascido ou em desenvolvimento violam a sua honra e a sua imagem. Basta atentar para os jovens drogados e ver-se-á

que grande parte deles derivam de pais que não lhe dedicam amor e carinho; assim também em relação aos criminosos. De outra parte, se a inclusão no SPC dá margem à indenização por danos morais, pois viola a honra e a imagem, quanto mais a rejeição do pai (TJRS, 2003).

Na mencionada decisão, o magistrado, pautando-se pelo artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal Brasileira, pelo artigo 22, do Estatuto da Criança e do Adolescente e pela paternidade responsável, considerando, também, a revelia do genitor, que não contestou a ação, julgou procedente o pedido da autora, obrigando o genitor a pagar o equivalente a 200 salários mínimos a filha.

Evidencia, o juiz, que ninguém é obrigado a ser pai, no entanto, apesar dos vários recursos disponíveis para que a gravidez seja evitada, ainda assim, o indivíduo venha a assumir o risco de ser pai, por consequência, também, deverá assumir o seu papel como tal e desempenhar suas funções paternas, para que não venha a ser responsabilizado pela conduta danosa contra a dignidade da pessoa do filho:

Por óbvio que o Poder Judiciário não pode obrigar ninguém a ser pai. No entanto, aquele que optou por ser pai – e é o caso do autor – deve se desincumbir de sua função, sob pena de reparar os danos causados aos filhos. Nunca é demais salientar os inúmeros recursos para se evitar a paternidade (vasectomia, preservativos etc.). Ou seja, aquele que não quer ser pai deve se precaver. Não se pode atribuir a terceiros a paternidade. Aquele, desprezado, que deu origem ao filho deve assumir a função paterna não apenas no plano ideal, mas legalmente. Assim, não estamos diante de amores platônicos, mas sim de amor indispensável ao desenvolvimento da criança (TJRS, 2003).

Em arremate, o juiz assevera que a paternidade responsável, não condiciona apenas ao cumprimento dos deveres de assistência material, mas também a sua função de ordem moral e legal:

A função paterna abrange amar o filho. Portanto, não basta ser pai biológico ou prestar alimentos ao filho. O sustento é apenas uma das parcelas da paternidade. É preciso ser pai na amplitude legal (sustento, guarda e educação). Quando o legislador atribui aos pais a função de educar os filhos, resta evidente que aos pais incumbe amar aos filhos. Pai que não ama filho está não apenas desrespeitando função de ordem moral, mas principalmente de ordem legal, pois não está bem educando seu filho (TJRS, 2003).

No caso em comento, por haver interesse de menor em discussão, o Ministério Público, por imperativo legal, interveio no processo, através da sua representante legal a

promotora de justiça De Carli dos Santos, que se manifestou contrária ao pedido da autora, no sentido de que o caso não poderia ser resolvido por meio de reparação financeira, sob o argumento de que “não cabe ao Judiciário condenar alguém ao pagamento de indenização por desamor”. Salientando, que se caso fosse admitida a ação, casos semelhantes abarrotariam os foros e tribunais de processos se, sempre que um relacionamento chegasse ao fim, em represália, aquele que se sentisse abalado ingressasse com a demanda.

A ação movida por L. N. O. S. gerou jurisprudência ao ser apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, que se manifestou pela procedência do pedido formulado pela autora.

A autora ofereceu a ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais em desfavor do seu pai, por ter sofrido abandono material e afetivo durante sua infância e juventude.

O juiz, ao apreciar a ação, entendeu pela improcedência do pedido da autora, ao fundamento de que o distanciamento entre pai e filha se deu primordialmente, devido ao comportamento agressivo da mãe em relação ao pai, nas situações em que houve contato entre as partes, após o término do relacionamento dos genitores da requerente.

Após perder a ação em primeira instância, a requerente ajuizou apelação em face da sentença, junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual reconheceu o seu abandono afetivo por parte do pai, o condenando ao pagamento da quantia de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais). Segue a referida emenda:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. FILHA HAVIDA DE RELAÇÃO AMOROSA ANTERIOR. ABANDONO MORAL E MATERIAL. PATERNIDADE RECONHECIDA JUDICIALMENTE. PAGAMENTO DA PENSÃO ARBITRADA EM DOIS SALÁRIOS MÍNIMOS ATÉ A MAIORIDADE. ALIMENTANTE ABASTADO E PRÓSPERO. IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO²².

Irresignado com a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o genitor interpôs recurso especial junto ao Superior Tribunal de Justiça, alegando a violação dos artigos 159, do Código Civil de 1916 (Atual artigo 186, do Código Civil de 2002), bem como divergência jurisprudencial. Outrossim, nas suas razões recursais, alega que não abandonou a filha, e mesmo se tivesse agido dessa forma, a sua conduta não se revestiria de ilicitude, uma vez que a única punição legal prevista para o descumprimento das

²² Apelação nº 361.389.4/2001. Rel. Daise Fajardo Jacot. Unanimidade, Dj: 26.11.2008.

obrigações relativas ao poder familiar – notadamente o abandono – seria a perda do poder familiar, com base legal no artigo 1.638, do Código Civil de 2002.

A ministra Nancy Andrighi ao proferir seu voto, expôs que não existem restrições legais à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família. Entende que a perda do poder familiar não suprime, nem afasta, a possibilidade de indenizações ou compensações, pois o seu objetivo primário seria o resguardo a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, jamais visa compensar os prejuízos advindos do malcuidado recebido pelos filhos. Por fim, a ministra, após admirável discurso, reconhece o direito de indenização por abandono afetivo, sintetizando os seus argumentos na clássica expressão “amar é faculdade, cuidar é dever”.

O Superior Tribunal de Justiça²³ se manifestou pela possibilidade de compensação por dano moral sofrido pelo filho que foi causado pelo genitor:

STJ – RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

Data de Publicação: 10/05/2012.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, 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.

²³ REsp nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9) Rel. Ministra Nancy Andrighi. Dj: 10.05.2012.

Após breve análise das jurisprudências dos Tribunais, conclui-se que o entendimento do judiciário, ainda, está limitado a interpretação normativa, visto que a maioria das decisões tendem a não reconhecer a procedência de indenização por abandono afetivo, não levando em consideração o fato de que o dever dos pais não se restringe a assistência material, mas acima de tudo, também estão obrigados a assistência emocional, por imposição da Carta Maior de 1988, quando violados os deveres que surgem em função do poder familiar, acarreta por via de consequência o dever de indenizar.

Diante do caminho trilhado, resta constatado que os julgados para dar provimento aos pedidos de compensação por dano moral nas relações paterno-filiais, tomaram por base os princípios da dignidade da pessoa humana, a solidariedade – expressa no dever de cuidado, a afetividade, o direito a convivência familiar, a paternidade responsável, dentre outros fundamentos jurídicos.

3.4. Projetos de Lei sobre o Tema

A discussão sobre a temática do abandono afetivo também se faz presente no poder legislativo, já que existem dois projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional a respeito do assunto.

O Projeto de Lei nº 700/2007²⁴, com origem no Senado Federal, cuja autoria se atribui ao senador Marcelo Crivella, no seu texto inicial, tem como proposta a modificação

²⁴ O texto inicial do Projeto de Lei nº 700/2007 propunha a modificação dos seguintes artigos do Estatuto da criança e do Adolescente:

Art. 1º O art. 4º da Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 2º e 3º, renumerado o atual parágrafo único como § 1º:

“Art. 4º

§ 1º

§ 2º. Compete aos pais, além de zelar pelos direitos de que trata o art. 3º desta Lei, prestar aos filhos assistência moral, seja por convívio, seja por visitação periódica, que permitam o acompanhamento da formação psicológica, moral e social da pessoa em desenvolvimento.

§ 3º. Para efeitos desta Lei, compreende-se por assistência moral devida aos filhos menores de dezoito anos:

I – a orientação quanto às principais escolhas e oportunidades profissionais, educacionais e culturais;

II – a solidariedade e apoio nos momentos de intenso sofrimento ou dificuldade;

III – a presença física espontaneamente solicitada pela criança ou adolescente e possível de ser atendida. (NR) ”

Art. 2º Os arts. 5º, 22, 24, 56, 58, 129 e 130 da Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 5º

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

de alguns dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem por finalidade, segundo a justificacão do próprio projeto, a conscientizao dos pais, como também, prevenir e solucionar os casos intoleráveis de negligência para com os filhos. Por esse projeto, o abandono afetivo considerado como falta grave ao dever de cuidar, além de constituir ilícito civil, tem como previsão caracterizar essa conduta como crime.

Atualmente, o projeto de lei acima mencionado se encontra com tramitao encerrada no Senado Federal, sendo aprovado e encaminhado  Câmara dos Deputados, onde recebeu a numerao 3.212/2015, estando aguardando a análise de parecer na Comissão de Seguridade Social e Família.

Por sua vez, o Projeto de Lei n 4.294/2008²⁵, com origem na Câmara dos Deputados, cuja autoria é do Deputado Carlos Bezerra, tem como justificativa que o envolvimento familiar não pode ser mais apenas pautado em um parâmetro patrimonialista-individualista. Deve abranger também questões ticas que habitam, ou ao menos deveriam habitar, o consciente e inconsciente de todo ser humano (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2011).

O texto da justificativa aponta, ainda, que entre as obrigaoes existentes entre pais e filhos, não há apenas a prestao de auxílio material. Encontra-se também a necessidade de auxílio moral, consistente na prestao de apoio, afeto e ateno mínimas

“Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda, convivência, assistência material e moral e educao dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigao de cumprir e fazer cumprir as determinaoes judiciais (NR).”

“Art. 24. A perda e a suspensão do pátrio poder são decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislao civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigaoes a que aludem o art. 22. (NR)”

“Art. 56.

.....IV – negligência, abuso ou abandono na forma prevista nos arts. 4 e 5 desta Lei. (NR)”

“Art. 58. No processo educacional respeitar-se-o os valores culturais, morais, ticos, artísticos e históricos próprios do contexto social da criança e do adolescente, garantindo-se a estes a liberdade da criao e o acesso às fontes de cultura. (NR)”

“Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável:

.....

Parágrafo nico. Na aplicao das medidas previstas nos incisos IX e X deste artigo, observar-se- o disposto nos arts. 22, 23 e 24. (NR)”

²⁵ Art. 1 Acrescenta parágrafo ao artigo 1.632 da lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e ao art. da lei n 10.741, de 1 de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso -, de modo a estabelecer a indenizao por dano moral em razão do abandono afetivo. Art. 2 O artigo 1.632 da lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil – passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo nico:

“ Art. 1632

Parágrafo nico: O abandono afetivo sujeita os pais ao pagamento de indenizao por dano moral.(NR)”

Art. 3 O parágrafo único do art. 3 da lei n 10.741, de 1 de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso - passa a vigorar como parágrafo 1, devendo ser acrescido o seguinte parágrafo 2 ao artigo:

“Art. 3

 1

 2 O abandono afetivo sujeita os filhos ao pagamento de indenizao por dano moral. “

indispensáveis ao adequado desenvolvimento da personalidade dos filhos ou adequado respeito às pessoas de maior idade (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2011).

Atualmente, o projeto de lei se encontra na Câmara dos Deputados, onde está pronto para a pauta na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

Por todo o exposto, nota-se que a legislação brasileira não cuida do tema de forma objetiva. Vale dizer que não há uma conceituação normativa expressa do que deve ser compreendido por regular assistência afetiva, já que somente através da análise aprofundada do poder familiar é que se pode vislumbrar o entendimento acerca do assunto. Nessa linha de raciocínio, embora a invocação principiológica permita se chegar a uma solução diante da ausência normativa de regulamentação da matéria, a configuração legislativa do que venha a ser abandono afetivo bem como a abordagem do tema pelo legislador garantiria uma maior segurança jurídica na resolução de conflitos originados por esse motivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A possibilidade de indenização por abandono afetivo, tema central proposto pelo presente trabalho científico, ainda desafia o judiciário. Parte da jurisprudência dos tribunais não reconhece a possibilidade de condenar o ofensor ao pagamento em pecúnia por ter exercido de forma danosa o seu poder familiar e, por adotar dita conduta, ter gerado danos ao filho. De outro lado, existem jurisprudências de tribunais que admitem essa possibilidade, com fundamento nas novas relações familiares, as quais, por sua vez, são orientadas por princípios e direitos que visam a proteger a dignidade da pessoa humana, com o fim de garantir à criança e ao adolescente o pleno desenvolvimento de sua personalidade, e por isso, qualquer conduta que atente contra essa finalidade seria considerada ato ilícito ensejadora de indenização.

Dessa forma, foi apresentado, no primeiro capítulo algumas considerações sobre a família, iniciando-se pela sua contextualização histórica, sendo nesse momento demonstrada a evolução história da instituição familiar, por meio de uma sinopse que vai desde as primeiras formas de agrupamento humano até o seu atual estágio, constatando-se que a afetividade pressupõe uma construção cultural que se configura com a convivência, imune à interesses materiais.

Discorreu-se acerca do poder familiar, destacando-se que o poder familiar, no passado, era denominado “pátrio poder”, pelo fato de que o genitor exercer sozinho todos os poderes da paternidade. Todavia, atualmente, poder familiar tem sido a denominação comumente utilizada, pelo fato de ambos os pais exercerem em igualdade de condições os poderes e direitos dele inerentes sobre o seu descendente. Ademais, a separação, divórcio ou dissolução familiar não deve implicar alterações na relação entre ascendente e descendente, cumprindo ao pai que não deteve a guarda para si, o dever de fiscalizar e os demais direitos que garantam a satisfação plena da formação pessoal do filho.

No último tópico, examinou-se os princípios fundamentais e estruturantes, que se resumem a dignidade da pessoa humana e a solidariedade, e os princípios gerais aplicados ao direito de família que interessam ao tema, tais como, o princípio da igualdade, afetividade, convivência familiar e melhor interesse da criança.

No que se refere ao princípio da dignidade da pessoa humana, vislumbra-se que o esse princípio, tido como fundamento da República Federativa Brasileira, repercute sobre

todo o sistema jurídico, logo, notória a sua relevância à temática proposta, haja vista que o abandono afetivo importa na violação do princípio da dignidade da pessoa humana ao ocasionar danos a personalidade e a dignidade do infante. Os demais princípios, também, de algum modo exercem sua importância sobre o tema, a exemplo da solidariedade, que se expressa pelo dever de cuidado, no qual a corrente favorável a possibilidade de indenização encontra nele um de seus fundamentos.

O segundo capítulo dispõe-se a expor, sinteticamente, o conceito, considerações histórica, os elementos e classificação da responsabilidade civil, tema imprescindível ao atingimento do objetivo deste trabalho.

O último capítulo do presente trabalho versou sobre a responsabilidade civil dos genitores pelo abandono afetivo, esclarecendo seu conceito e consequências. Ato contínuo, foram expostas considerações no tocante a responsabilidade civil por abandono afetivo, analisando-se no tópico as duas posições antagônicas acerca do tema, a primeira que não reconhece o direito a indenização pleiteada com fundamento no abandono afetivo e aquela que reconhece esse dever de indenizar. Antes de finalizar, averiguou-se algumas decisões judiciais acerca do tema. Findando, essa parte, com a exposição de dois projetos de leis, o primeiro de origem no Senado Federal e o outro na Câmara dos Deputados.

Após o desenvolvimento do trabalho, resta constatada, a partir de apontamentos doutrinários e jurisprudenciais que regulamentam o Direito de Família, a possibilidade de ser perfeitamente aplicada a responsabilidade civil nas relações familiares, isto porque não existem restrições legais que impeçam sua aplicação e o conseqüente dever de compensar no Direito de Família, logo, quando constatada a irresponsabilidade parental em virtude do abandono afetivo do filho por ato volitivo e culpa do pai ou mãe, o ofensor poderá ser compelido a indenizar o dano causado por sua omissão em não observar aos seus deveres resultantes do poder familiar.

Ao contrário do que argumentam aqueles com opinião contrária, a legislação vigente que regulamenta a responsabilidade civil e o dano moral, abordam a matéria de forma genérica, sem restrições, o que permite concluir pela sua incidência também nas relações familiares, apesar das suas peculiaridades institucionais.

Nesse contexto, salienta-se, como já demonstrado, que em função do poder familiar, aos pais, impõe-se o dever não apenas a assistência material, mas acima de tudo, também estão obrigados a assistência emocional ao descendente por se encontrar em fase de formação. Dessa maneira, por imposição da Carta Maior de 1988, quando violados os

deveres que surgem em função do poder familiar, acarreta por via de consequência o dever de compensar o dano.

O argumento de que a perda do poder familiar como única punição prevista possível a ser imposta àquele que violar os deveres inerentes ao poder familiar de dirigir a criação e educação do filho não merece prosperar, uma vez que o pai que tem essa conduta já não cumpre a sua função, então, sua destituição do poder familiar iria de encontro aos seus interesses, pois se veria livre de cumprir um encargo que, embora antes obrigado, já não cumpria.

Outra estratégia daqueles que tentam se eximir de suas funções paternas/maternas, seria atribuir a culpa do seu afastamento ao outro genitor, sob o argumento de que este cria dificuldades a sua convivência com o filho. Tal justificativa, também, não tem o condão de afastar a suas obrigações para como o filho, pois o direito à convivência da criança e do adolescente com o seu pai ou mãe, também representa um dever, a estes, em garantir a convivência ao filho. Caso o outro genitor crie dificuldades, para tanto, o genitor afastado pode se utilizar dos meios legais disponíveis.

Por fim, a admissibilidade da responsabilidade civil no direito de família quanto ao dever de indenizar pelo abandono afetivo, não importa na banalização ou monetarização das relações afetivas familiares, mas ao revés, implica na valorização dos membros que compõem a instituição, enquanto pessoa humana dotada de dignidade, objetivando a proteção da sua personalidade.

É sabido que a indenização tem por intento o *statu quo* ante, que significa a retomada ao estado anterior ao dano. Não obstante, devido as suas peculiaridades, em algumas situações não se pode obter o *statu quo* ante. Por esse motivo, a solução encontrada pelo direito, para esses casos, seria a concessão de indenização, não para reparar, ante a impossibilidade de retomada do estado anterior ao dano, mas teria por finalidade a compensação do que perdeu.

Por outro lado, a compensação não pode ser utilizada como meio de se obter vantagens indevidas, devendo ser levada em consideração quando da estipulação do montante a proporcionalidade, evitando-se que haja um enriquecimento desmesurado do ofendido em detrimento do patrimônio do ofensor. Já que a imposição da compensação tem caráter educativo e preventivo.

Desta feita, esses foram os aspectos que se pretendia desenvolver ao longo do trabalho e, pelo exposto, concluindo-se pela possibilidade da responsabilização civil dos pais por abandono afetivo, com o objetivo de conscientizar os pais da importância da

paternidade responsável na vida dos filhos em fase de formação, segundo os fundamentos e princípios constitucionais, em especial, o da dignidade da pessoa humana e aqueles que tutelam à criança e adolescentes, veiculados na Carta Magna de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Destarte, não se pretendia, esgotar o tema, mas como percebido, categórico está a contribuição do presente trabalho monográfico ao conhecimento dos estudiosos de Direito, o que se espera, de bom grado, ter alcançado.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bossi; revisão da tradução e dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- BAPTISTA, Silvio Neves. **Manual de Direito de Família**. 2. ed. Recife: Bagaço, 2010.
- BIANCA, C. Massimo. **Diritto Civile: la famiglia e le successioni**. Milano: Giuffrè, 1989.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BRASIL. **Vade Mecum: Legislação Seleccionada para OAB e Concursos**. Coordenação de Darlan Barroso e Marco Antônio Araújo Júnior. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.
- CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano Moral no Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2015.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. **Direito à Convivência Familiar**. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. (Org.). **Direito Civil: Direito Patrimonial, Direito Existencial**. São Paulo: Método, 2006.
- FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. **Direito Civil: famílias e sucessões**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional**. Vol. 6. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. Vol. 3. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. Vol. 6. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. Vol. 4. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito à Convivência entre Pais e Filhos: análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilidade de suas relações no poder judiciário.** Tese (Doutorado). São Paulo, 2011.

_____. **Os Direitos da Personalidade e o Direito a Ter Uma Personalidade.** In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. (Org.). **Direito Civil: Direito Patrimonial, Direito Existencial.** São Paulo: Método, 2006.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). **A Outra Face do Poder Judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas.** Vol. 1. Belo Horizonte: Del Rey; São Paulo: Escola Paulista de Direito, 2005.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Manual de Metodologia da Pesquisa para o Direito.** Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Alvino. **Culpa e Risco.** São Paulo, 1960.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MADALENO, Rolf. **O Dano Moral da Investigação de Paternidade.** Revista *Ajuris*, nº 71, 1997.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: responsabilidade civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário Jurídico Brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

SIMÃO, José Fernando. Afetividade e Responsabilidade. **Revista IBDFAM: família e sucessões.** Vol. 1. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2ª Vara. Ação Indenizatória nº 141/1030012032-0. Capão da Canoa. Autora: D.J.A. Réu: D.V. A. Juiz Mário Romano Maggioni. 15 set. 2003. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 6, n. 25, p.149, ago-set. 2004.

VIANA, Marcos Aurélio S. **Curso de Direito Civil: Direito de Família.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

