

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFAAT

MAYARA BARROS BIRKMAN

**RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO
AFETIVO PATERNO/MATERNO- FILIAL**

DIREITO

ATIBAIA – 2018

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFAAT

MAYARA BARROS BIRKMAN

**RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO
AFETIVO PATERNO/MATERNAL-FILIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito
do Centro Universitário UNIFAAT.

Orientador: Adécio Trajano Filho

ATIBAIA

2018

FOLHA DE APROVAÇÃO

CURSO DE DIREITO

Termo de Aprovação

MAYARA BARROS BIRKMAN

RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO PATERNO/MATERNAL-FILIAL

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito do Centro Universitário UNIFAAT como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Avaliado em ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

A minha família e amigos que, com muito carinho e apoio, não mediram esforços para eu pudesse chegar até essa etapa de minha vida e a Deus, pois eu nada seria sem a fé que Nele tenho.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus por ter me dado saúde e força para superar todas as dificuldades, permitindo que tudo isso pudesse ser possível, sem Ele eu nada seria.

Agradeço aos meus pais, pelo amor, incentivo e todo o apoio incondicional; por sempre acreditarem que eu conseguiria superar todos os obstáculos que surgiram à minha frente.

À minha mãe Telma Barros que sempre esteve ao meu lado e foi a minha maior incentivadora.

Ao meu pai Paulo Birkman que batalhou para proporcionar a melhor educação possível, por todos os conhecimentos trocados como pai e como colega de trabalho.

Agradeço às minhas irmãs Amanda Gabrielle, Eloisa Barros e Natalia Birkman por me motivarem, mesmo que indiretamente, sempre me dando forças diárias para não desistir.

Agradeço ao meu noivo que sempre esteve ao meu lado nas horas de estudo, me apoiando e incentivando e por sempre entender a minha dedicação.

À minha vó Eliete Barros por ser meu maior exemplo de vida, que sempre radiou muita luz e amor.

Agradeço todos os meus professores que se dedicaram a ensinar e compartilhar todos os seus conhecimentos.

Em especial ao meu orientador professor Adelcio Filho, pela orientação, apoio e confiança que sempre depositou em mim.

Aos colegas de turma que por cinco anos foram como uma família, por todos os risos e experiências trocadas.

Por fim, a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da realização desse meu sonho.

“O leite alimenta o corpo; o afeto
alimenta a alma.”

Içami Tiba

RESUMO

A responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo nas relações paterno/materno-filiais é um tema que gera muitas discussões acerca de seu cabimento, havendo diversos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais. Esse estudo tem como objetivo principal a análise e as hipóteses que caracteriza a responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo paterno/materno-filial com fundamento nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, afetividade e convivência familiar. Inicialmente, discorrendo sobre a evolução histórica da família, bem como o seu conceito, definindo o que é o poder familiar, filiação e todos os princípios que regem o direito de família. Após, conceituando a responsabilidade civil e sua evolução histórica, examinando os elementos da responsabilidade civil. Dissertando ainda os fundamentos e pressupostos para a caracterização da responsabilidade civil em casos de abandono afetivo.

Palavras-Chaves: Família. Direito de Família. Poder Familiar. Afetividade. Responsabilidade Civil. Abandono Afetivo.

ABSTRACT

The civil liability resulting from parental affectional neglect is a subject which generates many discussions about its suitability, having several doctrinal and jurisprudential understandings.

The aim of the present study is the analyses and the hypotheses which characterize the civil liability resulted from parental affectional neglect based on constitutional principles of the dignity of the human person, affectivity and family relations. Firstly, examining the evolution of the family history, as well as its concept, defining what is the family power, parenting and all the principles that rule the family right. Secondly, conceptualizing the civil liability and its historical evolution by examining the elements of civil liability. Finally, describing the foundations and assumptions for the civil liability characterization of parental affectional neglect.

Keywords: Family. Family Right. Family Power. Affectivity. Civil Liability. Affectional Neglect.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I - FAMÍLIA.....	13
1.1 - Evolução Histórica da Família	13
1.2 - Conceito de Família e Origem do Direito de Família.....	14
1.2.1 - Família Homoafetiva	18
1.2.2 - Famílias Simultâneas.....	19
1.3 - Filiação	19
1.3.1 - Filiação Socioafetiva.....	20
1.4 - Poder Familiar	21
1.4.1 - Da Perda do Poder Familiar	24
1.5 – Princípios	25
1.5.1 - Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	25
1.5.2 - Princípio da Igualdade Entre Filhos.....	27
1.5.3 - Princípio da Solidariedade Familiar.....	28
1.5.4 - Princípio do Planejamento Familiar	29
1.5.5 - Princípio da Paternidade Responsável.....	31
1.5.6 - Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente	32
1.5.7 - Princípio da Afetividade	33
1.5.8 - Princípio da Função Social da Família	36
CAPÍTULO II - RESPONSABILIDADE CIVIL.....	37
2.1 - Breves Considerações Sobre a Responsabilidade Civil	37
2.1.1 - Evolução História da Responsabilidade Civil.....	37
2.1.2 - Conceito de Responsabilidade Civil	39
2.2 - Espécies.....	42
2.2.1 - Responsabilidade Civil Contratual.....	42
2.2.2 - Responsabilidade Civil Extracontratual.....	43
2.3 - Modalidades.....	44
2.3.1 - Responsabilidade Civil Subjetiva	44
2.3.2 - Responsabilidade Civil Objetiva	45
2.4 - Elementos da responsabilidade civil	46
2.4.1 - Conduta.....	47
2.4.2 - Dano	49
2.4.3 - Nexo de Causalidade	50

2.4 - Dano Moral	51
2.6 - Teoria da Perda de uma Chance	55
CAPÍTULO III - AFETIVIDADE	59
3.1 - Conceito de Afeto	59
3.2 - O Dever de Cuidado dos Genitores e a Convivência Familiar	61
3.3 - Abandono afetivo.....	62
3.4 - Aplicação da Multa Prevista no Art. 249 do ECA	64
3.5 - Consequências do Abandono Afetivo	65
3.6 - Indenização por Abandono Afetivo.....	67
3.7 - Pressupostos Para o Reconhecimento.....	75
3.8 - Prescrição nas Ações por Abandono Afetivo	77
3.9 - Do Dano <i>In Re Ipsa</i>	79
3.10 - Medidas a Resguardar a Convivência Familiar e Evitar a Realização do Abandono Afetivo ..	80
3.10.1 - Regulamentação do Direito de Visita.....	80
3.10.2 - Guarda.....	81
CONCLUSÃO	83
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	84

INTRODUÇÃO

O poder judiciário brasileiro vem se deparando com algumas questões polêmicas acerca da responsabilidade civil por abandono afetivo e, conseqüentemente, acabam acarretando em entendimentos diversos sobre o tema em questão. Os que aderem à reparação argumentam que a ausência do afeto dos pais em relação aos seus filhos pode acarretar em graves danos emocionais e psíquicos na criança ou no adolescente passíveis de reparação, enquanto os contrários a reparação por abandono afetivo, argumentam que não se pode comprar o amor e que ninguém pode ser obrigado a amar alguém.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 algumas mudanças foram realizadas no direito de família, uma delas foi a inserção do princípio da afetividade. Desse modo, o princípio da dignidade da pessoa humana cumulativamente com o princípio da afetividade e da convivência familiar são utilizados como principal alicerce para a efetivação da possibilidade da reparação por abandono afetivo.

Atualmente, pode-se considerar como uma espécie de dano moral o abandono afetivo, ou seja, quando a pessoa que detém o poder familiar fere a dignidade de seu filho acerca da sua afetividade, sentimentos, moralidade, dando aos seus filhos a ideia de rejeição, abandono, o que acaba, infelizmente, afetando diretamente em seu desenvolvimento físico e psicológico.

O abandono afetivo, por muitas vezes, surge da ruptura da relação conjugal entre os genitores, onde uns dos dois acabam saindo do núcleo familiar e futuramente acaba formando uma nova família com novos filhos e enteados. Com isso, o laço parental com os filhos do primeiro relacionamento começa a ficar mais distantes e estreitos, ou seja, o genitor que se ausentou do lar, voluntariamente, se afasta completamente dos seus filhos em decorrência de um novo relacionamento.

Ocorre que os pais, em decorrência do poder familiar, têm o dever de prestar assistência patrimonial aos seus filhos, porém, mais do que isso, têm o dever de prestar assistência moral, através do afeto, carinho, cuidado e segurança.

Ainda nesse sentido, é necessário ter em mente que o simples fato do pai ou mãe fornecer assistência material, como pensão alimentícia, não descaracteriza o presente instituto, pois, entende-se que a assistência material não supre o afeto, tendo em vista que a assistência moral deve ser realizada independente da assistência material. Podemos utilizar a ditado popular brasileiro que “o dinheiro não compra a felicidade.”.

É certo que a função atribuída aos pais ao decorrer do tempo sofreu diversas transformações, tendo em vista que a ideia de função autoritária do poder patriarcal que visava a paz familiar deu lugar à educativa-afetiva, pois os pais, conjuntamente, têm o dever de ajudar seus filhos a e desenvolverem física, intelectual e moralmente; devendo os mesmos tratar seus filhos com respeito, carinho e atenção a fim de respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como o princípio da afetividade.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, prevê o dever de assegurar aos filhos, além da educação, saúde, lazer, o dever de proporcionar a criança e ao adolescente a convivência familiar. Estas obrigações decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana e da proteção constitucional dos direitos da personalidade, conforme artigo 5º da Magna Carta.

Desse modo, sempre que esses dispositivos forem descumpridos e estiverem presentes os pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam a ação/omissão, o dano causado à criança ou ao adolescente e ainda o nexo causal configurará o direito à indenização por abandono afetivo.

Pode-se dizer que a indenização por abandono afetivo é um instrumento de punição quando ocorre o descumprimento dos deveres da assistência afetiva, moral e educacional àqueles que detêm do poder familiar, de modo que tal instituto venha amparar o filho que se encontre nesta situação.

É de suma importância deixar claro que a responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo paterno/materno – filial não se caracteriza pelo desamor e sim pelo descumprimento dos deveres que o poder familiar impõe aos genitores.

Assim sendo, o presente trabalho tem como finalidade analisar a evolução histórica da família. Busca realizar um estudo dos principais princípios utilizados no âmbito do direito de família relacionados ao tema e, ainda refletir sobre a responsabilidade civil e o cabimento da indenização em casos de abandono afetivo com base na relevância jurídica e relevância social do presente tema.

Para a realização do presente trabalho foi utilizado o método de pesquisa bibliográfico, baseado em doutrinas e legislações vigentes. Ainda, para a fundamentação deste trabalho foram utilizadas as seguintes obras: Carlos Roberto Gonçalves, Maria Berenice Dias, Charles Bicca, entre outros.

CAPÍTULO I - FAMÍLIA

1.1 - Evolução Histórica da Família

A entidade familiar passou e vem passando por uma notória evolução, principalmente em sua formação. Pode-se dizer que tal evolução se dá em razão das transformações sociais e culturais que vem acontecendo em nossa sociedade.

Conforme Carlos Roberto Gonçalves¹ a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social, ou seja, é possível dizer que a família nada mais é do que a célula básica de toda e qualquer sociedade.

A família romana podia ser caracterizada da seguinte forma: a) unidade política; b) unidade jurídica e c) unidade religiosa. Estas unidades tinham como autoridade o *pater familias*, ou seja, o pai, a quem era atribuído o poder de chefiar – aplicando-se o princípio da autoridade.

O chefe da família, *pater familias*, tinha direito sobre os seus filhos, podendo castigá-los, obrigá-los a fazerem determinadas tarefas e em alguns momentos, até matá-los se esse achar que era conveniente. O chefe de família também tinha a submissão de sua mulher, que deveria sempre o servir e prestar obediência, visando sempre a paz familiar.

A família romana era constituída sempre pelo casamento monogâmico e ainda era considerada como uma instituição divina. No casamento ainda havia o débito conjugal e seu vínculo era indissolúvel, ou seja, só poderia ser realizada a anulação em casos extremos, pois era considerado um sacramento por se tratar de uma união realizada por Deus – “*quod Deus conjuxit homo non separet*”.

Só a partir do século IV que começou a se criar uma ideia mais cristã sobre a família, quando o Imperador Constantino utilizou esta percepção no direito romano, o qual valorizava a ordem moral, tendo assim evoluído quanto à restrição da autoridade do chefe de família.

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 6 / Carlos Roberto Gonçalves. – 9. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

Nesse sentido, a Revolução Francesa fez com que o casamento civil fosse obrigatório e a Revolução Industrial – aumentando a necessidade de mão de obra – fez com que a mulher ingressasse no mercado de trabalho, deixando o chefe de família de ser o único provedor da subsistência da família.

Conseqüentemente, a família começou a migrar do campo para a cidade e começaram a se acomodar em lugares menores, onde começou a ser mais prestigiado o vínculo afetivo envolvendo os seus integrantes.

O direito de família brasileiro teve como grande influência o direito romano e devido à evolução cultural e social é que o direito de família começou a caminhar por si só.

O Código Civil de 1916 adotava a posição do direito romano, considerando que o homem detinha o poder familiar, utilizando a expressão: “pátrio poder”.

Porém, com a atual Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, preocupou-se em tratar os homens e mulheres de maneira iguais, inovando a interpretação do poder familiar no antigo Código Civil de 1916.

Desse modo, a partir do Código Civil de 2002 que a expressão “pátrio poder” teve seu texto alterado para poder familiar, consolidando assim a igualdade entre o homem e a mulher.

1.2 - Conceito de Família e Origem do Direito de Família

Tendo em vista que a Constituição Federal e o Código Civil Brasileiro não trouxeram a definição e o conceito de família, este é muito difícil de ser conceituado, por se tratar de algo muito subjetivo.

Alguns doutrinadores conceituam a família como um conjunto de pessoas que estão ligadas por um vínculo consanguíneo ou afetivo. Outros doutrinadores conceituam a família como sendo uma entidade composta por genitores e filhos que é formada pelo casamento, união estável ou família monoparental.

Conforme explica o doutrinador Venosa²:

“Em conceito restrito família compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sobre o pátrio poder ou poder familiar. Nesse particular a Constituição Federal estendeu sua tutela inclusive para a entidade familiar formada por apenas um dos pais e seus descendentes, a denominada família monoparental.”.

Ainda, Carlos Roberto Gonçalves³ afirma o seguinte:

“As leis em geral referem-se à família como um núcleo mais restrito, constituído pelos pais e sua prole embora esta não seja essencial à sua configuração. É a denominada pequena família, porque o grupo é reduzido ao seu núcleo essencial: pai, mãe e filhos, correspondendo ao que os romanos denominavam *domus*. Trata-se de instituição jurídica e social, resultante de casamento ou união estável, formada por duas pessoas de sexo diferente com a intenção de estabelecer uma comunhão de vidas e, vida de regra, de terem filhos a quem possam transmitir o seu nome e seu patrimônio.”.

Ainda, Venosa⁴ traz um conceito sociológico sobre a família, como sendo um “integrado de pessoas que vivem sob o mesmo teto, sob a autoridade de um particular”.

Segundo Maria Berenice Dias⁵, a família é uma construção cultural, onde todos ocupam um lugar e, conseqüentemente, possuem uma função, não necessitando estarem ligados biologicamente.

É certo afirmar que a palavra família não abrange apenas as pessoas interligadas pelo vínculo consanguíneo, mas também pela afinidade e também pela adoção.

Pode-se dizer que a família é o primeiro agente socializador do ser humano e ainda que é considerada a base da sociedade e, por tal razão, recebeu uma proteção especial, conforme previsto no artigo 226 da Constituição Federal⁶:

² VENOSA, Silvio de Salvo, Direito de civil: direito de família, 12ª ed. Atlas- São Paulo, 2012, p. 02.

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 6 / Carlos Roberto Gonçalves. – 9. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

⁴ VENOSA, Silvio de Salvo, Direito de civil: direito de família, 12ª ed. Atlas- São Paulo, 2012, p. 02

⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias / Maria Berenice Dias – 4. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

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

§ 1º O casamento é civil e gratuito a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

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

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”.

A família também teve um amparo especial na Declaração Universal dos Direitos do Homem⁷, em seu artigo 16, inciso III, *in verbis*:

“Art. 16, III - A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”.

Dos ensinamentos de Fábio Ulhoa Coelho⁸ tiramos a definição de família tendo em vista as determinadas relações jurídicas entre os sujeitos e que estas relações jurídicas são horizontais e verticais.

As relações horizontais seriam aquelas voltadas de conjugalidade, ou seja, a relação de duas pessoas com o intuito de realizar uma organização da vida em comum, ou seja, a constituição de um relacionamento com a finalidade de constituir família.

⁶ BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 04 jul. 2017.

⁷ Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em 30/01/2018.

⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, família, sucessões, volume 5 /Fábio Ulhoa Coelho. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

Desse modo, mantém uma relação horizontal todos aqueles que são casados e os que vivem em união estável, independente do regime de bens adotado. As relações horizontais dizem respeito ao vínculo que dará início a um novo núcleo familiar, podendo ser caracterizadas como voluntárias.

As relações verticais são as que envolvem a ascendência e a descendência, ou seja, aquelas que envolvem pai e filho ou avó e neto. Pode se dar também em caso de adoção e pela socioafetividade.

As relações verticais são obrigatórias em caso de descendentes, pois é algo imposto aos pais e filhos, sendo um laço que não pode ser desfeito, independente da vontade dos integrantes de determinado núcleo familiar.

Com a evolução social, cultural e até mesmo legal que vem acontecendo no Brasil, não podemos deixar de fora as relações socioafetivas e as relações entre pessoas do mesmo sexo para a conceituação da família e o direito de família. O conceito de família deve ser mais abrangente a cada dia que passa, para que nenhum tipo de núcleo familiar fique de fora.

Ainda, segundo Carlos Roberto Gonçalves⁹, o direito de família constitui um ramo do direito civil que disciplina as relações entre pessoas unidas pelo matrimônio, pela união estável ou pelo parentesco, bem como as medidas protetivas de tutela e curatela.

Conforme Maria Berenice Dias¹⁰:

“Como a sociedade só aceitava a família constituída pelo matrimônio, a lei regulava somente o casamento, as relações de filiação e o parentesco. O reconhecimento social dos vínculos afetivos formados sem o selo da oficialidade fez as relações extramatrimoniais ingressarem no mundo jurídico por obra da jurisprudência, o que levou a Constituição a albergar no conceito de entidade familiar o que chamou de união estável. Viu-se então o legislador na contingência de regulamentar esse instituto e integrá-lo no Livro do Direito de Família. No entanto, olvidou-se de disciplinar as famílias monoparentais, reconhecidas pela Constituição como entidades familiares. Iguamente, nada traz sobre as famílias homoafetivas, que de há muito foram inseridas no âmbito do direito das famílias por obra da jurisprudência.”.

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 6 / Carlos Roberto Gonçalves. – 9. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias / Maria Berenice Dias– 4. Ed. Em e-book baseada na 11 ed. Impressa – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 54.

É notório que direito das famílias é personalíssimo, pois conforme Maria Berenice Dias¹¹, ele adere à personalidade dos que fazem parte da entidade familiar. Completa ainda, que é composto de direitos intransmissíveis, irrevogáveis, irrenunciáveis e indispensáveis. Temos por exemplo que, ninguém pode ceder o poder familiar.

Por fim, nas palavras de Maria Berenice Dias¹²:

“Na ideia de família, o que mais importa – a cada um de seus membros e a todos a um só tempo – é exatamente pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível onde é possível integrar sentimentos, esperanças e valores, permitindo, a cada um, se sentir a caminho da realização de seu projeto pessoal de felicidade.”.

1.2.1 - Família Homoafetiva

É comum a família ser definida como uma relação entre um homem e uma mulher, até mesmo a Constituição Federal deixou de mencionar a respeito da diversidade sexual, conforme bem explica Maria Berenice Dias. É certo que as relações homoafetivas sempre existiram, mas, infelizmente, sempre sofreram e ainda vêm sofrendo um repúdio social, bem como atos discriminatórios. E assim, não está disposto expressamente na Constituição Federal e Código Civil a respeito da família homoafetiva.

Conforme Maria Berenice Dias¹³:

“O compromisso do Estado para com o cidadão sustenta-se no primado do respeito à dignidade humana e aos princípios da igualdade e da liberdade. Ao conceder proteção a todos, veda discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade e assegura o exercício dos direitos

¹¹ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias / Maria Berenice Dias– 4. Ed. Em e-book baseada na 11 ed. Impressa – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

¹² DIAS, Maria Berenice & PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) Direito de Família e o Novo Código Civil. 4ª Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 06-07.

¹³ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias / Maria Berenice Dias– 4. Ed. Em e-book baseada na 11 ed. Impressa – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 462.

sociais e individuais: direito à liberdade, à segurança, ao bem-estar, ao desenvolvimento, à igualdade e à justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Ao elencar os direitos e as garantias fundamentais, proclama (CF 5.º): todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (grifo deles).”.

Sendo assim, não é possível deixar de fora as uniões homoafetivas do conceito de família.

Em maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal¹⁴, em duas ações de inconstitucionalidade, reconheceu as uniões homoafetivas como entidades familiares, tendo assim, os mesmos direitos e deveres das uniões estáveis.

A partir disto, começou a ser admitida a conversão de união estável em casamento, até que o Superior Tribunal de Justiça deferiu a habilitação direta para o casamento¹⁵, sendo proibido que as autoridades se recusassem a prosseguir com a celebração do casamento civil.

1.2.2 - Famílias Simultâneas

As famílias simultâneas dizem respeito à constituição de uniões simultâneas, ou seja, um homem e duas mulheres ou duas famílias, tendo como resultado a prole. Podendo um ser decorrente de um casamento e outro de uma união estável ou tão somente duas uniões estáveis.

Tendo em vista que são relações que geram consequências jurídicas, não poderá de ser tratado no âmbito do direito das famílias.

1.3 - Filiação

Filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e linha reta que cria um vínculo entre uma pessoa àquelas que a geraram ou que agem como se tivessem gerado.

¹⁴ STF, ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011.

¹⁵ STJ, REsp 1.183.378-RS, 4.ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25/10/2011.

Filiação pode ser considerada a mais importante relação de parentesco, por se tratar da relação entre pais e filhos. Desse modo, filiação pode ser considerada como a relação jurídica que liga o filho aos seus pais.

A Constituição Federal estabeleceu a igualdade entre os filhos, conforme o artigo 227, parágrafo 6º:

“Art. 227, §6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”. O mesmo é tratado no artigo 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente.”.

Desse modo, não é possível mais se falar em filhos legítimos ou ilegítimos, conforme era previsto no antigo Código Civil de 1916.

Atualmente, todos são filhos, independentemente se foram concebidos na constância de um casamento ou fora deste, tendo esses os mesmos direitos e deveres como filho.

Nesse sentido, não é mais possível realizar nenhum ato discriminatório em relação aos filhos, aplicando-se o princípio da igualdade entre filhos.

Desse modo, o artigo 1596 do Código Civil diz que “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”.

1.3.1 - Filiação Socioafetiva

É certo que muitas vezes o laço afetivo é maior que o laço consanguíneo, até porque envolvem seres humanos e não será nenhuma lei que obrigará alguém gostar de outra pessoa pelo simples fato de terem um laço sanguíneo. Desse modo, existe uma relação parental muito mais forte em relação ao afeto que é a relação socioafetiva.

Conforme explica o ilustre Ministro Luiz Edson Fachin em sua aclamada obra¹⁶, o Código Civil de 1916 limitava as relações de afeto. Assim, restringia os vínculos existentes apenas na constância do casamento, desse modo, a paternidade era presumida – “*a pater is est quem nuptiam demonstram*”.

A partir daí nasce à posse do estado de filho que se dá quando alguém se considera filho, ou seja, desfruta de uma relação jurídica que não corresponde à verdade. Desse modo, a aparência faz com que todos pensem que aquilo é realmente verdadeiro. Isso resulta em uma filiação, constituindo assim uma das modalidades de parentesco civil, conforme o artigo 1593 do Código Civil:

“Art. 1593 - O parentesco natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.

Segundo a doutrinadora Maria Berenice Dias¹⁷, a filiação socioafetiva corresponde à verdade construída pela convivência e assegura o direito à filiação.

O ato de registrar filho alheio, conhecido como adoção à brasileira, também constitui uma filiação socioafetiva.

Por fim, pode-se dizer que a filiação socioafetiva vai muito mais além do que tão somente o aspecto biológico.

1.4 - Poder Familiar

A expressão “Poder Familiar” foi adotada no Código Civil 2002 no lugar da antiga expressão “Pátrio Poder” – tendo em vista a sua conotação machista que era utilizada no direito romano – que era utilizado no Código Civil de 1916, onde assegurava o pátrio poder apenas para o chefe de família, ou seja, o marido.

¹⁶ FACHIN, Luiz Edson. Direito além do novo Código Civil: novas situações sociais, filiação e família. In: DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de (Coord.). Direito de Família contemporâneo e os novos direitos. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 64.

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias / Maria Berenice Dias– 4. Ed. Em e-book baseada na 11 ed. Impressa – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

No direito romano o pátrio poder não tinha como sua prioridade visar o melhor interesse da criança e do adolescente bem como a sua dignidade, mas sim o direito de posse que o pai detinha sobre os filhos.

Tendo em vista a adequada utilização da expressão poder familiar, ficou claro que ambos os genitores devem dividir as responsabilidades e cuidado em relação a sua prole.

Poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuído aos pais referente à pessoa e aos bens dos filhos menores, conforme explica Carlos Roberto Gonçalves.

Conforme Maria Helena Diniz¹⁸:

“O poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.”.

Segundo Silvio Rodrigues¹⁹, poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes.

Conforme Waldir Grisard Filho²⁰:

“Pode-se dizer que poder familiar é um conjunto de faculdades encomendada aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, física, mental, moral, espiritual e social. Para alcançar tal desiderato, impõe-se ainda aos pais satisfazerem outras necessidades dos filhos, notadamente de índole afetiva, pois o conjunto de condutas pautadas no art. 1.634 CC o é em caráter mínimo, sem excluir outros que evidenciem aquela finalidade.”.

¹⁸ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. 5: direito de família / Maria Helena Diniz – 25 ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁹ RODRIGUES, Silvio. Direito civil, Direito de Família v. 6, Saraiva. – 28. Ed. p. 356.

²⁰ GRISARD FILHO, Waldir. Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade paternal. 5 ed. Ver. E atual. São Paulo Editora: Revista dos Tribunais, 2010 p. 35

Quando se fala em poder familiar não se pode deixar de mencionar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, conforme disposto no artigo 227 da Constituição Federal.

É certo que o poder familiar não é e não pode ser absoluto, desse modo, o Estado fixou um limite do poder familiar aos seus titulares, visando sempre proteger os interesses dos filhos.

Assim sendo, o poder familiar, conforme Maria Berenice Dias²¹ é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível e decorre da paternidade natural, da filiação legal e da socioafetiva e suas obrigações são personalíssimas.

O poder familiar será exercido pelos pais e estarão subordinados a esse todos os filhos de até dezoito anos, conforme disposto no artigo 1630 do Código Civil:

“Art. 1630 - Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”.

Pouco importa se os filhos são havidos fora do casamento ou se trata de filhos adotivos. O poder familiar será extinto quando for cessada a menoridade dos filhos.

O poder familiar é de tão importância que o descumprimento de suas obrigações é o principal fundamento utilizado nas ações de indenização por abandono afetivo.

É importante mencionar que quando os filhos menores de idade não estão aos cuidados dos pais, mas sim de outra pessoa, o instituto jurídico é a tutela e quando se tratar de filhos maiores, porém incapazes, estará sujeito à curatela, não se tratando de poder familiar.

O artigo 1634 do Código Civil elenca várias obrigações que os pais têm em relação aos seus filhos, porém, não consta o dever de oferecer amor e carinho:

²¹ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias / Maria Berenice Dias– 4. Ed. Em e-book baseada na 11 ed. Impressa – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

“Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

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

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

V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

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

Assim para a doutrinadora de escol Ana Carolina Brochado²² o objetivo constitucional dois pais com base nos deveres de assistir, criar e educar seus filhos menores, não está limitado apenas a encargos de natureza patrimonial.

Assim sendo, a essência existencial do poder familiar é a mais importante, que coloca em auge a afetividade responsável que interliga pais e filhos dados pela convivência familiar.

Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva²³ dizem o seguinte “o poder familiar é instituído no interesse dos filhos e da família, e não em proveito dos genitores”.

1.4.1 - Da Perda do Poder Familiar

Quando um dos genitores ou ambos não cumprem com seus deveres perante seus filhos, poderão e deverão ser aplicadas as sanções de suspensão e destituição do poder familiar, devendo ser analisado a gravidade da infração, preservado sempre os interesses dos filhos.

Tendo em vista que a suspensão ou destituição podem trazer grandes consequências as suas aplicações deverão ocorrer tão somente quando trouxer

²² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, Síntese-IBDFAM, v. 32, out./nov. 2005.

²³ MONTEIRO, Washington de Barros, SILVA, Regina Beatriz Tavares Da. Curso de Direito Civil – Vol. 2 – Direito de Família – 43ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

perigo à segurança dos filhos. Dessa forma, o Estado sempre deverá tentar manter os lados de afetividade, evitando ao máximo a pena de perda do poder familiar, prevalecendo sempre o binômio, razoabilidade e proporcionalidade.

A perda e a suspensão do poder familiar não serão motivo de rompimento do vínculo de parentesco.

Conforme Paulo Lôbo²⁴ “a privação do exercício do poder familiar deve ser encarada de modo excepcional, quando não houver qualquer possibilidade de recomposição da unidade familiar, o que recomenda o estudo psicossocial”.

Desse modo, conforme o artigo 1638 do Código Civil:

“Art. 1638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - Castigar imoderadamente o filho;

II - Deixar o filho em abandono;

III - Praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - Incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.”.

1.5 – Princípios

1.5.1 - Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional que deve ser aplicado no direito de família, dando uma maior proteção às entidades familiares.

O mesmo está previsto no artigo 1º, III da Constituição Federal e é considerado o mais universal de todos os princípios, conforme Maria Berenice Dias, por ter como objetivo proteger os direitos fundamentais de cada indivíduo; ainda é considerado um super princípio ou princípio dos princípios.

Desse modo, tal princípio é posto no ápice do ordenamento jurídico, podendo dizer que as relações familiares só funcionam em razão da dignidade de cada membro.

²⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2012 p. 309.

Conforme Sebastião de Assis Neto²⁵, este princípio é a base de toda relação humana, respeitando o indivíduo e cidadão em todas as suas particularidades, atribuindo à pessoa a dignidade que merece e que lhe é peculiar.

Segundo Pablo Stolze²⁶:

“Princípio solar em nosso ordenamento, a sua definição é missão das mais árduas, muito embora arrisquemo-nos a dizer eu a noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência da pessoa humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade.”.

O princípio da dignidade da pessoa humana, além de visar pela sobrevivência, também tem como objetivo assegurar o direito de viver plenamente.

Nesse sentido, como bem explica a doutrinadora Maria Helena Diniz²⁷, o presente princípio constitui uma base da entidade familiar, garantindo assim, o pleno desenvolvimento e a realização de todos que neste fazem parte, principalmente da criança e do adolescente.

Segundo Regina Beatriz Tavares da Silva²⁸:

“A proteção da dignidade da pessoa humana tem como finalidade propiciar tutela integral à pessoa, de modo que ao pode permanecer em departamentos estanques do direito público e do direito privado.”.

Assim, o Código Civil de 2002 privilegia a dignidade da pessoa humana, diante da proteção oferecida à sua personalidade.

Como exemplo para demonstrar a importância deste princípio, o Tribunal de Alçada Civil de Minas Gerais²⁹ condenou o pai a pagar uma quantia

²⁵ NETO, Sebastião de Assis. Manual de direito civil/ Sebastião de Assis Neto, Marcelo de Jesus, Maria Izabel de Melo. 6. ed. rev., amp\ e atua\.- Salvador: Juspodivm, 2017. p. 1627

²⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze. Manual de direito civil; volume único / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1174.

²⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. 5: direito de família / Maria Helena Diniz – 25 ed. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21.

²⁸ SILVA, Regina Beatriz Tavares Da. Curso de direito civil, 2: direito de família/ Washington de Barros Monteiro, Regina Beatriz Tavares da Silva – 43. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

²⁹ BRASIL, Tribunal de Alçada de Minas Gerais, 7ª Câmara de Direito Privado, 2004.

referente ao dano moral pelo abandono afetivo em razão do princípio da dignidade da pessoa humana, senão vejamos:

“TJMG: INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. “Dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana”.

Segundo Paulo Lôbo³⁰, a dignidade humana “é aquilo que é essencialmente comum a todas as pessoas, impondo-se um dever de respeito e intocabilidade, inclusive em face do Poder Judiciário”.

1.5.2 - Princípio da Igualdade Entre Filhos

O princípio da igualdade entre os filhos, também de suma importância, está disposto no artigo 227 § 6º da Constituição Federal, o qual dispõe o seguinte: “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” e pode ser considerado como um princípio novo em nossa legislação.

Em relação ao mesmo, Maria Helena Diniz³¹ explica o seguinte:

“Acatado pelo nosso direito positivo, que (a) nenhuma distinção faz entre filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, direitos, poder familiar, alimentos e sucessão; (b) permite o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento; (c) proíbe que se revele no assento do nascimento a ilegitimidade simples ou a ou espuriedade e (d) veda designações discriminatórias relativas à filiação.”.

Desse modo, em hipótese alguma se pode falar em distinção entre os filhos, como legítimos e ilegítimos, estabelecendo, desse modo, uma igualdade

³⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito civil: famílias – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

³¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. 5: direito de família / Maria Helena Diniz – 25 ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

absoluta entre todos os filhos, independentemente se concebidos na constância de um casamento ou não.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves³², atualmente, todos os filhos são filhos de maneira absolutamente igual, uns havidos fora do casamento, outros em sua constância, mas com igual direitos e qualificações.

Por fim, não se é relevante se o filho é biológico ou não, se é matrimonial ou extramatrimonial, ou se é adotado, pois com o advento do princípio da igualdade ente filhos, todo e qualquer filho terá os mesmos direitos.

1.5.3 - Princípio da Solidariedade Familiar

A solidariedade, com base na ética e na moral acabou sendo projetada no mundo jurídico e acadêmico, principalmente nas relações familiares, que acaba determinando a cada pessoa o dever de cooperar, dando amparo e assistência à outras pessoas, ou seja, nada mais é que a cooperação uns com os outros para que assim seja possível um bom convívio social.

Este princípio decorre dos vínculos afetivos e nada mais é o que cada um deve ao outro, conforme Maria Berenice Dias. Esta autora entende que solidariedade corresponde a fraternidade e a reciprocidade e acarreta em deveres recíprocos envolvendo os integrantes de uma entidade familiar.

O doutrinador Flávio Tartuce³³ a respeito do princípio da solidariedade:

A solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil pelo art. 3º, inc. I, da Constituição Federal de 1988, no sentido de buscar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.”.

Por razões óbvias, esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares, eis que a solidariedade deve existir nesses relacionamentos pessoais.

³² GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 6 / Carlos Roberto Gonçalves. – 9. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

³³ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: Volume único / Flávio Tartuce. 6. Ed., revisado, atualizado e ampliado – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016, pág.: 1188.

Conforme Pablo Stolze³⁴:

“A solidariedade, portanto, culmina por determinar o amparo, a assistência material e moral recíproca entre todos os familiares, em respeito ao princípio maior da dignidade da pessoa humana.”

Desse modo, é com base no princípio da solidariedade que se ampara o dever de prestar alimentos, entre filhos, cônjuges, companheiros e parentes.

Conforme explica Paulo Lôbo, a solidariedade, como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, tem como significado um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que compele à oferta de ajuda.

1.5.4 - Princípio do Planejamento Familiar

O artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos é considerado essencial para a definição do planejamento familiar, tornando-se atualmente como um direito fundamenta, nesse sentido:

“Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques a sua honra e reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra essas interferências ou ataques.”.

Esse mesmo direito está disposto na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 6º, quando fez menção a proteção à maternidade e à saúde como sendo direitos sociais:

“Art. 6º - são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à

³⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze. Manual de direito civil; volume único / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1086.

maternidade e a infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Ainda em nossa Carta Magna, o artigo 226, parágrafo 7º assim disciplina:

“Art. 226, §7º - Fundado nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte das instituições sociais e privadas.”.

Internacionalmente, o Brasil participou do programa de Plataforma, relatório da conferência internacional sobre população e desenvolvimento, de Cairo e adotou a ideia que o livre planejamento familiar está ligado aos direitos reprodutivos. Conforme Capítulo VII, parágrafo 7.3 da Plataforma de Cairo³⁵:

“[...] os direitos de reprodução abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos [...] esses direitos se ancoram no reconhecimento do direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer [...]”.

O Código Civil, em seu artigo 1565, parágrafo 2º também enfatiza essa questão:

“Art. 1656 - O planejamento familiar é de livre decisão do casal competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.”.

No mesmo sentido a lei nº 9263/96, estabeleceu em seu artigo 2º o planejamento familiar como:

³⁵ Disponível em <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf> <Acesso em 01/02/2018>.

“Art. 02º - o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação, ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”.

Desse modo, planejamento familiar não diz respeito apenas ao número de filhos que se deseja ter, mas também a sua formação, definindo métodos contraceptivos e até mesmo a maneira de fertilização.

1.5.5 - Princípio da Paternidade Responsável

O princípio da paternidade responsável trata-se do cuidado e da responsabilidade dos genitores, tendo como principal objetivo disponibilizar todos os meios necessários para que os filhos tenham o devido acesso à educação, saúde, alimentação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade, entre outros, para que seja devidamente cumprido o princípio da dignidade da pessoa humana, mencionado anteriormente.

Dessa maneira, a Carta Magna preocupou-se em garantir que o planejamento familiar fosse decisão exclusiva do casal, baseado na dignidade da pessoa humana bem como na paternidade responsável.

Esse princípio é assegurado no artigo 227, parágrafo 7º da Constituição Federal e ainda nos artigos 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

“Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de igualdade.

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.”.

A paternidade responsável engloba não só os cônjuges, mas também os companheiros e os genitores, pois é dever de todos, conjuntamente com o

Estado, garantir que a criança e ao adolescente tenham uma boa convivência familiar.

Por fim, é possível conceituar a paternidade responsável como a obrigação que os pais têm perante os filhos de prover assistência moral, afetiva, intelectual e material.

1.5.6 - Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

A Declaração de Genebra³⁶, em 1924, foi a primeira que tratou a respeito do direito das crianças.

A proteção aos direitos das crianças e adolescentes, também é considerado como um direito fundamental e foi reconhecido internacional e nacionalmente, a partir da Convenção das Nações Unidas sobre Direitos das Crianças de 1959, conforme decreto 99710/90³⁷.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente pode ser extraído a partir do artigo 227, caput, da Constituição Federal, baseado na vulnerabilidade do menor, visando proteger o desenvolvimento mental, moral, psicológico e físico da criança afirmando que “é dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação e à convivência familiar (...)”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente definiu como sendo criança a pessoa com idade entre zero e doze anos incompletos e adolescentes como sendo aqueles que têm entre doze e dezoito anos de idade.

Nessa mesma linha de proteção, atualmente foi promulgado o Estatuto da Juventude, disposto na Lei 12.825/2013 que reconheceu diversos direitos às pessoas entre quinze e vinte e nove anos de idade.

³⁶ Declaração de Direitos da Criança e do Adolescente. Disponível em <http://www.tjpe.jus.br/documents/108072/110015/DeclaracaoUniversaldeDireitosdaCriancaedoAdolescente.pdf/d91b8713-bef0-4f19-9cfb-51916a5c220b> <Acesso em 01/02/2018>.

³⁷ Convenção das Nações Unidas sobre Direito das Crianças. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm <Acesso em 01/02/201>.

Ainda, o Código Civil de 2002 reconheceu este princípio em seus artigos 1583 e 1584, visando garantir os direitos inerentes ao menor, assegurando, desse modo, seu desenvolvimento pleno.

1.5.7 - Princípio da Afetividade

Pode-se dizer que a partir das mudanças que vêm ocorrendo na formação e na estrutura familiar, foi-se extinguindo o sentido patriarcal do pátrio poder dando lugar para a afeição. Alguns doutrinadores até entendem que isso não seria uma evolução, mas sim uma crise familiar decorrente da desorganização e desagregação da família, porém como bem explica Diniz³⁸:

“Na realidade tal não ocorre, a tão falada crise e mais aparente que real. O que realmente ocorre é uma mudança nos conceitos básicos, imprimindo uma feição moderna à família mudanças estas que atende as exigências da época atual, indubitavelmente diferente das de outrora, revelando a necessidade de um questionamento e de uma abertura para pensar e repensar todos os esses efeitos.”.

Ainda, como explica Andrea Almeida Campos³⁹:

“Antes de sermos homo sapiens ou seres humanos que pensam, somos homo affectus, ou seres humanos que sentem. Sentimos, não apenas, frio, calor, sede e fome como os outros animais, mas também sentimos medo, ódio, amor: sentimos saudade. Somos seres afetivos na acepção mais profunda do que seja possível sentir.”

Segundo Maria Berenice Dias⁴⁰, “o afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Também tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família”.

³⁸ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. 5: direito de família / Maria Helena Diniz – 25 ed. – São Paulo: Saraiva, 2010., p. 39.

³⁹ CAMPOS. Andrea Almeida. Justiça: Virtude orquestrada pelo Afeto. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=408>. Acesso em: 26/01/2018.

⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias / Maria Berenice Dias– 4. Ed. Em e-book baseada na 11 ed. Impressa – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 84.

É certo que a Constituição Federal e nem o Código Civil tratou da palavra “afeto”, mas não é por isso que deve ser deixada de lado.

O presente princípio vem ganhando, a cada dia que passa mais reconhecimento e, conseqüentemente, a jurisprudência vem caminhando em direção a trata-lo como um verdadeiro princípio em nosso ordenamento jurídico, pois a cada dia que passa as relações familiares vêm-se baseando no afeto, como por exemplo, a família socioafetiva.

Flávio Tartuce⁴¹ traz três conseqüências significativas da afetividade no mundo jurídico, a primeira foi o reconhecimento das relações homoafetivas, que até pouco tempo atrás não tinham nenhum direito e hoje, felizmente, são tratadas como família; a segunda é a reparação de danos por abandono afetivo, onde se aplica a ideia de cuidado como um valor jurídico; e a terceira é o reconhecimento do parentesco afetivo, tendo em vista que o direito de família vem caminhando para a aprovação do reconhecimento da multiparentalidade.

Pode-se dizer que foi com base no princípio da afetividade que o Código Civil regulamentou a igualdade entre filhos (art. 1596) e a filiação consanguínea ou não consanguínea (art. 1593), entre outros.

Conforme explica Paulo Lôbo⁴², os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não tão somente do sangue.

Segundo Pablo Stolze⁴³, toda investigação científica do Direito de Família submete-se à força do princípio da afetividade.

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira⁴⁴, o afeto não se trata apenas de um princípio jurídico, mas também de um “pressuposto da autoridade e das funções paternas”. Desse modo, quando um pai se ausenta da sua figura paterna, pode ter como conseqüência, que seu filho busque a justiça para protestar isto.

⁴¹ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: Volume único / Flávio Tartuce. 6. Ed., revisado, atualizado e ampliado – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016

⁴² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito civil: famílias – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

⁴³ GAGLIANO, Pablo Stolze. Manual de direito civil; volume único / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – São Paulo: Saraiva, 2017.

⁴⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Nem só de pão vive o Homem: Responsabilidade civil por abandono afetivo. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=392>. Acesso em: 26/01/2018

Para Paulo Lôbo⁴⁵ é necessário se fazer a distinção entre afetividade e afeto. Para o mesmo, a afetividade entre os pais e filhos deve durar até o falecimento de um destes ou até que ocorra a perda do poder familiar, pois para esse autor: “a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles”.

Desse modo, sempre deverá ocorrer à aplicabilidade do princípio da afetividade nas relações parentais.

É possível afirmar que o princípio da afetividade acaba dando margem aos princípios de igualdade entre filhos e convivência familiar, proporcionando assim, melhores condições ao desenvolvimento da criança e adolescente, bem como, assegurando sua convivência familiar.

Segundo Viviane Giraldi⁴⁶:

“A convivência familiar envolve um feixe de circunstâncias que possibilita o desenvolvimento saudável da fase infantil e juvenil. Isso permite à criança a percepção de que é amada, de que alguém dela se ocupa e com ela se preocupa. Envolve esse direito mais do que a possibilidade de ter pai e/ou mãe, a prerrogativa de receber deles atenção, cuidados e carinho. Importa na possibilidade de ter espaço para ser criança, ou seja, para brincar, pois essa é a forma salutar de o mundo infantil se desenvolver e compreender o que o cerca e também de se fazer por ele compreender.”.

Explicam os Doutrinadores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho⁴⁷ que as normas protetivas da criança e do adolescente muitas vezes tem como base o afeto como vetor de orientação comportamental dos pais ou representantes, até mesmo nas famílias substitutas.

Exemplo disto está disposto no artigo 28 do Estatuto da Criança e Adolescente:

⁴⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 48.

⁴⁶ ⁴⁶ GIRARDI, Viviane. Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 107-108.

⁴⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze. Manual de direito civil; volume único / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – São Paulo: Saraiva 2017. 1. Direito civil 2. Direito civil - Brasil I. Título II. Pamplona Filho, Rodolfo.

“Art. 28 - A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos dessa lei.

§ 1º Sempre que possível, a criança ou adolescente deverá ser previamente ouvido e sua opinião devidamente considerada.

§ 2º Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida.”.

Conforme Flávio Tartuce⁴⁸, atualmente, o afeto é o principal fundamento das relações familiares e, pode se afirmar que este decorre da valorização do princípio da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.

1.5.8 - Princípio da Função Social da Família

Segundo o artigo 226, caput, da Constituição Federal, a família é a base da sociedade, devendo ter uma proteção especial do Estado.

Segundo Pablo Stolze e Gagliano e Rodolfo⁴⁹:

“A principal função da família e a sua característica de meio para a realização dos nossos anseios e pretensões. Não é mais a família um fim em si mesmo, conforme já afirmamos, mas, sim, o meio social para a busca de nossa felicidade na relação com o outro.”.

Assim sendo, todas as relações familiares devem ser analisadas dentro do contexto social e diante de todas as diferenças de cada localidade, conforme explica Flávio Tartuce⁵⁰.

Por fim, conforme explica Sebastião de Assis Melo, a função social da família fica visível quando se verifica a importância desta para a sociedade, ou seja, uma sociedade com famílias desestruturadas é uma sociedade desestruturada.

⁴⁸ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: Volume único / Flávio Tartuce. 6. Ed., revisado, atualizado e ampliado – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016

⁴⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011. V. 6, p.98.

⁵⁰ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: Volume único / Flávio Tartuce. 6. Ed., revisado, atualizado e ampliado – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016

CAPÍTULO II - RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 - Breves Considerações Sobre a Responsabilidade Civil

Conforme dito anteriormente, o modelo de família nas sociedades antigas – não tanto tempo atrás – tinha como base o patriarcalismo e a soberania da vontade do homem em relação aos seus filhos e de sua esposa, devendo estes obedecer em prol da harmonia, felicidade e paz familiar.

Ainda, a responsabilidade civil era considerada como um ramo do direito especial autônomo, com suas próprias penalidades, baseado na vingança coletiva, e sem a possibilidade de ocorrer qualquer conduta envolvendo os membros da família aptos a caracterizar um ato ilícito passível de responsabilização civil.

Desse modo, pode-se dizer que o direito de família era impermeável e inacessível, ou seja, em hipótese alguma poderia se falar em responsabilização civil no âmbito familiar, com a finalidade e objetivo de se manter a harmonia e paz familiar.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe o princípio da igualdade entre os cônjuges, princípio da igualdade entre filhos e ainda o macro princípio da dignidade da pessoa humana, tal imunidade de responsabilização no âmbito familiar fora reduzida, tendo em vista que o direito de família vem evoluindo e se preocupando com o respeito à autonomia e aos direitos individuais dos membros de um grupo familiar.

2.1.1 - Evolução História da Responsabilidade Civil

Pode-se dizer que a ideia de responsabilização começou a partir da vingança coletiva, caracterizada pela reação conjunta de um determinado grupo contra o agressor devido a uma ofensa praticada a um dos membros deste grupo, tendo como intuito causar ao agressor o mesmo dano que a vítima sofreu.

Essa vingança privada teve origem com a Lei do Talião que tem como base a seguinte frase: “olho por olho e dente por dente” e ainda com a lei das XX

Tábuas, onde a responsabilidade era totalmente objetiva, ou seja, não dependia da prova da culpa e ainda tinha como real objetivo fazer com que a pessoa que lesou, ora agressor, sofresse o mesmo dano que este causou a outrem.

Conforme Alvino Lima⁵¹:

“A ideia de vingança privada perdeu espaço para a compensação econômica, que inicialmente era tarifada, e posteriormente passou a ser obrigatória, imposta pela Lei das XX Tábuas, que fixava em casos concretos, o valor da pena a ser paga pelo ofensor.”.

Desse modo, o patrimônio da pessoa que causou o dano respondia pelo prejuízo da pessoa que foi lesada, pois começaram a ter em mente que a substituição do mal pelo mal apenas resultava em prejuízo para ambas as partes e não atingindo o principal objetivo que era reparar tal dano.

Só a partir da edição da “*Lex Aquilia de damno*” que trouxe a ideia de culpa como sendo fundamento da responsabilidade. Até esse momento histórico a culpa não era levada em consideração, sendo puramente objetiva.

Conforme explica Maria Helena Diniz⁵², o Estado passou a intervir nos conflitos privados, fixando o valor dos prejuízos causados à vítima e obrigando a esta a aceitar a composição, devendo renunciar a vingança privada, visando garantir o bem comum.

Posteriormente, percebeu-se que a culpa não era um elemento suficiente para alcançar todas as hipóteses de responsabilidade civil, pois havia diversos casos onde não era possível provar a culpa.

A partir do surto industrial a partir da 1ª Guerra Mundial, com todo o desenvolvimento tecnológico, a produção em uma enorme escala e ainda o crescimento das cidades, houve um aumento da preocupação com a segurança dos cidadãos, passando a compreender não tão somente a culpa como elemento da responsabilidade civil, mas também o risco da atividade.

⁵¹ ALVINO LIMA, 1999 Apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011.

⁵² DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Vol. 7 – Responsabilidade Civil – 31ª Ed – São Paulo: Saraiva, 2017.

Conforme explica Maria Helena Diniz⁵³, tal fato representou uma humanização da teoria da responsabilidade civil, tendo como objetivo proteger em especial os trabalhadores e as vítimas de acidentes contra os riscos destas atividades, sob o fundamento de que as pessoas ou empresas que se aproveitam dos riscos ocasionados por suas atividades devem arcar com suas consequências.

Desse modo, surgiu a teoria da responsabilidade objetiva, onde não é preciso fazer a prova da culpa, tendo como maior objetivo proteger a dignidade da pessoa humana e a sua situação de vulnerabilidade do ofendido tendo em vista as desigualdades existentes na própria sociedade.

2.1.2 - Conceito de Responsabilidade Civil

Conforme bem explica a brilhante doutrinadora Maria Helena Diniz⁵⁴, senão vejamos:

“A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.”.

O nosso ordenamento jurídico estabeleceu algumas regras, que caso sejam violadas configuram o que chamamos de ato ilícito e, conseqüentemente, gera o dever jurídico de reparar quando houver dano.

Conforme explica Pablo Stolze⁵⁵, “A responsabilidade civil, enquanto fenômeno jurídico decorrente da convivência conflituosa do homem em sociedade é, na sua essência, um conceito uno, incindível.”.

Segundo o Doutrinador Venosa⁵⁶:

⁵³ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Vol. 7 – Responsabilidade Civil – 31ª Ed – São Paulo: Saraiva, 2017.

⁵⁴ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Vol. 7 – Responsabilidade Civil – 31ª Ed – São Paulo: Saraiva, 2017; pag. 35.

⁵⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze. Manual de direito civil; volume único / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 861.

“O famoso princípio da Lei de Talião, da retribuição do mal pelo mal, “olho por olho”, já denota uma forma de reparação do dano. Na verdade, o princípio é da natureza humana, qual seja reagir a qualquer mal injusto perpetrado contra a pessoa, a família ou ao grupo social.”.

Nota-se que desde o direito romano já existia diversas modalidades de retribuição quanto às violações da sua moral ou dos seus patrimônios.

Pablo Stolze⁵⁷ relata que todo ato praticado pelo homem, invade o campo da responsabilidade. Ainda, completa que o direito positivo traz regras necessárias para a convivência social, punindo quem as infringe e cause lesão aos interesses jurídicos por si tutelados.

Ensina Cavalieri Filho⁵⁸, que a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, ou seja, uma obrigação descumprida. Desse modo, toda conduta humana que acabe resultando na violação de um dever jurídico e causar dano a outrem será uma fonte geradora de responsabilidade civil.

A responsabilidade civil tem origem na violação de uma norma jurídica já existente, a qual acarreta na geração de uma obrigação àquele que causou o dano de indenizar quem foi indevidamente lesionado.

O instituto jurídico da responsabilidade civil já era previsto no antigo Código Civil de 1916⁵⁹, onde a culpa era um pressuposto essencial, porém, o legislador no novo Código Civil de 2002 sentiu a necessidade de inovar com algumas alterações, dispondo, desse modo, da responsabilidade civil subjetiva e também da responsabilidade civil objetiva.

⁵⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil – Vol. IV – Responsabilidade Civil – 12ª Ed. São Paulo: Atlas. 2012, p. 18.

⁵⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze. Manual de direito civil; volume único / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – São Paulo: Saraiva, 2017.

⁵⁸ FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de responsabilidade civil / Sergio Cavalieri Filho. - 10. ed. - São Paulo: Atlas, 2012.

⁵⁹ Art. 159. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.” (BRASIL.Código Civil (1916). Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Rio de Janeiro, RJ.). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 17/07/2017.

Pode-se falar que responsabilidade civil é uma consequência jurídica que advém do descumprimento de uma determinada obrigação.

Segundo a doutrinadora Maria Helena Diniz⁶⁰:

“Poder-se-á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiro em razão de ato do próprio imputado, de pessoas por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda de simples imposição legal. Definição esta que guarda em sua estrutura a ideia de culpa quando se cogita a existência de ilícito (responsabilidade subjetiva) e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa (responsabilidade objetiva).”.

Conforme explica Pablo Stolze⁶¹ a responsabilidade civil “deriva da transgressão de uma norma jurídica civil preexistente, impondo ao infrator a consequente obrigação de indenizar o dano”. Desse modo, a responsabilidade civil pode ser tanto contratual como extracontratual.

A teoria objetiva ganhou espaço no Código Civil de 2002, este traz alguns pressupostos para que fosse possível a aplicação da responsabilidade civil, quais sejam: a) ação ou omissão do agente; b) ocorrência do dano e c) existência de nexos causal.

Conforme o artigo 186 do Código Civil:

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

Dispõe o artigo 927 do Código Civil:

“Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo”.
Parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade

⁶⁰ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Vol. 7 – Responsabilidade Civil – 31ª Ed – São Paulo: Saraiva, 2017.

⁶¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. Manual de direito civil; volume único / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – São Paulo: Saraiva, 2017.

normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Por fim, conforme bem explica Flávio Tartuce⁶², a responsabilidade civil surge com o descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra fixada em um contrato ou por uma pessoa que deixa de observar um preceito normativo que regula a vida.

2.2 - Espécies

Necessário ter em mente que a responsabilidade civil tem como real objetivo reparar um dano causado a uma pessoa, nesse sentido o Código Civil preocupou-se em dividir a responsabilidade em duas modalidades: a responsabilidade contratual, com previsão nos artigos 389 e seguintes e também nos artigos 395 e seguintes, e a responsabilidade extracontratual, com previsão nos artigos 186 a 188 e 927 e seguintes, todos do Código Civil de 2002.

2.2.1 - Responsabilidade Civil Contratual

A responsabilidade civil contratual diz respeito aos casos de inadimplemento de uma obrigação, com fundamento nos artigos 389 a 395 do Código Civil, ou seja, quando uma das partes de um contrato descumpre uma de suas obrigações, está praticando um ato ilícito e, portanto, tem o dever de reparar.

O brilhante mestre Carlos Roberto Gonçalves⁶³ exemplifica do seguinte modo, senão vejamos:

“Quem toma um ônibus tacitamente celebra um contrato, chamado contrato de adesão, com a empresa de transporte. Esta, implicitamente, assume a obrigação de conduzir o passageiro ao seu destino, são e salvo. Se, no trajeto, ocorre um acidente e o passageiro fica ferido, dá-se o

⁶² TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil / Flávio Tartuce; 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

⁶³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 4: responsabilidade civil / Carlos Roberto Gonçalves. – 7. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 42.

inadimplemento contratual, que acarreta a responsabilidade de indenizar as perdas e danos, nos termos do art. 389 do Código Civil.”.

Nesta modalidade, o agente descumpre o que foi acordado entre as partes, ou seja, existe uma convenção prévia entre as partes que não fora cumprida.

A responsabilidade civil contratual ocorre quando há o descumprimento, total ou parcial, do contrato. Conseqüentemente, resulta em um ato ilícito de origem contratual, pois não houve o adimplemento de uma obrigação, seja ela de dar, fazer ou não fazer.

Necessário mencionar que nesta modalidade de responsabilidade o ônus de prova é de competência do devedor, ora inadimplente para se alcançar a reparação dos danos, ou seja, deve demonstrar a inexistência da culpa ou demonstrar que estava diante de uma excludente do dever de indenizar, seja por caso fortuito ou força maior.

2.2.2 - Responsabilidade Civil Extracontratual

Quando a responsabilidade civil não deriva de uma obrigação contratual, diz-se que é extracontratual, como veremos a seguir.

Na responsabilidade extracontratual, também chamada de aquiliana, deriva de uma violação da lei, ou seja, inexistente uma relação jurídica anterior entre o ofendido e o causador do dano.

No caso em tela, não há um vínculo anterior entre os envolvidos, ou seja, não há uma obrigação contratual entre eles. Essa responsabilidade tem como base o descumprimento da lei e dos princípios que regem o ordenamento jurídico.

É possível extrair a responsabilidade civil extracontratual dos artigos 186 e 927 do Código Civil, mencionados anteriormente.

Conforme explica Carlos Roberto Gonçalves⁶⁴, na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, ou seja, não existe um vínculo

⁶⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 4: responsabilidade civil / Carlos Roberto Gonçalves. – 7. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 43.

existente entre o causador do dano e a vítima, ou seja, a responsabilidade extracontratual deriva do dever genérico de não lesar, que se aplica a todos.

Necessário mencionar que a responsabilidade vertente deriva da existência de alguns requisitos, como por exemplo, a ação ou omissão, dano, nexo de causalidade que serão abordados posteriormente.

Desse modo, podemos afirmar que a diferença entre a responsabilidade civil contratual e na extracontratual é que esta deriva do descumprimento de um dever legal e essa em razão da existência de um contrato que vincula as partes.

2.3 - Modalidades

2.3.1 - Responsabilidade Civil Subjetiva

Podemos afirmar que a responsabilidade será subjetiva quando envolver a ideia de culpa. No caso em tela, a culpa é um pressuposto indispensável para se falar na existência de um dano.

Nesse sentido, a responsabilidade civil subjetiva decorre do dano que é causado a partir da ocorrência de um ato doloso ou culposos.

Desse modo, conforme Carlos Roberto Gonçalves, a responsabilidade do causador do dano somente se configurará se este agiu com dolo ou culpa.

Conforme Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho⁶⁵:

“A responsabilidade civil objetiva é a decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposos, está a culpa, por ter sua natureza civil se caracterizará quando o agente causador do dano atuar com negligência ou imprudência conforme cediço doutrinariamente, através da interpretação da primeira parte do art. 159 do Código Civil de 1916 (“Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”), regra geral mantida, com aperfeiçoamentos, pelo art. 186 do Código Civil de 2002 (“Art. 186 Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou

⁶⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze, Rodolfo Pamplona Filho: [Novo curso de direito civil: obrigações](#). São Paulo, Saraiva, 2008, p. 13.

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

A responsabilidade civil subjetiva, como sendo a regra geral prevista em nosso ordenamento jurídico, o dever de reparação do dano tem como pressuposto o dolo ou a culpa do agente.

Paulo Nader⁶⁶ dá como exemplo as seguintes situações:

“Se ocorre o desabamento de um prédio, provocando danos morais e materiais aos seus moradores, devido ao erro de cálculo na fundação, a responsabilidade civil ficará patenteada, pois o profissional agiu com imperícia. Se o fato jurídico originou-se de um abalo sísmico, não haverá a obrigação de ressarcimento pelo responsável pela obra. Cabe à vítima a comprovação de todos os requisitos que integram os atos ilícitos, inclusive os danos sofridos.”

Portanto, conforme a teoria subjetiva, a responsabilidade civil é o princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa, cabendo sempre ao autor o ônus da prova da culpa do réu.

Por fim, como explica Pablo Stolze⁶⁷, é vigente no Brasil a regra geral dual de responsabilidade civil, desse modo coexiste a responsabilidade civil subjetiva e a objetiva.

2.3.2 - Responsabilidade Civil Objetiva

Quando a reparação de um dano é imposta pela lei, não é necessário se falar em culpa. Assim sendo, na responsabilidade civil objetiva, para que ocorra a reparação do dano não é necessário que haja culpa, bastando o dano e o nexo de causalidade.

Desse modo, é certo que a vítima não tem o ônus de provar a culpa do agente, mas tão somente de provar a sua conduta.

⁶⁶ NADER, Paulo. Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil. / Paulo Nader. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 57.

⁶⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze. Manual de direito civil; volume único / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – São Paulo : Saraiva, 2017.

Nessa modalidade é indispensável à relação entre a ação/omissão, o dano e o nexa causalidade.

Quando se fala em responsabilidade objetiva não se pode deixar de mencionar a teoria do risco. Para este quem exerce alguma atividade, automaticamente cria um risco de dano para terceiros, desse modo, essa pessoa está obrigada a reparar o dano, ainda que não haja culpa.

A teoria do risco está fundamentada no próprio artigo 927 do Código Civil e conforme o doutrinador Paulo Nader⁶⁸:

“A teoria do risco favorece o equilíbrio social, a equidade nas relações. Não visa a excluir a culpa como critério básico da responsabilidade civil; cumpre uma função de justiça para a qual a teoria subjetiva se mostra impotente. Na ordem jurídica, a teoria subjetiva e a objetiva se completam, favorecendo a distribuição da justiça nas relações sociais.”.

Segundo o Enunciado 38 da I Jornada de Direito Civil⁶⁹:

“Art. 927: a responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade.”.

Por fim, pode-se dizer que na responsabilidade objetiva basta que tenha ocorrido para que a vítima possa ser indenizada pelo agente, necessário apenas a existência do nexa de causalidade, independente da culpa ou dolo, ou seja, independe a real intenção do agente.

2.4 - Elementos da responsabilidade civil

⁶⁸ Nader, Paulo. Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil. / Paulo Nader. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. Pag. 59.

⁶⁹ Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/699>. Acesso em: 26/01/2018

Analisando o artigo 186 do Código Civil, é possível extrair alguns elementos necessários para a caracterização da responsabilidade civil, quais sejam: a) conduta humana; b) dano e c) nexo de causalidade.

2.4.1 - Conduta

O primeiro elemento para constituir a responsabilidade civil é a conduta, seja ela comissiva ou omissiva, conforme preceitua o artigo 186 do Código Civil.

Conduta é todo e qualquer comportamento praticado por uma pessoa, seja através de uma ação ou omissão, porém necessário que haja a voluntariedade, seja positivo ou negativo, gerando conseqüentemente um ato ilícito.

Nas palavras de Pablo Stolze⁷⁰, “a conduta humana, positiva ou negativa (omissão), guiada pela vontade do agente, que desemboca no dano ou prejuízo.”.

A conduta nada mais é que a exteriorização da vontade humana que quando acarretar em um dano ensejará na responsabilidade civil, devendo o agente reparar a vítima pelos prejuízos sofridos.

Pode-se dizer que essa conduta nada mais é que o fato gerador da responsabilidade civil. A conduta, de alguma maneira, prejudica alguém, ora vítima.

Desse modo, trata-se de uma ação negativa ou positiva, com base na vontade do agente que acaba caracterizando em um prejuízo ou dano, ou seja, a responsabilidade civil requer a existência de um ato comissivo ou omissivo.

Nesse sentido, podemos afirmar que a conduta é um pressuposto essencial da responsabilidade civil a ação ou omissão, porém deve ser voluntária para cumprir os requisitos da responsabilidade civil. Ou seja, necessário se faz que tal conduta seja voluntária – consciente –pois deve ser controlável pela vontade do autor, visto que os atos que são praticados sob coação ou em decorrente do estado de inconsciência não ensejam a responsabilização pelos danos causados a outrem.

⁷⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. Manual de direito civil; volume único / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 874.

Com base nisso, para o ato ilícito pressupõe que uma conduta praticada pelo agente resulte na violação ao direito alheio ou de uma estipulação contratual ou legal. A conduta pode ser praticada tanto por pessoa natural quanto por jurídica.

Conforme bem explica o Doutrinador Cavalieri⁷¹:

“Entende-se, pois, por conduta o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas. A ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico, ou subjetivo.”.

Desse modo, é através da ação ou omissão que determinada conduta causa dano à vítima.

A ação se materializa através de um agir, ou seja, através de um comportamento do agente de maneira positiva. Desse modo, o agente, a partir da sua voluntariedade, tem a liberdade de agir de determinada maneira. Necessário mencionar que a voluntariedade na seara da ação não é a consciência de resultar um dano e sim tão somente de praticar determinado ato.

Conforme Cavalieri Filho⁷²:

“A ação é a forma mais comum de exteriorização da conduta, porque, fora do domínio contratual, as pessoas estão obrigadas a abster-se da prática de atos que possam lesar o seu semelhante, de sorte que a violação desse dever geral de abstenção se obtém através de um fazer.”.

Já em relação à omissão, trata-se de um comportamento negativo e ocorrerá quando o agente não pratica com uma conduta que deveria ser ter praticado, ou seja, se abstém de seu dever de agir. Porém, é necessário que a agente tenha o dever jurídico, seja por lei ou contrato, de agir para que o dano não ocorresse.

⁷¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio, **Programa de Responsabilidade Civil**, 8 ed., São Paulo: Atlas, 2008, pag. 24.

⁷² CAVALIERI FILHO, Sérgio, **Programa de Responsabilidade Civil**, 8 ed., São Paulo: Atlas, 2008, pag. 24.

O doutrinador Cavalieri Filho ainda explica que para que o agente seja responsabilizado pela omissão o deverá ter o dever jurídico de agir, ou seja, estiver em uma situação jurídica que o obrigue a impedir a ocorrência do resultado. Pois se assim não fosse, qualquer omissão seria relevante e todos teriam contas a prestar à justiça.

Alguns doutrinadores entendem que a culpa seria um requisito para a caracterização da responsabilidade civil. Ocorre que a culpa só terá relevância quando tratar de responsabilidade subjetiva.

2.4.2 - Dano

O dano nada mais é que a violação de um bem jurídico tutelado, podendo ser patrimonial ou extrapatrimonial, ou seja, o dano pode ser material ou moral.

Cavalieri Filho⁷³ conceituou o dano da seguinte maneira:

“Conceitua-se, então, dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.

Para que se caracterize a responsabilidade civil, necessário a existência de um prejuízo ou dano, ou seja, é um elemento essencial. Cavalieri Filho ainda disciplina que o dano é o grande vilão da responsabilidade civil, pois não haveria que se falar em indenização, nem sequer em ressarcimento, senão houvesse o dano. Nesse sentido, é possível a existência de responsabilidade sem que haja culpa, porém nunca poderá falar em responsabilidade sem o dano.

Pablo Stolze⁷⁴ conceitua o dano como sendo uma lesão a um interesse jurídico tutelado, seja patrimonial ou não, causado por uma ação ou

⁷³ CAVALIERI FILHO, Sérgio, **Programa de Responsabilidade Civil**, 8 ed., São Paulo: Atlas, 2008, pag. 71.

omissão do agente infrator. Desse modo, o elemento dano é essencial para se caracterização do ato ilícito.

Não se pode falar em indenização caso não exista um prejuízo comprovado, seja este dano material ou tão somente moral, pois trata-se de um requisito essencial para a caracterização da responsabilidade civil.

Conforme explica Carlos Roberto Gonçalves⁷⁵, indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente se possível, para estabelecer o “status quo ante”, ou seja, devolver ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito.

2.4.3 - Nexo de Causalidade

Para que se possa falar em responsabilidade civil é necessário a presença do nexos causal entre o dano e a conduta do agente.

O nexos de causalidade nada mais é que o vínculo existente entre o agente e o dano, ou seja, é o liame que une a conduta do agente ao dano conforme explica Pablo Stolze. Desse modo, só poderá responsabilizar alguém que tenha praticado um ato que conseqüentemente resulte um prejuízo ou dano.

Como explica Carlos Roberto Gonçalves⁷⁶, nexos de causalidade nada mais é que a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado.

Caso haja um dano, mas este não tenha nenhuma relação com a ação ou omissão do agente não se caracterizará o nexos de causal, conseqüentemente não resultará no dever de indenizar.

Existem três teorias que explicam o nexos de causalidade: a) teoria da equivalência das condições; b) teoria da causalidade adequada e c) a teoria da causalidade direta ou imediata.

⁷⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze. Manual de direito civil; volume único / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 882.

⁷⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 4: responsabilidade civil / Carlos Roberto Gonçalves. – 7. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 333.

⁷⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 4: responsabilidade civil / Carlos Roberto Gonçalves. – 7. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 51.

A teoria da equivalência das condições é adotada pelo artigo 13 do Código Penal Brasileiro, a qual consagra como causa do evento danoso tudo àquilo que houver ocorrido para o mesmo.

A teoria da causalidade adequada, ao contrário da teoria anterior, não se pode considerar causa toda e qualquer condição que haja contribuído para a efetivação do resultado, como explica o doutrinador Pablo Stolze⁷⁷. Desse modo, só será causa apenas o fato antecedente abstratamente idôneo à produção do efeito danoso.

Por último, a teoria da causalidade direta ou imediata, criada pelo brasileiro Agostinho Alvim; Pablo Stolze⁷⁸ explica que este determina que causa é apenas o fato antecedente fático que ligado por um vínculo de necessidade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata. Sendo esta sendo mais aceita pela doutrina.

A teoria aplicada na legislação brasileira é a teoria da causalidade direta e indireta, conforme Stolze, causa é somente a mais direta, ou seja, a que mais concorreu para o resultado danoso.

Diante de todo o exposto, conclui-se que não havendo nexos de causalidade entre a conduta do agente e o dano, não ocorrerá de maneira alguma o dever de reparar o suposto dano.

2.4 - Dano Moral

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º V e X trouxe a reparação por dano moral:

Art. 5º: 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:

(...)

⁷⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze. Manual de direito civil; volume único / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – São Paulo : Saraiva, 2017, p. 903.

⁷⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze. Manual de direito civil; volume único / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – São Paulo : Saraiva, 2017, p. 904.

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.

Primeiramente, pode-se dizer que o dano moral nada mais é que um tipo de dano abstrato, ou seja, é de difícil apreciação de valor no mercado, visto que envolve o íntimo de cada ser.

O dano moral é a lesão de direitos, a qual violação não corresponde a conteúdo redutível a dinheiro, desse modo, podemos definir o dano moral como sendo a lesão da pessoa em sua esfera personalíssima, como bem explica Pablo Stolze⁷⁹, ou seja, violando sua intimidade e sua honra.

Desse modo, trata-se de dano moral todo o dano que atinja diretamente a esfera íntima da vítima, ou seja, viola os seus direitos de personalidade e sua integridade.

Ou seja, pode-se dizer que o dano moral nada mais é que um dano aos direitos da personalidade, atingindo diretamente os sentimentos da vítima, o qual não resulta diretamente em uma perda de pecúnia. Conforme bem explica Carlos Roberto Gonçalves⁸⁰, dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não envolvendo o seu patrimônio.

Segundo o doutrinador Pablo Stolze⁸¹:

“O dano moral consiste na lesão de direitos, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.”.

⁷⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze. Manual de direito civil; volume único / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – São Paulo : Saraiva, 2017, p. 941.

⁸⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 4: responsabilidade civil / Carlos Roberto Gonçalves. – 7. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 352.

⁸¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. Manual de direito civil; volume único / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 891.

O dano moral se caracteriza quando há uma violação no direito de personalidade da vítima, ou seja, na violação da honra do mesmo. Desse modo, é certo que a violação de um direito extrapatrimonial não é suscetível de avaliação pecuniária, ou seja, não passível de valoração econômica.

Silvio de Salvo Venosa⁸² define dano moral como sendo o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima, tendo sua atuação dentro dos direitos de personalidade.

Para Carlos Roberto Gonçalves⁸³:

“A expressão ‘dano moral’ deve ser reservada exclusivamente para designar o agravo que não produz qualquer efeito patrimonial. Se há consequências de ordem patrimonial, ainda que mediante repercussão, o dano deixa de ser extrapatrimonial.”

Nesse sentido, a ação de indenização por dano moral tem como objetivo minimizar a aflição causada a vítima, ou seja, tentar compensar a dor sofrida.

Ainda em sua conceituação, Cavalieri Filho⁸⁴ define dano moral como:

“Os bens que integram a personalidade constituem valores distintos dos bens patrimoniais, cuja agressão resulta no que se convencionou chamar de dano moral. Essa constatação, por si só, evidencia que o dano moral não se confunde com o dano material; tem existência própria e autônoma, de modo a exigir tutela jurídica independente.”

O dano moral divide-se em direto e indireto, este ocorre quando ocorre uma lesão específica a um bem ou interesse de natureza patrimonial. O dano moral direto se refere a uma lesão específica de um direito extrapatrimonial, ou seja, direitos da personalidade da pessoa.

⁸² VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil – Vol. IV – Responsabilidade Civil – 12ª Ed. São Paulo: Atlas. 2012, p. 41.

⁸³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 4: responsabilidade civil / Carlos Roberto Gonçalves. – 7. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

⁸⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio, **Programa de Responsabilidade Civil**, 8 ed., São Paulo: Atlas, 2008, pag. 24, pag. 80.

Desse modo, para comprovar o dano moral não é necessário fazer prova concreta, pois se trata de uma presunção absoluta, pois envolve o íntimo do lesado.

Segundo decisão do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo⁸⁵:

“DANO MORAL. DESNECESSIDADE DE PROVA DO SOFRIMENTO. Doutrina e jurisprudência consagram que o sofrimento moral e psicológico, carece da produção de provas. Não se trata de condenação por presunção ou sem provas, mas sim, de considerar que o abalo moral advindo do dano no mais das vezes é de tal forma evidente que dispensa a produção de provas, por pertencer ao senso comum. Reconhecer a evidência do dano não é o mesmo que presumi-lo ou condenar à míngua de provas. Comprovado, nos autos, o dano e constrangimento vexatório ao qual o autor foi submetido, o sofrimento decorrente tanto moral, quanto emocional e psicológico é evidente e não presumido. É que o sofrimento do ofendido, decorrente de ato ou fato praticado pelo ofensor, em todas as suas facetas, é inerente ao ser humano, sendo necessária a produção de provas apenas quanto à ocorrência e autoria do constrangimento, mas não quanto à dor moral decorrente. Esta evidência do sofrimento se extrai da própria situação constrangedora e vexatória a que tenha sido submetido o ofendido, tratando-se, pois, de um processo automático de intelecção em face do que é notório, e, portanto, não guarda similaridade com a presunção, esta última de uso no processo judicial sob algumas premissas legais e que pode ser ilidida em determinadas circunstâncias. E no caso, é inequívoco o sofrimento, abatimento e quebra da autoestima decorrente da brutalidade, humilhação e vexame a que foi submetido o reclamante, que por determinação do supervisor veio a ser abordado e preso duas vezes, quando em serviço ou a caminho do trabalho, com truculência e uso de algemas, e levado à Polícia Federal, sem que tivesse praticado qualquer ilícito. Sentença mantida. (grifo nosso).”.

Assim sendo, como explica Paulo Nader⁸⁶, nem todos os prejuízos causados às vítimas são de natureza material, pois existem alguns valores humanos que, quando atingidos, provocam sofrimentos, angustias e, desse modo, necessitam de reparação. Ou seja, quando o ato ilícito vai contra os direitos da personalidade, como o nome, a honra, a liberdade, têm-se danos morais suscetíveis de indenização.

⁸⁵ TRT-2 - RO: 00009546720125020447 SP 00009546720125020447 A28, Relator: RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS, Data de Julgamento: 25/03/2014, 4ª TURMA, Data de Publicação: 04/04/2014.

⁸⁶ NADER, Paulo. Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil. / Paulo Nader. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

É certo que a vítima que sofreu o dano moral não voltará ao seu status quo ante, desse modo, a natureza jurídica da reparação do dano moral se baseia na satisfação compensatória pelos danos sofridos.

Em relação ao abandono afetivo, Charles Bicca salienta que mesmo não trazendo o amor de volta ou eliminando a dor de toda uma vida, deve-se valorizar a busca pela reparação civil, pois entende ser necessária uma resposta do Poder Judiciário para que seja devidamente estabelecido nas condenações, que tal conduta caracteriza um ato ilícito praticado contra o filho devendo ser punida.

Podemos dizer que o dano causado pelo abandono afetivo nada mais é que um dano em relação à personalidade da vítima, pois a personalidade da vítima se manifesta grandemente por meio dos grupos familiares em que se encontra.

A responsabilidade civil nesses casos se dá pelo pagamento de uma quantia em dinheiro que é arbitrada pelo juízo competente com a finalidade de possibilitar à vítima uma compensação pelo dano que fora sofrido, com o objetivo de atenuar as consequências em razão do dano que lhe foi causado.

2.6 - Teoria da Perda de uma Chance

A Teoria da Perda de uma Chance – e atualmente é reconhecida em nosso sistema jurídico brasileiro – nada mais é que a subtração de uma oportunidade, ou seja, quando se tira da vítima a probabilidade de um ganho, como explica Charles Bicca.

A presente teoria de criação doutrinária foi aceita em nosso ordenamento jurídico como sendo uma categoria de dano, dentro da própria responsabilidade civil. Sua criação foi dada na França (*perte d'une chance*), na década dos anos sessenta, ainda é muito utilizada pelo *commom law* nos casos americanos e ingleses.

Vejamos o posicionamento de Miguel Maria de Serpa Lopes⁸⁷:

⁸⁷ LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de direito civil: obrigações em geral. 5. ed. rev. e atual. por MARIA, José Serpa Santa. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005, p.375.

“A perda de uma chance ocorre quando se causa um dano por ato ilícito, o ato, interrompeu um processo que podia trazer em favor de outra pessoa a obtenção de um lucro ou a não obtenção de um prejuízo.”.

Nesse sentido, Noronha⁸⁸ entende que:

“(...) o dano da perda de chance é ainda um dano certo, que pode dizer respeito à frustração de uma vantagem que poderia acontecer no futuro (dano futuro) ou a frustração da possibilidade de ter evitado um prejuízo efetivamente verificado (dano presente)”.

Necessário frisar que não se pode confundir a teoria da perda de uma chance com a hipótese, pois nosso ordenamento jurídico não indeniza a hipótese. Para caracterizar o dano baseado na teoria da perda de uma chance é necessário que a vítima tenha perdido uma oportunidade real, visto a probabilidade das coisas terem sido diferentes, caso não tivesse sofrido determinado dano praticado pelo agente.

No caso em tela, necessário provar que houve um dano, em razão da conduta do agente, ou seja, necessário que esteja presente o nexo de causalidade e conseqüentemente gerando o dever de indenizar.

Conforme bem entende Cristiano Chaves de Farias⁸⁹:

“Com efeito, no campo das relações afetivas e patrimoniais de família é possível a prática de determinadas condutas, comissivas ou omissivas, que impliquem em subtrair de alguém oportunidades futuras concretas de obter situações favoráveis de conteúdo econômico, ou não – o que viabiliza o reconhecimento da perda de uma chance.”.

É possível a aplicação de tal teoria nas ações de indenização por abandono afetivo, pois, conforme explica Charles Bicca⁹⁰, há uma grave e

⁸⁸ NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações: introdução à responsabilidade civil. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1. p. 672

⁸⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de. A teoria da perda de uma chance aplicada ao Direito de Família: utilizar com moderação. In: **Escritos de Direito e Processo das Famílias**: Novidades e Polêmicas. Salvador: Juspodvim, 2013.

injustificada lesão ao direito do filho de ser amparado, cuidado e de receber atenção durante toda a sua formação por parte dos seus genitores.

Podemos afirmar que todos os requisitos necessários para a aplicação da teoria da perda de uma chance estão presentes quanto ao abandono afetivo parental, pois existe uma conduta omissa, o dano é decorrente da perda da oportunidade de se obter um resultado diferente e, por fim, o nexo de causalidade entre a omissão e o dano.

Desse modo, no abandono afetivo, o filho perdeu a possibilidade concreta de ser amparado na fase mais importante de sua vida, o que jamais terá como recuperar.

Por fim, O E. Tribunal de Justiça de SC⁹¹, em Apelação Cível nº 2011.043951-1, inovou quanto à consideração da possibilidade da aplicação da teoria da perda de uma chance no tocante ao direito de família, senão vejamos uma pequena transcrição:

“Em sociedade mais competitiva, em que as crianças se desigualam já quando nascem (ou antes ainda), com os estímulos cognitivos prestados pelos genitores, é presumível o abalo anímico sofrido pelo filho sabedor de que poderia ter recebido instrução formal e de qualidade, preparando-se adequadamente para o mercado de trabalho, mas, por inércia injustificável de seu pai, arrasta a condição de analfabeto durante grande parte de sua vida justamente na “era da informação”.

Diante disso é possível assentar que a indenização aqui solicitada encontra sustentáculo jurídico também a partir dos insumos doutrinários da responsabilidade civil por perda de uma chance, diante da frustração de obter uma vantagem futura por fato ou ato jurídico praticado por outrem.

“É certo que o recebimento de educação formal por parte dos pais não configura garantia absoluta de sucesso profissional. Mas a chamada “perda de uma chance” não tem por objetivo indenizar fatos desta natureza, isto é,

⁹⁰ BICCA, Charles. Abandono Afetivo: o dever de cuidado e a responsabilidade civil por abandono afetivo/Charles Bicca – Brasília, DF: OWL, 2015.

⁹¹ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Apelação Cível nº 2011.043951-1. Órgão Julgador 3ª Câmara de Direito Civil. Relatora Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Julgado em 06 de set.2011. Publicado em 26 de set. 2011. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em 15 jun. 2013.

“o prêmio da chegada”, o sucesso que não veio, mas sim constituir lenitivo pela oportunidade perdida, pela ponte que foi queimada e que não pode mais ser erguida, pelo caminho que poderia ser trilhado, mas que foi fechado justamente por ato ilícito e injustificado cometido por quem tinha o dever jurídico de abri-lo.”.

CAPÍTULO III - AFETIVIDADE

3.1 - Conceito de Afeto

Primeiramente é de suma importância destacar que por muitos anos a noção de família esteve diretamente ligada ao conceito de casamento, ou seja, ao matrimônio – conjunto de pessoas ligadas a um determinado casal de homem e mulher unidos pelo matrimônio, até então indissolúvel.

Atualmente, como mencionado anteriormente, com toda a evolução da sociedade e da formação da família, tem-se o afeto como o principal formador da entidade familiar, ou seja, deixando drasticamente de lado a família patriarcal que era ligada tão somente pelos laços de sangue.

Desse modo, podemos afirmar que atualmente foi deixado de lado o aspecto de família ligada tão somente pelo laço sanguíneo, dando espaço para o afeto fosse o formador de família.

Conforme explica o doutrinador Barros⁹²:

“O vocabulário afetividade é formado pela junção dos termos afetivo e (i) dade, que, segundo a psicologia, é o conjunto de fenômenos psíquicos que se manifestam sob a forma de emoções, sentimentos e paixões, acompanhados sempre da impressão de dor ou prazer, de satisfação ou insatisfação, de agrado ou desagradado, de alegria ou tristeza (...) O afeto, do latim *affectus*, diz respeito à afeição por alguém, inclinação, simpatia, amizade ou amor. “.

Dessa maneira, o afeto pode ser conceituado como um laço que envolve e constitui uma entidade familiar e todos os seus membros, independente do laço sanguíneo, unidos tão somente por um laço de amor, amizade, simpatia, reciprocidade e sintonia gerando, dessa forma, sentimentos agradáveis para os membros da própria entidade familiar.

Pode-se dizer ainda que o afeto é a troca de sentimentos, valores, desejos, experiências e principalmente amor entre as pessoas de um determinado

⁹² BARROS, Sergio Resende. Direitos Humanos da Família: dos Fundamentais aos Operacionais. IN GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord) Direito de Família e Psicanálise. São Paulo. Imago, 2003. p. 142.

grupo que se relacionam diariamente. Nesse sentido, o afeto é um laço que envolve os indivíduos de determinada entidade familiar.

Conforme bem explica Warren⁹³:

“Afeto é a emoção em geral ou qualidade de sentimento de um indivíduo, sendo o constituinte dinâmico da emoção. Os estados emocionais e sentimentais formam a afetividade, um dos aspectos do comportamento humano. Por sentimento entendemos o estado afetivo brando, suave, de prazer, desprazer em relação a um objeto, pessoa ou ideia que vêm a formar os sentimentos. Distinguem-se das emoções por serem reações mais calmas e com uma experiência mais complexa, com mais elementos intelectuais (lembranças, imagens, ideias).”.

Ainda, pode-se dizer que o afeto gera uma função social, e bastando a função social, ligado aos direitos sociais para que assim se crie a responsabilidade pela sua ausência. É com esse fundamento que o artigo 229 da Constituição Federal estabeleceu os deveres dos pais de assistir, educar e criar os seus filhos menores.

É certo que o afeto dos pais com seus filhos é extremamente essencial e fundamental para o seu desenvolvimento sadio e para que estes tenham uma inserção social naturalmente saudável, tendo em vista que a perda de tal convivência entre os pais e filhos gera uma mudança significativa no crescimento saudável dos filhos.

Para Jean Piaget⁹⁴, uma criança psicologicamente afetiva tem maiores chances de crescer de maneira saudável, equilibrada emocionalmente e ainda ser capaz de vencer os obstáculos de uma vida comum.

A personalidade de um indivíduo nada mais é que uma organização de todas as características cognitivas, físicas e afetivas e é por isso que a falta de afeto dos pais em relação aos seus filhos resulta em uma diferença na edificação da personalidade da criança e conseqüentemente do futuro adulto.

Diante disso, é possível afirmar que o status de pais era tão somente derivado dos laços sanguíneos, porém com o passar do tempo, tendo como marco a

⁹³ WARREN, Howard. Dicionário de psicologia. São Paulo: Livraria Editora Iracema Ltda, 1981. (Enciclopédia de psicologia contemporânea), p. 139.

⁹⁴ PIAGET, Jean. A construção do real na criança. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 1979, p. 234.

nossa Carta Magna de 1988, mostrou-se necessário as relações de afeto entre os pais e filhos, a fim de resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana.

3.2 - O Dever de Cuidado dos Genitores e a Convivência Familiar

Englobando todos os princípios mencionados anteriormente é possível extrair a ideia que juntamente com o direito-dever que os pais têm de ter seus filhos em sua companhia, existe também o direito da criança e ao adolescente de ter uma convivência familiar e a companhia de seus pais, conforme já mencionado no artigo 227 da Constituição Federal.

A convivência do filho com seus pais e sua família pode ser extraído no disposto no artigo 19 do estatuto da Criança e do Adolescente:

“Toda criança ou adolescente tem o 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.”.

Desse modo, é assegurada a convivência com a família, seja ela substituta ou de qualquer outro tipo.

É certo que não se pode confundir convivência familiar e direito de visitas, este abrange o dever de ter o filho em sua companhia e o seu dever de fiscalizar.

Assim sendo, ter o filho em companhia dos pais é atributo do poder familiar que representa a convivência familiar e não deve ser limitado pelas regras do direito de visitas.

A Convenção Universal dos Direitos da Criança e do Adolescente, disposta na Resolução nº L44 (XLIV)⁹⁵, visa proteger e dispor alguns cuidados especiais às crianças e adolescentes. O Brasil, por ter aderido a esta Convenção,

⁹⁵ Disponível em http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/convdir_crianca.pdf. Acesso em 05/02/2018

reconheceu o direito à convivência dos filhos com seus pais como direito humano, preservando sempre o maior interesse da criança e do adolescente.

Conforme bem menciona Lira⁹⁶:

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

O doutrinador Paulo Lobô⁹⁷ define a convivência familiar da seguinte maneira:

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

Por fim, o pai ou a mãe que não convive com seus filhos e não cria relações de afetos com estes está violando diretamente diversos direitos da criança e do adolescente.

3.3 - Abandono afetivo

⁹⁶ LIRA, Wladimir Paes de. Direito da criança e do adolescente à convivência familiar e uma perspectiva de efetividade no Direito brasileiro. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha et al. Família e responsabilidade – teoria e prática do Direito de Família. Porto Alegre: Magister, 2010, p. 544.

⁹⁷ LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 68.

O abandono afetivo pode ser caracterizado pela indiferença, negligência, ausência, omissão, falta de assistência, privação do direito-dever da convivência familiar, desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ou seja, considera-se abandono afetivo a negligência em dar apoios emocionais, bem como afetivos, que são de suma importância para o sadio desenvolvimento da criança por parte de seus pais.

Na maioria das vezes o abandono se dá em razão da ruptura de uma sociedade conjugal, onde o genitor que sai de casa acaba se afastando dos seus filhos, porém a dissolução conjugal não pode ser associada com a extinção do dever de agir como pai ou mãe, ou seja, a ruptura conjugal não exime o dever dos pais de conviverem com seus filhos, pois tratam de relações distintas.

Nesse sentido, o genitor que sai do lar familiar acaba reorganizando sua vida e mantendo e estruturando outra família, dando atenção tão somente para seus novos filhos ou filhos do seu novo companheiro/cônjuge.

Pode-se dizer que o abandono afetivo decorre da falta de amor, carinho, atenção, fazendo com que a criança que está em formação de personalidade e caráter sinta-se uma pessoa rejeitada, achando que não é merecedora ao ponto de receber carinho e atenção; a criança abandonada por muitas vezes acha que não é boa o suficiente e ainda acha que tenha feito algo errado, resultando em danos psicológicos que carregará por toda a sua vida.

Por seu alto gravame que a Constituição assegurou o direito dos filhos em relação à assistência moral, afetiva e não só se limitando na esfera material. Dessa maneira, podemos afirmar que a pensão alimentícia não exime as obrigações de pai ou mãe resultantes de seu poder familiar. A convivência familiar, bem como a afetividade, trata-se de obrigações dos pais.

O abandono afetivo pode ser considerado pior que o abandono material, pois quando há a necessidade patrimonial, muitas vezes um terceiro pode intervir e ajudar, porém no abandono afetivo mesmo que outra pessoa tente suprir nunca será comparado ao carinho que receberia do seu pai ou de sua mãe.

Um bebê recém-nascido ainda não tem a aptidão para diferenciar quem ele é; a partir do primeiro ano de vida, começa a diferenciar quem ele é e quem são

seus pais, desse modo, começa a ter discernimento suficiente para entender que seus pais suprem suas necessidades, desenvolvendo confiança.

A partir desse ponto, os pais começam a transmitir seus valores para seus filhos, resultando na importância da relação familiar para a formação da personalidade da criança, fazendo com que o afeto adquirido nas dependências do seu lar seja reproduzido na sociedade.

Nosso ordenamento jurídico protege a criança e o adolescente, porém não existe nenhuma previsão expressa que obrigue os genitores a amarem os seus filhos, porém é uma prerrogativa social que um pai ou uma mãe ame seu filho e, portanto, a partir do nascimento de seu filho é obrigação destes cuidar tanto material quanto moralmente desses.

3.4 - Aplicação da Multa Prevista no Art. 249 do ECA

Está previsto no artigo 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente a possibilidade de aplicação de uma multa a aqueles que descumprirem, seja culposamente ou dolosamente, os deveres de sustento, guarda educação e convivência familiar. Tal artigo dispõe o seguinte:

“Art. 249 – Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao pátrio poder ou decorrentes de tutela ou guarda, bem assim determinação de autoridade judiciária ou Conselho.

Pena – multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.”.

Conforme Maria Berenice Dias⁹⁸:

“A possibilidade de aplicação desta multa tem caráter pedagógico, haja vista, despertar a atenção para a importância do direito de convivência e agir de forma coercitiva contra o seu descumprimento. A aplicação da multa não chega a ser uma indenização e sim uma forma de rechaçar a atitude paterna em não cumprir com a obrigação de estar na companhia de seu

⁹⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias / Maria Berenice Dias– 4. Ed. Em e-book baseada na 11 ed. Impressa – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p 62.

filho. Além de que esta multa não é astronômica e vai variar de caso para caso podendo ser reaplicada em dobro no caso de reincidência.”.

A presente multa é dada pelo descumprimento do poder familiar no valor de três a vinte salários de referência e aplica-se o dobro em caso de reincidência; este método pode ser considerado uma boa maneira de tentar mitigar a conduta omissiva destes pais.

As obrigações impostas aos pais, tutores e guardiões em relação às crianças e adolescentes são de grande importância, necessárias ao bom desenvolvimento de sua personalidade, podendo acarretar em diversas consequências em razão do descumprimento de seus deveres.

3.5 - Consequências do Abandono Afetivo

Primeiramente, necessário destacar que há cerca de cinco milhões de crianças e adolescentes que não contém o nome de seus pais em seus registros de identidade, ocorre que o Estado vem tentando diminuir esse número com medidas pouco eficientes.

Vale lembrar que conter o nome dos pais na certidão de nascimento é um direito de personalidade do indivíduo, porém, muito mais que isso, todas as crianças e adolescentes tem o direito de receber carinho, segurança, proteção através da convivência familiar, ou seja, através da relação entre pai e filho.

É certo que é dentro das relações e dos vínculos familiares que o indivíduo nasce e se desenvolve, moldando sua personalidade e caráter, integrando-se ao meio social. Durante toda a sua vida, é dentro da família que o indivíduo encontra o conforto e refúgio para lidar com os obstáculos do dia-a-dia, seja na escola, no trabalho ou até mesmo em um relacionamento.

Conforme mencionado anteriormente, a Constituição Federal de 1988 trouxe diversos avanços em relação aos tipos de família, desse modo, a partir da inclusão de diversas formas de se caracterizar a família, conclui-se, portanto, que o principal elo entre os integrantes da família nada mais é que o afeto, ou seja, o elo biológico e genético não mais sustenta a base familiar em nossa sociedade.

A existência de outros tipos de família trazidos pela atual Constituição, como por exemplo, a família socioafetiva, deixou clara a preocupação com os filhos, não se sujeitando mais ao poder patriarcal, sempre voltado à supremacia dos interesses das crianças e dos adolescentes.

Desse modo, os genitores em cumprimento aos seus papéis de pais, não podem se limitar tão somente aos encargos de caráter patrimonial, ou seja, ao sustento de seus filhos. Devem cuidar da moral e do psíquico de seus filhos, para que estejam de acordo com as prerrogativas impostas pelo poder familiar.

A partir da valorização dos membros da família e da importância dos interesses individuais dos membros, a preocupação com a formação e o desenvolvimento da personalidade destes tornou-se essencial e evidente.

Desta forma, a filiação de menores, ganhou uma especial atenção, por se tratar de pessoas com personalidade em desenvolvimento, fazendo ainda mais necessário a convivência familiar, devendo sempre ter em mente o princípio da dignidade da pessoa humana como base para todas as relações familiares.

É necessário ter em mente que a família é considerada o melhor lugar para uma boa formação da personalidade do indivíduo, onde o indivíduo tem a possibilidade de ter um sadio desenvolvimento e formação de personalidade e de caráter, aprendendo o que é certo e errado, aprendendo ainda como agir em uma sociedade.

Conforme a Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka⁹⁹, não importa a posição em que o indivíduo ocupe na família ou qual o tipo ou espécie de grupamento familiar a que ele pertença, o que realmente importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores, e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade.

Sem sombra de dúvidas, a família é o primeiro lugar de convivência do indivíduo. É na família que a criança obtém referência para seu desenvolvimento, seus valores éticos e ainda onde vivenciam as primeiras e principais experiências afetivas.

⁹⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito Civil: estudos / Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Belo Horizonte, Del Rey, 2000.

É certo que para a formação da personalidade dos indivíduos depende diretamente da participação de seus genitores, ou seja, podemos afirmar que caso uma criança seja negligenciada, maltratada e abandonada pelos seus pais, não desenvolverá suas capacidades básicas e sofrerá alguns prejuízos em sua personalidade.

Não se pode dizer que isso acontecerá com todas as crianças que foram negligenciadas, até porque, em algumas situações, terceiras pessoas do núcleo familiar exercem o papel que os pais por lei deveriam exercer. Porém, se compararmos o desenvolvimento de uma criança que na construção de sua personalidade teve o apoio e o carinho de seus pais será diferente de uma criança que não o teve.

Nesse sentido, é de difícil de mensurar os danos causados pelo abandono afetivo, pois é totalmente subjetivo. Diversos estudos de psicologia demonstram que a presença dos pais na vida dos seus filhos é de extrema importância para uma formação saudável.

É possível afirmar que quando não há relações de afeto entre pais e filhos, a probabilidade de provocar grandes sequelas psicológicas nas crianças ou adolescentes são gigantescas, prejudicando o desenvolvimento saudável destes.

A criança ou o adolescente que sofre o abandono pode sofrer de deficiências em seu comportamento social para o resto da vida, podendo tornar-se uma pessoa introvertida, tímida e que não sabe se socializar e manter relações sociais, se isolando do convívio de outras pessoas, podendo ainda apresentar problemas escolares, além de grande tristeza, altos níveis de depressão, baixa autoestima e problemas de saúde.

3.6 - Indenização por Abandono Afetivo

Como dito anteriormente, a família é considerada a base da sociedade, sendo o principal meio de convivência humana. Quando se faz parte de uma família, o indivíduo automaticamente estará sujeito a alguns direitos e deveres.

Pode-se dizer que os direitos pertencentes à família surgem do pertencimento de uma pessoa a sua família, seja como pai, filho, cônjuge, etc. Conforme salienta Carlos Roberto Gonçalves, os direitos de família em regra são opostos aos direitos patrimoniais, ou seja, não possuem valor pecuniário, desse modo, quando se desrespeita os direitos obrigacionais a consequência será as perdas e danos, porém, quando se viola direitos de família as consequências são diversas como, por exemplo, a extinção ou suspensão do poder familiar.

Assim sendo, não resta dúvida que é no âmbito familiar que a criança ou adolescente encontra um apoio emocional e laços de amor, sendo que a falta destes podem acarretar em danos permanentes e irreparáveis na vida do indivíduo.

Porém, infelizmente, é na própria sociedade familiar que às vezes são cometidos diversos abusos, causadores de danos; atualmente este dano pode acarretar em responsabilidade civil decorrente tanto de danos materiais ou imateriais.

Podemos afirmar que a matéria de responsabilidade civil amplia todos os ramos do direito, bem como o direito de família, pois os atos praticados por membros de uma sociedade familiar podem resultar diversas lesões suscetíveis de reparação.

Importante mencionar que ainda o presente tema é de grande polêmica e repercussão, desse modo, os entendimentos são divididos em duas correntes: a primeira entende não ser possível a responsabilização em casos específicos de direito de família e a segunda entende a possibilidade de aplicação do instituto de responsabilidade civil no âmbito familiar, pois há dever de indenizar em razão da violação do dever imposto pelo nosso ordenamento jurídico.

Diversos princípios constitucionais tornam possível a responsabilidade civil no âmbito do direito de família, como a dignidade da pessoa humana, solidariedade, afetividade e o melhor interesse da criança e do adolescente.

É de suma importância a proteção dos indivíduos em seu núcleo familiar, ou seja, proteger a sua saúde mental, bem como garantir a compensação dos danos morais no direito de família. Desse modo, é plenamente possível falar da aplicabilidade da responsabilidade civil no âmbito das relações familiares.

Dispõe o artigo 227 da Constituição Federal de 1988:

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

Importante mencionar que a convivência familiar de que trata o artigo anterior não se limita tão somente na manutenção dos filhos na companhia de seus genitores enquanto existir uma sociedade conjugal entre os genitores, desse modo, o Código Civil preocupou-se em deixar isso demonstrado e, em seu artigo 1589, trouxe o direito-dever dos pais em ter seus filhos em sua companhia quando não houver a sua guarda, ou seja, a visita.

Após a separação de um casal, seja por casamento ou união estável, uma das possíveis consequências – e infelizmente a mais comum – é que os genitores se afastem intencionalmente dos seus filhos, ou seja, negligenciando os seus deveres de assistência moral, psíquica e afetiva com seus filhos.

Isso acontece principalmente quando o genitor que saiu do lar familiar constrói uma nova relação familiar, ou seja, arruma um(a) novo(a) companheiro(a) ou cônjuge, o que resulta no distanciamento com o seu antigo lar familiar, dando mais atenção aos seus novos filhos ou até mesmo aos filhos do mais novo cônjuge ou companheiro(a).

É certo que as pessoas devem seguir com suas vidas e buscarem sempre o que é melhor para elas, ocorre que, quando se tem um filho, o genitor não pode mais tão somente pensar nas suas vontades. Juridicamente e moralmente falando é necessário ter responsabilidade pelos atos que praticam: crianças e adolescentes são indivíduos que precisam ser moldados e precisam de atenção.

Nas situações em que um pai sai de seu lar e constitui uma nova família e conseqüentemente acaba não dando mais a devida atenção para os seus filhos, os mesmos carregam o sentimento de estar sendo rejeitado, o que substancialmente prejudica o seu desenvolvimento saudável, bem suas relações futuras com amigos, namorado (as) e com a própria família.

Em casos de famílias monoparentais, muitos pais abandonam afetivamente seus filhos, sem exercer o direito de visitas, negligenciando-se na educação, criação e convívio com estes. Segundo Madaleno¹⁰⁰, a respeito do abandono dos genitores:

“Dentre os inescusáveis deveres paternos figura o de assistência moral, psíquica e afetiva, e quando os pais ou apenas um deles deixa de exercer o verdadeiro e mais sublime de todos os sentidos da paternidade, respeitante a interação do convívio e entrosamento entre pai e filho, principalmente quando os pais são separados ou nas hipóteses de famílias monoparentais, onde um dos ascendentes não assume a relação fática de genitor, preferindo deixar o filho no mais completo abandono, sem exercer o direito de visitas, certamente afeta a higidez psicológica do descendente rejeitado.”.

Infelizmente, alguns genitores ainda acreditam que o mero pagamento de pensão alimentícia é o suficiente para eximir sua responsabilidade e que isto supre a sua ausência, não os visitando, nem buscando manter o mínimo de afeto possível entre eles.

Conforme Nader¹⁰¹, o intencional descumprimento do direito-dever de visitas por parte do genitor não guardião de seu filho, muitas vezes motivado pelo sentimento de vingança ao ex-cônjuge ou ex-companheiro também configuram o abandono afetivo, causando aos filhos sentimentos de pura rejeição e afetando diretamente a sua autoestima.

Conforme explana Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka¹⁰²:

“(…) por direito ao pai deve-se entender o direito atribuível a alguém de conhecer, conviver, amar e ser amado, de ser cuidado, alimentado e instruído, de se colocar em situação de aprender os valores fundamentais da personalidade e da vida humanas, de ser posto a caminhar e a falar, de ser ensinado a viver, a conviver e a sobreviver, como de resto é o que ocorre – em quase toda a extensão mencionada – com a grande maioria dos animais que compõem a escala biológica eu habita e vivifica a terra.”.

¹⁰⁰ MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 310

¹⁰¹ NADER, Paulo. Curso de direito civil, v. 5: direito de família / Paulo Nader. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

¹⁰² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito Civil: estudos / Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Belo Horizonte, Del Rey, 2000, p. 177.

Segundo Charles Bicca¹⁰³ o abandono afetivo constitui uma das mais graves formas de violência que pode ser praticada contra o Ser Humano, pois essa violência é duradoura, covarde e silenciosa, podendo-se dizer que o abandono afetivo nada mais é que a morte em vida.

Assim sendo quando se garante o direito à convivência familiar aos filhos, significa que é necessário respeitar o seu direito de personalidade, garantindo-lhe dignidade, pois é certo que não depende apenas de seus genitores no âmbito patrimonial. Como dito anteriormente, o afeto é de tão suma importância para o desenvolvimento sadio de uma criança que, quando descumprido o dever de convivência familiar, pode-se dizer que gera um enorme vazio ao desenvolvimento afetivo, moral, e psicológico da criança ou adolescente.

Ainda, com base na previsão legal dos artigos 1637 e 1638 do Código Civil, caso os genitores não cumpram com o dever de criar seus filhos menores de maneira responsável, sem observância dos princípios constitucionais, poderão ser penalizados com a destituição ou a suspensão do poder familiar como dito anteriormente.

Não poderia ficar de fora o abandono afetivo, pois por se tratar de uma atitude repugnante, não poderia deixar de ser condenável, ou seja, pode acarretar na perda do poder familiar conforme artigos mencionados acima, o que não parece ser uma punição para o genitor infrator.

O questionamento que muitos doutrinadores fazem é que tais medidas só viriam a premiar o genitor infrator e incentivar que o mesmo continue a ser negligente em relação aos seus deveres em relação a seus filhos.

Por isso, é certo que tal abandono pode ser caracterizado como um ato atentatório à moral dos filhos, ou seja, abandono afetivo é um ato ilícito, o que é passível de responsabilização civil.

Conforme Charles Bicca¹⁰⁴:

¹⁰³ BICCA, Charles. Abandono Afetivo: o dever de cuidado e a responsabilidade civil por abandono afetivo/Charles Bicca – Brasília, DF: OWL, 2015.

¹⁰⁴ BICCA, Charles. Abandono Afetivo: o dever de cuidado e a responsabilidade civil por abandono afetivo/Charles Bicca – Brasília, DF: OWL, 2015.

“O abandono afetivo não é apenas a perda de uma oportunidade ou dano moral simples. É dano muito mais grave, que pode ser considerado como dano a todo um projeto de vida, ou seja, no rumo, objetivo ou sentido que cada um atribui a sua vida. É evidente que ser cuidado e amado pelo pai e pela mãe é o mínimo que um ser humano em formação pode esperar da vida.”.

A psicologia discute que o afastamento, bem como a omissão paterna podem desenvolver aos filhos sintomas de rejeição, baixa autoestima, baixo rendimento escolar e consequências que perduram em toda a vida dos filhos, o que pode afetar em suas carreiras profissionais e em suas vidas sociais.

As consequências da conduta negligente dos pais por Gomide¹⁰⁵:

“A negligência é considerada um dos principais fatores, senão o principal, a desencadear comportamentos antissociais nas crianças. E está muito associada à história de vida de usuários de álcool e outras drogas, e de adolescentes com o comportamento infrator.”.

De acordo com Maria Helena Diniz¹⁰⁶, para muitos filhos, implica perder a proteção, a companhia, o afeto e os recursos econômicos, podendo levá-los à delinquência juvenil, ao fracasso na escolaridade e ao consumo de drogas.

Desse modo, tem-se uma conduta por parte do genitor, que culposa ou dolosamente abandonou seu filho afetivamente, tem-se o dano ligado diretamente ao desenvolvimento da personalidade da criança, bem como a violação de um dever legal e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

Conforme bem explica Hironaka¹⁰⁷:

“O que produzirá o liame necessário – nexo de causalidade essencial para a ocorrência da responsabilidade civil por abandono afetivo deverá ser a consequência nefasta e prejudicial que se produzirá na esfera subjetiva, íntima e moral do filho pelo fato desde o abandono perpetrado

¹⁰⁵ GOMIDE, Paula Inez. Pais presentes pais ausentes: regras e limites. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 69.

¹⁰⁶ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. 5: direito de família / Maria Helena Diniz – 25 ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁰⁷ HIRONAKA, G. M. F. N. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material. Disponível em: < <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32839-40754-1-PB.pdf> > Acesso em 23 de janeiro de 2018.

culposamente por seu pai, o que resultou em dano para a ordem psíquica daquele.”.

Tal responsabilização não pode ser considerada como muitos doutrinadores dizem de “dar preço ao amor” ou de “compensar a dor”, o principal objetivo é conscientizar os genitores na suma importância que carregam quando resolveram ter filhos. Conscientizar os pais que a sua falta na criação de um ser pode acarretar danos para o resto da vida desta criança.

Conforme ensina Rolf Madaleno¹⁰⁸:

“A punição pecuniária pelo dano imaterial tem um caráter nitidamente propedêutico, e, portanto, não objetiva propriamente, satisfazer à vítima da ofensa, mas sim, castigar o culpado pelo agravo moral e, inclusive, estimular aos demais integrantes da comunidade (...) a cumprirem os deveres éticos impostos pelas relações familiares.”.

Atualmente, muitos julgadores estão dando procedência as ações de indenização por abandono afetivo. Em 2003, a justiça gaúcha da Comarca de Capão da Canoa, condenou ao pai ao pagamento de indenização para o filho em razão do abandono afetivo, narrando os deveres decorrentes da paternidade e do poder familiar.

O juiz de direito Mario Romano Maggioni, da 2ª Vara de Capão da Canoa, condenou o pai ao pagamento de 200 salários filhos à filha que alegou abandono material e psicológico. O juiz em sua sentença afirmou que:

“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 auto-afirme. (...) pai que não ama o filho está não apenas desrespeitando função de ordem moral, mas principalmente de ordem legal, pois não está bem educando seu filho.”.

Em julho de 2004, o juiz Fernando Cirillo da 31ª Vara Cível da Comarca de São Paulo, condenou um pai a pagar à filha uma indenização no valor de

¹⁰⁸Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=32> . Acesso ao site no dia 23/01/2018.

cinquenta mil reais por danos morais para que ela pudesse custear seu tratamento psicológico, tal diagnóstico foi auferido através de uma perícia médica que constatou que a jovem apresentava conflito de identidade em consequência da rejeição do pai.

Em sua decisão o juiz de direito afirmou que para a realização da decisão de tal demanda é necessário o exame das circunstâncias do caso concreto, para se verificar se o réu da ação tinha condições de estabelecer um relacionamento afetivo maior do que a relação que existia e também se as vicissitudes da relação entre pai e filha efetivamente provocaram um dano relevante à autora.

É necessário ter em mente que nos dias atuais não é mais considerado família apenas as constituídas por homem e mulher; hoje a paternidade e maternidade se dão através de diversas formas como, por exemplo, a fecundação artificial, adoção, paternidade socioafetiva, podemos dizer que não há mais necessidade de uma paternidade que envolva os laços sanguíneos; aqui podemos utilizar a famosa expressão “pai é quem cria”.

Desse modo, a pessoa que assume o papel de cuidar da criança seja ela seu filho biológico ou não, deve arcar com o dever de dar assistência moral, psíquica e afetiva para que assim a criança tenha um desenvolvimento saudável.

Existem projetos de leis que visam regular tal matéria, um deles é o Projeto de Lei nº 700 tendo como autoria o Senador Marcelo Crivella, o objetivo é modificar o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, assim como outras providências. Esse projeto pretende acrescentar ao artigo 5º do Estatuto o seguinte, senão vejamos:

“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.”.

Outro projeto de lei que dispõe sobre o abandono afetivo é o de nº 4294/2008, em trâmite perante a Câmara dos Deputados, tendo como autor Carlos Bezerra que pretende acrescentar ao artigo 1632 do Código Civil e ao artigo 3º do Estatuto do Idoso, com o intuito de estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo, dispondo o que segue:

“Parágrafo único: O abandono afetivo sujeita os pais ao pagamento de indenização por dano moral.”.

Necessário mencionar que para a aplicação da responsabilidade civil em casos de abandono afetivo não se faz necessário qualquer alteração em nosso ordenamento jurídico, tendo em vista a previsão do artigo 186 do Código Civil de que todo cidadão tem o dever de ressarcir qualquer eventual dano causado a outrem.

Por fim, alguns doutrinadores são contra a esta responsabilização civil tendo o argumento que tal indenização somente afastaria mais ainda os pais de seus filhos, não havendo assim, efeitos práticos nesta medida em razão da inexistência do dever jurídico de amar.

3.7 - Pressupostos Para o Reconhecimento

O abandono afetivo por se tratar de um tema novo e polêmico no mundo jurídico, e ainda por não ter previsão legal específica acerca do tema acaba acarretando em algumas divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

Assim sendo, os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), recomendaram que os magistrados tomassem muita cautela quando fossem julgar tais casos e que o reconhecimento do dano moral por abandono afetivo deve ser tratado como uma situação excepcional, desse modo, necessário se faz delinear alguns pressupostos para o reconhecimento da indenização por abandono afetivo para deixar inequívoco o seu cabimento.

Necessário salientar que a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990, a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil de 2002, trazem total segurança à criança e ao adolescente, deixando de forma clara a obrigação de se indenizar o filho em situações de abandono afetivo.

O artigo 7.1 da Convenção sobre os Direitos da Criança dispõe que:

“a criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles” (grifo nosso).

Analisando o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto na Carta Magna conjuntamente com o artigo 227 da mesma – deixa expresso o dever da convivência familiar e ainda que os pais devem deixar seus filhos a salvo de qualquer forma de negligência e discriminação – demonstra que o legislador se preocupou em não deixar a criança e o adolescente sofrer a rejeição e o desprezo pelos próprios pais. Ainda, o artigo 229 da Constituição deixou claro que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os seus filhos menores, o que comprova que o argumento de que o dever dos pais de tão somente sustentar patrimonialmente os seus filhos está equivocado.

Ainda, o Código Civil se preocupou em assegurar o direito da criança e do adolescente, em seu artigo 1634 e diz que compete aos pais em relação aos filhos dirigir-lhes criação e educação bem como tê-los em sua companhia e guarda.

Ante o exposto é possível visualizar que todas nossas normas jurídicas se preocuparam em proteger a criança e o adolescente, ou seja, inegável o fato da possibilidade da aplicação de indenização pelo abandono afetivo.

Para a concessão de indenização decorrente do abandono afetivo é necessário observar meramente a existência dos pressupostos da responsabilidade civil, ou seja, caso estejam presentes os mesmos, será passível a concessão de indenização em caso de abandono afetivo.

Por fim, conforme explica Charles Bicca¹⁰⁹, o abandono é ilícito, pois atenta contra a dignidade constitucional da família, o princípio da dignidade da pessoa humana, acarretando efetivos danos ao direito de personalidade da criança. Ainda, explica que o cuidado, convívio, proteção criação e educação dos filhos são deveres inerentes ao poder familiar. Desse modo, “a ilicitude não está no desamor, mas na mais absoluta falta de atendimento ao dever de cuidado, requisito mínimo a ser empreendido na vida de uma criança para seu pleno desenvolvimento”. (sic).

¹⁰⁹ BICCA, Charles. Abandono Afetivo: o dever de cuidado e a responsabilidade civil por abandono afetivo/Charles Bicca – Brasília, DF: OWL, 2015.

Conforme explica Schreiber¹¹⁰:

“O interesse por trás da demanda de abandono afetivo, portanto, não é como muitas vezes se diz equivocadamente, um interesse construído sobre a violação de um dever de amar ou de dar afeto, mas um interesse fundado no dever normativo expresso dos pais de educarem e criarem seus filhos. E, nesse sentido, pode-se concluir pelo seu merecimento de tutela, em abstrato.”.

Ainda, salienta o doutrinador Washington de Barros Monteiro¹¹¹:

“Se os deveres inerentes ao poder familiar são descumpridos com danos ao filho, além da suspensão e destituição do poder familiar é perfeitamente adequada a aplicação dos princípios da Responsabilidade Civil, com a condenação do genitor na reparação cabível.”.

Conforme explica Maria Berenice Dias¹¹², a lei responsabiliza os pais em relação aos cuidados de seus filhos e a ausência de tais cuidados implica no abandono moral, pois viola diretamente a integridade psicológica dos filhos, violando ainda o princípio da solidariedade familiar, como valores protegidos constitucionalmente; tal tipo de violação configura o dano moral.

Por fim, se o dever jurídico de cuidar dos filhos foi violado, é necessário que haja uma sanção. Necessário mencionar, conforme bem explica Charles Bicca¹¹³, que o direito que está sendo tutelado pelo Direito não é o sentimento e sim os deveres referentes ao poder familiar, que estão expressamente previstos em nosso ordenamento jurídico.

3.8 - Prescrição nas Ações por Abandono Afetivo

¹¹⁰ SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2008, p. 174.

¹¹¹ MONTEIRO, Washington de Barros & Silva, Regina Beatriz Tavares da. Curso de Direito Civil – Direito de Família. Volume 2. Edição 42ª. São Paulo

¹¹² DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 32

¹¹³ BICCA, Charles. Abandono Afetivo: o dever de cuidado e a responsabilidade civil por abandono afetivo/Charles Bicca – Brasília, DF: OWL, 2015.

Necessário se faz a análise da questão referente à prescrição no tocante à responsabilidade civil em casos de abandono afetivo.

Em poucas palavras, prescrição trata-se do prazo para interpor a ação. Desse modo, a prescrição ocorre quando se perde o direito de acionar o judiciário para alcançar o pretendido em decorrência do decurso do tempo.

Em caso de abandono afetivo a prescrição começa a correr a partir da maioria do interessado, ou seja, quando extingue o poder familiar, conforme entendimento do STJ e de outros tribunais.

Conforme o artigo 197 do Código Civil de 2002:

“Não corre a prescrição:

- I- Entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal;
- II- Entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar;
- III- Entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela.”.

O prazo para ações de reparação do dano, conforme artigo 206, parágrafo 6º, inciso V, será de três anos. Desse modo, o STJ em seu entendimento, o interessado terá três anos após a sua maioria para ingressar com a presente ação de indenização.

Nesse sentido, o Egrégio Tribunal do Rio Grande do Sul¹¹⁴ decidiu no presente recurso, o qual se faz o presente entendimento majoritário:

“INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. ABANDONO AFETIVO. MAIORIDADE. PRESCRIÇÃO. 1. Se a ação de indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo foi proposta após o decurso do prazo de três anos de vigência do Código Civil de 2002, é imperioso reconhecer a prescrição da ação. Inteligência do art. 206, § 3º, inc. V, do CCB/2002. 2. O novo Código Civil estabeleceu a redução do prazo prescricional para as ações de reparação civil, tendo incidência a regra de transição posta no art. 2.028 do CCB/2002. 3. O pedido de reparação civil por dano moral, em razão do abandono afetivo, nada tem a ver com direito de personalidade, com direitos fundamentais ou com qualquer garantia constitucional, constituindo mera pretensão indenizatória, com caráter econômico, estando sujeita ao lapso prescricional. Recurso desprovido.”

¹¹⁴ Apelação Cível Nº 70056484413, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 23/10/2013)

Alguns doutrinadores discutem a legalidade destes entendimentos, pois entendem que em casos do abandono afetivo a prescrição só deveria contar a partir do conhecimento pela vítima do dano causado, ou seja, a prescrição deveria fluir após o momento em que a vítima tem o conhecimento inequívoco da violação de seu direito.

Segundo Charles Bicca¹¹⁵:

“Em ações de indenização por abandono é muito difícil definir o termo “*a quo*” para começar a fluir o prazo prescricional, pois inclusive o dano causado ainda não cessou, é contínuo, se renova, e pode afetar o filho abandonado inclusive pelo resto da vida. Inexistente razoabilidade em premiar o pai que abandonou e violou o direito de seu filho, na mais importante etapa de sua vida, por até 18 anos, cum um lapso prescricional de apenas três anos, após a maioridade.”.

3.9 - Do Dano *In Re Ipsa*

Dano *In Re Ipsa* nada mais é que o dano moral presumido, ou seja, sem a necessidade de realizar prova do dano. Assim sendo, presume-se o dano sofrido, dispensando a comprovação dos danos, prejuízos, abalos psicológicos sofridos decorrentes do abandono afetivo. Desse modo, constatado o descumprimento dos deveres impostos pelo poder familiar, serão presumidos os danos causados aos filhos.

Em alguns casos de indenização por abandono afetivo, foram pedidos exames periciais para demonstrar o dano sofrido pela criança que fora abandonada, porém o atual entendimento do STJ é que o dano sofrido em decorrência do descumprimento dos deveres do poder familiar dado pela ausência paterna ou materna é dano do tipo *in re ipsa*, ou seja, não há a necessidade de comprovar.

A Ministra Nancy Andrighi, em seu voto do REsp 1159242/SP¹¹⁶:

¹¹⁵ BICCA, Charles. Abandono Afetivo: o dever de cuidado e a responsabilidade civil por abandono afetivo/Charles Bicca – Brasília, DF: OWL, 2015, p. 40.

¹¹⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 1159.242/SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Data da Publicação:24/04/2012.

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

Por fim, provado o abandono, está presumido o dano sofrido decorrente do abandono afetivo.

3.10 - Medidas a Resguardar a Convivência Familiar e Evitar a Realização do Abandono Afetivo

É possível destacar algumas medidas passíveis de evitar o acontecimento do abandono afetivo e evitar a ocorrência de diversos transtornos no desenvolvimento da criança e do adolescente, senão vejamos:

3.10.1 - Regulamentação do Direito de Visita

Conforme estabelece o artigo 1589 do Código Civil, o pai ou a mãe em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Desse modo, a visita é um mecanismo jurídico utilizado que pretende preencher os efeitos da ruptura familiar.

Não se pode falar que o a visita é apenas um direito, pode-se dizer também que é um dever aos pais perante os seus filhos, conforme artigo 1634, II do Código Civil, *in verbis*: “compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores, tê-los em sua companhia e guarda”.

A visita representa o direito dos filhos menores em conviver com seus pais, em razão da necessidade de cultivar o afeto e tê-los em sua companhia quando não for possível a convivência diária sob o mesmo teto.

Conforme explica Nader¹¹⁷, cabe ao genitor acompanhar a trajetória do seu filho menor, devendo participar dos atos de sua vida, do seu desempenho escolar e tudo que for relevante ao seu desenvolvimento. Assim, nestes casos o abandono é injustificável o que é suscetível de caracterizar o dano moral.

Desse modo, a regulamentação de visitas e a sua aplicabilidade na vida prática é um dos melhores modos para se cultivar a relação entre os pais com seus filhos, quando por motivos diversos não é possível que os mesmos dividam a mesma residência.

3.10.2 - Guarda

Como já dito, os pais têm o direito e também o dever de terem seus filhos menores em sua companhia e, desse modo, a lei se preocupou com os casos onde os pais eventualmente são separados, conforme o artigo 1584 do Código Civil:

“Art. 1584: A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:
I - Requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;
II - Decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.”.

Nos dias atuais, a regra é que a guarda seja compartilhada, salvo quando impossibilitada. O parágrafo segundo do artigo 1583 do Código Civil compreende como sendo a guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comum.

Ainda, a lei estabelece que na guarda compartilhada o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai. Isso não significa que em caso de pais que não vivem sob o mesmo teto os filhos devem ficar em cada casa um dia sim e dia não. O verdadeiro intuito da

¹¹⁷ NADER, Paulo. Curso de direito civil, v. 5: direito de família / Paulo Nader. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

inclusão da guarda compartilhada através da Lei nº 13.058 de 2014 é que os dois genitores, igualmente, participem da vida de seus filhos.

Desse modo, a implantação da guarda compartilhada pode ser considerada como um método para que os pais possam conviver mais com seus filhos, o que impediria o abandono afetivo.

CONCLUSÃO

É certo que a família sempre foi e de fato ainda é de grande importância para a sociedade, desde a família romana até os dias atuais a qual recebe grande proteção pelo Estado.

A família brasileira, a cada dia que passa, vem sofrendo diversas e significativas modificações – principalmente com a promulgação da Constituição de 1988 – que se preocupou em garantir os direitos da família e dos filhos, tendo em vista os princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade entre filhos e afetividade surgindo novas formas para a constituição de uma família, como por exemplo, famílias monoparentais, anaparentais e homoafetivas, bem como a família substituta.

Conforme explanado, o poder familiar é um dever dos pais, onde estes devem prestar zelo, convivência, afeto, prevalecendo o melhor interesse da criança e do adolescente; o descumprimento do poder familiar acarreta ao descumprimento legal e mais do que isso: acarreta danos de ordem psíquica aos seus filhos, afetando diretamente em seu desenvolvimento pleno e sadio.

Desse modo, principalmente com base no princípio da dignidade da pessoa humana, pode-se dizer que o poder familiar não trata apenas do dever dos pais prestarem assistência material, mais do que isso, trata-se de um conjunto de direitos e deveres que os pais devem ter com seus filhos, devendo proporcionar-lhes um desenvolvimento sadio físico, psíquico, moral e emocional para a formação destes futuros adultos.

A ausência de cuidado dos pais em relação aos seus filhos é chamada de abandono afetivo – que podem produzir danos irreparáveis tanto de ordem psicológica quanto de ordem emocional na criança e no adolescente que se estendem até a vida adulta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BICCA, Charles. Abandono Afetivo: o dever de cuidado e a responsabilidade civil por abandono afetivo/Charles Bicca – Brasília, DF: OWL, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, família, sucessões, volume 5 /Fábio Ulhoa Coelho. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias / Maria Berenice Dias– 4. Ed. Em e-book baseada na 11 ed. Impressa – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. 5: direito de família / Maria Helena Diniz – 25 ed.– São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Vol. 7 – Responsabilidade Civil – 31ª Ed – São Paulo: Saraiva, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Manual de direito civil; volume único / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – São Paulo: Saraiva, 2017

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 4: responsabilidade civil / Carlos Roberto Gonçalves. – 7. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 6 / Carlos Roberto Gonçalves. – 9. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros, SILVA, Regina Beatriz Tavares Da. Curso de Direito Civil – Vol. 2 – Direito de Família – 43ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NADER, Paulo. Curso de direito civil, v. 5: direito de família / Paulo Nader. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NADER, Paulo. Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil. / Paulo Nader. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NETO, Sebastião de Assis. Manual de direito civil/ Sebastião de Assis Neto, Marcelo de Jesus, Maria Izabel de Melo. 6. ed. rev., amp\ e atua\.- Salvador: Juspodivm, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil – Vol. V / Atual. Tânia da Silva Pereira. – 25. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SILVA, Regina Beatriz Tavares Da. Curso de direito civil, 2: direito de família/ Washington de Barros Monteiro, Regina Beatriz Tavares da Silva – 43. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil / Flávio Tartuce; 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: Volume único / Flávio Tartuce. 6. Ed., revisado, atualizado e ampliado – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo, Direito de civil: direito de família, 12ª ed. Atlas- São Paulo, 2012.