

**CURSO DE DIREITO**

Júlia Germano Colissi

**RESPONSABILIDADE CIVIL E RELAÇÕES FAMILIARES: DEVER DE INDENIZAR  
DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO PATERNO-FILIAL**

Capão da Canoa  
2018

Júlia Germano Colissi

**RESPONSABILIDADE CIVIL E RELAÇÕES FAMILIARES: DEVER DE INDENIZAR  
DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO PATERNO-FILIAL**

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Direito, da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Campus Capão da Canoa, para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Ms. Elis Cristina Uhry Lauxen

Capão da Canoa  
2018

*Dedico este trabalho aos meus pais Francisco  
(In memoriam) e Simone.*

## AGRADECIMENTOS

Aos meus pais Francisco e Simone, minha eterna gratidão.

À minha família, agradeço a cada um de vocês pelo amor, pelos conselhos, pela educação a que me foi atribuída, pelo incentivo aos estudos, por despertarem em mim o amor pela leitura e pelos livros desde pequena e por estarem presentes em todos os momentos da minha vida. Devo tudo a vocês.

Ao meu namorado, obrigada por sempre me apoiar nos estudos, por me motivar, me dar apoio, e ser meu parceiro e companheiro de vida.

Às minhas grandes amigas, Ana Vitória Marques, Larissa Reis, Luísi Monteiro, Maria Julia Kilpp e Maria Theresa Scheffer, não poderia deixar de agradecer a vocês pela amizade, parceria, companheirismo, empatia, apoio, motivação e por estarem sempre comigo, vocês são parte de quem eu sou.

À professora orientadora Elis Cristina Lauxen, agradeço pelas orientações, pelos ensinamentos e pela paciência.

Agradeço a todos os meus professores, em especial Aline Cella, Ana Helena Karnas Hoefel, Diego Romero, Diego Silveira e Karina Meneghetti, vocês são incríveis.

Às pessoas com quem tive oportunidade de trabalhar e adquirir muito do conhecimento que me foi fundamental nesta etapa, Aline Botton e Barbara Brum.

## RESUMO

O presente projeto de pesquisa possui como intuito a abordagem da responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo paterno-filial. A questão dispõe de grande relevância jurídica e social, porquanto nasce dentro do núcleo familiar e envolve não somente o abandono afetivo, mas a falta de convivência e de amparo do genitor no desenvolvimento moral e psicológico do(s) filho(s). No contexto atual, a afetividade tornou-se requisito primordial para a configuração das novas famílias, não existindo modelo sólido para determinação do que constitui ou não entidade familiar. Diante deste contexto, o presente trabalho buscou promover reflexões acerca do instituto do dano moral decorrente do abandono afetivo paterno-filial. Para tanto, o problema que norteou a presente pesquisa foi assim delineado: há dever de indenização por danos morais em razão do abandono afetivo paterno-filial? Para se chegar a tal resposta, foi apresentada a genealogia das famílias e a evolução para o afeto como princípio, foi analisado o instituto da responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família e ainda, o cerne da questão acerca da possibilidade ou não de arbitramento de danos morais por abandono afetivo. Buscando atender a estes objetivos a metodologia foi constituída pelo método de abordagem dedutivo, propiciando o alcance de determinadas conclusões a partir da análise de requisitos legais e das doutrinas vigentes. Ainda, foi utilizado o emprego do método histórico-comparativo, por meio do qual foram analisados os fatos, e o método da hermenêutica jurídica, segundo o qual os diplomas jurídicos, os fenômenos, a doutrina e jurisprudência foram interpretados com intuito de se chegar a uma melhor compreensão sobre o tema estudado, através do qual se chegou ao resultado de que é cabível a indenização por danos morais decorrente do abandono afetivo.

**Palavras-Chave:** Abandono Afetivo. Dano Moral. Responsabilidade Civil.

## ABSTRACT

This research project aims to address the civil liability arising from parental-filial affection abandonment. The issue has great juridical and social relevance, since it is born within the family nucleus and involves not only affective abandonment, but the lack of coexistence and protection of the parent in the moral and psychological development of the child (ren). In the current context, affectivity has become a primordial requirement for the configuration of the new families, and there is no solid model to determine what constitutes a family entity or not. In view of this context, the present work seeks to promote reflections about the institute of moral damage resulting from the abandonment of paternal-filial affection. Therefore, the problem that guides the present research is thus outlined: is there a duty to indemnify for moral damages due to parental-filial affection abandonment? In order to find such a response, the genealogy of families and the evolution of affection as a principle will be presented, the institute of civil responsibility in the Family Law will be analyzed, and the question of the possibility of arbitration of moral damages due to affective abandonment. In order to meet these objectives, the methodology will be constituted by the method of deductive approach, propitiating the reach of certain conclusions from the analysis of legal requirements and current doctrines. In addition, the use of the historical-comparative method will be used, through which the facts will be analyzed, and the method of legal hermeneutics, according to which legal diplomas, phenomena, doctrine and jurisprudence will be interpreted in order to arrive at a better understanding of the subject studied, through which the result of the indemnification for moral damages due to affective abandonment is applicable.

**Keywords:** Affective abandonment. Moral damage. Civil responsibility.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>2</b>	<b>HISTÓRICO DA FAMÍLIA E PODER FAMILIAR.....</b>	<b>9</b>
2.1	Evolução Histórica da Família.....	9
2.2	A família em face do Direito Civil Brasileiro .....	13
2.3	Os novos paradigmas da família no Brasil .....	18
2.4	O poder familiar .....	22
2.4.1	Definição, características e atributos do poder familiar .....	22
2.4.2	A afetividade na sociedade familiar e o dever de cuidado dos pais perante os filhos.....	28
<b>3</b>	<b>FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL .....</b>	<b>30</b>
3.1	Definição e conceitos.....	30
3.2	Pressupostos formais da culpabilidade.....	31
3.3	Fundamentos do dano .....	34
3.4	Fundamentos do nexo causal .....	37
<b>4</b>	<b>A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO .....</b>	<b>41</b>
4.1	Princípios da responsabilidade civil no direito de família .....	41
4.2	Finalidade(s) da indenização por abandono afetivo.....	47
4.3	A posição dos tribunais brasileiros acerca da quantificação do dano moral.....	48
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>52</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>55</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O instituto chamado de família passou por diversas modificações e evoluções, sua evolução acompanhou as transformações sociais ocorridas ao longo do tempo. Na sociedade moderna, a afetividade tornou-se um requisito fundamental para a configuração das novas famílias, não existindo mais um modelo sólido para determinar o que constitui ou não a entidade familiar.

Desse modo, a partir do momento em que as relações familiares passaram a ser identificadas pelo vínculo de afetividade entre seus membros, o princípio da afetividade vem se destacando dentro da legislação brasileira, tornando-se um assunto fundamental e de interessantes discussões no âmbito do direito de família.

Por conseguinte, o presente trabalho busca promover reflexões acerca do instituto do dano moral decorrente do abandono afetivo paterno-filial, visando discutir aspectos a respeito da afetividade, do instituto do dano moral e da responsabilidade dos pais perante os filhos.

Considerando os aspectos acima mencionados com relação à responsabilidade dos pais com relação aos filhos, a reparação puramente moral nesta seara não encontra fundamento legal específico. Desse modo, surgem indagações acerca do (des)cabimento de indenização a título de dano moral nas relações familiares.

Tendo em vista que a legislação é incipiente neste aspecto, além de questões relacionadas às insuficiências e deficiências da incidência de dano moral no âmbito familiar, a presente pesquisa busca refletir acerca da possibilidade de arbitramento de reparação decorrente do abandono paterno-filial.

Deste modo, analisando os aspectos acima mencionados o problema que norteia a presente pesquisa é assim delineado: há dever de indenização por danos morais em razão do abandono afetivo paterno-filial?

Para resolução do problema será apresentada a genealogia das famílias, a evolução para o afeto como princípio, bem como o instituto da responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família, para que se possa perquirir acerca do dever de indenizar por abandono afetivo e a (im)possibilidade de arbitramento de danos morais.

A fim de alcançar os objetivos traçados neste trabalho, utiliza-se o método dedutivo, propiciando o alcance de determinadas conclusões a partir da análise de requisitos legais e de doutrinas vigentes.



Neste mesmo sentido, abordou-se o emprego do método histórico-comparativo através do qual foram analisados os fatos, e do método da hermenêutica jurídica, momento em que diplomas jurídicos e fenômenos foram interpretados, bem como, o entendimento da doutrina e da jurisprudência, chegando a uma melhor compreensão sobre o tema estudado.

Posto isto, o primeiro capítulo aborda o histórico da família e o poder familiar, momento em que é apresentada a evolução histórica da família, desde a sua concepção até o modelo de família constituído pelo Código Civil Brasileiro de 2002. Ainda, neste mesmo capítulo serão apresentados os novos paradigmas da família no nosso país, bem como, serão abordadas as características, definições e atributos do poder familiar, partindo para a afetividade na sociedade familiar e o dever de cuidado dos pais perante os filhos.

O segundo capítulo do presente trabalho trata sobre os fundamentos da responsabilidade civil onde serão abordadas suas definições e conceitos, adentrando nos pressupostos formais de culpabilidade, na omissão do dever de cuidado e nos fundamentos do dano e do nexos de causalidade.

Por fim, o terceiro e último capítulo perquire em torno do problema da presente pesquisa, tratando sobre a possibilidade de indenização por abandono afetivo e os princípios da responsabilidade civil no direito de família, bem como, o descumprimento do dever de cuidado e afeto e as suas consequências do abandono no âmbito da responsabilidade civil, a(s) finalidade(s) da indenização por abandono afetivo e a posição dos tribunais brasileiros a respeito da quantificação do dano moral.

## **2 HISTÓRICO DA FAMÍLIA E PODER FAMILIAR**

O presente capítulo irá abordar a evolução histórica da família, desde a sua concepção até o modelo de família constituído pelo Código Civil Brasileiro de 2002. A relevância deste estudo demonstrará sua evolução no tempo, em razão das transformações sociais existentes até os dias de hoje. No primeiro momento, serão abordados o modelo romano de família e o modelo de família da idade média, com o intuito de compreendermos melhor sua evolução histórico-cultural.

No segundo momento, será analisada a família em face do Direito Civil Brasileiro, com as evoluções do Código Civil de 1916 ao Código Civil de 2002, sem esquecermos a Constitucionalização do Direito de Família trazido pela Constituição Federal de 1988.

### **2.1 Evolução Histórica da Família**

Ao tratar do instituto da família, é imprescindível inicialmente conhecer sua origem e evolução no tempo em razão de suas inúmeras transformações sociais.

Para Maria Berenice Dias: “a família é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito.” (2010, p. 27) Ainda, a família é considerada uma técnica de proteção social que se mantém até hoje (DIAS, 2010, p. 67).

No estudo das origens familiares, para que se tenha melhor compreensão sobre o tema, é de grande importância à busca por dados históricos e suas repercussões ao longo do tempo, de modo a impossibilitar um projeto de pesquisa restrito.

Com o passar dos tempos à realidade do Direito de Família é modificada, acarretando em mudanças nas instituições familiares e em seu modelo político-social, as quais representaram uma composição de determinada cultura a fim de reger os modos de convivência de determinados ambientes sociais.

Como ensina Maria Berenice Dias, a família é tanto uma estrutura pública como uma relação privada, tendo em vista que identifica o indivíduo como integrante do vínculo familiar e ao mesmo tempo como participante da sociedade e de seu contexto social. (DIAS, 2010, p. 29)

Entretanto, tendo em vista a origem da família surgir anteriormente ao Direito de Família, se faz necessária a apresentação de algumas considerações sobre as suas informações históricas mais relevantes.

Para Silvio de Salvo Venosa, não existiu, nenhuma legislação antiga tão conhecida como a Romana. Os monumentos legislativos e doutrinários que chegaram até nós permitem um acompanhamento das variações do Direito Romano, de suas origens até a época moderna e, raramente, tais variações deixam de afetar o direito que ora aplicamos. (2013, p. 30)

Na Roma antiga era através do casamento que se constituía uma família legítima, aquela formada pelo pai, pela esposa e pelos filhos. As demais formas de conjunto familiar não eram consideradas como famílias e muitas vezes ficavam expostas a discriminações pela sociedade. A hierarquia entre seus membros era a principal caracterização da família matrimonial, que também possuía como características a patrimonialidade e indissolubilidade, (VALADARES, 2005, p.1) ou seja, todos os membros de uma família estariam submetidos ao poder do pater-famílias, o chefe-familiar, pai e marido, o mesmo detinha toda e qualquer decisão que dissesse respeito a seus subordinados.

Mas o que unia os membros da família antiga não era o nascimento nem mesmo o sentimento, e sim a religião dos antepassados e do fogo sagrado. Acreditava-se que esta religião fazia com que a família formasse um só corpo, nesta e em outras vidas. A família antiga era mais uma associação religiosa do que uma associação natural. (COULANGES, 2006, p. 35)

Os interesses do pai eram antepostos aos das outras unidades da família, o que nos revela uma instituição cuja organização se dava pelo princípio da autoridade. Ainda, o chefe de família tinha direito absoluto e ilimitado sobre os filhos, o que abarcava o direito de abandoná-los, vendê-los, castigá-los fisicamente e até de matá-los. Também era absoluta a submissão da mulher à autoridade do marido.

Quando o modelo Romano de família deixa para trás o matriarcado, vem a se tornar uma unidade política, religiosa e até jurídica, transformando-se, no decorrer da Idade Média, em uma versão adaptada no Código Civil francês, o que vem a repercutir no Código Civil Brasileiro de 1916 e de 2002. Torna-se perceptível, mesmo diante da breve análise, o predomínio do Direito Romano no instituto da família.

O Direito Privado já existia anteriormente a família, deste modo, no momento em que a cidade começou a criar suas leis este direito já estava enraizado nos costumes, assim, podemos considerar que o direito antigo surge da própria família, e não de legisladores que o criaram.

A religião doméstica era tida como a única coisa superior ao poder do pai, o culto doméstico era repousado na figura do pai e este tinha o dever de repassá-lo para as próximas gerações. Quanto à religião da esposa, esta não era determinada a partir de seu nascimento, a mulher só teria religião ao se casar e era considerada inferior ao homem, como se fosse apenas parte integrante de seu marido.

Quanto aos filhos, a natureza lhes conferia uma maioridade que a religião nunca lhes atribuía.

A natureza dá ao filho uma maioridade, que a religião não lhe concede. De acordo com antigos princípios, o lar é indivisível, e a propriedade é como ele; os irmãos não se separam pela morte do pai; com muito mais razão não se podem separar dele durante a vida. No rigor do direito primitivo, os filhos continuam unidos ao lar paterno, e, por consequência, [Sic] submetidos à sua autoridade; enquanto ele viver, são considerados menores. Compreende-se que essa regra não pôde durar senão enquanto a velha religião doméstica estava em pleno vigor. Essa sujeição sem-fim do filho ao pai, desaparece e bem cedo em Atenas. Em Roma, a velha regra foi escrupulosamente conservada; o filho jamais pôde manter um lar particular durante a vida do pai; mesmo casado, mesmo tendo filhos, ficava sob a tutela. Além disso, com o poder paternal dava-se o mesmo que com o poder marital: tinha por princípio e por condição o culto doméstico. O filho nascido do concubinato não estava colocado sob a autoridade do pai. Entre o pai e ele não existia comunidade religiosa; não havia, portanto, nada que conferisse a um autoridade, e que ordenasse a outro obediência. A paternidade por si só não era suficiente para conferir direitos ao pai. Graças à religião doméstica, a família era um pequeno corpo organizado, uma pequena sociedade, que tinha seu chefe e seu governo. Nada, em nossa sociedade moderna, pode dar-nos idéia [Sic] desse poder paternal. (COULANGES, 2006, p.75-76)

As leis gregas e romanas conferiram ao chefe da família o poder paternal, o qual a religião o conferira desde o princípio. Ainda, a lei conferiu ao pai de família três direitos, são eles: o de ser chefe religioso, senhor da propriedade ou juiz.

Em razão de seus encargos, o pai possuía certos direitos como o de reconhecer a criança no ato do nascimento ou de rejeitá-la, o Direito de repudiar a mulher nos casos de esterilidade, por acreditarem que a família não deveria se extinguir; quer em caso de adultério, porque a família e a descendência deveriam ficar livres de quaisquer alterações. Também, o direito de “casar a filha”, isto é, de ceder a outro homem o poder que possuía sobre ela e por último, o direito de emancipação, excluir um filho da família e do culto. (COULANGES, 2006, p.77-78)

Percebe-se que todos os direitos eram atribuídos somente ao pai, com exclusão dos outros membros da família. A mulher não possuía o direito de se divorciar, mesmo quando viúva, não poderia se emancipar nem mesmo adotar. Jamais poderia ser tutora, mesmo de seus filhos. Em caso de divórcio, os filhos ficavam com o pai, assim como as filhas, sendo que a mulher jamais detinha os filhos sob seu poder. (COULANGES, 2006, p. 78)

Quanto aos bens, estes pertenciam aos antepassados e aos descendentes, e a propriedade era inteiramente do pai, de modo que nem a esposa ou os filhos possuíam algo seu. Inclusive, o dote da mulher e todos os bens adquiridos durante o casamento seriam do marido, caso ficasse viúva nem mesmo teria o direito de readquirir o dote. Os filhos também não possuíam nada e nada poderiam adquirir, os resultados de seu trabalho, de seu comércio ou eventual testamento em seu favor seriam do pai. Por este motivo, era vedado o contrato de compra e venda entre pai e filho, pois se o pai vendesse ao filho estaria automaticamente vendendo para si mesmo. Como já dito, o pai poderia vender o filho pelo simples fato de este possuir braços e pernas que poderiam ser utilizadas para o labor, isso ocorria tanto nas leis Romanas como nas leis Atenenses. Ainda, o genitor poderia vender os filhos três vezes e nas duas primeiras poderia estipular no contrato l*he* que o filho fosse revendido, somente após a terceira venda o filho ficaria liberto do poder do pai. (COULANGES, 2006, p.78-79)

A mulher e o filho também não possuíam o direito de responder juridicamente pelos seus atos, não podendo atuar como defensores, demandantes, acusadores, acusados ou testemunhas, apenas o pai de família poderia se apresentar perante o tribunal da cidade, sendo que a justiça pública só existiria para ele e o mesmo sempre era responsável pelos delitos cometidos por membros de sua família. O local onde a justiça repousava para a mulher e para os filhos não era na cidade, mas no lar, onde o juiz era o chefe da família, decidindo como um tribunal em razão de sua autoridade, com base nas divindades domésticas. (COULANGES, 2006, p. 80)

Incontestavelmente, o direito de justiça exercido pelo pai não admitia apelação e poderia até mesmo condenar à morte. O direito do pai de condenar os membros da família à morte não era absoluto, este só existia em decorrência do direito de justiça existente à época.

Foi assim por muito tempo, a família antiga. As crenças que reinavam nos espíritos bastaram, sem que houvesse necessidade do direito da força ou da autoridade de um poder social, para constituí-la regularmente, para dar-lhe disciplina, governo, justiça, e para fixar em todos esses detalhes o direito privado. (COULANGES, 2006, p.81)

A partir do século IV, é instaurada pelo Imperador Constantino no direito romano a concepção cristã de família, na qual predominam as preocupações de ordem moral. Aos poucos a família romana foi evoluindo no sentido de se restringir progressivamente a autoridade do pater, dando maior autonomia à mulher e aos filhos, passando estes a administrar os patrimônios. (GONÇALVES, 2012, p. 32)

Durante a Idade Média as relações familiares foram reguladas exclusivamente pelo Direito Canônico, onde apenas o casamento religioso era reconhecido.

Com o passar do tempo, embora as normas Romanas continuassem a exercer muita influência no tocante ao pátrio poder e às relações patrimoniais entre os cônjuges, se observava também a crescente importância de diversas regras de origem germânica. (GONÇALVES, 2012, p. 32)

## **2.2 A família em face do Direito Civil Brasileiro**

Atualmente, o direito de família está mais atento e próximo à realidade brasileira, o que se deu há pouco tempo devido a relevantes modificações culturais, sociais e históricas ocorridas no Brasil.

Mesmo assim, o conceito e as normas de família absorveram muitos elementos provenientes das famílias romana, canônica e germânica.

O Código Civil de 1916 e as leis posteriores a este regulavam a família constituída unicamente pelo casamento, com seu modelo patriarcal e hierarquizado, de modo que o aspecto contemporâneo pelo qual é identificada tem apontado novos elementos que constituem as relações familiares, se destacando os vínculos afetivos que orientam a sua formação. (GONÇALVES, 2012, p. 33) Neste sentido, a família socioafetiva vem sendo adotada em nossa doutrina e jurisprudência.

O modelo de família atual, conhecido como nuclear, surge com a industrialização e urbanização das cidades. Após isso, novos valores como a afetividade na sociedade conjugal surgem no Direito de Família, seja ela voltada ou não ao matrimônio.

Para Rolf Madaleno, essa igualdade não se aplica somente aos cônjuges, tendo em vista que não é preciso ser civilmente casado para merecer tratamento

igualitário nas relações pessoais, sobretudo, é uma isonomia baseada no fundamento supremo do Estado Democrático de Direito da Carta da República brasileira de defesa da dignidade humana, traduzida pela solidariedade econômica dos cônjuges, que passam a contribuir com o seu trabalho no atendimento as necessidades de seu grupo familiar, bem como outras diretrizes também proclamadas pelo entusiasmo da progressão isonômica, mas contestadas no mundo axiológico pelos contrafactores de evidências que apontam ainda a existência de uma distancia insondável de desejada igualdade. (2000, p. 23)

A Carta Magna de 1988 foi responsável pelo acontecimento da constitucionalização do Direito de Família, que anteriormente era baseado apenas no Código Civil, transformando os princípios constitucionais vinculantes em regras básicas deste ramo do Direito e projetando seus valores morais no Código Civil de 2002, código este que ainda é construído diante das relações sociais do país na atualidade.

Segundo Dias: o Código Civil tramitou pelo Congresso Nacional antes de ser promulgada a Constituição Federal de 1988, que introduziu diversas ordens de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana. Em descompasso com o novo sistema jurídico, o projeto necessitou passar por várias modificações para se adequar as novas diretrizes ditadas pela Constituição. (2010, p. 31)

Nos dias de hoje, as fontes formais das regras e princípios do Direito Privado se encontram na Constituição, que possui aplicação imediata nas relações familiares e na legislação infraconstitucional.

Importante lembrar que dentre os dispositivos do Código Civil de 2002 foram consagradas algumas normas constitucionais, como o princípio da igualdade. No entanto, sob a perspectiva de atendimento à realidade fática, não foi de grande sentido o progresso do novo diploma.

A insuficiência do atual Código Civil é suprida pelos princípios, inclusive, alguns princípios como o princípio da igualdade, da neutralidade e da não discriminação estão acima das fontes formais.

Ainda, dentre os mais relevantes princípios do novo direito de família estão o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, como decorrência do disposto no art. 1º, III, da Constituição Federal; o princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros no que tange aos seus direitos e deveres, estabelecidos no art. 226, § 5º, da Carta Magna; princípio da igualdade jurídica de todos os filhos,

consubstanciado no art. 227, § 6º, da Constituição Federal; princípio da paternidade responsável e planejamento familiar, disposto no art. 226, § 7º, da Carta Magna; o princípio da comunhão plena de vida baseada na afeição entre os cônjuges ou conviventes, como prevê o art. 1.511 do Código Civil, seja pelo casamento, seja pela união estável, sem qualquer imposição ou restrição de pessoa jurídica de direito público ou privado, como dispõe o supramencionado art. 1.513 do Código Civil. Tal princípio abrange também a livre decisão do casal no planejamento familiar previsto no art. 1.565 do Código Civil. (GONÇALVES, 2012, p. 24-27)

Os princípios citados surgiram a partir das revoluções sucedidas no contexto familiar brasileiro com o advento da Constituição de 1988.

A família identifica-se pela comunhão de vida, de amor, e de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca. No momento em que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização, em que as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo, e o traço fundamental é a lealdade, não mais existem razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais que justifiquem a excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas. (DIAS, 2010, p. 27)

A família pós-moderna, em seu ponto de vista jurídico e sociológico, está fundada no afeto, na ética e na solidariedade recíproca entre seus integrantes, com o intuito de resguardar a dignidade de cada um deles. Os novos valores que sobressaem da sociedade contemporânea representam uma ruptura definitiva do que se entendia tradicionalmente por família. A organização da sociedade moderna necessita de um modelo de família igualitário, democrático e descentralizado, sendo sua principal finalidade a solidariedade social e o fornecimento da base necessária na busca do aperfeiçoamento e desenvolvimento do ser humano.

O entendimento de Dias quando a percepção de família no Código Civil é o seguinte:

Não se pode dizer que é um novo código – é um código antigo com um novo texto. Tenta, sem muito sucesso, afeição-se às profundas alterações por que passou a família no século XX. Talvez o grande ganho tenha sido excluir expressões e conceitos que causavam grande mal-estar e não podiam conviver com a nova estrutura jurídica e a moderna conformação da sociedade. Foram sepultados todos os dispositivos que já eram letra morta e que retratavam ranços e preconceitos discriminatórios. Assim as referências desiguais entre o homem e a mulher, as adjetivações da filiação, o regime dotal etc. (2010, p. 32)



As mudanças ocorridas da família como unidade econômica até a família igualitária promoveram o desenvolvimento da personalidade de seus membros, reafirmando um novo formato onde o fundamento é o afeto. Seu novo modelo dá espaço para que as pessoas se acrescentem e se completem. Abandonando assim, a visão institucionalizada pela qual a família passou, para ser compreendida como base para o desenvolvimento da personalidade humana.

Segundo Valadares, o afeto passou a ser valor fundamental e integrador de qualquer núcleo familiar, deixando de serem consideradas apenas as relações advindas do casamento e do parentesco consanguíneo como merecedoras de cuidado jurídico. (2005, p. 5)

Portanto, a família torna-se um instrumento de ascensão da pessoa humana e não mais uma finalidade a ser alcançada.

Na atualidade, a visão idealizada de família não é cabível tendo em vista que seu conceito mudou. A sociedade atual concede a todas as pessoas o direito de buscar pela própria felicidade, independentemente dos vínculos afetivos que estabeleçam. A ideia de eternidade no casamento é ilusória. A separação, apesar de ser um trauma familiar doloroso, é um remédio útil e muitas vezes necessário, podendo representar a única possibilidade para uma pessoa ser feliz. (DIAS, 2010, p. 33)

Uma vez que a sociedade aceitava apenas a família constituída pelo casamento, a lei regulava somente o matrimônio, as relações de filiação e o parentesco. O reconhecimento social dos vínculos afetivos formados com o selo da formalidade fez as relações extramatrimoniais ingressarem no mundo jurídico através da jurisprudência, o que levou a Constituição a englobar no conceito de entidade familiar o que chamamos de união estável. O legislador se viu na necessidade de regulamentar esse instituto e integra-lo no livro do direito de Família. No entanto, o Código Civil esqueceu-se de disciplinar as famílias monoparentais, reconhecidas pela Constituição como entidades familiares. Igualmente, nada trouxe sobre as uniões afetivas, que veem recebendo da jurisprudência reconhecimento no âmbito do direito de família. (DIAS, 2010, p. 34)

Tais fatores, ainda que não abarcados pelo Código Civil, são de extrema importância tendo em vista que a família é resultado de transformações sociais, motivo pelo qual a legislação deveria ser atualizada conforme as transformações sociais vão ocorrendo em nosso país.

Ainda sim, as renovações das relações familiares ocorreram na busca pelo atendimento aos interesses mais significativos das pessoas humanas, quais são: liberdade, autonomia privada, cidadania, solidariedade e igualdade. (DIAS, 2016, p. 47)

Com isso, torna-se fácil percebermos as mudanças da concepção de família no Direito Civil brasileiro. No Código Civil de 1916 a família era patriarcal, matrimonializada e hierarquizada. A família da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002 mostra-se democrática e igualitária, sendo ela biológica ou sócio-afetiva.

Desse modo, a mudança da concepção de família acarreta em novos modelos de família no Brasil, que repercutem no nosso ordenamento jurídico e jurisprudência com a intenção de atender à realidade atual de constante mutação nas relações familiares.

Tais mudanças ocorridas na concepção tradicional de família colidiram com o Código Clássico, acarretando uma desarmonia entre a realidade do país e a lei, motivo pelo qual a jurisprudência tornou-se peça fundamental para deixar de lado o modelo existente no código clássico. Assim, com o advento da Constituição Federal de 1988, foi introduzido ao ordenamento jurídico brasileiro a concepção de família que já era aceita e utilizada há muito tempo pela sociedade.

Podemos diferenciar a família atual da família dos tempos antigos pela quantidade de membros, antigamente elas eram compostas pelo marido, esposa, filhos, tios, primos. Atualmente, a família é formada basicamente por pais e filhos. O que explica o motivo desta mudança são fatores sociais, culturais e econômicos. Outro fator que contribui para a diminuição da família é o custo para criar um filho, o que ocasiona uma diminuição de filhos gerados por um casal. Assim, o modelo de família atual costuma estreitar e fortalecer os laços afetivos entre as pessoas que a compõe (pai, mãe e filhos).

Como já dito, a afetividade é um fator determinante da família contemporânea, buscando uma reciprocidade de sentimentos e de respeito entre seus membros. Por este motivo, a afetividade não pode ser criada pela lei, tendo em vista que simboliza os sentimentos naturais que derivam dos vínculos de convivência e de afeição entre as pessoas.

Neste mesmo sentido é o entendimento de Madaleno:

[...] Os laços de sangue não são suficientes para garantir a paternidade e a maternidade, que é muito mais um exercício diário no convívio, na cumplicidade, no estabelecimento de regras e limites, no companheirismo e no amor. É assim que se estabelecem os mais sólidos e profundos vínculos, invisíveis aos olhos da genética. Em outras palavras, paternidade e maternidade são funções exercidas, voltadas à segurança, a proteção, ao acolhimento, podendo ser encontrada nas famílias, entre os entes queridos, com os quais nos relacionamos desde o início de nossa existência. (2015, p. 401)

Por fim, o exercício tanto da paternidade como da maternidade, e, por consequência, do estado de filiação, é um bem cuja ausência pode levar a sérias consequências psicológicas, diante das quais as leis e a Carta Magna deve amparo, inclusive, com possibilidade de imposição de sanções.

### **2.3 Os novos paradigmas da família no Brasil**

No Código Civil de 1916 a família era hierarquizada e patriarcal. A partir do momento em que as transformações sociais colidem com os modelos desse Código Clássico surge uma desarmonia entre a realidade e a lei, fazendo da jurisprudência um componente importante para a superação do sistema clássico do Código de 1916.

A Carta Magna de 1988 trouxe mudanças extremamente significativas para o Direito de Família, especialmente em relação à igualdade e a inocência da filiação. Todavia, a mesma apenas inseriu em nosso ordenamento jurídico a concepção de família que há muito tempo já era vivida e aceita pela sociedade brasileira.

Importante trazermos o entendimento de Gonçalves em relação à igualdade dos filhos:

Princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, consubstanciado no art. 227, § 6º, da Constituição Federal, que assim dispõe: “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 dispositivo em apreço estabelece absoluta igualdade entre todos os filhos, não admitindo mais a retrógrada distinção entre filiação legítima ou ilegítima, segundo os pais fossem casados ou não, e adotiva, que existia no Código Civil de 1916. Hoje, todos são apenas filhos, uns havidos fora do casamento, outros em sua constância, mas com iguais direitos e qualificações (CC, arts. 1.596 a 1.629). (2012, p. 26)

Uma característica que diferencia a família contemporânea da família dos tempos remotos é a nuclearidade. Antigamente, as famílias eram compostas pelo marido, esposa, filhos, genitores dos cônjuges, tios, primos, constituindo uma grande

família. Nos dias de hoje, a família brasileira é nuclear, ou seja, formada basicamente por pais e filhos. O motivo dessa mudança pode ser explicado por fatores culturais, sociais e econômicos. Uma família formada por grandes grupos não é viável, considerando que são altos os custos para criar um filho nos dias atuais, acarretando em uma diminuição até mesmo no número de filhos gerados por casal. A família nuclear proporciona estreitar e fortalecer os laços afetivos entre as pessoas que a compõe (pai, mãe e filhos).

Antes a família era extensa, formada não só pelos ascendentes e descendentes, mas também por outros parentes e agregados. A feição rural da sociedade exigia força de trabalho. Com a Revolução Industrial a família migrou para os grandes centros. Passou a residir em casas menores e tornou-se nuclear: os pais e seus descendentes. (DIAS, 2016, p. 1089)

A afetividade é um fundamento e traço determinante da família contemporânea que busca fortificar a reciprocidade de seus sentimentos e o respeito entre seus integrantes, sustentando o relacionamento familiar e protegendo-o de intromissões alheias e males externos. Sendo assim, a afetividade não é e não pode ser criada pela lei, porque se traduz em sentimentos naturais, os quais advêm dos vínculos entre as pessoas, da vivência, da afeição. “O afeto passou a ser valor fundante e integrador de qualquer núcleo familiar, deixando de ser consideradas apenas as relações advindas do casamento e do parentesco consanguíneo como merecedoras de cuidado jurídico.” (VALADARES, 2005, p. 5)

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

Assim como no direito Romano, o direito brasileiro tinha o marido como chefe e cabeça da sociedade conjugal, apenas a ele era concedido o poder familiar pelo Código Civil brasileiro de 1916. A organização da família só poderia ser exercida pela mulher na falta ou impedimento do pai.

Segundo Dias: “Tão perversa era a discriminação que, vindo a viúva a casar novamente, perdia o pátrio poder com relação aos filhos, independentemente da idade dos mesmos. Só quando enviuvava novamente é que recuperava o pátrio poder.” (DIAS, 2016, p. 755)

Embora o Estatuto da Mulher Casada conferisse ao pai e à mãe o pátrio poder, o exercício era efetivamente realizado pelo homem, contando apenas com a colaboração da mulher. A vontade do pai prevalecia em momentos de divergência, no entanto remanesceu para a mulher a opção de buscar o Judiciário.

O Estatuto da Mulher Casada (L 4.121/62), ao alterar o Código Civil de 1916, assegurou o pátrio poder a ambos os pais, que era exercido pelo marido com a colaboração da mulher. No caso de divergência entre os genitores, prevalecia a vontade do pai, podendo a mãe socorrer-se da justiça. (DIAS, 2016, p. 755)

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

No modelo clássico, família e casamento estavam direta e absolutamente conectados, mas o atual regramento jurídico da família não impõe tal limitação e confere aos particulares maiores liberdades na forma de constituição familiar, que podem ou não ser matrimonializada.

Como exemplo da evolução constante no que se entende por família, destaca-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça que admitiu o casamento entre pessoas do mesmo sexo sob fundamento de que não se pode admitir que a orientação sexual sirva de pretexto para exclusão de famílias da proteção jurídica representada pelo casamento.<sup>1</sup>

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

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

---

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

Atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro, além do tratamento igualitário e não discriminatório quanto aos filhos tidos dentro ou fora do casamento, também são reconhecidas às famílias com raízes que não são biológicas, mas exclusivamente socioafetivas, ou seja, reconheceram-se vínculos de filiação originados de laços de afeto, manifestados na intimidade da família, bem como exteriorizados perante a sociedade.

A supremacia do princípio da igualdade alcança também os vínculos de filiação, ao proibir qualquer designação discriminatória com relação aos filhos havidos ou não da relação de casamento ou por adoção (CF 227 § 6.º). Em boa hora o constituinte acabou com a abominável hipocrisia que rotulava a prole pela condição dos pais. (DIAS, 2016, p. 52)

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

A Constituição Federal de 1988 reformula esse entendimento e foca a atenção nas relações pessoais e na afetividade familiar, momento em que o patrimônio passa a ter caráter secundário em relação aos aspectos pessoais e afetivos, os quais possuem verdadeira importância.

Sendo assim, entre os novos paradigmas mais emblemáticos encontramos a pluralidade das entidades familiares, a igualdade entre homens e mulheres, a possibilidade da mudança de nome pelo homem e pela mulher no casamento, a igualdade entre os filhos, o planejamento familiar, paternidade responsável, facilitação da dissolução do casamento, as famílias monoparentais. (DIAS, 2016, p. 46) E ainda, a proteção constitucional das famílias homoafetivas, a função social da família, as famílias reconstituídas, a confiança nas relações familiares pessoais, o afeto como valor jurídico tutelável, a responsabilidade civil no Direito de Família, entre outras.

Por fim, a realidade social e jurídica da atualidade trouxe novos paradigmas exigindo que a família e todas as problemáticas que estiverem envolvidas sejam pensadas a partir do afeto, da ética, da solidariedade, da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que esses constituem seus elementos estruturais.

## **2.4 O poder familiar**

O presente subcapítulo irá tratar acerca da definição, características e atributos do poder familiar, bem como, da afetividade na sociedade familiar e o dever de cuidado dos pais perante os filhos.

### **2.4.1 Definição, características e atributos do poder familiar**

O instituto chamado de família passou por diversas alterações jurídicas no Direito Civil. Isso acontece tendo em vista que a família brasileira foi formada dentro da concepção romana de família, a qual não preservava as relações afetivas como na época atual, e sim relações voltadas para o lado religioso e patrimonial, sem esquecermos-nos do poder paterno e matrimonial, onde nem os casamentos tinham um significado afetivo como atualmente.

As normas da família sofreram drásticas transformações no decorrer do tempo. Tais transformações são notáveis, por exemplo, na diferença de paradigmas existentes entre os princípios morais do Código Civil de 1916 e a vigente Constituição.

Não obstante, a Constituição Federal de 1988 apenas introduziu em nosso ordenamento jurídico uma ideia de família que já era aceita e vivida pela sociedade brasileira há muito tempo.

A nuclearidade do grupo familiar é uma característica que diferencia a família contemporânea da família dos tempos remotos, atualmente, a família brasileira é formada basicamente por pais e filhos. Antigamente, as famílias eram extensas, compostas pelo marido, esposa, filhos, avós, tios, primos.

A modificação paradigmática desses padrões resultou na despatrimonialização e na repersonalização das famílias. O Código Civil de 1916 estabelecia a propriedade e os interesses patrimoniais como forma de orientar os direitos privados, entre estes, o direito de família.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 esse entendimento é reestruturado, momento em que as relações pessoais e a afetividade familiar passam a ter mais valor, visto que, o patrimônio passa a ter uma posição inferior em relação aos aspectos pessoais e afetivos, esses sim com grande importância.

Segundo Madaleno, os magistrados estão atentados para a nossa realidade onde vivemos uma família matrizada na afetividade, que busca o seu espaço social,

político e jurídico como legítimos instrumentos para a sua plena realização e satisfação pessoal. Esse fenômeno trata-se de uma repersonalização das relações familiares, tendo como base a valorização da pessoa, e não de seu patrimônio. (2000, p. 19)

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

Fixou, também, o dever dos membros da família de resguardar e respeitar os direitos da criança, do adolescente e do idoso.

Além do mais, a igualdade nas famílias ou igualdade na sociedade conjugal também foi uma mudança fundamental trazida pela Constituição de 1988. O reconhecimento da igualdade entre cônjuges acarretou diversas consequências. A mais importante para o presente trabalho é a que atingiu diretamente o instituto do poder familiar.

Até mesmo quanto a terminologia utilizada, surge a expressão “poder familiar” para substituir o que antes era chamado de pátrio poder.

A origem do pátrio poder surge do direito romano, que estabelecia o chefe da família como o detentor do *pater potestas*, termo que corresponde ao direito absoluto e ilimitado conferido ao chefe da organização familiar sobre os filhos, abarcando o poder de vendê-los, abandoná-los, inclusive de matá-los.

A conotação machista na palavra pátrio poder é evidente tendo em vista que menciona apenas o poder do pai com relação aos filhos. Como se trata de um termo que guarda resquícios de uma sociedade patriarcal, o movimento feminista reagiu e foi imposta a mudança. As modificações por que passou a família repercutiram no conteúdo do poder familiar. Quanto maiores foram as desigualdades, a hierarquização e a supressão de direitos entre os membros da família, maior foi o pátrio poder e o poder marital. (DIAS, 2016, p. 754)

Nos dias de hoje, a igualdade entre homens e mulheres é garantida pela Constituição Federal, de modo que seus direitos e deveres são iguais na sociedade conjugal, em consequência disso, cabe a ambos os genitores exercício do poder familiar sem diferenciações.<sup>2</sup>

---

2 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à



A revolução sucedida no âmbito do Direito de Família com o advento da Constituição de 1988 retira de sua gênese o seu caráter autoritário, quando elimina as relações de subordinação até então existentes entre os integrantes do grupo familiar. Melhor, o Direito de Família constitucionalizado em 1988 impõe aos cidadãos um modelo único de moral familiar, por mais paradoxal que pareça ao atual sistema plural de formação do núcleo familiar.

O Estatuto da Criança e do Adolescente não fugiu à orientação constitucional e atendeu à evolução das relações familiares, reformulando o instituto do poder familiar, que deixou de significar dominação e passou a ser símbolo de proteção para os filhos, tornando os pais titulares de mais deveres e obrigações do que de direitos.<sup>3</sup>

Mesmo que retirada a conotação estigma machista introduzida pela palavra “pátrio”, a palavra “poder” não representa de forma correta a relação que a legislação deseja estabelecer entre pais e filhos, uma vez mantida a ênfase na palavra poder, somente deslocando-o do pai para a família.

Peceu mais o legislador em retirar o estigma da palavra "pátrio" do que incluir o seu real conteúdo, que, antes de um poder, representa a obrigação dos pais, e não da família, como o nome sugere. O poder familiar, sendo menos um poder e mais um dever, converteu-se em um encargo, quando talvez se devesse falar em função ou em dever parental. (DIAS, 2016, p. 755)

Uma expressão mais adequada sugerida pela doutrina é autoridade parental. Tal expressão reflete a profunda mudança que resultou da consagração constitucional do princípio da proteção integral de crianças, adolescentes e jovens, consubstanciado no Art. 227 da Constituição Federal. Verifique-se:

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

---

igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

<sup>3</sup> Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.

A garantia da proteção dos direitos das crianças e adolescentes é um dever previsto na Constituição que é imposto não só a família, mas à sociedade e ao Estado também. Caso a família e a sociedade não cumpram com seus deveres, os mesmos recaem sobre o Estado. Ainda, tendo em vista que os direitos do infante, devido às suas condições de desenvolvimento, são prioritários, fundamentais e indisponíveis, todas as oportunidades devem ser asseguradas a crianças e adolescentes, capacitando seu desenvolvimento físico, mental, social, moral com liberdade e dignidade, fundando-se no princípio do melhor interesse da criança, para que alcance a maioridade de forma justa, usufruindo completamente de seus direitos com a finalidade de se tornarem adultos dignos, respeitáveis e livres.

O artigo 1630 do Código Civil estabelece que os filhos de zero a dezoito anos estão subordinados ao poder familiar que é exercido pelos pais. Vale lembrar, a separação feita pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, considerando como criança quem tem 12 anos incompletos, enquanto adolescentes são os que têm entre 12 anos completos a 18 anos incompletos.

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

Quanto a primeira característica, a irrenunciabilidade, significa que não é possível renunciar a um filho e nem ao poder familiar, este, não pode ter seu fim determinado pela vontade de seus titulares, já que é desempenhado em favor dos filhos e sua renúncia lhe causaria danos.

O poder familiar sequer é transmissível ou transferível. Trata-se de obrigação personalíssima, que só pode ser cumprida pelos próprios obrigados, os genitores, não permitindo sua transferência a terceiros. No entanto, admite-se a delegação do seu exercício, que só será feita dando preferência à pessoa pertencente à família. Neste mesmo sentido, o poder familiar não é passível de alienação.

O poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. Decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva. As obrigações que dele fluem são personalíssimas. Como os pais não podem renunciar aos filhos, os encargos que derivam da paternidade também não podem ser transferidos ou alienados. Nula é a renúncia ao poder familiar, sendo possível somente delegar a terceiros o seu exercício, preferencialmente a um membro da família. É crime entregar filho a pessoa inidônea (CP 245). (DIAS, 2016, p. 757)

Quanto à imprescritibilidade, trata-se de característica do poder familiar que garante que este não será extinto mesmo quando não exercido pelos pais, que a qualquer momento, desde que investidos em suas funções, poderão retornar a exercê-lo. “Se ocorre a suspensão ou a extinção do poder familiar, mesmo assim não se extingue o poder familiar dos pais.” (DIAS, 2016, p. 761)

Sintetizando, o poder familiar sempre irá ter em um de seus polos qualquer filho menor de idade e não emancipado. A titularidade e o exercício do poder familiar são atribuídos aos pais em igualdade de condições.

Neste mesmo sentido é o entendimento de Dias:

Quando um casal com filhos rompe o vínculo de convívio, mesmo que a prole fique residindo com um dos pais, não se pode dizer que eles constituem uma família monoparental. Os encargos do poder familiar é inerente a ambos os pais, e o regime legal de convivência impõe a guarda compartilhada. (DIAS, 2016, p. 216)

O princípio do melhor interesse da criança sempre deve ser respeitado, tendo em vista que o poder familiar consiste em uma função ou dever de garantir ao(s) filho(s) os direitos que lhe são reconhecidos como pessoa em condição de desenvolvimento físico e mental.

Concomitantemente, é o instrumento que confere aos pais direitos para que possam cumprir com seu dever de assegurar e instrumentalizar os direitos fundamentais dos filhos.

A responsabilidade dos pais é objetiva (CC 933), o que lhes confere plena atuação aos princípios da paternidade responsável e do melhor interesse da criança e do adolescente, deixando clara a importância do papel que devem desempenhar no processo de educação e desenvolvimento da personalidade dos mesmos. (DIAS, 2016, p. 764)

Importante salientar que em concomitância a esse encargo existe o dever dos filhos de obediência às orientações e determinações paternas.

Quanto aos direitos e deveres decorrentes do poder familiar, estes são divididos entre os direitos e deveres relativos à pessoa dos filhos, conhecidos por pessoais, e os relacionados a seus bens, chamados de patrimoniais.

Os filhos precisam desta proteção para que eventualmente não venham a sofrer prejuízos em virtude da má gestão do seu patrimônio pelos seus responsáveis. Tais direitos e deveres de conteúdo patrimonial estão codificados pela

legislação no Título II, do Código Civil de 2002 no subtítulo “Do Usufruto e da Administração dos Bens de Filhos Menores”.

Já, os direitos e deveres referentes aos aspectos pessoais podem ser encontrados em dispositivos como o artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente; artigo 1634 do Código Civil; no artigo 229 da Constituição Federal, entre outros.

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

O Código Civil, em seu artigo 1634 também trás alguns desses deveres e adiciona outros, trazendo em rol exemplificativo nove hipóteses de competência dos pais quanto aos filhos menores considerando atributos do poder familiar.

Tais hipóteses são: dirigir a eles a criação e educação, exercer a guarda unilateral ou compartilhada, conceder ou negar consentimento para casar, conceder ou negar consentimento para viajarem ao exterior, conceder ou negar consentimento para mudarem sua residência permanente para outro município, nomear tutor, representá-los e assisti-los nos atos da vida civil, reclamá-los de quem ilegalmente os detenha, exigir obediência, respeito e serviços próprios da sua condição.<sup>4</sup>

Este artigo legal preconiza o comportamento exigido aos pais e a responsabilidade dos mesmos para com os seus filhos enquanto perdure a relação de menoridade ou dependência dos filhos perante os pais, também, objetiva auxiliar na formação e personalidade dos mesmos, respeitando ensinamentos morais e éticos ensinados pela ordem jurídica.

Dentre as características previstas no artigo 1634 do Código Civil se encontra a representação dos filhos pelos pais, o filho enquanto menor de idade, ficará sob a

---

<sup>4</sup> Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação; II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V- conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

representação do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram e não houver acordo, sob a de quem melhor atender seus interesses, já dos dezesseis até os dezoito anos os filhos serão considerados assistidos pelos genitores. A representação e a assistência permitem que a vontade da criança seja expressa através de seus pais.

A assistência e a representação são atributos do poder familiar que existem tanto em vista que os menores são proibidos a atuar no meio jurídico, bem como, serve para proteger os mesmos de praticarem certos atos prejudiciais a si ou até ao seu patrimônio devido à imaturidade.

Neste mesmo sentido, maiores de dezesseis e menores de dezoito anos precisam obter o consentimento dos pais para casar, o qual pode ser revogado até o momento da realização do casamento.

Importante salientar que o casamento de menor de dezesseis anos é nulo e ineficaz, mesmo quando realizado com o consentimento dos pais.

#### **2.4.2 A afetividade na sociedade familiar e o dever de cuidado dos pais perante os filhos**

Em conformidade ao direito de ter os filhos em companhia dos genitores, existe também o direito da criança e do adolescente à convivência familiar e à companhia de ambos os pais, previstos no artigo 227 da Constituição Federal.<sup>5</sup> A convivência do filho com os pais e com a família está introduzida no artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente.<sup>6</sup>

Importante salientar que a omissão de cuidado é um ato ilícito que não apenas infringe a norma constitucional, mas afronta diretamente o direito fundamental à convivência familiar previsto no artigo 227 da Carta Magna, na medida em que a própria Carta Constitucional, em seu artigo 229, assume que “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de

---

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

6 Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.” (MADALENO, 2015, p. 313)

Deste modo, a prioridade é que o desenvolvimento da criança se dê no lar, com os pais, no entanto, ele poderá se dar em família substituta, desde que assegurada à convivência com a família, demonstrando mais uma vez a sua importância.

O Código de Processo Civil determina a necessidade de ser acordado na separação consensual sobre a guarda e o regime de visitas. O regime de visitas foi conceituado pelo artigo 1121, § 2º do Código de Processo Civil como o instrumento através do qual os pais ajustarão a permanência em companhia dos filhos com o não guardião, englobando encontros periódicos, divisão das férias escolares e dias festivos.

### 3 FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O presente capítulo irá abordar acerca dos fundamentos da responsabilidade civil, suas definições e conceitos. Bem como, irá tratar sobre os pressupostos formais da culpabilidade e os fundamentos do dano e do nexo causal.

#### 3.1 Definição e conceitos

A responsabilidade civil é uma obrigação em que o sujeito ativo pode exigir o pagamento de uma indenização do passivo por ter sofrido prejuízo. Constitui um vínculo obrigacional em decorrência de um ato ilícito do devedor ou de um fato jurídico que o envolva. Ainda, é classificada como uma obrigação não negocial.

Para Madaleno:

Mais que um valor jurídico, a responsabilidade é um princípio jurídico fundamental e norteador das relações familiares e que traz uma nova concepção sobre os atos e fatos jurídicos que, inclusive, está atrelada à liberdade que, por sua vez, encontra sentido na ética da responsabilidade. (2015, p. 399)

A responsabilidade é a obrigação de apuração de um dano, seja em razão de uma culpa ou em de alguma outra circunstância legal que a justifique.

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

“Classifica-se como obrigação não negocial, porque sua constituição não deriva de negocio jurídico, isto é, de manifestação de vontade das partes (contrato) ou de uma delas (ato unilateral). Origina-se, ao contrário, de ato ilícito ou de fato jurídico. O motorista que desobedece as regras de transito e dá ensejo a acidente torna-se devedor da indenização pelos prejuízos causados: o ato ilícito (desobediência as regras de transito) gera sua responsabilidade civil. A seu turno, o empresário que fornece ao mercado produto ou serviço defeituoso deve indenizar os prejuízos derivados de acidente de consumo: o fato jurídico: (explorar atividade econômica de fornecimento de produtos ou serviços) origina. Aqui, a responsabilidade civil.” (COELHO, 2012, p. 266)

Aquele que violar um dever jurídico em sentido amplo, acarretando dano a outrem fica obrigado a reparar este prejuízo. Deste modo, quem pratica um ato ou incorre em omissão que resulte em dano, deve sujeitar-se às consequências do seu

proceder, o que corresponde a uma regra essencial de equilíbrio social, na qual se resume a questão da responsabilidade.

Esta regra se encontra positivada pelo artigo 186 do Código Civil, o qual dispõe que a pessoa que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outra pessoa, ainda que este seja exclusivamente moral, comete ato ilícito.<sup>7</sup>

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

De fato, o que se analisa normalmente em matéria de responsabilidade é a conduta do agente, qual seja, um encadeamento ou série de atos ou fatos, o que não impede que um único ato gerasse por si o dever de indenizar.

No vasto campo da responsabilidade civil, o que interessa saber é identificar aquela conduta que reflete na obrigação de indenizar. Nesse âmbito, uma pessoa é responsável quando suscetível de ser sancionada, independentemente de ter cometido pessoalmente um ato antijurídico. (VENOSA, 2014, p. 06)

Neste sentido, a responsabilidade pode ser direta ou indireta. Será direta quando diz respeito ao próprio causador do dano, e indireta quando se refere a terceiro, o qual estará ligado ao ofensor no ordenamento.

Antes de aprofundar os pressupostos formais da culpabilidade, importante salientar que em casos de aplicação da teoria responsabilidade objetiva, esta prescinde não apenas da culpabilidade, mas também da própria antijuridicidade. Nesses casos o dever de indenizar não exige a ocorrência de um ato ilícito, não tem por pressuposto um comportamento reprovado pelo ordenamento jurídico, ou seja, antijurídico.

### **3.2 Pressupostos formais da culpabilidade**

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

---

<sup>7</sup> Art. 186 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.



Para que ocorra a obrigação de indenizar não basta que o autor do fato danoso tenha se comportado de forma ilícita, ofendendo um direito subjetivo de outrem ou violando uma norma jurídica tuteladora de interesses particulares.

A obrigação de indenizar não irá existir apenas porque o agente se comportou objetivamente mal, é imprescindível que este tenha procedido com culpa (por ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência), pois o mesmo poderia ter agido de outra forma.

O entendimento de Gonçalves quanto ao assunto é o seguinte:

Agir com culpa significa atuar o agente em termos de, pessoalmente, merecer a censura ou reprovação do direito. E o agente só pode ser pessoalmente censurado, ou reprovado na sua conduta, quando, em face das circunstâncias concretas da situação, caiba a afirmação de que ele podia e devia ter agido de outro modo. (GONÇALVES, 2008, p. 296)

Neste mesmo sentido é o entendimento de Venosa: “A noção de culpa foi perdendo paulatinamente a compreensão decorrente do estado de ânimo do agente para ser entendida como um erro ou desvio de conduta. Há, portanto, na atualidade, forte conceito objetivo na própria noção de culpa.” (2014, p. 29)

Quando a atuação do agente causador do dano é deliberadamente buscada, voluntariamente alcançada, fica caracterizada a culpa *latu sensu* (dolo). Entretanto, quando o prejuízo da vítima advém de um comportamento negligente e imprudente do autor do dano, ocorre o que se denomina culpa em sentido estrito, *stricto sensu*.

Deste modo, o juízo de reprovação da culpa pode ter intensidade variável, correspondendo a uma divisão da culpa em dolo e negligência, abrangendo esta última a imprudência e a imperícia. Entretanto, a culpa em qualquer de suas modalidades implica uma violação ao dever de diligência, onde é violado o dever de prever determinados fatos ilícitos e tomar providências capazes de evitar tais atos.

O método para verificação da diligência exigível do agente, ou seja, para caracterizar a culpa, é a comparação de seu comportamento com o do homem ideal, homem padrão, aquele que prevê o mal e acaba precavendo e evitando o perigo.

Leciona Carlos Roberto Gonçalves que:

Alguns autores, para definir a culpa, inspiram-se numa concepção moral de culpabilidade. Consideram somente o aspecto subjetivo: se o agente podia prever e evitar o dano, se quisesse, agindo livremente. [...] Se, da comparação entre a conduta do agente causador do dano e o comportamento de um homem médio, fixado como padrão (que seria normal), resultar que o dano derivou de uma imprudência, imperícia ou

negligência do primeiro — nos quais não incorreria o homem-padrão, criado in abstracto pelo julgador — caracteriza-se a culpa. (2012, p. 33)

Para conseguir a satisfação do dano, a vítima normalmente tem que provar dolo ou culpa *stricto sensu* por parte do agente, segundo a teoria subjetiva adotada pelo Código Civil. Contudo, como tal prova se mostra difícil de ser conseguida, o direito positivo reconhece, em hipóteses específicas, alguns casos de responsabilidade sem culpa: a responsabilidade objetiva, tendo como base tanto a teoria do risco, como a hipótese do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, que dispõe acerca da responsabilidade decorrente do exercício de atividade perigosa, abrangendo também casos de culpa presumida.

Para Venosa “A responsabilidade objetiva não era desconhecida pelo legislador de 1916, contudo, pois o Decreto Legislativo nº 2.681 de 1912, portanto anterior ao Código, já consagrava essa modalidade de responsabilidade.” (2014, p. 28)

Importante, ainda, trazer breve análise acerca dos graus de culpa, que podem ser divididos entre grave, leve e levíssima.

Considera-se grave a culpa quando há uma negligência extremada; quando o agente não prevê o que todos preveem; quando omite os cuidados mais elementares ou descuida das diligências mais evidentes, como por exemplo nos casos de acidente automobilístico em que o motorista dirige embriagado e com excesso de velocidade desrespeitando o sinal vermelho em cruzamento. A culpa grave equipara-se ao dolo nos seus efeitos.

A culpa será leve quando a falta puder ser evitada com atenção. Já a culpa levíssima é a falta que seria evitável apenas com extremada cautela.

Importante salientar que o Código Civil não faz distinções entre dolo e culpa e nem entre os seus graus para fins de reparação de dano. Assim, mesmo que o agente tenha agido com culpa levíssima o mesmo terá a obrigação de indenizar a vítima. Tal obrigação será calculada apenas sobre a extensão do dano. Melhor dizendo, a indenização é medida pela extensão do dano e não sobre o grau de culpa. Com efeito, o valor fixado a título de indenização nunca pode superar o montante dos danos causados a vítima, e também não pode ser menor que estes.

Não obstante, em determinados casos de culpa extremamente leve essa máxima pode não ser justa, uma vez que seria mais justo a fixação de um valor menor que o montante do dano. São nestes casos que se verifica a existência de

uma enorme desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Para tanto, o Código Civil em seu artigo 944, parágrafo único, prevê que se acontecer excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, o magistrado poderá reduzir, da mesma maneira, a indenização.

A culpa possui outras classificações além daquela feita em razão de seus graus. Tais classificações são importantes para verificação de sua existência nas condutas humanas.

A culpa *in eligendo* é a que decorre da má escolha do representante ou preposto. *In vigilando* é a que resulta de ausência de fiscalização sobre pessoa que se encontra sob a responsabilidade ou guarda do agente. E *in custodiendo* é a que decorre da falta de cuidados na guarda de algum animal ou objeto. (GONÇALVES, 2008 p. 302)

Nos casos de culpa *in eligendo* o agente não escolhe de forma sábia o seu empregado ou preposto ou não realiza um controle eficaz sobre bens para a realização de certa atividade. Na chamada culpa *in vigilando* existe uma falta de fiscalização pelo proprietário ou responsável acerca de pessoas ou bens.

Importante salientar que no ordenamento jurídico brasileiro se admite a responsabilidade objetiva, responsabilidade esta em que inexistente culpa, afastando o elemento da culpabilidade como um pressuposto para o dever de indenizar. Sendo assim, na responsabilidade objetiva, no lugar do dolo ou da culpa, é atribuída a responsabilidade em razão do risco ao qual a vítima foi submetida ou do risco em que o agente assumiu em decorrência da atividade que desenvolveu, atividade esta que pode causar um dano a outrem.

### 3.3 Fundamentos do dano

O dano é pressuposto da responsabilidade civil, uma vez que um ato ilícito é cometido, este irá trazer certos prejuízos para a vítima, o que irá originar a redução de um bem jurídico violado, esta diminuição do bem jurídico é chamada de dano.

A responsabilidade decorrente das relações afetivas deveria ter por base a repetida frase de Saint-Exupery: *és responsável por quem cativas*. É só isso que o amor deveria gerar: o direito de ser feliz e o de fazer o outro feliz. Mas, como diz a velha canção, o anel que tu me deste era vidro e se quebrou, o amor que tu me tinhas era pouco e... (DIAS, 2010, p. 117)

Uma vez que o instituto da responsabilidade civil tem sido ampliado, cada vez mais se preocupa em falar em reparação do dano injusto, ao invés de adentrar no elemento do fato ilícito por si só.

Atualmente, a busca de indenização por danos morais se transformou em um remédio utilizado pela população para qualquer mal/prejuízo sofrido. O dano moral é visualizado diante de qualquer fato que possa gerar um desconforto, aflição, etc. Sem sombra de dúvidas, este fato acabou chegando até as relações familiares.

Em contraponto, “A tentativa é migrar a responsabilidade decorrente da manifestação de vontade para o âmbito dos vínculos afetivos, olvidando-se que o direito das famílias é o único campo do direito privado cujo objeto não é a vontade, é o afeto” (DIAS, 2010, p. 117)

Quanto ao conceito de dano, para Coelho:

Elemento comum a qualquer espécie (ou subespécie) de responsabilidade civil é a ocorrência de danos ao credor. Tanto na responsabilidade civil subjetiva como na objetiva, incluindo a subespécie pura, não se constitui vínculo obrigacional se o credor não tiver sofrido dano. O desatendimento a este pressuposto caracteriza hipóteses de exclusão da responsabilização. (2012, p. 300)

Neste mesmo sentido, o dano consiste em um prejuízo sofrido pelo agente, podendo este ser individual, coletivo, moral ou material, econômico e não econômico. De fato, na noção de dano está presente a ideia de prejuízo. Ainda, nem sempre a violação de uma norma irá ocasionar um dano. Existirá a possibilidade de indenização, em regra, se o ato ilícito ocasionar em dano. Fala-se, portanto, em dano injusto, aplicação do princípio pelo qual a ninguém é dado prejudicar outra pessoa (VENOSA, 2014, p. 41).

Desta feita, quando inexistente o dano, não existirá a obrigação de reparação, ou seja, o agente somente será obrigado a reparar o dano se sua conduta que infringe a lei causar prejuízo a outrem. A simples ação ou omissão que não resulte em um dano à vítima não irá gerar a obrigação ao seu agente de indenizar.

Uma pessoa pode incorrer em ato ilícito sem acarretar danos a ninguém. Não tem, neste caso, responsabilidade civil. Mesmo configurado o pressuposto subjetivo, se da conduta culposa não resultar prejuízo a outrem, a obrigação de indenizar não existe. (COELHO, 2012, p. 300)

Se um comerciante abrir seu negócio em uma zona em que são permitidas apenas residências, este pratica ato ilícito, infringindo a lei municipal do município

onde colocou seu estabelecimento que proíbe e sanciona a localização irregular. Além da responsabilidade administrativa, efetivada por medidas como fechamento do estabelecimento e multas, o ato ilícito gera responsabilidade civil perante os moradores da zona residencial, no caso de eles terem sofrido algum prejuízo. No caso de a vizinhança apreciar o comércio ali instalado, frequentando o estabelecimento e consumindo os produtos ali postos a venda, não acarretando prejuízo a estes por conta do ilícito, inexistem condições para que a responsabilidade civil seja imputada em face de comerciante que se encontre estabelecido de forma irregular. (COELHO, 2012, p. 300)

As espécies de dano podem ser determinadas em análise ao interesse que está sendo tutelado.

O dano patrimonial é aquele em que existe um interesse econômico em questão, danos patrimoniais ou extrapatrimoniais reduzem ou inutilizam os bens do credor da indenização.

“O dano patrimonial, portanto, é aquele suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado por reposição em dinheiro, denominador comum da indenização.” (VENOSA, 2014, p. 45). Comumente, o dano ocorre com relação ao patrimônio atual, no entanto, podem acontecer de os efeitos, diminuições ou impedimentos do patrimônio defendido se projetarem para o futuro.

Nos casos em que o efeito do dano incide sobre o patrimônio atual, ocorrendo uma perda, uma diminuição, é ensejado um dano emergente.

O dano emergente, aquele que mais se realça à primeira vista, o chamado dano positivo, traduz uma diminuição de patrimônio, uma perda por parte da vítima: aquilo que efetivamente perdeu. Geralmente, na prática, é o dano mais facilmente avaliável, porque depende exclusivamente de dados concretos. Em um abaloamento de veículo, por exemplo, o valor do dano emergente é o custo para repor a coisa no estado anterior. (VENOSA, 2014, p. 45)

Em situações em que a pessoa deixa de receber vantagens em razão do evento danoso, sendo privada de obter um lucro, ocorre o chamado lucro cessante que o Código Civil trata em seu artigo 402.<sup>8</sup>

O lucro cessante traduz-se na dicção legal, o que a vítima razoavelmente deixou de lucrar. Trata-se de uma projeção contábil nem sempre muito fácil

---

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

de ser avaliada. Nessa hipótese, deve ser considerado o que a vítima teria recebido se não tivesse ocorrido o dano. O termo razoavelmente posto na lei lembra, mais uma vez, que a indenização não pode converter-se em um instrumento de lucro. (VENOSA, 2014, p. 45)

Existem casos em que o ato lesivo abala diretamente a personalidade da vítima, sua honra, sua moral, bem-estar, seus valores, suas virtudes, seus afetos, provocando um mal-estar ou desassossego. Deste modo, tal sofrimento moral, ou seja, tais dores, frustraçoese até mesmo traumas tratam-se do chamado dano moral, sendo este o dano que não atinge e muito menos diminui o patrimônio material do ofendido, mas ofende e lesiona a vítima enquanto ser humano, sem atingir seus bens materiais.

### **3.4 Fundamentos do nexu causal**

Para que a responsabilidade civil seja constituída, é necessário, em qualquer dos casos, que exista uma ligação entre o credor e o devedor. “A responsabilidade civil existe quando não há vínculo negocial entre os sujeitos obrigados ou ele é circunstancial, quer dizer, irrevelante para a constituição da obrigação de indenizar.” (COELHO, 2012, p. 400). A relação advém, então, de forma necessária, de uma ligação diferente da manifestação de vontade dos sujeitos obrigados, ou de apenas um deles. Ocorrido o fato ilícito ou verificado um fato descrito na lei, o vínculo de obrigação será constituído.

Para Venosa, o conceito de nexu causal é o seguinte:

O conceito de nexu causal, nexu etiológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que se conclui quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexu causal. Se a vítima que experimentou um dano, não identificar nexu causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida. Nem sempre é fácil, no caso concreto, estabelecer a relação de causa e efeito. (2014, p. 58)

A norma que descreve os fatos que podem ensejar responsabilidade civil considera como causa do dano algum ato ou atividade do devedor. Portanto, o vínculo obrigacional só será constituído quando preenchido tal requisito. Ou seja, quando o dano sofrido pelo demandante não foi causado pelo demandado, não existirá direito a indenização. Por exemplo, uma pessoa que foi atropelada deve ser

indenizada pelo motorista do veículo apenas quando a causa do acidente for imputada a este. Assim, se o atropelamento ocorreu por culpa da própria vítima que agiu com desatenção ao atravessar a rua fora da faixa de segurança, de terceiro, que deu um tiro no pneu do carro desgovernando-o, ou por caso fortuito em que o motorista jovem e saudável sofreu um ataque cardíaco fulminante enquanto dirigia, não há relação de causalidade entre o dano do demandante e a conduta do demandado (COELHO, 2012, p. 400).

Quando ausente à relação de causalidade, não há que se falar em obrigação de indenizar, uma vez que o artigo 186 do Código Civil<sup>9</sup> exige que a obrigação de reparar o dano seja atribuída a aquela pessoa que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência causou dano a outrem.

O caso fortuito e a força maior são excludentes do nexos causal, porque o desfazem, ou o interrompem. Em verdade, no caso fortuito e na força maior inexistente relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o resultado danoso. (VENOSA, 2014, p. 58)

Quanto ao conceito de caso fortuito e força maior, estabelece Coelho:

É todo evento desencadeador de danos em que não há culpa de ninguém. Caracteriza-se por sua imprevisibilidade ou inevitabilidade. [...] Assim, nem todo fortuito é imprevisível, mas sempre será inevitável. A inevitabilidade do dano pode originar-se da impossibilidade de antecipar-se a ocorrência do evento desencadeador ou da de obstar seus efeitos. (2012, p. 401)

Quando da identificação do nexos causal, existem duas questões que devem ser analisadas. Em primeiro lugar, existe a dificuldade em sua prova; a seguir, se apresenta a problemática da identificação do fato que constitui a verdadeira causa do dano, em especial quando este decorre de causas múltiplas. Nem sempre existem as condições para estabelecer a causa direta do fato, sua causa eficiente. Ressalta a importância da definição do nexos causal em face da predominância atual da responsabilidade objetiva. Neste campo, a ausência do nexos causal é a única defesa eficaz que tem o proposto pela indenização. (VENOSA, 2014, p. 58)

Classificam-se em três as teorias que buscam solucionar a situação de causas sucessivas, são elas: a teoria da equivalência das condições, a teoria da causalidade adequada e a teoria do dano imediato.

---

<sup>9</sup> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Para a denominada teoria da equivalência das condições, toda e qualquer circunstância que tenha concorrido na produção do prejuízo é considerada uma causa ou ocasião.

Aponta-se a denominada teoria da equivalência das condições ao se cuidar do nexa causal. [...] Essa teoria vem descrita no art. 13 do Código Penal: “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu a causa. Considera-se causa a ação ou omissão em a qual o resultado não teria ocorrido.” Sob esse prisma, para precisar se uma determinada “causa” concorreu para o evento, suprime-se esse fato mentalmente e imagina-se se teria ocorrido da mesma forma. Se assim for, não será causa. O inconveniente que se aponta para essa teoria é a possibilidade de inserir estranhos no curso do nexa causal, permitindo uma linha regressiva quase infinita. (VENOSA, 2014, p. 58)

No entanto, essa teoria pode chegar a resultados absurdos dentro do direito. Como por exemplo, a ideia de que o nascimento de uma pessoa não pode, de forma alguma, ser tido como causa do acidente de que foi vítima, embora possa ser havido como condição indispensável para o evento; na hipótese de um homicídio, poderia fazer-se estender, segundo tal teoria, a responsabilidade pelo evento ao próprio fabricante da arma com a qual o dano ocorreu; ou talvez se tivesse de responsabilizar, também, como partícipe do adultério, o marceneiro que fez a cama na qual se deitou o casal amoroso. (GONÇALVES, 2012, p. 328)

Por outro lado, a teoria da causalidade adequada admite como causadora do evento danoso apenas à condição que seja capaz de provocar dano. Ocorrido o dano, se deve concluir que o fato que o provocou era adequado de dar-lhe à causa. Assim, se a relação de causa e efeito sempre existe em casos dessa natureza, se pode dizer que a causa era adequada a produzir efeito.

As duas teorias podem ser facilmente compreendidas com o seguinte exemplo: “A” deu uma pancada ligeira no crânio de “B”, que seria insuficiente para causar o menor ferimento num indivíduo normalmente constituído, mas, por ser “B” portador de uma fraqueza particular dos ossos do crânio, isto lhe causou uma fratura de que resultou sua morte. O prejuízo deu-se, apesar de o fato ilícito praticado por “A” não ser a causa adequada a produzir aquele dano em um homem adulto. Segundo a teoria da equivalência das condições, a pancada é uma condição *sine qua non* do prejuízo causado, pelo qual o seu autor terá de responder. Ao contrário, não haveria responsabilidade, em face da teoria da causalidade adequada. (GONÇALVES, 2012, p. 328)

No entanto, para esta teoria os antecedentes não servem de ligação e não possuem qualquer importância para a ocorrência do dano, sendo simplesmente irrelevantes.



Tal fato nem sempre satisfaz no caso concreto, cabe ao juiz fazer um juízo de probabilidades, o que nem sempre dará um resultado satisfatório. Muitos entenderam que o Código Civil de 1916 adotou essa postura no art. 403: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.” (VENOSA, 2014, p. 59)

A terceira teoria, a dos danos diretos e imediatos, nada mais é do que uma combinação entre as teorias anteriores.

Requer ela haja, entre a conduta e o dano, uma relação de causa e efeito direta e imediata. É indenizável todo dano que se filia a uma causa, desde que esta seja necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano. Quer a lei que o dano seja o efeito direto e imediato da inexecução. (GONÇALVES, 2012, p. 329)

Ao legislador, portanto, quando adotou a teoria do dano direto e imediato, não quis sujeitar o autor do dano a todas as péssimas consequências do seu ato, quando já não ligadas a ele diretamente. Este foi inquestionavelmente, o seu ponto de vista. (GONÇALVES, 2012, p. 330)

Com o intuito de aclarar essa teoria vale trazer o exemplo de uma pessoa que sofre um acidente automobilístico no instante em que está se dirigindo ao aeroporto para uma viagem de negócios. Esta pode responsabilizar tanto motorista causador do dano pelos prejuízos que resultarem direta e imediatamente do sinistro, como as despesas médico-hospitalares e os estragos do veículo, bem como os lucros cessantes, referentes aos dias de serviço perdidos. No entanto, não poderá cobrar os danos remotos, inerentes aos eventuais lucros que poderia ter atingido se tivesse viajado e efetuado os negócios que tinha em mente. É que esses danos, embora filiados a ato do motorista, se encontram muito distantes deste e podem ter outras causas. (GONÇALVES, 2012, p. 329)

## **4 A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO**

O presente capítulo irá abordar acerca dos princípios da responsabilidade civil no direito de família, das finalidades da indenização por abandono afetivo, e por fim, a posição dos tribunais acerca da quantificação do dano moral.

### **4.1 Princípios da responsabilidade civil no direito de família**

A família é à origem da sociedade, todas as famílias fazem parte da comunidade social e política do Estado, o qual, com o objetivo de se fortalecer enquanto instituição política proporciona à família proteção especial, amparando e aprimorando este instituto.

É sabido que o instituto da família possui grande relevância para a ordem jurídica e social, também é importante ressaltar a sua importância para as relações que atingem as pessoas na ordem individual.

O indivíduo, ao fazer parte de uma família, está sujeito a diversas relações nas quais possui interesse direto, a exemplo da união estável, do poder familiar, obrigação familiar, casamento, parentesco, entre outros.

Os direitos de família surgem do fato de uma pessoa pertencer a certa família, seja na qualidade de cônjuge, pai, filho etc. Tais direitos se contrapõem aos patrimoniais, isso se dá por não possuírem valor pecuniário. São distintos dos direitos das obrigações, uma vez que se caracterizam pelo fim ético e social. Apesar de serem direitos relativos, não tem em vista uma certa atividade do devedor, mas envolvem o sujeito passivo. O desrespeito aos direitos obrigacionais é resolvido em perdas e danos, já a infração aos direitos de família sofre sanções diversas, como a suspensão ou extinção do poder familiar, dissolução da sociedade conjugal, perda de direito a alimentos, etc. (GONÇALVES, 2012, p. 22)

Em contraponto, é o entendimento de Madaleno: Os meios de soluções tradicionais do Direito de Família vêm se mostrando insuficientes para tutelar os interesses, em especial, os existenciais, prejudicados no âmbito das relações familiares. Basta lembrar o exemplo do destacado abandono afetivo, em que o remédio típico, previsto na disciplina reservada pelo Código Civil ao Direito de Família, seria a perda do poder familiar, medida que funcionaria como um verdadeiro prêmio dado ao pai negligente. Surge daí ter se verificado no Brasil, uma sucessiva

fuga dos remédios tradicionais do Direito de Família, através da busca por soluções mais eficazes para a tutela dos interesses lesados. A Responsabilidade Civil, como remédio geral e irrestrito, se torna naturalmente a esperança para onde se dirigiram todos estes anseios. (2015, p. 33)

Os direitos de família podem ainda possuir um conteúdo patrimonial, ora aproximando-se das obrigações, como nos alimentos, ora assemelhando-se aos direitos reais, como ocorre no usufruto dos bens dos filhos. Em verdade, isso acontece apenas indiretamente, o mesmo ocorre no tocante ao regime de bens entre cônjuges ou conviventes e à administração dos bens dos incapazes, em que apenas aparentemente assumem a fisionomia de direito real ou obrigacional. (GONÇALVES, 2012, p. 22)

Dependendo da finalidade ou do objetivo, as regras jurídicas do direito de família podem regular as relações pessoais entre cônjuges, entre ascendentes e descendentes ou entre parentes fora da linha reta. Também, disciplinam relações patrimoniais que se desenvolvem na família, compreendendo as que ocorrem entre cônjuges, pais e filhos, tutor e pupilo. Ainda, assumem relações assistenciais, que têm em vista os cônjuges entre si, os filhos perante os pais, o tutelado em face do tutor, o interdito diante do seu curador.

Portanto, as relações pessoais, patrimoniais e assistenciais são as três modalidades em que o direito de família atua.

Existem alguns princípios norteadores da responsabilidade civil no direito de família, quais sejam: o princípio da dignidade da pessoa humana, da responsabilidade parental, da solidariedade familiar e afetividade, da proteção integral de crianças e adolescentes.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio essencial e comum a todos os seres humanos enquanto membros, em igualdade de condições, da espécie humana.

Tal princípio encontra fundamento no artigo 1º, III, da Constituição Federal, ainda, possui um grande valor constitucional que repercute em todo o ordenamento jurídico, orientando os atos do Estado e as relações privadas formadas na sociedade civil. Uma vez se tratando de princípio fundamental, é indiscutível a escolha pela pessoa.

É o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal. A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional. Sua essência é difícil de ser capturada em palavras, mas incide sobre uma infinidade de situações que dificilmente se podem elencar de antemão. Talvez possa ser identificado como sendo o princípio de manifestação primeira dos valores constitucionais, carregado de sentimento e emoções. É impossível uma compreensão exclusivamente intelectual e, como todos os outros princípios, também é sentido e experimentado no plano dos afetos. (DIAS, 2010, p. 62)

O direito de família e a responsabilidade civil fazem parte do mesmo sistema que possui como suporte o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, no âmbito da entidade familiar, sem sombra de dúvidas, garante igual consideração e existência digna a todos os membros de uma família.

É o entendimento de Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

A dignidade da pessoa humana deve ser acompanhada da necessidade de que as demais pessoas e a comunidade respeitem sua liberdade e seus direitos, de modo a permitir o resguardo e a promoção dos bens indispensáveis ao desenvolvimento da personalidade da pessoa humana. Na esfera da entidade familiar, incumbe a todos os seus integrantes promover o respeito e a igual consideração de todos os demais familiares, de modo a propiciar uma existência digna para todos e de vida em comunhão de cada familiar com os demais. (2008, p. 71)

Assim, é incorreto dar tratamento diferenciado aos vários tipos de constituição de família ou as várias formas de filiação.

Ainda, deve ser garantido o desenvolvimento de cada um dos membros de uma família, de modo a possibilitar a realização de suas metas e interesses, assim como deve ser garantida assistência pessoal, social e intelectual aos filhos.

Neste mesmo sentido é o entendimento de Dias: A dignidade da pessoa humana encontra na família uma base apropriada para florescer. A ordem constitucional confere especial proteção independentemente de origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais especiais entre os familiares, quais sejam: o afeto, a solidariedade, o amor, a união, o respeito, a confiança, e um projeto de vida comum, permitindo que o desenvolvimento social e pessoal de cada participante seja realizado com base em ideais de solidariedade, de democracia, de humanidade, entre outros. (2010, p. 63)

O Estatuto da Criança e do Adolescente garante os direitos fundamentais característicos à pessoa humana em se tratando de crianças e adolescentes, os

quais são enquadrados em circunstância inerente de pessoa em desenvolvimento físico e moral. Além do mais, trata acerca dos princípios do melhor interesse da criança e do adolescente, da proteção integral e da prioridade absoluta dos direitos das crianças e adolescentes.

Os princípios estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) não podem ser tidos como um mero aconselhamento, os mesmos devem ser seguidos rigorosamente em se tratando de relações de crianças e adolescentes, sejam estas relações com os pais, com a família, com a sociedade e com o Estado. Desta forma, os princípios também devem ser tomados como base para decisões judiciais e para aplicação da lei.

Não só os pais, mas a família, a sociedade e o Estado devem contribuir para que qualquer obstáculo no processo de conversão das crianças e adolescentes em sujeitos de direito sejam superados, para que estes venham a ser, de forma concreta, adultos, titulares de direitos e deveres que são assegurados juridicamente.

Neste sentido, o princípio parentalidade ou paternidade responsável está consubstanciado no artigo 226, § 7º<sup>10</sup>, da Constituição Federal, que inclui todos os deveres específicos ao poder familiar dos pais, entre eles o dever de sustento e convivência, tendo como finalidade proporcionar um saudável desenvolvimento dos mesmos.

Confome entendimento de Gama: Por este princípio, existe a responsabilidade individual e social das pessoas, do homem e mulher, que venham a procriar uma nova vida humana, cuja pessoa, no caso, a criança, devem ter priorizado o bem estar físico, psíquico e espiritual, com todos os direitos fundamentais reconhecidos a seu favor. Por fim, importante salientar que este tipo de responsabilidade é vitalícia, ou, quem sabe, perpétua nas pessoas dos descendentes atuais e futuros, vinculando a pessoa a situações jurídicas existenciais e patrimoniais relacionadas a seu filho, ou seja, sua descendência. (2008, p. 78)

Deste modo, a responsabilidade dos pais para com os filhos tem início na concepção e se estende até a maioridade ou, algumas vezes, mesmo após a maioridade enquanto existir a necessidade de acompanhamento dos filhos pelos

---

<sup>10</sup>Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

pais. Desta feita, o ensinamento previsto no art. 227 da Constituição, uma garantia fundamental:

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

No artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>11</sup> fica estabelecido que crianças e adolescentes possuam direito a serem criados e educados no seio da família e, de forma excepcional, em família substituta, a fim de que seja garantida a convivência familiar e comunitária. Ainda, o artigo 21 do ECA<sup>12</sup> dispõe que o poder familiar será exercido em condições igualitárias pelo pai e pela mãe, aos quais é incumbido o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, competindo a estes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as ordens judiciais, nos termos do artigo 22 do mesmo Estatuto.<sup>13</sup>

Deste modo, através do princípio da responsabilidade parental podemos visualizar que o papel de ser pai ou mãe abrange questões muito mais complexas do que a simples concepção, ou ainda, o adimplemento de alimentos. O papel dos pais no desenvolvimento dos filhos é definitivo, de modo que estes devem educar os filhos com base em uma relação fundada em valores como o afeto, respeito e solidariedade.

Quanto ao princípio da solidariedade, é o entendimento de Gama:

O princípio da solidariedade se vincula necessariamente aos valores éticos do ordenamento jurídico. A solidariedade surgiu como categoria ética e moral, mas que se projetou para o universo jurídico na representação de um vínculo que compele à oferta de ajuda ao outro e a todos. (2008, p. 74)

---

<sup>11</sup> Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

<sup>12</sup> Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

<sup>13</sup> Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Tal princípio tem previsão no art. 3º, I, da Constituição Federal<sup>14</sup>, de modo que um dos objetivos fundamentais da República é a construção de uma sociedade solidária. O artigo 229, da Constituição Federal<sup>15</sup>, trás o princípio da solidariedade familiar, impondo aos pais o dever de assistência aos filhos.

Solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de acentuado conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade. A pessoa só existe enquanto coexiste. O princípio da solidariedade tem assento constitucional, tanto que seu preâmbulo assegura uma sociedade fraterna. (DIAS, 2016, p. 53)

A solidariedade surgiu como categoria da ética e da moral, mas também possui seu lugar no mundo jurídico, abarcando uma junção que impõe a oferta de ajuda ao próximo e a todos.

No que diz respeito aos familiares vulneráveis, se reconhece a solidariedade no valor jurídico do cuidado a ser destinado às crianças, adolescentes, interditos, idosos, entre outros. Neste sentido, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança estabelece a solidariedade como princípio a ser observado, o que se repete no artigo 4º do ECA.<sup>16</sup>

Outro princípio constitucional específico do ramo do direito de família, e um dos mais fundamentais, é o princípio da afetividade, que pode ser extraído através de interpretação dos arts. 226 parágrafos 3º e 6º, e 227, caput e parágrafo 1º.

O princípio da afetividade também possui correlação com os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da convivência familiar, igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos.

O Estado impõe obrigações para com os cidadãos, motivo pelo qual, elenca na Constituição um rol de direitos individuais e sociais, como forma de garantir a dignidade de todos. Isso nada mais é que o compromisso do próprio Estado em assegurar o afeto por parte de seus cidadãos. (DIAS, 2010, p. 70)

---

<sup>14</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

<sup>15</sup> Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

<sup>16</sup> 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.

Importante salientar que embora a palavra afeto não esteja expressa pela constituição, não há dúvidas de que o afeto está em seu âmbito de proteção.

A família, então, é transformada no momento em que as relações de sentimento entre seus membros são acentuadas, valorizando as funções afetivas da família. Assim, tendo em vista as mudanças sociais pelas quais a família brasileira passou, uma nova ordem jurídica instalada atribui valor jurídico ao afeto, de modo que todas as relações familiares, por mais complexas que sejam se alimentam de elementos comuns e disponíveis, quais sejam: afeto, solidariedade, devotamento, transigência, paciência e perdão. (DIAS, 2010, p. 72)

Há, ainda, o princípio da convivência familiar, o qual é contemplado pelo artigo 227 da Constituição Federal. A noção de convivência familiar diz respeito à relação duradora entre os integrantes da família, seja por força de vínculo de parentesco seja em razão de laços conjugais em sentido amplo. (GAMA, 2008, p. 85)

A convivência familiar supõe o lar, mas não necessariamente, diante dos variados estilos de vida contemporâneos. Deste modo, para convivência familiar não há a obrigatoriedade de um lar ou uma moradia, uma vez que o mercado de trabalho faz com que muitas vezes os membros de uma família fiquem separados fisicamente por muito tempo.

Ainda que fisicamente distante, os membros da família mantêm a referência ao ambiente comum familiar e, assim, o local representa refúgio seguro e privado, em que todos sentem recíproca e solidariamente acolhidos e protegidos, notadamente as pessoas dos familiares vulneráveis, como as crianças e os idosos. (GAMA, 2008, p. 85)

Importante salientar que a convivência familiar do filho de pais separados deve ser preservada por ambos os genitores, tendo em vista a convivência se trata de um direito do filho, de modo que a partir dessa convivência, principalmente as crianças e adolescentes, se sentem protegidos e acolhidos.

#### **4.2 Finalidade(s) da indenização por abandono afetivo**

Não existe unanimidade na jurisprudência e na doutrina acerca do entendimento quanto às finalidades da indenização por abandono afetivo, o consenso existente é de que muitas são as finalidades que podem ser alcançadas por ela.



Inquestionavelmente, a indenização por abandono afetivo além de impedir que as obrigações parentais omitidas propositadamente fiquem sem punições que sejam eficazes, possui o intuito de impedir a concretização de qualquer inclinação à violação da paternidade irresponsável e ao abandono dos filhos diante da colocação do afeto em posição privilegiada no direito de família atual.

Quanto às finalidades da indenização por abandono afetivo, Dias sustenta sua natureza pedagógica:

Imperioso reconhecer o caráter didático dessa nova orientação, despertando a atenção para o significado do convívio entre pais e filhos. Mesmo que os genitores estejam separados a necessidade afetiva passou a ser reconhecida como bem juridicamente tutelado. A indenização por abandono afetivo poderá converter-se em instrumento de extrema relevância e importância para a configuração de um direito das famílias mais consentâneo com a contemporaneidade podendo desempenhar papel pedagógico no seio das relações familiares. (2010, p. 454)

Por certo, a indenização por abandono afetivo quando aplicada com responsabilidade e sensatez, será capaz de servir como instrumento de extrema importância para que o Direito de Família se torne mais adequado a contemporaneidade, desempenhando papel relevante no núcleo das relações familiares.

Ainda que possa parecer estranha a proposta de reparação do abandono afetivo e do afeto em sí, não se pode negar o incentivo que a possibilidade de eventual indenização irá causar no genitor descumpridor do desempenho de seus deveres parentais, e também, da vantagem e segurança que trará aos filhos.

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

Deste modo, se identificam como finalidades da indenização por abandono afetivo: prevenir, educar, compensar, sancionar, dissuadir e desestimular.

#### **4.3 A posição dos tribunais brasileiros acerca da quantificação do dano moral**

A posição dos tribunais brasileiros acerca da quantificação do dano moral gera muitas controvérsias, uma vez que, em todas as demandas que versam sobre dano moral, o magistrado depara-se com a complexidade do arbitramento de um valor

adequado em razão da inexistência de critérios uniformes e definidos para tanto, pois a legislação não traz os parâmetros para fixação do montante indenizatório, tendo, portanto, a jurisprudência um importante papel nesse particular.

A exclusividade da reparação em pecúnia acaba por corroborar a tese daqueles que sustentam que a responsabilidade civil por dano moral atua como instrumento de mercantilização, “quantificando o inquantificável”. Converte-se a lesão ao direito da personalidade em uma mercadoria, cujo “preço” pode ser identificado a partir da observação da jurisprudência. (MADALENO, 2015, p. 35)

Comumente, a indenização é medida conforme a extensão do dano e não conforme o grau de culpa do agente, entretanto, neste caso específico, o grau da culpa também é considerado, bem como a gravidade, extensão e repercussão da ofensa, juntamente com a intensidade do sofrimento causado à vítima.

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

A responsabilidade civil decorrente da omissão de cuidado tem sido prestigiada pela doutrina de direito privado e jurisprudência especialmente após a decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.159.242 de abril de 2012, que condenou o genitor ao pagamento de indenização por abandono afetivo e entendeu por bem reduzir o valor fixado em segunda instância, fundamentando para tanto que, apesar do o grau das agressões ao dever de cuidado cometidas pelo genitor em detrimento de sua filha, o valor de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) fixado pelo Tribunal de origem era muito elevado, motivo pelo qual foi reduzido para R\$ 200,000,00 (duzentos mil reais).

Em síntese, a Ministra Relatora Nancy Andrighi relatou que embora não se discuta o amor, que é uma faculdade, se discute a imposição biológica e consitucional que é o cuidar. O cuidar constitui dever jurídico decorrente da liberdade das pessoas de gerar ou adotar filhos. Assim, considerou o cuidado como um valor jurídico objetivo, de modo que a omissão do genitor no dever de cuidar da prole irá atingir um bem juridicamente tutelado, neste caso, o dever de cuidado, que abrange o dever de criação, educação e companhia, importando em uma vulnerabilidade da imposição legal, gerando a possibilidade de pleitear compensação por danos morais por abandono afetivo. Acrescenta ainda que os pais assumem obrigações jurídicas em relação aos seus filhos que ultrapassam aquelas

obrigações necessárias para a vida de um filho. É sabido que, além do básico para a sua manutenção (alimentos, abrigo e saúde), o ser humano precisa de outros elementos imateriais igualmente necessários para a formação adequada (educação, lazer, regras de conduta etc.). O cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, é um fator indispensável para a criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica, capaz de conviver em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania. (MADALENO, 2015, p. 311)

Já no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro foi mantida sentença de primeiro grau que condenou o genitor ao pagamento de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) pelos danos morais sofridos pelo filho, por entender que o valor atendeu ao parâmetro do razoável e proporcional.<sup>17</sup>

O Tribunal de Justiça de São Paulo também condenou o genitor por abandono afetivo do filho no valor de R\$100.000,00 (cem mil reais), conforme acórdão que segue.<sup>18</sup>

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

---

<sup>17</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível. Abandono afetivo. Genitor. Danos Morais. Dever de Indenizar. Inobstante as controvérsias existentes sobre o tema, inclusive no âmbito do STJ, o abandono afetivo por parte do genitor, capaz de gerar dor, vergonha e sofrimento, caracteriza dano moral passível de indenização. O valor arbitrado a título de indenização, deve atender aos parâmetros do razoável e proporcional. Recursos aos quais se nega provimento. Apelação Cível n. 0154617-61.2010.8.19.0001. Relator Desembargador Cherubin Helcias Schwartz Júnior. DJe, Rio de Janeiro, RJ, 02 ago. 2012.

<sup>18</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Dano moral. Ação de indenização por danos morais ajuizada por filho em face de genitor, com alegação de abandono afetivo e material, eis que fruto de relacionamento extraconjugal, havendo o reconhecimento da paternidade tardia, com diluição de bens. Comprovação do relacionamento do réu com a genitora do autor. A responsabilidade da paternidade vai além do meramente material, implicando em procurar moldar no caráter dos filhos os valores e princípios que lhes farão enveredar pela vida, cientes da necessidade da prática do bem, que norteará sua busca pela felicidade e pautará a conduta dos mesmos nos anos vindouros, seja no lado emocional, seja no lado profissional e igualmente no lado espiritual, vez que a religião corrobora para aprimorar o caráter. Abandono afetivo e material configurados. Dano moral comprovado. Assédio moral é espécie de dano moral, não cabendo indenizações distintas. Custas, despesas processuais e honorários advocatícios devidos pelo réu, eis que a definição da indenização é critério subjetivo, não importando a sua redução em decaimento do pedido. Sentença reformada nesse ponto. Apelo do réu Improvido, apelo do autor parcialmente provido. Apelação Cível nº 0005780- 54.2010.8.26.0103. Relator Desembargador Ramon Mateo Júnior. DJe, São Paulo, SP, 14 abr. 2014.

excessivo, situando-se em patamar condizente com os fatos específicos do caso em testilha.

O Tribunal de Justiça do Paraná, em duas apelações, entendeu como suficiente o arbitramento do valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de indenização por danos morais.<sup>19</sup>

Em outra oportunidade, o mesmo Tribunal manteve sentença condenatória do genitor ao pagamento do importe de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) por abandono afetivo de seu filho.<sup>20</sup>

Dessa forma, tais decisões dos Tribunais Pátrios revelam dissonantes valores, inclusive, fugindo muito do valor arbitrado pelo Superior Tribunal de Justiça. Tal desconpatibilidade demonstra a dificuldade para que parâmetros básicos sejam estabelecidos e que levem a uma indenização pelo menos aproximada dos valores a título de indenização por abandono afetivo.

---

<sup>19</sup> Trata-se das seguintes decisões: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n. 768524-9. Relator Desembargador Jorge de Oliveira Vargas. DJe, Curitiba, PR, 26 jan. 2012. No mesmo sentido, conferir: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n. 576938-4/01. Relator Desembargador Jorge de Oliveira Vargas. DJe, Curitiba, PR, 01 set. 2011.

<sup>20</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação cível. Processo civil. responsabilidade civil. Obrigação civil de dar cuidado correspondente ao direito do filho à convivência familiar que não se confunde com obrigação moral de dar amor - situação emocional com alto grau de subjetividade que não se pode exigir nas relações familiares. Danos morais. Abandono afetivo. Omissão e negligência da obrigação constitucional de cuidar - direito à convivência familiar e respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Aplicação da responsabilidade civil às relações familiares - omissão quanto ao dever de cuidar que caracteriza obrigação civil - pai que, no caso, nem mesmo pagou as pensões alimentares - dano moral configurado - abandono afetivo reconhecido. A incidência de juros de mora a partir do evento danoso não caracteriza julgamento extra petita. Sentença mantida. recurso desprovido. Apelação Cível n. 640566-7. Relator Desembargador Roberto Portugal Bacellar. DJe, Curitiba, PR, 13 dez. 2012.

## 5 CONCLUSÃO

Com o intuito de se chegar a uma conclusão ao problema que norteia a presente pesquisa acerca do dever de indenizar em razão do abandono afetivo paterno-filial, foi apresentada a genealogia das famílias e a sua evolução para o afeto como princípio, também foi analisado o instituto da responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família e ainda, o cerne da questão acerca da possibilidade ou não de arbitramento de danos morais por abandono afetivo.

O primeiro capítulo desta pesquisa abordou o histórico da família e o poder familiar, os novos paradigmas da família no nosso país, bem como, as características, definições e atributos do poder familiar, partindo da afetividade na sociedade familiar e do dever de cuidado dos pais perante os filhos.

Nos dias atuais se torna cada vez mais perceptível o papel da afetividade como fator fundamental para as sociedades familiares, fator este que possibilita que os laços sentimentais e o respeito entre seus membros ocorram de forma espontânea e recíproca. Quanto à afetividade, esta ocorre pelo poder familiar dos pais em relação aos filhos.

Dentre os atributos do poder familiar se encontram o dever dos pais de dirigir a criação e educação dos filhos, de ter os filhos em sua companhia e guarda, nomear tutor, representar e assistir perante os atos da vida civil, exigir respeito, obediência, entre outros fatores próprios a condição de pais.

No entanto, importante salientar que a falta de convivência entre pais e filhos na mesma residência não põe fim ao poder familiar, além disso, é essencial na vida de uma criança que esta tenha contato com ambos os genitores, o que permite que o seu desenvolvimento seja completo, de modo a reduzir os danos resultantes de uma não convivência dos pais.

Em compensação ao direito de ter o filho em companhia dos pais, a Carta Magna assegura o direito da criança e do adolescente à convivência familiar e à companhia de ambos os genitores. O direito fundamental à convivência familiar é um direito humano que está estritamente ligado aos princípios da dignidade da pessoa humana e da prioridade absoluta dos direitos das crianças e adolescentes. Ademais, o direito da convivência advém do direito natural, direito esse que independe da concessão do Estado e que une os vínculos familiares através do afeto.

O segundo capítulo do presente trabalho tratou acerca dos fundamentos da responsabilidade civil, foram abordados conceitos, adentrando nos pressupostos formais de culpabilidade, na omissão do dever de cuidado e nos fundamentos do dano e do nexo de causalidade.

O Código Civil estabelece que aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. E ainda, que aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

No tocante a ruptura das relações familiares, esta atinge diretamente os envolvidos, inclusive, no tocante a personalidade de seus membros, representando uma perda afetiva que pode ocasionar a destruição de todo um projeto de vida.

O terceiro e último capítulo da pesquisa perquiriu em torno do problema da presente pesquisa, tratando sobre a possibilidade de indenização por abandono afetivo.

Desta forma, aquele que causar dano é obrigado a ressarcir os prejuízos. Nesse mesmo sentido, por ser o “afeto” tutelado pelo ordenamento (seja pelo direito à personalidade, convivência familiar, dignidade da pessoa humana, pelos atributos do poder familiar, etc.) quando houver lesão ao referido direito, restando configurado o dano, a culpa e nexo causal, o ato ilícito pelo abandono afetivo deve ser indenizado.

Neste íterim, o artigo 229 da Constituição Federal atribui aos pais os deveres quanto à criação e educação dos filhos, de modo que quando o genitor abandona afetivamente o filho, este ofende bem jurídico tutelado, cabendo a reparação do dano causado.

Desta feita, quando os pais se omitem nos seus deveres na criação do filho, há violação do direito à dignidade da pessoa humana, afronta ao direito da personalidade, desrespeito aos deveres inerentes ao exercício do poder familiar, o que incide certamente na prática de ato ilícito, surgindo, então, o dever de repará-lo.

Importante salientar que a impossibilidade de indenização do abalo/dor moral proveniente do abandono afetivo não pode ser confundida com a dificuldade de indenização da dor moral, porque não há como se estipular um preço fixo a uma dor sofrida. No entanto, a dificuldade na reparação não consiste na negação do dano, tendo em vista que uma vez configurado o dano o mesmo deve ser reparado. Ainda

que a reparação pecuniária não possa exprimir e pagar o preço da dor, ao menos colabora para a sua amenização.

Sendo assim, o propósito da indenização pelo abandono afetivo é o de fazer com que o genitor reconheça a ilicitude de seu ato que é inteiramente lesivo ao filho(a), de modo que o carácter educativo da indenização, além de punitivo, possa prevenir a ocorrência de futuros casos semelhantes de abandono afetivo, garantindo aos filhos um desenvolvimento completo e sadio em todos os aspectos, seja físico, psíquico, intelectual, moral, emocional, pois desta forma a dignidade da pessoa humana será protegida de fato.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. *Código Civil*. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

\_\_\_\_\_. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

\_\_\_\_\_. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial nº 1159242-SP. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br>>. Acesso em: 19 out. 2017.

\_\_\_\_\_. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial nº 1183378-RS. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br>>. Acesso em: 06 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. *Tribunal de Justiça do Estado do Paraná*. Apelação Cível nº 576938-4/01. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. *Tribunal de Justiça do Estado do Paraná*. Apelação Cível nº 640566-7. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. *Tribunal de Justiça do Estado do Paraná*. Apelação Cível nº 768524-9. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Apelação Cível nº 0154617-61.2010.8.19.0001. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. Apelação Cível nº 0005780-54.2010.8.26.0103. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, volume 2: Obrigações: Responsabilidade Civil. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. São Paulo: Américas SA, 2006.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Princípios Constitucionais de Direito de Família*: guarda compartilhada à luz da lei n. 11.698/08. São Paulo: Atlas, 2008.



GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, volume 6: Direito de Família. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, volume 4: Responsabilidade Civil. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTIÇA *determina multa a pai separado que não visitar filha*. G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com> >. Acesso em: 22 out. 2017.

MADALENO, Rolf. BARBOSA, Eduardo. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. São Paulo: Atlas S.A, 2015.

\_\_\_\_\_. Rolf. *Novas Perspectivas no Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

PAI *é obrigado a indenizar filha por abandono afetivo no RS*. Consultor Jurídico Disponível em: <<http://www.conjur.com.br> >. Acesso em: 22 set. 2017.

VALADARES. Maria Goreth Macedo. *Famílias Recompuestas*. Belo Horizonte: 2005. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br> >. Acesso em: 25 out. 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*.13. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2013