

CURSO DE DIREITO

Gabriele Haubert da Silveira

**RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO DOS PAIS PERANTE
OS FILHOS**

Santa Cruz do Sul
2015

Gabriele Haubert da Silveira

**RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO DOS PAIS PERANTE
OS FILHOS**

Trabalho de Conclusão de Curso, modalidade monografia, apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Profa. Pós - Dra. Fabiana Marion Spengler
Orientadora

Santa Cruz do Sul
2015

TERMO DE ENCAMINHAMENTO DO TRABALHO DE CURSO PARA A BANCA

Com o objetivo de atender o disposto nos Artigos 20, 21, 22 e 23 e seus incisos, do Regulamento do Trabalho de Curso do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – considero o Trabalho de Curso, modalidade monografia, da acadêmica Gabriele Haubert da Silveira adequado para ser inserido na pauta semestral de apresentações de TCs do Curso de Direito.

Santa Cruz do Sul, 04 de novembro de 2015.

Profa. Pós - Dra. Fabiana Marion Spengler
Orientadora

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por tema a responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo dos pais perante os filhos, e seguirá com o intuito de responder a seguinte indagação: O abandono afetivo dos filhos provocado pelos pais pode ser considerado causa de responsabilidade civil, geradora de indenização por danos morais? Dessa forma, o objetivo geral do presente trabalho é analisar se há possibilidade de responsabilizar civilmente os pais pelo abandono afetivo em face de seu filho, bem como se existem chances de os danos decorrentes de tal abandono, serem indenizados. Ainda, terá como objetivos específicos, discutir assuntos relativos ao instituto familiar, bem como descrever, a apresentar as funções e elementos que rodeiam e caracterizam o instituto da responsabilidade civil. Do mesmo modo, sendo o tema principal, pretende-se dissertar sobre a possibilidade de responsabilizar civilmente os genitores pelo abandono afetivo em face de seus filhos, bem como se há possibilidade dos danos decorrentes desse abandono serem indenizados. Para tanto, utiliza-se os métodos de pesquisa exploratória, descritiva e bibliográfica, que consistem, basicamente, em explorar e dissertar as hipóteses de abandono afetivo por parte dos pais, conceituar os institutos família e responsabilidade civil, sendo o último método baseado na utilização de livros, artigos e sites. O pleiteamento da indenização pelo abandono afetivo dos filhos causado pelos pais é um assunto relativamente novo no mundo do direito de família, sendo que ainda existem divergências entre doutrina e jurisprudência, em relação ao dever parental de indenizar ou não os filhos pelo abandono, dessa forma, visando às modificações constantes das leis, que têm como finalidade maior sempre melhorar a convivência familiar, será analisado de forma mais detalhada a importância da figura dos genitores na formação física, mental e psicológica dos filhos, e os efeitos que o abandono pode causar na criança. Ao fim, conclui-se que o instituto familiar sofreu consideráveis mudanças, sendo que aos poucos começou a surgir a valorização jurídica do afeto, fazendo com que a afetividade passasse a se tornar o principal elemento caracterizador da entidade familiar. Quanto à solução do problema principal apresentado no presente trabalho, pode-se concluir que apesar da divergência na doutrina e jurisprudência quanto ao dever de indenizar, tal pleito é possível, sendo que haja o descumprimento dos deveres previstos na lei, bem como o preenchimento dos pressupostos, conduta ilícita do genitor, dano, e nexo de causalidade entre a conduta e o dano sofrido. Sendo que não há um efetivo parâmetro que possa fixar com firmeza quando é caso de responsabilização civil por abandono afetivo ou não. Dependerá sempre do caso e das suas circunstâncias.

Palavras-chave: responsabilidade civil; abandono afetivo; dano moral e família.

ABSTRACT

This monographic study is about the civil liability arising from the emotional abandonment of parents towards their children, and will continue in order to answer the following question: Can affective abandonment of children caused by parents be considered a civil offense, generating indemnification for moral damage? Thereby, the general goal of this study is to analyze whether it is possible to blame the parents civilly for the emotional abandonment towards their children, and if there is a possibility of the damage resulting from such neglect, be indemnified. Also as specific objectives, we will discuss issues related to family institute, as well as describe, to present the functions and elements that surround and characterize the civil liability institute. Similarly, being the main subject, we intend to speak about the possibility of civilly blame the parents for emotional abandonment towards their children, and if there is possibility of the damages arising from this abandonment being indemnified. For this, we use the methods of exploratory research, descriptive and literature, which consist primarily to explore and descant the chances of emotional abandonment by parents, to conceptualize the family institutes and civil liability, the latter method based on books, articles and websites. The pleading of indemnification for emotional abandonment of children caused by their parents is a relatively new subject in the world of family, and there are still many differences between doctrine and jurisprudence, when it comes to parental duty to indemnify or not the child for such abandonment, thus, aiming to the constant changes of laws, which have the largest purpose always improving family life, the importance of the figure of the parents in physical, mental and psychological formation of the children and the effects that abandonment can have on them. In the end, it appears that the family institution has undergone considerable changes, and gradually began to emerge the legal appreciation of affection causing the affection to become the main characterizing element of the family unit. As the solution of the main problem presented in this work, one can conclude that despite the divergence in doctrine and jurisprudence on the duty to indemnify, such plea is possible, when there is noncompliance with the duties prescribed by law as well as the fulfillment of assumptions, unlawful conduct of the parent, damage and causal link between the conduct and the harm suffered. Since there is an effective parameter that can fix firmly when it is the case of civil liability for affective or not abandonment. Always will depend on the case and its circumstances.

Keywords: civil liability; emotional abandonment; moral damage and family.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	A FAMÍLIA	9
2.1	Aspectos históricos da família.....	10
2.2	Poder familiar	12
2.2.1	Conceito e abrangência do poder familiar	13
2.2.2	Conteúdo do poder familiar.....	15
2.2.3	Extinção e suspensão do poder familiar	19
2.2.4	Proteção à pessoa dos filhos.....	24
3	A RESPONSABILIDADE CIVIL.....	28
3.1	Conceito de responsabilidade civil.....	28
3.2	Distinção entre obrigação e responsabilidade	29
3.3	Função da responsabilidade civil	32
3.4	Pressupostos da responsabilidade civil	35
3.5	Espécies de responsabilidade civil	42
4	O ABANDONO AFETIVO	47
4.1	Breves esclarecimentos sobre o afeto	47
4.2	O Abandono afetivo e seus efeitos.....	50
4.3	Responsabilidade civil por abandono afetivo	54
4.4	Posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema	58
4.5	A possibilidade da responsabilização e a quantificação do dano moral ..	65
5	CONCLUSÃO	67
	REFERÊNCIAS.....	71

1 INTRODUÇÃO

O assunto que será abordado no presente trabalho monográfico toma início na conceituação do instituto familiar, que se define de forma geral como um grupo integrado por pessoas unidas mediante um vínculo socioafetivo, além de seus aspectos históricos, originados na sociedade romana, até os dias de hoje. Ainda, será abordado algumas noções do instituto do poder familiar, sua abrangência, conteúdo, suspensão e extinção, bem como os direitos a proteção que o ordenamento jurídico brasileiro prevê para a pessoa do filho.

Antes mesmo do Código Civil de 1916, já existia o instituto familiar, bem como o poder familiar, denominado de pátrio poder. A sociedade romana trouxe a primeira ideia de família, sendo que após algum tempo, a família natural foi adaptada pela Igreja Católica, que possuía alguns posicionamentos contrários ao dos romanos.

O Código Civil de 1916 aceitou alguns aspectos do direito canônico, do mesmo modo, o Código Civil de 2002, manteve muitos aspectos do Código de 1916, que com o decorrer dos anos, na medida do possível, foram alteradas por novas leis.

Visando às modificações constantes das leis, que têm como finalidade maior sempre melhorar a convivência familiar, determinando de formas mais específicas os direitos dos filhos menores, bem como de forma mais abrangente os deveres que os genitores possuem em relação aos seus filhos, tanto em sede pessoal quanto patrimonial, será analisado mais a fundo a importância da figura dos genitores na formação física, mental e psicológica dos filhos.

Em um segundo momento, a fim de facilitar o entendimento a respeito do tema principal do presente trabalho, será esclarecido, bem como conceituado, o instituto da responsabilidade civil.

O presente trabalho monográfico será analisado sobre a seguinte indagação: O abandono afetivo dos filhos provocado pelos pais pode ser considerado causa de responsabilidade civil, geradora de indenização por danos morais?

A fim de tentar responder tal pergunta, será apresentado ainda, quais as responsabilidades e deveres que os genitores de fato possuem quanto à pessoa dos filhos. Ainda em tempo, serão abordados assuntos relacionados às consequências jurídicas decorrentes do abandono afetivo, bem como, as consequências psicológicas e psicossociais que esse abandono gerado pelos genitores, pode ocasionar na vida de uma criança.

A indenização pelo abandono afetivo dos filhos causado pelos pais é um assunto relativamente novo no mundo do direito de família. Ainda existem divergências entre as doutrinas e jurisprudências, a respeito da discussão se existe e se é correto os genitores indenizarem ou não os filhos pelo abandono.

Em um último momento, será averiguado se existem possibilidades de o abandono afetivo causar consequências psiquiátricas e psicossociais nos filhos, bem como, se existem possibilidades de em certas oportunidades, a criança ser indenizada pelo dano sofrido, mesmo que nenhum valor seja capaz de substituir o amor perdido e o tempo longe dos pais.

Dessa forma, o objetivo geral do presente trabalho é analisar se há possibilidade de responsabilizar civilmente os pais pelo abandono afetivo em face de seu filho, bem como se existe chances de os danos decorrentes de tal abandono, serem indenizados.

No que tange os objetivos específicos, será discutido assuntos relativos ao instituto familiar, bem como apresentado as funções e elementos que caracterizam o instituto da responsabilidade civil, e dissertado sobre a responsabilidade civil dos pais perante os filhos, as consequências geradas pelo abandono, a indenização por dano moral, e por fim, com o intuito de elucidar o presente trabalho, serão apresentados posicionamentos jurisprudenciais relacionados ao dever de indenizar ou não.

O presente trabalho irá se desenvolver utilizando o método de pesquisa exploratório, tendo em vista que serão analisadas as hipóteses e situações de abandono afetivo dos genitores perante os filhos, que podem ser objeto de indenização por danos morais. Além disso, será empregado o método de pesquisa descritivo, através da conceituação dos institutos, família e responsabilidade civil, da mesma forma descrevendo fatores característicos do abandono afetivo. Quanto aos procedimentos técnicos utilizados, a pesquisa bibliográfica se faz presente, através da utilização de livros, artigos e *sites*.

2 A FAMÍLIA

Referente à conceituação do instituto familiar, Lôbo (2009), defende a ideia que a família consiste na organização social formada a partir de laços sanguíneos, jurídicos e afetivos. Veja-se:

sob o ponto de vista do direito, a família é feita de duas estruturas associadas: os vínculos e os grupos. Há três sortes de vínculos, que podem coexistir ou existir separadamente: vínculos de sangue, vínculos de direito e vínculos de afetividade. A partir dos vínculos de família é que se compõem os diversos grupos que a integram: grupo conjugal, grupo parental (pais e filhos), grupos secundários (outros parentes e afins). (LOBO, 2009, p. 2).

Já Rodrigues (2002, p. 04), de uma forma mais ampla, afirma:

o vocábulo Família é usado em vários sentidos. Num conceito mais amplo poder-se-ia definir família como formada por todas aquelas pessoas ligadas por vínculo de sangue, [...], o que corresponde a incluir dentro da órbita da família todos os parentes consanguíneos. Numa acepção um pouco mais limitada, poder-se-ia compreender a família como abrangendo os consanguíneos em linha reta e os colaterais sucessíveis, isto é, os colaterais até quarto grau. Num sentido ainda mais restrito, constitui a família o conjunto de pessoas compreendido pelos pais e sua prole. É com essa conotação que a maioria das leis a ela se refere.

Por sua vez, Gomes (2001, p. 35), é quem melhor define o sentido de família no atual ordenamento jurídico. Considera “família o grupo fechado de pessoas, composto dos genitores e dos filhos, e para limitados efeitos outros parentes, unificados pela convivência e comunhão de afetos, (...) sob a mesma direção”.

Ainda em tempo, segundo Tartuce (2012, p. 29) merece destaque o conceito de família trazido por Gagliano e Pamplona Filho (2013), que consiste em “um núcleo existencial integrado por pessoas unidas por um vínculo socioafetivo, teologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes”.

Independente da definição e conceituação adotada é importante ressaltar que a família é o primeiro agente socializador do ser humano. É considerada a base da sociedade, e por esse motivo, recebe atenção diferenciada do Estado, como se verá a seguir.

2.1 Aspectos históricos da família

O modelo de família brasileira encontra amparo quanto a sua origem, na família romana, com consideráveis influências da família canônica.

Em Roma, a família era considerada uma unidade econômica, política, militar e religiosa, que era comandada pelo pai, chefe da família, que vinha a ser o ascendente homem mais velho, o qual reunia os descendentes sob sua autoridade formando dessa forma o que se entendia por família (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2013).

Segundo Wald (2004), o chefe da família tinha o poder e autoridade de mandar em seus descendentes não emancipados, em sua esposa e nas mulheres casadas com seus descendentes, sendo que esses deveriam obedecê-lo e respeitá-lo até seu falecimento.

Destaca-se ainda, que a autoridade exercida pelo *pater familiar* era grande, a ponto de possuir o poder sobre a vida e a morte de todos aqueles que estavam sob sua autoridade (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2013).

Existiam em Roma duas espécies de parentesco, quais sejam a agnação e a cognação, veja-se:

a agnação vinculava as pessoas que estavam sujeitas ao mesmo *pater*, mesmo quando não fossem consanguíneas (filho natural e filho adotivo do mesmo *pater*, por exemplo). A cognação era o parentesco pelo sangue que existia entre pessoas que não deviam necessariamente ser agnadas uma da outra. Assim, por exemplo, [...] o filho emancipado em relação àquele que continuasse sob a *patria potestas*. (WALD, 2014, p. 10) (Grifado no original).

A evolução da família romana foi no sentido de ter reduzido acentuadamente a autoridade do *pater*, fazendo com que a figura da mulher e dos filhos se tornasse mais autônoma, substituindo o parentesco agnático pelo cognático.

Carcopino (1939), citado por Wald (2004, p. 11), assinalou em seu estudo sobre a vida cotidiana dos romanos o seguinte entender:

á medida que o pai deixava de ser a autoridade severa e arbitrária dos primeiros tempos para reconhecer a autonomia e independência dos filhos, multiplica-se em Roma a figura leviana do *filius* mimado e egoísta, gastando num dia fortunas acumuladas pelo trabalho de gerações, caracterizando assim uma sociedade que adquiriu o hábito do luxo e perdeu a sobriedade. Após o austero e rígido *pater*, veio a época da soberania incontestável das novas gerações. (Grifado no original).

Com a decadência do Império Romano e o crescimento do Cristianismo,

começaram a ocorrer mudanças gradativas quanto ao significado da família. O modelo de família cristã se tornou padrão “hegemônico na sociedade ocidental, passando da Antiguidade para a Idade Média, até chegar na Idade Moderna, marginalizando potencialmente outras modalidades de composição familiar” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2013, p. 52). Sendo que perdurou assim por séculos, até o advento da Revolução Industrial, que trouxe mudanças.

A visão tradicional da família que girava em torno do pai como líder e provedor da casa sofreu um grande abalo com as novas necessidades da coletividade, pois com o aumento da carência econômica, as mulheres ingressaram de forma maciça no mercado de trabalho, fazendo com que o homem não fosse mais a única fonte de subsistência da família (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2013).

A Igreja Católica, era contra o divórcio, pois o consideravam como um instituto contrário à índole da família e que ia contra o interesse dos filhos, os prejudicando. Defendia-se a ideia que o casamento era um sacramento, que não poderia ser dissolvido pelo homem (WALD, 2004).

Como na época o casamento era indissolúvel, o direito canônico criou alguns motivos que obstaculizavam a sua realização, e que justificavam possíveis nulidades ou anulabilidades. Tais motivos consistiam no consenso dos nubentes, e nas relações sexuais voluntárias, tornando secundário o consentimento paterno. Essas mudanças causaram um grande impacto na sociedade, pois a permissão do pai, sempre foi reputada como um dos requisitos principais e indispensáveis para a realização e validade do casamento (WALD, 2004).

Ainda, Wald (2004) traz que o direito canônico criou uma lista de impedimentos para a realização do casamento, dentre as quais a incapacidade quanto à idade, diferença de religião, impotência e casamento anterior, bem como o vício de consentimento quanto ao dolo, coação ou erro, e as relações anteriores, faziam parte.

Os conceitos básicos desenvolvidos pelo direito canônico foram conservados, e podem ser encontrados atualmente no próprio direito brasileiro.

Mais próximo da atualidade, existe no Código Civil de 1916, conforme Miranda (1928), citado por Wald (2004, p. 21), “um direito mais preocupado com o círculo social da família do que com os círculos sociais da nação”.

O Código Civil de 1916 aceitou alguns aspectos do direito canônico, entre eles, a indissolubilidade do vínculo matrimonial e às nulidades e anulabilidades.

Entre as diversas leis criadas após o início da vigência do Código Civil de 1916, Wald (2004) acredita que uma das mais importantes no campo do direito de família foi a lei n. 6.515/77, que trouxe a regulamentação dos casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, alterando-se profundamente o sistema do Código Civil em matéria de família, que se baseava na indissolubilidade do matrimônio.

Wald (2004) ao dissertar sobre a situação do direito de família no Código Civil de 2002, menciona que a Constituição de 1988, provocou uma enorme modificação no Código Civil de 2002 na parte do direito de família, ao considerar a família como base da sociedade, sob especial proteção do Estado.

Importante salientar o pensamento de Gagliano e Pamplona filho (2013, p. 52) sobre momentos na história que contribuíram para uma nova formulação do conceito do instituto familiar, veja-se:

a formação dos grandes centros urbanos, a revolução sexual, o movimento feminista, a disseminação do divórcio como uma alternativa moralmente válida, a valorização da tutela da infância, juventude e terceira idade, a mudança de papéis nos lares, a supremacia da dignidade sobre valores pecuniários, o reconhecimento do amor como elo mais importante da formação de um 'LAR, Lugar de Afeto e Respeito', tudo isso e muito mais contribui para o repensar do conceito de família da contemporaneidade. (Grifado no original).

O Código Civil de 2002 manteve o divórcio como causa de dissolução do casamento após antecipada separação judicial por mais de um ano, ou comprovada separação de fato por tempo maior que dois anos. Ajustou a sociedade conjugal ao princípio da igualdade entre o homem e a mulher, bem como evidenciou que o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base nessa igualdade dos cônjuges e instituiu a família. Ainda, sob reflexos da Constituição Federal, substituiu-se a expressão pátrio poder, por poder familiar.

2.2 Poder familiar

O Código Civil de 2002 aclama em seus artigos 1.630 a 1.638, assuntos referentes ao instituto do poder familiar, trazendo hipóteses de seu exercício, suspensão e extinção.

2.2.1 Conceito e abrangência do poder familiar

O poder familiar é um instituto do direito muito significativo na história do homem civilizado. Segundo Grisard Filho (2010), a doutrina em geral utiliza o direito romano como ponto inicial para o estudo evolutivo.

Giordani (1996) citado por Grisard Filho (2010, p. 37) afirma que:

no direito romano, o pátrio poder, [...] era considerado como um poder análogo ao da propriedade, exercido pelo cabeça da família sobre todas as coisas e componentes do grupo, incluindo esposa, os filhos, os escravos, as pessoas assemelhadas e toda outra que fosse compreendida pela grande família romana. O *pátrio poder* em Roma era ao mesmo tempo um patriarcado, uma magistratura, um sacerdócio, um senhorio da vida e das fazendas dos filhos, um poder absoluto sem limite e de duração prolongada, sem exemplo em outros povos. (Grifado no original).

De acordo com Monteiro (2004, p. 347), “modernamente, o poder familiar despiu-se inteiramente do caráter egoístico de que se impregnava. Seu conceito, na atualidade, graças à influência do cristianismo, é profundamente diverso”.

O atual Código Civil, esmerado na igualdade constitucional entre o homem e a mulher, preferiu denominar o instituto do pátrio poder pela expressão poder familiar (VENOSA, 2005).

Quanto à denominação do referido instituto, Gonçalves (2014) acredita que “poder familiar” é mais apropriado que “pátrio poder”, utilizado no Código Civil de 1916, mas não é a mais adequada, pois ainda há a ideia de poder. Sendo que algumas legislações estrangeiras optam por denominar de “autoridade parental”, uma vez que o conceito de autoridade representa melhor o exercício de função fundada no interesse de outro indivíduo.

De acordo com Pereira (1996, p. 229):

a relação de pátrio poder, também conhecida como poder familiar, importa em um complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens do filho, exercidos pelos pais na mais estreita colaboração, sendo que os mesmos são interdependentes em autonomia para preservar do melhor modo possível todos os interesses que dizem respeito ao menor (não emancipado) de tal forma, que ambos possam com segurança administrar a vida de seus filhos durante o processo de formação. Ou seja, os atos dos filhos convertem-se sob a responsabilidade do pai e da mãe, enquanto no exercício do poder familiar.

Essa conjuntura, também é nutrida no artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente e no artigo 226 § 5º da Constituição Federal de 1988:

Art. 21. O pátrio poder 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.

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

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

Segundo Rodrigues (2003), citado por Gonçalves (2014, p. 417), poder familiar, “é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes”.

Maluf (2013), citada por Rosa (2015) afirma que o poder familiar é conceituado pela doutrina como um *múnus público*, representando um encargo outorgado aos genitores, uma função que vigora enquanto durar a menoridade dos filhos.

No que tange a competência de exercer o poder familiar, os artigos 1.631 e 1.633 do Código Civil de 2002 dispõem o seguinte:

Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais, na falta ou impedimento de um deles, o outro exercerá com exclusividade.

Art. 1.633. O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor.

Explica Rosa (2015), que a “falta”, descrita no artigo 1.633, deve ser interpretada como a morte de um dos genitores, e o “impedimento” como a ausência ou aprisionamento de um deles.

Já o artigo 1.632 do Código Civil de 2002, descreve que a “separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos [...]”. Faz-se necessário diferenciar que os papéis de marido e mulher são extintos na dissolução do casamento ou do relacionamento afetivo, no entanto, o vínculo de paternidade e maternidade não poderá ser desfeito, permanecendo para sempre. Nas palavras de Rosa (2015, p. 18-19), “enquanto existe a figura do ‘ex-marido’ e ‘ex-mulher’, não existe a figura do ‘ex-filho’”. (Grifado no original).

Ainda, conforme descreve Teixeira (2009), citado por Rosa (2015, p. 19), a “sagrada relação parental é desatrelada da definição dos rumos da conjugalidade dos pais, garantindo aos filhos o direito à vinculação do laço afetivo com ambos os genitores, mesmo após o fim da vida em comum”.

Freitas (2009, p. 29) relata que o poder familiar possui determinadas

características, quais sejam:

é irrenunciável, vez que os pais não podem desobrigar-se do poder familiar, pois trata-se de um dever-função; **é imprescritível**, já que o fato de não o exercer não leva os pais a perder a condição de detentores, e é **inalienável e indisponível**, pois não pode ser transferido a outras pessoas pelos pais, a título gratuito ou oneroso. (Grifo próprio).

Salienta-se, que o poder familiar possui caráter personalíssimo e decorre da paternidade natural, da filiação legal e da socioafetiva (DIAS, 2015). Ainda, conforme Gonçalves (2014) é incompatível com a tutela, não podendo ser nomeado tutor ao menor, cujos pais não foram suspensos ou destituídos do poder familiar.

Determina o artigo 1.630 do Código Civil que “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”. Tal artigo abrange os filhos menores não emancipados, havidos ou não no casamento, desde que reconhecidos, pois só assim poderá se estabelecer juridicamente o parentesco, do mesmo modo os adotivos. Ao completar 18 anos, a menoridade cessa, e extingue-se o poder familiar, sendo que o instituto poderá extinguir-se também, em caso de emancipação (GONÇALVES, 2014).

2.2.2 Conteúdo do poder familiar

O poder familiar, como já mencionado, é representado por um aglomerado de regras, entre as quais estão os direitos e deveres conferidos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos menores. Naturalmente, assuntos relacionados à pessoa do filho são os mais importantes, ressaltando que os que aludem aos bens dos filhos foram trazidos como inovação para o Código Civil de 2002, destinado ao direito patrimonial (GONÇALVES, 2014).

O Código Civil de 2002 cuidou de disciplinar o conteúdo dos poderes conferidos aos pais, quanto à pessoa do filho, conforme se analisa no artigo 1.634 do referido Código, modificado recentemente pela lei n. 13.058, de 22.12.2014.

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

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

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

A lei n. 13.058, de 22.12.2014, trouxe algumas modificações para esse artigo que trata do exercício do poder familiar. Alguns incisos foram modificados, outros incluídos, e alguns mantiveram a mesma redação com a modificação apenas do número do inciso.

Primeiramente, analisa-se o exposto no inciso I do referido artigo, que manteve praticamente igual à antiga redação. Incumbe aos pais, não só cuidar do sustento dos filhos, mas de sua formação, tendo como objetivo torná-los úteis a si, à família e à sociedade (MONTEIRO, 2004). Entende-se que a “infração ao dever de criação configura, em tese, o crime de abandono material (CP, art. 244) e constitui causa de perda do poder familiar”, já “a infração ao dever de proporcionar ao menos educação primária aos filhos caracteriza o crime de abandono intelectual (CP. art. 246)” (GONÇALVES, 2014, p. 423).

O inciso II, foi acrescentado pela lei no artigo, e consiste em os pais deverem exercer a guarda unilateral, ou compartilhada, nos termos do artigo 1.584 do CC.

Quanto ao inciso III do referido artigo, este também não foi modificado. Salienta-se que o consentimento dos pais deve ser específico, ou seja, não poderá ser apenas consentido que o filho case, mas sim, que case com determinada pessoa.

O conteúdo previsto nos incisos IV e V foram acrescentados pela nova lei, sendo que o primeiro consiste em os pais concederem ou não consentimento para que o filho viaje ao exterior, e o segundo, em os pais concederem ou não consentimento a fim de que o filho mude sua residência para outra cidade.

Nota-se que o conteúdo exposto no novo inciso VI, é exatamente o mesmo que o antigo inciso IV do artigo 1.634 trazia. Referente ao assunto abordado no inciso comenta Rodrigues (2014), que ninguém melhor que os próprios genitores, para saber escolher a quem confiar à tutela do filho menor.

Da mesma forma, o inciso VII foi modificado, porém, apresenta redação quase idêntica a do antigo inciso V, com um pequeno acréscimo das palavras “judicial e extrajudicialmente” após a palavra “representá-los”.

Quanto ao conteúdo, tem-se que a incapacidade de fato ou de exercício, impede que os menores desempenhem, por conta própria, os atos da vida civil. A incapacidade absoluta gera a restrição total do exercício, por conta própria, do direito, sendo que o ato só poderá ser efetuado pelo representante legal do absolutamente incapaz, podendo gerar nulidade. Já a incapacidade relativa, proporciona que o incapaz pratique os atos da vida civil, porém deve ser assistido, podendo gerar anulabilidade. Gize-se que o menor até os 16 anos é representado, e dos 16 aos 18 anos é assistido por representante legal, ou responsável (GONÇALVES, 2014).

O inciso VIII, foi acrescentado pela nova lei, e trouxe redação idêntica ao antigo inciso VI. Os pais deverão reclamar os filhos, de quem ilegalmente os detenha, e poderão fazê-lo por meio de ação de busca e apreensão.

Por fim, o inciso IX também foi acrescentado pela nova lei, trazendo redação idêntica ao antigo inciso VII. As crianças e adolescentes têm direitos, mas também possuem deveres, como o de respeitar e obedecer aos pais, bem como o de prestar a eles todos os serviços condizentes com a sua situação, preparando-se assim para a vida (MONTEIRO, 2004). Ainda, conforme Gonçalves (2014), os pais podem até castigar seus filhos fisicamente, desde que o façam moderadamente, lembrando-se que a aplicação de castigos imoderados, qualifica o crime de maus-tratos, motivo de perda do poder familiar.

Pelo fato das crianças não terem capacidade de administrar sua pessoa e bens, são representados ou assistidos por seus genitores. Conforme artigo 1.689 do Código Civil de 2002 cabe aos pais quanto no exercício do poder familiar, serem usufrutuários dos bens dos filhos, bem como possuem autoridade para administrar os bens dos filhos menores.

Ainda, explica o artigo 1.690, parágrafo único, do Código Civil de 2002, que: “os pais devem decidir em comum as questões relativas aos filhos e a seus bens; havendo divergência, poderá qualquer deles recorrer ao juiz para a solução necessária”.

Quanto ao direito patrimonial dos filhos, Comel (2003) citado por Dias (2015, p. 432) discorre que:

o Código Civil é absolutamente omissivo no que se refere ao modo como eles devem administrar tal patrimônio. Apesar disso, é certo que o desempenho da função se submete à regra geral do exercício do poder familiar, pelo que deve visar precipuamente ao interesse do menor.

Dessa forma, no exercício do dever imposto aos pais, esses devem zelar pela preservação do patrimônio que administram, sendo que não podem realizar atos que de alguma forma resultem na diminuição do patrimônio (GONÇALVES, 2014). Sabe-se, conforme exposto no artigo 1.691 do Código Civil de 2002, que não é permitido aos pais “alienar, ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração”. Entretanto, tais hipóteses, só serão válidas, em casos de necessidade ou de visível interesse da criança, mediante prévia autorização do juiz.

Referente à possibilidade de o filho poder exigir prestação de conta aos pais que administram seus bens, Comel (2003) citada por Dias (2015, p. 468), entende que a “lei não prevê a obrigação dos pais de prestar contas ao filho da administração de seu patrimônio, até porque, sendo eles os administradores por mandato legal, os rendimentos lhe pertencem”.

Tem-se que caso o detentor do poder familiar, deixe de buscar autorização judicial para vender ou realizar despesas de maior volume, ficará sujeito a ter seus atos declarados nulos. Sendo que possuem legitimidade para buscar a anulação, segundo previsão do parágrafo único do artigo 1.691 do Código Civil de 2002, e artigo 201, VIII do Estatuto da Criança e do Adolescente, os filhos, os herdeiros, o representante legal e o Ministério Público.

O artigo 1.692 prevê que todas as vezes que no exercício do poder familiar, houver colidência entre os interesses dos pais com os do filho, a requerimento do Ministério Público, o juiz lhe nomeará curador especial. Nesse caso, não se exige provas que o pai tem intenção de lesar o filho, segundo Gonçalves (2014, p. 429) basta que “se coloquem em situações cujos interesses são aparentemente antagônicos, como acontece na venda de ascendente a descendente, que depende do consentimento dos demais descendentes”.

Faz-se necessário também, discorrer quanto ao exposto no artigo 1.693 do Código Civil de 2002, o qual traz as hipóteses dos bens que não são passíveis do usufruto e da administração dos pais. Veja-se:

Art. 1.693. Excluem-se do usufruto e da administração dos pais:

I - os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento;

II - os valores auferidos pelo filho maior de dezesseis anos, no exercício de atividade profissional e os bens com tais recursos adquiridos;

III - os bens deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem usufruídos, ou administrados, pelos pais;

IV - os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem

excluídos da sucessão.

Os bens mencionados no inciso II do artigo supramencionado são considerados bens reservados, logo, o que o filho receber no desempenho da atividade laboral, não se sujeita a administração do genitor. Segundo Dias (2015) é previsto no artigo 7º, XXXIII, da Constituição Federal de 1988, que o menor de 14 anos, pode exercer trabalho de aprendiz, atividade essa que é remunerada, não se fazendo apropriado da mesma forma, que reste o genitor como usufrutuário do salário do filho.

Atingindo a maioridade, os bens serão entregues ao filho com seus acréscimos, não tendo esse o direito de exigir que o genitor lhe preste contas, da mesma forma, o pai também não poderá exigir qualquer remuneração pelo trabalho desenvolvido (DIAS, 2015).

2.2.3 Extinção e suspensão do poder familiar

A suspensão e a extinção do poder familiar vêm disciplinadas no Capítulo V, Seção III do Livro IV, no Código Civil de 2002, prevendo em quais situações podem ocorrer. O artigo 1.635 do referido Código, traz as hipóteses da suspensão do poder familiar. Veja-se:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:
I - pela morte dos pais ou do filho;
II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;
III - pela maioridade;
IV - pela adoção;
V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

Esse artigo traz as causas da extinção do poder familiar, que não dependem da decisão judicial, com exceção do inciso V. Salienta-se que a incidência real dessas causas leva à extinção automática (LÔBO, 2003).

A morte só extingue o poder familiar se ambos os pais vierem a óbito, sendo que o genitor sobrevivente o deterá de forma exclusiva, enquanto viver e o filho não atingir a maioridade. Ainda, se o filho vier a óbito, perde-se o objeto do poder familiar, pois esse instituto só existe se houver filho menor.

Já a emancipação é o ato de vontade dos pais para que o filho maior de dezesseis anos e menor de dezoito atinja e exerça a plenitude da capacidade negocial. Só é possível, se ambos os genitores estiverem de acordo em emancipar o filho. Faz-se necessário lembrar, que a lei também prevê emancipação por sentença

judicial (LÔBO, 2003).

Em geral, a maioridade é atingida quando o filho completa dezoito anos de idade. Porém, segundo Lôbo (2003), nesse caso, devem-se abranger as demais hipóteses de cessação da incapacidade, como é o caso do casamento, do exercício de emprego público, da relação de emprego que faça o menor desenvolver economia própria, do estabelecimento civil ou comercial e da colação de grau científico, de difícil realização. Nesse contexto, disserta Lôbo (2003, p. 215) que “seria inconcebível que o menor pudesse casar, adquirisse a capacidade plena e, malgrado tudo, permanecesse sob o poder familiar dos pais, como ocorria na antiga Roma”.

Quanto à adoção, essa extingue o poder familiar na pessoa do pai natural, transferindo-o ao adotante. Gonçalves (2014) acredita que essa circunstância é irreversível, sendo ineficaz posterior arrependimento dos genitores, em caso de a criança já ter sido entregue a adoção mediante procedimento regular.

A extinção por decisão judicial, trazida no último inciso do artigo supramencionado, depende da configuração das hipóteses enumeradas no artigo 1.638 do Código Civil de 2002 como causas de perda ou destituição do poder familiar. Sendo assim, observa-se o exposto no referido artigo:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
I - castigar imoderadamente o filho;
II - deixar o filho em abandono;
III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Quanto ao exposto no inciso I, do artigo 1.638 do CC, Lôbo (2003, p. 225) entende que “não há fundamento jurídico para o castigo físico ou psíquico, ainda que “moderado”, pois não deixa de consistir violência à integridade física do filho, que é direito fundamental inviolável da pessoa humana [...]”.

Consoante Gonçalves (2014, p. 433), “a doutrina em geral entende que o advérbio “imoderadamente” serve para legitimar o *jus corrigendi* na pessoa do pai, pois a infração ao dever só se caracteriza quando for excessivo o castigo”.

Tanto Lôbo (2003), quanto Gonçalves (2014) apontam que ao incluir a vedação do castigo imoderado, o Código Civil de 2002 admite implicitamente o castigo físico moderado.

O abandono do filho pode ocorrer em diversas circunstâncias. O abandono priva o filho do direito a convivência familiar e comunitária, previsto no artigo 227 da

Constituição Federal de 1988, além de prejudicá-lo em muitos sentidos. Além da falta de assistência material que coloca em risco a saúde e sobrevivência do infante, tem-se também o abandono moral e intelectual, nos casos de negligência com a educação e moralidade da criança.

Visando reprimir as diversas formas de abandono de filho, o Código Penal prevê em seus artigos, 133, 134, 244, 245 e 247, o abandono de incapaz, de recém-nascido, material, moral e intelectual, respectivamente.

Quanto ao exposto no inciso III do artigo 1.638 do Código Civil de 2002, Gonçalves (2014) entende que nele se visa evitar que o mau exemplo dos pais malefície a formação moral dos filhos. Sabe-se que as crianças são facilmente influenciáveis, dessa forma, os pais devem manter uma postura apropriada e honrosa, para que nela se amolde o caráter dos filhos.

Gonçalves (2014, p. 434) lista algumas das condutas antissociais que se enquadram na expressão “atos contrários à moral e aos bons costumes”, anota-se: “o alcoolismo, a vadiagem, a mendicância, o uso de substâncias entorpecentes e a prática da prostituição”.

Nota-se que, no inciso IV do artigo 1.638 do CC, trata-se de causa de destituição do poder familiar inexistente no Código Civil de 1916. Essa inovação visa impedir que os pais repitam abusivamente as condutas que podem causar, isoladamente, apenas a pena mais branda de suspensão do exercício do poder familiar.

Já o artigo 1.636 do Código Civil de 2002, estabelece regra de incomunicabilidade do poder familiar, em razão do novo casamento ou constituição de união estável, ou seja, o poder familiar de cada genitor, existente antes da nova união familiar, não será alterado. Veja-se no referido artigo:

Art. 1.636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.

Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável.

Segundo Lôbo (2003, p. 218), em qualquer hipótese haverá convivência familiar paralela. Para melhor exemplificar sua afirmação, o referido autor traz o seguinte exemplo:

o pai que se divorciou e voltou a casar com outra mulher, tendo filho do casamento anterior, detém o poder familiar sobre esse, ao lado da

respectiva mãe; ao mesmo tempo, se tiver filho com a nova mulher, compartilhará com esta o poder familiar.

Situação similar é a dos genitores solteiros, que possuem filhos. Se vierem a casar, o novo cônjuge ou companheiro somente compartilhará o poder familiar se adotar o filho, ou no caso de ser nomeado seu tutor (LÔBO, 2003).

O Código Civil de 2002 manteve quase que intactas as hipóteses de suspensão e extinção do poder familiar, referidas no Código Civil de 1916. O artigo 1.637 do Código Civil de 2002 prevê quatro hipóteses legais de suspensão do poder familiar, quais sejam:

se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, **faltando aos deveres a eles inerentes** ou **arruinando os bens dos filhos**, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela **segurança do menor** e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe **condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão**. (Grifo próprio).

Salienta-se que segundo Lôbo (2003), os genitores que se enquadram na última hipótese do artigo retrotranscrito, não perdem o poder familiar, se o crime não tiver sido cometido contra o filho.

Os deveres inerentes aos pais não são apenas os que estão expressamente listados no Código Civil, mas também aqueles encontrados separadamente em outras legislações, principalmente no Estatuto da Criança e do Adolescente do artigo 7º ao 24, e na Constituição Federal em seu artigo 227, tais como os que visam assegurar aos filhos o direito à vida, saúde, alimentação, lazer, profissionalização, dignidade, respeito, liberdade, convivência familiar e comunitária, da mesma forma os que se dispõem a impedir que sejam submetidos a discriminação, negligência, exploração, violência, crueldade e opressão (GONÇALVES, 2014).

Sabe-se que o poder familiar é um dever dos pais, que deve ser exercido sempre respeitando os interesses do filho. O Estado moderno sente-se legitimado a entrar no íntimo da família, a fim de proteger os menores que ali vivem, reservando-se:

o direito de fiscalizar o adimplemento de tal encargo, podendo suspender e até excluir o poder familiar. Quando um ou ambos os genitores deixam de cumprir com os deveres decorrentes do poder familiar, mantendo comportamento que possa prejudicar o filho, o Estado deve intervir. É prioritário o dever de preservar a integridade física e psíquica de crianças e adolescentes, nem que para isso tenha o Poder Público de afastá-los do convívio de seus pais. (DIAS, 2015, p. 470).

A suspensão e a destituição do poder familiar são sanções aplicadas aos genitores pela infração dos deveres que lhe são cabíveis. Saliencia-se que o intuito não é de punir os genitores, mas sim preservar o interesse dos filhos, afastando-os de influências prejudiciais. Tendo em vista as sequelas que a perda do poder familiar gera, deve apenas ser decretada quando colocar em perigo a segurança ou dignidade do filho. Dessa forma, existindo chances de restauração dos laços de afetividade, o mais adequado será ocorrer somente a sua suspensão (DIAS, 2015).

Considera-se a suspensão como temporária, logo, perdura apenas o tempo que for necessário. No momento que cessar a causa que a motivou, o genitor temporariamente impedido, volta a exercer o poder familiar, tendo em vista que a suspensão deixa intacto o direito, excluindo apenas o exercício.

Quanto às formas de suspensão, disserta Gonçalves (2014, p. 438) que a “suspensão pode ser total, envolvendo todos os poderes inerentes ao poder familiar, ou parcial, cingindo-se, por exemplo, à administração dos bens ou à proibição de o genitor ou genitores ter o filho em sua companhia”.

Pode-se considerar também, a suspensão como sendo facultativa, e pode referir-se exclusivamente a determinado filho. A destituição, que é causa de extinção do poder familiar por decisão judicial, decorre de faltas graves, que segundo Gonçalves (2014), configuram também ilícitos penais e são estabelecidos no já mencionado artigo 1.638 do Código Civil de 2002.

Miranda (1971), citado por Lôbo (2003, p. 221), trouxe alguns exemplos de situações que tipificam falta dos deveres inerentes ao poder familiar, que podem fundamentar a suspensão, veja-se:

(a) os maus-tratos, que não se enquadrem no castigo imoderado, causados da perda; (b) as restrições prejudiciais, ou privações de alimentos, ou de cuidados indispensáveis, que ponham em perigo a saúde do filho; (c) exigir do menor serviços excessivos e impróprios, constitutivos de abuso do poder familiar; (d) empregar o menor em ocupações proibidas ou manifestamente contrárias à moral e aos bons costumes, ou que lhe ponham em risco a saúde, a vida, ou a moralidade; (f) o desleixo, abuso ou descuido; (g) induzir o menor ao mal, por excitar, favorecer, ou produzir o estado em que se acha, ou possa torna-lo alcoólatra e viciado em drogas; (h) deixar o filho em estado habitual de vadiagem, mendicância, libertinagem ou criminalidade.

Prevê o artigo 157 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que a suspensão poderá ser decretada liminar ou incidentalmente, ficando a criança confiada à pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade. Ainda, explica o parágrafo único do artigo 163 do referido Estatuto, que a sentença que decretar a perda ou

suspensão do poder familiar, será registrada à margem do registro do nascimento do infante.

O Código Penal em seu artigo 92, inciso II, prevê a perda do poder familiar como efeito da condenação, nos crimes dolosos, sujeitos a pena de reclusão, cometidos contra o filho (GONÇALVES, 2014).

Considera-se a perda ou destituição do poder familiar como sendo permanente, mas não necessariamente definitiva, pois os genitores podem recuperá-lo em procedimento judicial, desde que demonstrem a cessação das causas que a motivaram.

2.2.4 Proteção à pessoa dos filhos

O Código Civil de 2002 elenca as regras inerentes à proteção da pessoa dos filhos. No tocante a esse assunto, observa-se:

sobre esse tema, a codificação material traz disposições importantes, em especial nos seus arts. 1.583 e 1.584. Tais artigos foram profundamente modificados pela lei 11.698, de 13 de junho de 2008. Sucessivamente, houve nova alteração por meio da lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014, [...] denominada por alguns como *Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória*. (TARTUCE, 2015, www.migalhas.com.br) (Grifado no original).

“Ao tratar da proteção dos filhos [...], de forma didática, define o legislador o que é guarda unilateral e compartilhada, revelando a preferência pelo compartilhamento” (DIAS, 2015, p. 523).

O parágrafo 1º do artigo 1.583 do CC, não sofreu modificações pela nova lei n. 13.058/14, eis que traz a conceituação das guardas unilateral e compartilhada, veja-se:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.
§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

A primeira parte do parágrafo 1º traz a noção conceitual da guarda unilateral, a qual consiste em um dos cônjuges, ou alguém que o substitua, ter a guarda, enquanto o outro tem, a seu favor, a regulamentação de visitas. Essa espécie de guarda tende a privar o menor da convivência diária de um dos genitores. Por esse

motivo procura-se incentivar a guarda compartilhada, que pode ser solicitada por qualquer um dos genitores, bem como decretada de ofício pelo juiz, tendo em vista as necessidades específicas do filho (GONÇALVES, 2014).

Já a segunda parte, conceitua a guarda compartilhada, que segundo Rodrigues (2014, p. 295), deve ser incentivada “sempre, no entanto, que houver interesses dos pais e for conveniente para os filhos”. Não deve ser confundida com a guarda alternada, diferencia-se, pois na compartilhada, “a criança tem o referencial de uma casa principal, na qual vive com um dos genitores, ficando a critério dos pais planejar a convivência em suas rotinas quotidianas [...]”.

O parágrafo 2º por sua vez, foi totalmente modificado, tendo inclusive seus incisos revogados, encontrando-se atualmente com a seguinte redação: “na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos”.

Referente ao antigo parágrafo 2º e incisos do supramencionado artigo, comenta Freitas (2008, p. 53) que:

o rol era qualitativo, sendo o primeiro inciso o de maior prestígio. Porém os incisos são interdependentes, uma vez que, mesmo tendo o afeto destaque nas relações familistas, não há como negar que a guarda deve ser concedida àquele que propicie também melhores condições de saúde, educação e segurança ao filho.

A nova redação do parágrafo 3º traz a ideia, que em caso de guarda compartilhada, a cidade que atender melhor aos interesses dos filhos, será então a considerada base de sua moradia. Sendo que mesmo nos casos em que os genitores residam em cidades diversas, existe a possibilidade de compartilhar a guarda.

A lei n. 13.058/14 acrescentou ao artigo 1.583 o parágrafo 5º, que consiste no seguinte:

a guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

Sendo assim acredita Rosa (2015, p. 58), que independentemente do “detentor da guarda unilateral ter a faculdade de fazer todas as escolhas da vida da prole sem consultar o outro genitor, [...], existe, por outro lado, o direito de o

outro pai ou mãe ser informado a respeito da vida dos filhos”.

O Código Civil de 2002 traz em seu artigo 1.584, que:

a guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

A guarda compartilhada poderá então ser estabelecida, através de consenso dos genitores ou determinação judicial, podendo ser buscada também em ação autônoma, se não convencionada com as ações expressas no inciso I.

Observa-se no parágrafo 1º do referido artigo, que o juiz deve informar aos genitores, na audiência de conciliação, “o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas”.

O parágrafo 2º prevê que “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada [...]”, sendo que conclui-se que em caso de “um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor”, tal espécie de guarda não será aplicada.

Nos casos em que o juiz verificar, que ambos os genitores possuem condições de ter o filho em sua companhia, “deve determinar a guarda compartilhada, e encaminhar os pais, se necessário, a acompanhamento psicológico ou psiquiátrico [...], para desempenharem a contento tal mister” (GONÇALVES, 2014, p. 297). Dessa forma o §3º:

para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

Com o objetivo de evitar o descumprimento do que se acordou, anuncia o parágrafo 4º que “a alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor”.

Entende Gonçalves (2014) que mesmo não existindo nenhuma referencia a

respeito, o exposto no parágrafo 5º, poderá ser aplicado tanto para a guarda unilateral quanto para a compartilhada, observa-se:

se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

Tem-se no parágrafo 6º incorporado pela lei n. 13.058/14, a seguinte redação:

qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação.

O Artigo 1.585 do CC prevê que em sede de medida cautelar de separação de corpos ou em outra sede de fixação liminar de guarda, “a decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz [...]”, não ocorrendo dessa forma “se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte, aplicando-se as disposições do art. 1.584”.

Poderá o juiz em qualquer caso, em favor dos filhos, regular à situação dos deles em relação aos pais, de outra maneira do que a estabelecida nos artigos antecedentes sempre que houver motivo grave, conforme prevê artigo 1.586 do CC.

Por fim, salienta-se que o cônjuge que não ficar com a guarda dos filhos, tem o direito de visitá-los e de tê-los em sua companhia, bem como de fiscalizar sua manutenção e educação, nos termos do artigo 1.589 do Código Civil de 2002.

Esclarecido os assuntos atinentes ao instituto familiar, cumpre então abordar sobre os aspectos norteadores do instituto da responsabilidade civil.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL

Tendo em vista que a falta de afeto nas relações entre genitores e sua prole provocam danos na formação da personalidade das crianças, se faz necessário um estudo a respeito da responsabilidade civil, eis que tal instituto é fundamental para compreender se os genitores são responsáveis ou não pelos danos gerados nos filhos.

Dessa forma, irá se versar sobre o conceito de responsabilidade civil, sua distinção das obrigações, sua função, seus pressupostos, e por fim, suas espécies.

3.1 Conceito de responsabilidade civil

A responsabilidade civil está regulamentada no artigo 186 do Código Civil, sendo que deve-se considerar também, o artigo 927 do referido Código:

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.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Mediante interpretação dos dispositivos supramencionados, pode-se concluir que a responsabilidade civil é uma obrigação de reparação que a lei impõe àquele que por ação (culpa) ou omissão, tenha causado dano a terceiro.

Segundo Stoco (2011, p. 132), “a expressão ‘responsabilidade’ tem sentido polissêmico e leva a mais de um significado”. Sendo assim, poderá ser sinônimo de “diligência e cuidado, no plano vulgar, como pode revelar a obrigação de todos pelos atos que praticam, no plano jurídico”.

Sendo assim, enfatiza Tomaszewski (2004, p. 245):

imputar a responsabilidade a alguém, é considerar-lhe responsável por alguma coisa, fazendo-o responder pelas consequências de uma conduta contrária ao dever, sendo responsável aquele indivíduo que podia e devia ter agido de outro modo.

Norris (1996), citado por Stoco (2011, p. 133), de forma simples e objetiva doutrinou que:

o traço mais característico da responsabilidade civil talvez seja o fato de se constituir especialmente em um instrumento de compensação, [...] que seus objetivos são os de compensar as perdas sofridas pela vítima e

desestimular a repetição de condutas semelhantes em um momento posterior.

Alguns autores como Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Álvaro Villaça Azevedo, e Maria Helena Diniz, definem a responsabilidade civil da seguinte forma:

a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato ou coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva). (STOCO, 2011, p. 133).

Entretanto deve-se ter o conhecimento que a responsabilidade civil é uma “instituição, enquanto assecuratória de direitos, e um estuário para onde ocorrem os insatisfeitos, os injustiçados e os que se danam e se prejudicam por comportamentos dos outros” (STOCO, 2011, p. 133).

3.2 Distinção entre obrigação e responsabilidade

O primeiro país que começou a fazer a distinção entre obrigação e responsabilidade foi a Alemanha. Ela separou a relação obrigacional em dois momentos distintos, sendo eles o do débito e o da responsabilidade. Nesse seguimento, alude Gonçalves (2011, p. 21):

a distinção entre obrigação e responsabilidade começou a ser feita na Alemanha, discriminando-se, na relação obrigacional, dois momentos distintos: o do débito (*Schuld*), consistindo na obrigação de realizar a prestação e dependente de ação ou omissão do devedor, e o da responsabilidade (*Haftung*), em que se faculta ao credor atacar e executar o patrimônio do devedor a fim de obter o pagamento devido ou indenização pelos prejuízos causados em virtude do inadimplemento da obrigação originária na forma previamente estabelecida. (Grifado no original).

Dessa forma, nos casos em que coubesse ao devedor a realização da prestação, e ele mediante ação ou omissão deixasse de cumprí-la, o credor poderia exigir-lhe o cumprimento da referida prestação, podendo ser feita através da execução do patrimônio do devedor, objetivando o pagamento devido ou indenização pelos prejuízos causados.

A obrigação é uma relação entre credor e devedor, na qual o primeiro tem o direito de exigir o cumprimento de determinada prestação em face do segundo. É uma “relação de natureza pessoal, de crédito e débito, de caráter transitório

(extingue-se pelo cumprimento), cujo objeto consiste numa prestação economicamente aferível” (GONÇALVES, 2012, p. 20).

Ainda, Gonçalves (2012) acredita que a obrigação desponta de inúmeras fontes e deve ser cumprida espontaneamente, sendo que no momento em que não ocorrer e sobrevir o inadimplemento, surgirá a responsabilidade.

Gize-se que obrigação e reponsabilidade não se confundem, eis que a responsabilidade só surge se o sujeito passivo não cumpre espontaneamente a obrigação. Sendo assim, nas palavras de Gonçalves (2012, p. 21) “responsabilidade é, pois, a consequência jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional”.

Sobre o assunto, entende Cavalieri Filho (2014, p. 14) que obrigação é um dever jurídico originário e responsabilidade um dever jurídico sucessivo, veja-se:

obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (eixar de prestar os serviços, violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação.

Para poder identificar quem é o responsável, deve-se visualizar a lei, eis que é ela a responsável por imputar uma obrigação a alguém. Desse modo, se não houver violação do dever jurídico preexistente, ninguém poderá ser responsabilizado por algo (CAVALIERI FILHO, 2014).

O Código Civil em seu artigo 389, traz expressamente a distinção entre obrigação e responsabilidade, “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, [...]”. Tal dispositivo é aplicável à responsabilidade contratual e a extracontratual.

Nesse sentido, comenta Dias (1976) citado por Cavalieri Filho (2014, p. 15):

se o contrato é uma fonte de obrigações, a sua inexecução também o é. Quando ocorre a inexecução, não é a obrigação contratual que movimentava o mundo da responsabilidade. O que se estabelece é uma obrigação nova, que se subsistiu à obrigação preexistente no todo ou em parte: a obrigação de reparar o prejuízo conseqüente à inexecução da obrigação assumida. Essa verdade se afirmará com mais vigor se observarmos que a primeira obrigação (contratual) tem origem na vontade comum das partes, ao passo que a obrigação [...] de reparar o prejuízo, advém, muito ao contrário, contra a vontade do devedor: esse não quis a obrigação nova, estabelecida com a inexecução da obrigação que contratualmente consentira. Em suma: a obrigação nascida do contrato é diferente da que nasce de sua inexecução. [...] Nos dois casos, tem lugar uma obrigação; em ambos, essa obrigação

produz efeito.

Sendo assim, se não houver violação de um dever jurídico preexistente, não há, portanto, responsabilidade em qualquer modalidade, tendo em vista que esta é um dever sucedido daquele (CAVALIERI FILHO, 2014).

O Código Civil de 2002, na Parte Especial, Livro I, Título IX, qualifica o dever de indenizar como uma obrigação, incluindo-o juntamente com as já existentes, quais sejam: obrigação de dar, fazer e não fazer.

Nesse contexto, disserta Cavalieri Filho (2014, p. 16):

sempre se disse que o ato ilícito é uma das fontes da obrigação, mas nunca a lei indicou qual seria essa obrigação. Agora o Código diz – aquele que comete ato ilícito fica obrigado a indenizar. A responsabilidade civil opera a partir do ato ilícito, com o nascimento da obrigação de indenizar, que tem por finalidade tornar *indemne* o lesado, colocar a vítima na situação em que estaria sem a ocorrência do fato danoso. (Grifado no original).

Nota-se portanto, que o Código Civil de 2002 traz o entendimento que o cometedor de um ato ilícito fica obrigado a indenizar a vítima pelo prejuízo proporcionado, devendo restabelecer sua situação anterior ao fato danoso.

Quanto a natureza jurídica, as obrigações podem ser divididas em voluntárias, quando criadas por vontade do homem, sendo que as características são também na forma que as partes desejarem; e em legais, que são aquelas obrigações impostas pela lei, mediante cumprimento de determinados pressupostos, e é a própria lei que define quando a obrigação surge e qual seu conteúdo (CAVALIERI FILHO, 2014).

Dessa forma, não se trata de obrigação desejada pelo agente, mas sim, de acordo com Theodoro Junior (2003, p. 18):

de uma obrigação-sanção que a lei lhe impõe como resultado necessário do comportamento infrigente de seus preceitos. Ao contrário do *ato jurídico lícito*, em que o efeito alcançado, para o Direito, é o mesmo procurado pelo agente no *ato jurídico ilícito* o resultado é o surgimento de uma obrigação que independe da vontade do agente e que, até pode, como de regra acontece, atuar contra a sua intenção. (Grifado no original).

A obrigação de indenizar, possui ainda, a característica da sucessividade, pois sempre desdobra-se da violação de uma obrigação passada, determinada no contrato, na lei ou no próprio ordenamento jurídico (CAVALIERI FILHO, 2014).

Ainda, disserta Cavalieri Filho (2014) que alguns autores como Orlando

Gomes e Álvaro Villaça Azevedo, sustentam que de forma excepcional poderá existir responsabilidade sem obrigação, como por exemplo, é o caso da fiança.

Cavaliere Filho (2014, p. 17) defende que a questão é de enfoque, pois além da responsabilidade direta, por fato próprio, existe também a responsabilidade indireta, pelo fato de outrem, sendo que:

na primeira – responsabilidade direta – o agente responde pelo descumprimento de obrigação pessoal; na segunda – responsabilidade indireta – o responsável responde pelo descumprimento de obrigação de outrem, de sorte que a responsabilidade, mesmo neste caso, corresponde ao descumprimento de uma obrigação. É o que ocorre com o fiador que responde pelo inadimplemento do afiançado em relação à obrigação originária por ele assumida.

Salienta-se que a responsabilidade pode ter natureza similar ao do dever jurídico originário, com o acréscimo de outros elementos, quando o dever jurídico for de dar alguma coisa, ou ainda, de natureza diversa, nos casos em que a obrigação for de fazer alguma coisa e a responsabilidade implicar em indenização monetária. Por conseguinte, a prestação originária passa a ser substituída pela responsabilidade, sendo o devedor o mesmo indivíduo (CAVALIERI FILHO, 2014).

Destarte, importante explicar que nas obrigações que possuem conteúdo determinado, a identificação do dever originário realiza-se com facilidade, em face da lei ou negócio jurídico. Entretanto, nas obrigações de conteúdo indefinido, se faz necessário descobrir em cada caso as ações que o obrigado deverá executar a fim de concluir a obrigação originária (CAVALIERI FILHO, 2014).

Diante de todo o exposto, pode-se afirmar que a obrigação sempre irá preceder a responsabilidade, eis que é dever jurídico originário, existindo o dever jurídico sucessivo a partir do momento em que não houver o cumprimento desse dever originário.

3.3 Função da responsabilidade civil

Cabe agora, analisar a função da responsabilidade civil, para melhor entender esse instituto. Importante salientar, que neste campo impera o princípio da reparação integral, ou seja, sempre que possível, a vítima deverá ser recolocada na situação em que se encontrava antes da lesão sofrida. Sendo que isso se faz, como se verá adiante de forma mais detalhada, através de indenização fixada de modo proporcional ao dano.

O princípio da reparação integral, nas palavras de Cavalieri Filho (2014, p. 27), “tem sido o principal objetivo de todos os sistemas jurídicos para se chegar à mais completa reparação dos danos sofridos pela vítima”. E mesmo sendo um ideal que dificilmente será de fato executado, “é perseguido insistentemente por se ligar diretamente à própria função da responsabilidade civil”.

A bem da verdade, o desenvolvimento do princípio da reparação integral sucedeu-se no direito francês, apoiado na norma do artigo 1.149 do Código Civil francês, ao precisar que:

a indenização pelos prejuízos derivados do inadimplemento de obrigação nascida de contrato abrange os danos emergentes e os lucros cessantes, norma esta cuja incidência abrange a responsabilidade extracontratual por corresponder a uma exigência fundamental de justiça. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 27).

O direito brasileiro, observando o direito francês, sempre apreciou o princípio da reparação integral, tanto que no artigo 1.059 do Código Civil de 1916, ao determinar que “as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”, ainda que de forma mais implícita, positivou o referido princípio (CAVALIERI FILHO, 2014).

Nesse seguimento, a Constituição Federal ao determinar a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, também de forma implícita, estabeleceu a plena reparação dos danos causados indevidamente contra a pessoa humana. Salienta-se ainda, que o princípio foi explicitado no artigo 944, do Código Civil de 2002, ao dispor que “a indenização mede-se pela extensão do dano” (CAVALIERI FILHO, 2014).

Para Sanseverino (2011, p. 58) a doutrina propicia elementos que oportunizam identificar três funções para o princípio da reparação integral, veja-se:

a plena reparação do dano deve corresponder à totalidade dos prejuízos efetivamente sofridos pela vítima do evento danoso (**função compensatória**), não podendo, entretanto, ultrapassá-los para evitar que a responsabilidade civil seja causa para o enriquecimento injustificado do prejudicado (**função indenitária**), devendo-se estabelecer uma relação de efetiva equivalência entre a indenização e os prejuízos efetivos derivados dos danos com avaliação em concreto pelo juiz (**função concretizadora**). (Grifado no original).

Os autores Gagliano e Pamplona filho (2013), trazem como função principal da reparação civil o ressarcimento dos prejuízos causados a vítima, eis que as

coisas devem retornar ao estado em que se encontravam antes do dano. Conforme Coelho (2014, p. 283), é direito do sujeito lesado receber “compensação, pecuniária ou não, cuja contrapartida é a redução do patrimônio do devedor, causador do dano ou responsável por ele”.

Ainda, em relação as funções da reparação civil, Gagliano e Pamplona filho (2013), trazem a punição como função secundária, a qual objetiva conferir a indenização um caráter de pena, induzindo assim o sujeito a não mais lesionar. Ressaltado-se ainda, que essa função secundária dá origem a outra função, qual seja, a desmotivação social da conduta lesiva que possui cunho socioeducativo, possuindo como objetivo, publicizar que condutas similares não serão permitidas.

Salienta-se ainda, que tanto a responsabilidade civil subjetiva quanto a objetiva cumprem a função de compensação, isto é, ambas visam indenizar o credor pelo prejuízo sofrido, restabelecendo-o à condição anterior ao fato danoso (COELHO, 2014).

Nesse contexto, salienta-se que:

quando o prejuízo é meramente patrimonial, a compensação é equivalente ao dano. O devedor tem a obrigação de pagar ao credor o valor do prejuízo. [...] Já se o prejuízo é [...] extrapatrimonial, no caso de danos morais, o valor a ser pago em dinheiro não é equivalente ao dano. A dor moral é, rigorosamente falando, insuscetível de avaliação pecuniária. [...] Sempre que devida a indenização por danos extrapatrimoniais, a vítima enriquece. A função da responsabilidade civil, assim, é compensar o credor do vínculo obrigacional., seja recompondo prejuízos patrimoniais na mesma medida, seja assegurando-lhe aumento no patrimônio em contrapartida à dor moral experimentada. (COELHO, 2014, p. 284).

Dessa forma, se os danos sofridos pelo sujeito ativo forem apenas patrimoniais, a indenização será proporcional ao valor dos danos, e o credor não se enriquece com o pagamento. Por outro lado, se forem extrapatrimoniais não existirá proporcionalidade entre o dano e a indenização, e o credor enriquecerá com a consumação da obrigação de indenizar.

Friza-se que a responsabilidade civil subjetiva e a responsabilidade civil objetiva, cumprem ainda, a função preventiva, pois ao determinar a compensação de um dano, a lei já acaba por contribuir com a prevenção destes.

Segundo Coelho (2014, p. 285), a responsabilidade subjetiva e a objetiva cumprem essa função preventiva de um modo diferente, sendo que se faz necessário para uma melhor compreensão, examinar antes as funções específicas de cada espécie, eis que “enquanto a responsabilidade subjetiva sanciona atos

ilícitos, a objetiva viabiliza a socialização de custos”.

Sendo assim, observa-se que a função sancionatória é particular da responsabilidade civil subjetiva, formada em virtude da prática de ato ilícito. Essa função não se enquadra para a responsabilidade civil objetiva, pois nesse caso o sujeito agiu em conformidade com a lei e responderá “pelo dano apenas porque se encontra numa posição econômica que lhe permite socializar os custos de sua atividade entre os beneficiários dela” (COELHO, 2014, p. 287).

Diante de todo o exposto, pode-se afirmar que a sanção e a prevenção estão intimamente ligadas a responsabilidade civil subjetiva, isso pois, a sanção imposta ao devedor pela prática de um ato ilícito possui como propósito principal evitar que aquele devedor pratique de novo outro ato não condizente com a lei.

3.4 Pressupostos da responsabilidade civil

Diante de todo o assunto abordado, se faz necessário abordar ainda, sobre os pressupostos ou elementos gerais da responsabilidade civil.

Tendo em vista o artigo 186 do Código Civil de 2002, que é considerado base fundamental da responsabilidade civil, Gagliano e Pamplona Filho (2013) trazem que é possível extrair os seguintes pressupostos necessários para configurar a responsabilidade civil: a conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo causado, e por fim, o nexo de causalidade.

Referente ao primeiro pressuposto que será abordado, qual seja, o da ação humana, Diniz (2004, p. 43) traz o seguinte conceito:

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

A ação poderá ser ilícita ou lícita, sendo que a responsabilidade resultante de ato ilícito toma como base a ideia de culpa, e a responsabilidade sem culpa se baseia no risco. O agente poderá cometer uma comissão ou omissão, eis que a primeira vem a ser a prática de um ato que não se deveria realizar, já a omissão é a não obediência de um dever de fazer algo ou a prática de determinado ato que deveria realizar-se. Ainda, deverá ser voluntário, ou seja, deverá ser controlado pela vontade à qual se atribui o fato (DINIZ, 2004).

Desse modo, a essência fundamental da noção de conduta humana é a voluntariedade, que advém da liberdade de escolha do sujeito imputável, com capacidade necessária para ter consciência do que faz.

Para Pereira (1992), citado por Stoco (2011, p. 153):

cumprir, todavia, assinalar que se não insere, no contexto de 'voluntariedade' o propósito ou a consciência do resultado danoso, ou seja, a deliberação ou a consciência de causar prejuízo. Este é um elemento definidor do dolo. A voluntariedade pressuposta na culpa é a da ação em si mesma. Quando o agente procede voluntariamente, e sua conduta voluntária implica ofensa ao direito alheio, advém o que se classifica como procedimento culposos. (Grifado no original).

Outrossim, a voluntariedade não traduz obrigatoriamente a intenção de causar o dano, mas sim de ter a consciência do ato que está praticando. Sendo que pode ocorrer tanto diante de uma situação de responsabilidade subjetiva, baseada na culpa, quanto de responsabilidade objetiva, baseada no risco, isso, pois em ambos os casos o causador do dano deve agir voluntariamente, de acordo com sua própria vontade.

Referente à forma pela qual a ação humana voluntária se apresenta, Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 75), classificam-na em positiva e negativa, sendo que:

a primeira delas traduz-se pela prática de um comportamento ativo, positivo, a exemplo do dano causado pelo sujeito que, embriagado, arremessa o seu veículo contra o muro do vizinho. A segunda forma de conduta, por sua vez, é de inteligência mais sutil. Trata-se da atuação omissiva ou negativa, geradora de dano. Se, no plano físico, a omissão pode ser interpretada como um "nada", um "não fazer", uma "simples abstenção", no plano jurídico, este tipo de comportamento pode gerar dano atribuível ao omitente, que será responsabilizado pelo mesmo. (Grifado no original).

Porém, deve-se frisar que na ação omissiva a voluntariedade da conduta também está presente, sendo que se faltar esse requisito, existirá ausência de conduta na omissão, o que impossibilitará o reconhecimento da responsabilidade civil (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2013).

Como já referido anteriormente, o Código Civil de 2002, além de trazer a responsabilidade civil por ato próprio, reconhece também a responsabilidade civil indireta, ou seja, mediante ato de terceiro, por fato do animal ou por fato da coisa, conforme se extrai dos artigos 932, 936, 937 e 938, todos do referido Código.

Diante do fato da ilicitude ser considerada um aspecto necessário da ação humana voluntária, ensina Venosa (2003, p. 22) que:

o ato de vontade, contudo, no campo da responsabilidade deve revestir-se de ilicitude. Melhor diremos que na ilicitude há, geralmente, uma cadeia de atos ilícitos, uma conduta culposa. Raramente, a ilicitude ocorrerá com um único ato. O ato ilícito traduz-se em um comportamento voluntário que transgredir um dever.

Salienta-se que não se pode dizer que a ilicitude acompanha sempre a ação humana danosa causadora da responsabilização, pois a imposição do dever de indenizar poderá existir mesmo quando o agente agir de forma lícita.

Para Garcez Neto (2000, p. 142) são “exemplos de responsabilidade pelos danos resultantes de ato lícito [...] por motivo de interesse público – a indenização devida por expropriação; por motivo de interesse privado – o ato praticado em estado de necessidade”.

Tendo em vista tais exemplos, repara-se que o dever de consertar o dano causado, sucede-se de um ato lícito do infrator, que age protegido pelo direito. Sendo assim, nota-se que a ilicitude não acompanha sempre a ação humana danosa, e que por se tratar de uma situação excepcional, a responsabilização civil por ato lícito dependerá sempre de norma legal que o preveja (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2013).

Referente ao segundo pressuposto, qual seja, o de dano ou prejuízo, Cavalieri Filho (2014, p. 92) leciona que:

o dano é o grande vilão da responsabilidade civil, encontra-se no centro da obrigação de indenizar. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não fosse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. O dever de reparar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito e causa dano a outrem. Em outras palavras, a obrigação de indenizar pressupõe o dano e sem ele não há indenização devida. Não basta o risco de dano, não basta a conduta ilícita. Sem uma consequência concreta, lesiva ao patrimônio econômico ou moral, não se impõe o dever de reparar. [...] Em suma, sem dano não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa.

Dessa forma, seguindo seu próprio raciocínio, Cavalieri Filho (2014), conceitua o dano como sendo uma lesão a um bem ou interesse jurídico tutelado, patrimonial ou moral, causado pela ação ou omissão do agente. Ainda, traz que o critério adequado para conceituar o dano, é aquele que utiliza a sua causa, sua origem, direcionando-se para o objeto que foi alvo da lesão, e não para as causas econômicas ou emocionais da lesão sobre o sujeito.

Referente ao presente assunto preleciona Bittar (1964), citado por Diniz (2004, p. 66):

o dano é prejuízo ressarcível experimentado pelo lesado, traduzindo-se, se patrimonial, pela diminuição patrimonial sofrida por alguém em razão de ação deflagrada pelo agente, mas pode atingir elementos de cunho pecuniário e moral. O dano pode referir-se à pessoa ou aos bens de terceiro (inclusive direitos), nos dois sentidos enunciados, patrimonial e moral – e em ambos – mas, especialmente nessa última hipótese, deve ser determinado consoante critério objetivo, [...] e provado em concreto.

Sendo assim, o dano pode ser definido como a lesão sofrida por certa pessoa, em qualquer bem ou interesse jurídico, material ou moral, contra sua vontade, em decorrência de um determinado evento.

Salienta-se que se por ventura o dano material e o dano moral decorrerem do mesmo fato, as indenizações serão cumuláveis. Dessa forma, sabendo que a reparação do dano é uma sanção imposta ao responsável pela lesão em favor do lesado, tem-se que todos os danos devem ser ressarcíveis, eis que sempre será possível fixar uma importância em valores, a título de compensação.

Entretanto, para que o dano seja de fato indenizável, se faz necessário a conjugação de alguns requisitos mínimos, quais sejam: a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica; certeza do dano e a subsistência do dano.

Ou seja, o sujeito só será indenizado quando houver agressão a um bem tutelado, de natureza material ou não, sendo que o dano deverá sempre ser certo e efetivo, pois, aliás, ninguém poderá ser obrigado a reparar por um dano abstrato. Por fim, o dano não poderá ser reparado voluntariamente pelo lesante, sendo é claro, que se a reparação tiver sido paga pelo lesionado, a exigibilidade continua (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2013).

Destaca-se que nos casos de danos morais, é necessário observar que:

não é a dor que deve ser provada, mas, sim, a violação a um direito da personalidade. Em determinadas situações, vale acrescentar, configura-se o que se convencionou chamar de dano *in re ipsa* (demonstrado pela força dos próprios fatos), ou seja, pela própria natureza da conduta perpetrada, a exemplo do que se dá quando se perde um ente próximo da família (genitor, cônjuge ou descendente) ou se tem o nome negativado. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2013, p. 86) (Grifado no original).

Dessa forma, entende-se que o dano moral afeta a personalidade, e ofende de alguma forma a moral e a dignidade da pessoa, sendo assim, é aceito que o prejuízo moral sofrido seja provado *in re ipsa*, ou seja, não se faz necessário apresentar provas que demonstrem a ofensa moral, pois o próprio fato já caracteriza o dano (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2013).

Tradicionalmente, é classificado o dano em patrimonial ou material e dano moral ou extrapatrimonial. Sendo que para Schreiber (2007, p. 97), as outras são “meras subespécies que acabam por ensejar bis in idem no momento de quantificar a indenização; são novas situações de espécies de danos já existentes, perpetrados por novos meios”.

O dano patrimonial, também chamado de dano material, envolve a efetiva diminuição do patrimônio, ainda, atinge o conjunto de relações jurídicas, que abrange tanto as coisas corpóreas (automóvel, casa) quanto às incorpóreas (direitos de crédito). O dano material pode atingir ainda, o patrimônio futuro da vítima, sendo que além de provocar sua diminuição, é capaz de impedir sua expansão.

Nas palavras de Varela (1982) citado por Diniz (2004, p. 70) o dano patrimonial vem a ser:

a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável. Constituem danos patrimoniais a privação do uso da coisa, os estragos nela causados, a incapacitação do lesado para o trabalho, a ofensa a sua reputação, quando tiver repercussão na sua vida profissional ou em seus negócios.

O dano patrimonial mensura-se pela desigualdade entre o valor atual do patrimônio do lesado e aquele que teria se a lesão não tivesse ocorrido. Nota-se que a reparação poderá ser tanto pecuniária como natural, a qual consiste na entrega da própria coisa dita como restauração do *statu quo* alterado pela lesão (DINIZ, 2004).

Como referido à cima, existe também o dano moral ou extrapatrimonial, o qual permite as mais diversas conceituações conforme irá se analisar em seguida.

Conforme ilustra Cavalieri Filho (2014, p. 106):

há os que partem de um conceito negativo, por exclusão, que na realidade, nada diz. Dano moral seria aquele que não tem caráter patrimonial, ou seja, todo dano não material. Segundo Savatier, dano moral é qualquer sofrimento que não é causado por uma perda pecuniária. Para os que preferem um conceito positivo, *dano moral* é dor, vexame, sofrimento, desconforto, humilhação – enfim, dor da alma. (Grifado no original).

Os doutrinadores Gagliano e Pamplona Filho (2013) defendem a ideia de que o dano moral nada mais é do que uma lesão dos direitos cujo conteúdo não é pecuniário, podendo-se afirmar que o dano moral lesiona a esfera personalíssima da pessoa, violando inclusive, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens

jurídicos tutelados constitucionalmente.

Sendo assim, nota-se que o dano moral vem a ser a lesão de interesses extrapatrimoniais, sofrida por qualquer pessoa, provocada por fato danoso. Sendo que qualquer lesão sofrida por alguém no objeto de seu direito, refletirá em seu interesse (DINIZ, 2004).

Ensina Zanonni (1931) citado por Diniz (2004, p. 92) que o dano moral:

não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois estes estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano. [...] O direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente. [...] os lesados indiretos e a vítima poderão reclamar a reparação pecuniária em razão de dano moral, **embora não peçam um preço para a dor que sentem ou sentiram, mas, tão-somente, que se lhes outorgue um meio de atenuar, em parte, as consequências da lesão jurídica por eles sofrida.** (Grifo próprio).

O dano moral não se restringe mais à dor, tristeza e sofrimento, estende sua tutela a todos os bens personalíssimos. Em decorrência de sua natureza não material, o dano moral não é passível de avaliação pecuniária, sendo que o lesado poderá apenas ser compensado com a obrigação pecuniária estabelecida ao lesante, sendo esta considerada uma forma de satisfação e não de indenização (DINIZ, 2004).

Resta ainda, analisar o terceiro pressuposto da responsabilidade civil, qual seja, o nexo de causalidade. Trata-se do liame que une a conduta positiva ou negativa do agente, ao dano, sendo que a responsabilidade civil não pode existir sem a relação de causalidade entre o dano e ação que o provocou. O nexo de causalidade por tratar-se de um requisito da responsabilidade civil deverá ser provado, eis que o *ônus probandi* caberá ao autor da ação (DINIZ, 2004).

Cavaliere Filho (2014) acredita que o nexo de causalidade é a primeira questão a ser analisada na solução de casos envolvendo responsabilidade civil, pois antes de analisar se o agente agiu com culpa ou não, deve-se apurar de ele deu causa ao resultado final.

Conforme pode ser observado o artigo 13 do Código Penal traz norma expressa sobre o nexo causal, “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”. Ou seja, ninguém poderá responder por algo que não fez, logo, não há fundados motivos para examinar a culpa de alguém

que não tenha causado o dano.

Importante frisar, que a relação causal não se confunde com a culpabilidade, pois no primeiro há uma imputação objetiva, e no segundo caso há uma imputação subjetiva.

Ainda, nas palavras de Cavalieri filho (2014, p. 62):

não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido o dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito.

Sendo assim, é necessário que o ato ilícito seja o motivo que gerou o dano, e que o prejuízo sofrido pelo lesado seja reflexo desse ato. Sendo que para intentar ação de indenização, é preciso demonstrar que sem o fato alegado, o dano nunca teria ocorrido.

Existem três principais teorias que tentam explicar o nexo de causalidade. São elas: a teoria da equivalência de condições; a teoria da causalidade adequada e; a teoria da causalidade direta ou imediata.

A primeira teoria defende que qualquer circunstância capaz de produzir o dano é tida como causa, sendo que suprida uma delas, o dano não se validaria. A segunda teoria considera como causa motivadora do dano a condição por si só capaz de efetivá-la. Por fim, a terceira teoria, nada mais é que um meio-termo das outras teorias, ela requer que exista, entre a conduta e o dano, uma relação de causa e efeito direta (GONÇALVES, 2012).

Há certa imprecisão doutrinária, ao tratar sobre qual a teoria adotada pelo Código Civil brasileiro. Boa parte da doutrina acolheu a teoria da causalidade adequada, o que não foi diferente no caso do direito comparado conforme transmite Garcez Neto (2002, p. 212):

em relação ao CC francês, as normas expressas são os arts. 1.150 e 1.151, que, segundo a doutrina e jurisprudência francesas, teriam assento na teoria da equivalência das condições, que a doutrina moderna, com base nos mais acatados civilistas, repele, pois a jurisprudência agora dominante assenta os seus fundamentos e conclusões na teoria da causalidade adequada [...].

Já os doutrinadores Gagliano e Pamplona filho (2013), defendem que o Código Civil brasileiro adotou a teoria da causalidade direta ou imediata, eis que tomaram como base o artigo 403 do Código Civil de 2002, que traz a seguinte

redação: “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”.

Nesse sentido, são as palavras de Gonçalves (2012, p. 353): “das várias teorias sobre o nexos causal, o nosso Código adotou, indiscutivelmente, a do dano direto e imediato, como está expresso no art. 403”.

Diante de todo o exposto, conclui-se que o nosso Código Civil adota a teoria da causalidade direta e imediata, sendo que existem entendimentos jurisprudenciais que adotam a teoria da causalidade adequada (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2013).

3.5 Espécies de responsabilidade civil

Quanto as espécies da responsabilidade civil, existem duas, quais sejam: a subjetiva e a objetiva. No primeiro caso, o sujeito responde por dano causado em função de ato doloso ou culposos, já no segundo caso, o dolo ou culpa do sujeito causador do dano não é relevante juridicamente, só será necessário que haja nexos de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável a fim de que surja o dever de indenizar (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2013).

A bem da verdade, o que define se a espécie será subjetiva ou objetiva, é a ilicitude ou licitude da conduta do sujeito a quem se atribui a responsabilidade civil. Referente ao assunto, Coelho (2014, p. 269) traz os seguintes exemplos:

quando o motorista desobediente às leis de trânsito é obrigado a indenizar os danos do acidente que provocou, sua **responsabilidade é subjetiva**. [...] se descumpriu, enfim, o CTB, ele não agiu como deveria ter agido; incorreu em ilícito. Desta sua falta surge a obrigação de ressarcir os prejuízos sofridos pelas vítimas do acidente. Por outro lado, quando o fabricante de refrigerantes é obrigado a ressarcir os danos causados pela quebra de garrafas em que se havia concentrado maior quantidade de gás que a suportável, a **responsabilidade é objetiva**. O fornecedor agiu exatamente como deveria ter agido [...] mas em razão de futilidade humana, porém, algumas garrafas com defeito acabaram provocando lesões nos consumidores. Não houve nenhum ilícito imputável ao fabricante [...] Mesmo assim, ele é responsável civilmente pelos prejuízos. (Grifo próprio).

Será responsabilizado subjetivamente aquele que for negligente quando deveria ter sido atencioso, ou imprudente nos momentos em que a precaução e cautela se faziam necessárias, conforme o disposto na primeira parte do artigo 186 do Código Civil de 2002, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência

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

O Código Civil de 2002, no seu artigo 186, manteve a culpa como fundamento da responsabilidade civil subjetiva. No referido artigo, a palavra culpa está sendo utilizada em sentido amplo, a fim de apontar não só a culpa em sentido restrito, como também o dolo (CAVALIERI FILHO, 2014).

Dentro da doutrina subjetiva, conforme entendimento de Cavalieri Filho (2014), há como noção básica da responsabilidade civil a ideia que cada um responde pela própria culpa. Pelo fato da pretensão reparatória se caracterizar como fato constitutivo do direito, caberá sempre ao autor, o ônus de provar a culpa do réu.

Porém, existem situações em que a responsabilidade civil é atribuída a alguém por dano que não foi causado diretamente por ele, e sim por terceiro com quem mantém relação jurídica por exemplo. Nessas situações, tem-se uma responsabilidade civil indireta, em que a culpa é presumida, em função do dever geral de vigilância a que está obrigado o réu (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2013).

Referente ao acima exposto, observa Pereira (2001, p. 265):

na tese da presunção de culpa subsiste o conceito genérico de culpa como fundamento da responsabilidade civil. Onde se distancia da concepção subjetiva tradicional é no que concerne ao ônus da prova. Dentro da teoria clássica da culpa, a vítima tem de demonstrar a existência dos elementos fundamentais de sua pretensão, sobressaindo o comportamento culposo do demandado. Ao se encaminhar para a especialização da culpa presumida, ocorre uma inversão do *onus probandi*. Em certas circunstâncias, presume-se o comportamento culposo do causador do dano, cabendo-lhe demonstrar a ausência de culpa, para se eximir do dever de indenizar. Foi um modo de afirmar a responsabilidade civil, sem a necessidade de provar o lesado a conduta culposa do agente, mas sem repelir o pressuposto subjetivo da doutrina tradicional. (Grifado no original).

A responsabilização por ato ilícito pressupõe a exigibilidade de conduta diversa, sendo que não há responsabilidade civil subjetiva se ausente esse pressuposto. Nas palavras de Coelho (2014, p. 272):

se o sujeito de direito fez o que não deveria, ele é responsável exatamente porque estava ao seu alcance não fazer; ou, por outra: se não fez o que deveria, é responsável porque fazer era-lhe possível. Ao comportar-se de certa maneira, quando poderia comportar-se de outra, o sujeito de direito manifesta, num certo sentido, sua vontade.

Todavia, existem hipóteses em que não se faz necessário a caracterização do

elemento culpa, o que é o caso da responsabilidade civil objetiva.

Tem-se como marco histórico na origem da imputação de responsabilidade pelos danos em razão da culpa a Lei Aquília, a qual trazia as consequências de determinados eventos danosos para aqueles que os causassem. Outro marco, é o Código Civil de Napoleão, que, em 1804, foi o primeiro a trazer normas gerais imputando a responsabilidade civil por danos a quem os tivesse causado de forma culposa (COELHO, 2014).

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2013), o movimento objetivista surgiu no final do século XIX, no momento em que o Direito Civil, passou a ser influenciado pela Escola Positiva Penal.

Seguindo o mesmo raciocínio, Gonçalves (2012) traz que após esse período começaram a aparecer importantes trabalhos em diversos países sobre o assunto, sendo que foi na França que a tese da responsabilidade objetiva expandiu-se e consolidou-se.

O Código Civil de 2002, apesar de regular um considerável número de casos especiais de responsabilidade objetiva, adotou como regra a teoria subjetivista, conforme se verifica em uma simples leitura do já mencionado artigo 186 do CC, que traz o dolo e a culpa como fundamentos para a obrigação de reparar o dano (GONÇALVES, 2012).

Porém, as teorias objetivas não foram totalmente abandonadas, eis que existem diversas disposições que as contemplam. Nesse sentido, lembra Valler (1995) citado por Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 59), que:

apesar do Código Civil de 1916 ter adotado a teoria clássica da culpa, a teoria objetiva se estabeleceu em vários setores da atividade, através de lei especiais. Assim é, por exemplo, que o Decreto n.º 2.681, de 1912, disciplina a responsabilidade civil das estradas de ferro, tendo em vista o risco da atividade exercida. Em matéria de acidente de trabalho, a Lei 6.367, de 19 de outubro de 1976 se fundou no risco profissional e a reparação dos danos causados aos trabalhadores passou a se fazer independentemente da verificação da culpa. Também o Código Brasileiro do Ar (Decreto-Lei 32, de 18 de novembro de 1966), tendo em conta o risco da atividade explorada, estabelece em bases objetivas a responsabilidade civil das empresas aéreas. A Lei 6.453, de 17 de outubro de 1977, em termos objetivos, dispôs sobre a responsabilidade civil por danos nucleares.

Uma das teorias que tem como escopo justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco, a qual consiste na ideia de que todo aquele que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiro, ficando obrigado a repará-lo, mesmo que sua conduta não seja praticada com culpa. Disserta Gonçalves (2012, p. 49)

que “a responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, [...] que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável”.

A responsabilidade objetiva, traz a ideia que o devedor é obrigado a indenizar os danos do credor, apesar de não ter culpa alguma pelos referidos danos. Nessa modalidade, o devedor responde por ter cometido ato lícito, eis que sua conduta não é contrária as leis. Porém, deverá arcar com a indenização dos danos sofridos pela vítima do acidente.

Segundo Coelho (2014), o fundamento da responsabilidade objetiva, é a socialização de custos. Todo o sujeito de direito que possui condições econômicas favoráveis, que são capazes de permitir a socialização dos custos de sua atividade com aqueles que são atendidos por ela, devem ser objetivamente responsabilizados. Eis um exemplo:

o INSS está obrigado a pagar às vítimas de acidente de trabalho, independentemente de pesquisar a culpa pelo evento, o valor do benefício previsto em lei porque dispõe dos meios de socializar os custos correspondentes entre todos os expostos ao risco (empregados) e os beneficiados pela atividade arriscada (empregadores e sociedade), mediante a cobrança das contribuições sociais, além do recebimento das dotações cabíveis do orçamento público. (COELHO, 2014, p. 276).

Apenas pelo fato, de o sujeito ocupar posição econômica que possibilite a socialização dos custos, já é fundamento suficiente para a imputação da responsabilidade civil por ato lícito.

Outrossim, defende Coelho (2014), que as atividades que motivaram o dano indenizável não devem ser desmorecidas, pois afinal, o proveito tirado delas e usufruído pelas pessoas, é visto como algo muito compensador em frente aos danos causados a poucos. Dessa forma, nota-se que a questão na verdade não é de diminuir ou extinguir os ganhos, mas de dividir entre todos os beneficiados o custo com as indenizações dos danos causados pela atividade.

Diante disso, exemplifica Coelho (2014, p. 277):

não é, por exemplo, o caso de suspender todos os voos comerciais, em razão dos acidentes com os aviões de passageiros, mesmo com o objetivo de poupar, a cada ano, a vida de algumas milhares de pessoas. As viagens aéreas são indispensáveis ao regular funcionamento da economia do mundo todo, e, ademais, atendem, no mesmo período anual, de modo seguro centenas de milhões de passageiros. A imputação de responsabilidade objetiva às empresas de transporte aéreo (ainda que tarifada, por vezes) permite preservar a atividade econômica útil a toda a sociedade e atenuar as injustiças no tratamento dos riscos que ela necessariamente encerra.

Na responsabilidade civil objetiva, a culpa do devedor não é relevante. Não está sendo discutido qualquer apreciação moral de sua conduta, mas sim, sua capacidade econômica para socializar os custos da atividade entre todos os que se beneficiam por ela (COELHO, 2014).

Referente a teoria do risco, a qual apresenta uma responsabilidade civil objetiva, sem culpa, Cavalieri Filho (2014) explana que tal teoria acabou por ser adotada de forma ampla pelo Código Civil, como pode ser observado no parágrafo único do artigo 927 que:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

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

Essa inovação é considerada importante e apresenta um avanço em se falando de responsabilidade civil, isso pois, a admissão da responsabilidade sem culpa pelo exercício de atividade que representa risco ao direito de outrem, viabilizará ao judiciário uma maximização dos casos de dano passíveis de indenização (GONÇALVES, 2012).

Destarte, tem-se que a nova noção que deve reger a matéria no Brasil é de que vigore uma regra geral dual de responsabilidade civil, a qual deverá apresentar “a responsabilidade subjetiva, regra geral inquestionável no sistema anterior, coexistindo com a responsabilidade objetiva, especialmente em função da atividade de risco desenvolvida pelo autor do dano” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2013, p. 59).

Tendo em vista os assuntos abordados no presente capítulo, atinentes a responsabilidade civil e suas peculiaridades, é possível então realçar uma discussão sobre a possibilidade de responsabilização civil por abandono afetivo, o que será tema abordado no próximo capítulo.

4 O ABANDONO AFETIVO

Após a análise de aspectos referentes à estrutura familiar e do instituto da responsabilidade civil, cabe agora, a fim de concluir o presente trabalho monográfico, analisar a questão do abandono afetivo e suas minúcias.

O estudo desse instituto se faz necessário para a compreensão da problemática apresentada no presente trabalho, eis que busca explicar e elucidar quesitos que o cercam, quais sejam: as formas de caracterização do abandono afetivo, os efeitos causados pelo abandono afetivo, há possibilidade de indenização e a quantificação do dano moral, e por fim, posicionamentos jurisprudenciais referentes ao dever de indenizar.

4.1 Breves esclarecimentos sobre o afeto

Atualmente, na sociedade pós-moderna, “sobretudo com o prestígio de que desfruta o princípio da dignidade humana, a afetividade torna-se um imperativo à convivência em família” (CABRAL, 2012, p. 48). Eis que a família contemporânea vem ganhando novas formas, e o formalismo vem perdendo espaço aos laços afetivos.

Tendo em vista as inúmeras transformações sociais à família evoluiu, e os direitos da personalidade se mostraram em constante crescimento, requerendo cada vez mais o cuidado e o respeito nas relações familiares. A partir de então a afetividade e o respeito à pessoa humana, começaram a ser levados mais a sério, ditados pelos direitos humanos (CABRAL, 2012).

Nesse sentido, segundo Cabral (2012, p. 49), a afetividade passou a ser um “axioma, em busca da igualdade substancial, e não mais formal, efetivando o respeito às diferenças individuais, desempenhando importante papel para a construção ou a reconstrução da personalidade de cada um”.

Diante disso, cumpre esclarecer também o real significado da palavra afeto, bem como seu conceito. Trata-se de um “substantivo masculino”, que possui vínculo com a ideia de afetividade, sendo considerado de difícil conceituação, pois é algo abstrato, é uma emoção íntima sentida pelo ser humano (Ferreira, 2010, p. 99).

No entendimento de DIAS (2015, p. 52):

o afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Também tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em

cada família, compondo [...] a família humana universal, cujo lar é a aldeia global, cuja base é o globo terrestre, mas cuja origem sempre será, como sempre foi, a família.

Cabral (2012, p. 62), traz que a “afetividade se materializa nas condutas de respeito e cuidado, na busca do bem-estar, na construção da autoestima, [...] na aceitação recíproca e na compreensão”. Seguindo esse raciocínio dissertam Farias e Rosenvald (2008, p. 72):

assim, o afeto caracteriza a entidade familiar como uma verdadeira rede de solidariedade, construída para o desenvolvimento da pessoa, não se permitindo que uma delas possa violar a natural confiança depositada por outra, consistente em ver efetivada a dignidade humana, constitucionalmente assegurada.

Sendo assim, nota-se que a afetividade, a solidariedade bem como o respeito são valores indispensáveis à convivência familiar. Salientando, que somente aqueles que respeitam têm preocupação, cuidado e atenção para com os outros. Sendo que o cuidado é uma consequência natural do sentimento de respeito recíproco entre os indivíduos da família (CABRAL, 2012).

A filósofa Maria Arruda Aranha (1998, p. 143) traz um entendimento sobre o afeto, o qual é representado também por Platão, Aristóteles, São Tomás de Aquino, Descartes, Leibniz, Scheler e Russell, veja-se:

o amor (afeto), em suas várias formas, é visto pelos filósofos de dois modos: como unidade e identificação total entre dois seres; e como troca recíproca entre seres individuais e autônomos. Dentro desta última perspectiva, a troca recíproca emotivamente controlada, de atenções e cuidados tem por finalidade o bem do outro como se fosse o seu próprio. Na forma feliz desse tipo de amor, há reciprocidade, há união, mas não unidade.

Segundo Bee (2003), para os psicólogos o afeto está ligado à ideia de apego, da ligação afetiva existente entre a criança e os genitores ou terceiro que também faz parte de seu vínculo afetivo.

Refere ainda, que os vínculos afetivos e os apegos não podem ser diretamente visualizados, pois se tratam de estados internos, porém, é possível percebê-los observando os “comportamentos de apego, que são todos aqueles comportamentos que permitem a uma criança ou a um adulto conseguir e manter a proximidade em relação a uma pessoa a quem é apegado” (BEE, 2003, p. 350).

Disserta Coll (2004, p. 105), que no momento em que as crianças nascem

elas necessitam de muitos cuidados, pois são seres indefesos, contudo “têm uma grande capacidade de aprender e estão pré-programadas para se interessar por estímulos sociais e acabar se vinculando a algumas pessoas”. O autor frisa ainda, que o vínculo emocional que possui mais importância principalmente na infância, é o afetivo existente entre a criança e alguma pessoa de seu meio familiar.

Silva e Fabriz (2013, p. 34) defendem a ideia de que:

o afeto aparece como a primeira estrutura da mente, com origem a partir de uma experiência, comportando, nesses termos, um aprendizado, bem como a aquisição de uma linguagem, através da qual os esquemas funcionais afetivos são apreendidos e comunicados num diálogo interpessoal, o que demonstra a relevância da relação entre pais e filhos durante a primeira infância destes.

Importante salientar que atualmente a psicanálise considera esses afetos como sendo os produzidos mediante uma criação primária da experiência, frisando, desse modo, a importância das relações humanas (SILVA e FABRIZ, 2013).

Assumpção (2004, p. 53) disserta que “na família atual, o afeto é a razão de sua própria existência, o elemento responsável e indispensável para a sua formação, visibilidade e continuidade”. Ou seja, a principal característica que define a família é o vínculo afetivo entre os que a compõe, sendo que sem ele se terá apenas uma reunião de pessoas as quais não possuem nada em comum.

O afeto é considerado muito importante, tanto que a lei prevê a possibilidade de se estabelecer uma família por meio de adoção, sendo que o requisito básico é a existência de pessoas preparadas para acolher a criança, a fim de dar-lhe afeto e proteção. Ainda, conforme visto no primeiro capítulo, a falta do afeto e dos cuidados básicos e necessários poderão ser considerados acarretadores da destituição do poder familiar (FACHIN, 2003).

Gize-se ainda, que a Constituição Federal de 1988 ao determinar o tratamento igualitário aos filhos, mediante os princípios da inocência e da igualdade, influenciou na consolidação do afeto, ou seja, por causa deles tanto os filhos biológicos quanto os afetivos passaram a ser tutelados de igual forma. E ao prever os princípios da dignidade da pessoa humana e da prioridade absoluta da infância, garante às crianças a afetividade (FACHIN, 2003).

Dessa forma, Brazil (2010) entende que hoje os operadores do direito estão mais preocupados com a questão do afeto, pois sabem da importância que possui para as crianças, eis que é considerado um laço emocional que vincula as pessoas

a fim de se tornarem cada vez mais próximas e conseqüentemente mais felizes.

Rossot (2009, p. 10), prevê que:

o afeto já é qualificado juridicamente pelo direito. Isto importa dizer que é reconhecido como fato jurídico. Os exemplos de prescrição jurídicas que assim procedem não são numerosos, contudo sua presença no ordenamento jurídico já demonstra o reconhecimento e importância desta regulamentação.

Com intuito de exemplificar, tem-se o artigo 28 §3º do Estatuto da Criança e do adolescente que ao dispor do pedido de colocação em família substituta determina que “na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as conseqüências decorrentes da medida”.

Cabral (2012, p. 71) ensina ainda que:

os laços afetivos estabelecem, de fato, responsabilidades perenes, como se salientou, em três dimensões: pessoais, em relação à formação integral de cada parente que compõe a família, procurando suprir desde as necessidades materiais, passando pelas psicológicas, até às questões atinentes a seus sonhos, expectativas; sociais, correspondentes à sua reputação como ente familiar; e, patrimoniais, compreendendo inclusive direitos sucessórios, naturalmente decorrentes das relações fundadas no afeto.

Outrossim, salienta-se que o afeto é imprescindível nas relações familiares, eis que contribui substancialmente para a formação da personalidade das crianças e adolescentes, oferecendo ainda, um ambiente seguro onde se sintam protegidas e amadas (CABRAL, 2012).

Por fim, pontua Cabral (2012), que cumpre a família promover a felicidade e dignidade da pessoa do filho, eis que todos os seus membros são responsáveis pela construção da personalidade, pela preservação dos laços afetivos e pela constante busca de realização pessoal e familiar.

4.2 O Abandono afetivo e seus efeitos

O abandono afetivo configura-se pela “omissão dos pais, ou de um deles, pelo menos relativamente ao dever de educação, entendido este na sua acepção mais ampla, permeado de afeto, carinho, atenção, desvelo” (HIRONAKA, 2006, p. 136). Tal abandono é considerado uma afronta ao direito de cuidado e zelo, os quais

são imprescindíveis para uma saudável formação psicológica e física das crianças. O abandono afetivo refere-se ao sentimento interior do indivíduo, agride a parte subjetiva do ser, que se sente menosprezado como ser humano.

Importante salientar que nem sempre o abandono afetivo deriva da ausência de afeto entre o pai e sua prole, podendo ocorrer também em casos de dissolução do vínculo conjugal, bem como de uma decisão judicial. Nos casos de dissolução do vínculo conjugal, não é raro ocasiões em que as relações familiares ficam extremamente fragilizadas ao ponto dos pais se afastarem de seus filhos. Dessa forma se faz necessário uma reaproximação entre eles, com o intuito de reconstruir o vínculo afetivo desfeito (BRAZIL, 2010).

Entretanto, em certas situações, essa reaproximação só é possível com a intervenção do poder judiciário conforme leciona Brazil (2010, p. 47):

em muitos casos, o afastamento ocorre com a separação do casal. Não raramente, as situações de conflito familiar são levadas a um patamar tal que o núcleo familiar se dilacera. Pais e filhos se tornam estranhos. E é preciso mais que uma reaproximação. Precisam não apenas se reconhecerem, mas se conhecerem e re(construírem) o vínculo afetivo. A beligerância pode chegar a um ponto em que não há mais alternativas senão designar a árdua tarefa de resgatar os vínculos afetivos ao Judiciário.

Como já dito anteriormente, o afastamento afetivo pode ocorrer não só em decorrência do desfazimento do vínculo conjugal, ou de decisões judiciais, mas também quando inexistir o amor. Nessa hipótese, existe ausência de cuidado, zelo, e carinho durante quase toda a vida da criança ou adolescentes, e isso se deve basicamente em decorrência da falta de amor dos pais para com seus filhos. Dessa maneira, observa-se que configura o abandono afetivo quando o genitor não proporciona educação ao filho, introduzindo-se nesse contexto, os sentimentos de amor, carinho, cuidado e atenção (BRAZIL, 2010).

Tem-se ainda, o abandono material, que nada mais é que a inexistência de ajuda financeira do pai para com seus filhos, gerando uma situação em que a criança acaba por ser sustentada apenas por um dos genitores (ROMANO, 2008, www.jurisway.org.br).

Independente da forma pela qual se originou, o abandono afetivo provoca danos no desenvolvimento dos filhos, sendo que em muitos casos esse dano se torna irreparável. Souza (2010, p. 66) leciona que nas hipóteses onde houve frequentes situações de abandono, torna-se evidente o desenvolvimento desses danos, além da pressão emocional sofrida, veja-se:

na persistência dos abandonos, com frequência abate-se sobre a criança um sentimento de decepção e auto desvalorização pelo rechaço paterno, por menores que sejam as queixas organizadas que consiga manifestar. As ideias de incapacidade, de não ter podido gratificá-lo, além, de expor a criança a sentimentos de tristeza, se traduzem em muitos casos pelas dificuldades de aprendizado e quadros psicossomáticos, que se não atendidos evoluem para as dificuldades adolescentes, justamente quando será inequívoco incluir o pai nos planos terapêuticos. Outras crianças respondem com manifestações de raiva com que fazem frente à autodepreciação, podendo ainda projetar sobre a mãe responsabilidades pela ausência paterna.

Assim, nota-se que esses sentimentos são tão fortes ao ponto de provocar dificuldades no aprendizado das crianças, bem como de crescerem para distúrbios psicológicos. Existindo ainda, casos em que o filho responde violentamente, culpando o genitor guardião pelo abandono sofrido (SOUZA, 2010).

Destarte, os filhos têm ainda, direito a convivência familiar, sendo que quando são abandonados acabam por ter seus direitos de personalidade e de dignidade desrespeitados. Quanto a isso, disserta Silva (2004, p. 139):

o descumprimento do dever de convivência familiar gera um vazio no desenvolvimento afetivo, moral e psicológico do filho. É fato tão condenável quanto repugnante que pode ocasionar, de imediato, a perda do poder familiar, conforme previsto no art. 1.638 do Código Civil, tanto por caracterizar como abandono quanto por ser classificado como prática de ato contrário à moral dos filhos.

Ainda, o artigo 227 da Constituição Federal prevê em relação à proteção da criança, do adolescente e do jovem que “é dever da família, da sociedade e do Estado [...] colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Não há dúvidas que a privação a convivência familiar ocasiona os ilícitos acima descritos que se tornam cada vez mais graves quando o agressor é o genitor, que mesmo tendo reconhecido o filho, a ele “não desfere o amparo afetivo, a assistência moral e psíquica, atingindo, por consequência, sua honra, a dignidade, a moral e a reputação social, enfim, atributos ligados à personalidade deste ofendido” (SILVA, 2004, p.140).

No entanto, referente ao ato de abandonar o filho menor, Silva (2004, p. 141) ainda comenta que:

trata-se em suma, da recusa de uma das funções paternas, sem qualquer motivação, que agride e violenta o menor, comprometendo seriamente seu desenvolvimento e sua formação psíquica, afetiva e moral, trazendo-lhe dor imensurável, além de impor-lhe ao vexame, sofrimento, humilhação social, que, ainda, interfere intensamente em seu comportamento, causa-lhe angústia, aflições e desequilíbrio em seu bem-estar. Mesmo sendo menor,

já estão tuteladas sua honra e moral, posto ser um sujeito de direito e, como tal, não pode existir como cidadão sem uma estrutura familiar na qual não há a assunção do verdadeiro “papel de pai”. (Grifado no original).

As consequências do abandono são imensuráveis para a criança, eis que os sentimentos são de rejeição e de humilhação, os quais se transformam em causas de danos irreversíveis, que em boa parte das vezes requerem cuidados médicos e psicológicos por longo tempo.

Disserta Hironaka (2012, www.webartigos.com), que o abandono afetivo pode promover inúmeras sequelas, veja-se:

a ausência injustificada do pai, como se observa, origina evidente dor psíquica e conseqüente prejuízo à formação da criança, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção – função psicopedagógica – que a presença paterna representa na vida do filho, mormente quando entre eles já de estabeleceu um vínculo de afetividade. Além da inquestionável concretização do dano, também se configura, na conduta omissiva do pai, a infração aos deveres jurídicos de assistência imaterial e proteção que lhe são impostos como decorrência do poder familiar.

Segundo Souza (2009, www.arpensp.org.br), por mais amor e cuidado que a mãe e demais familiares tenham com a criança, o abandono pelo genitor, como já mencionado anteriormente, pode resultar problemas no comportamento social e mental da criança, que o marcarão para sempre. As pessoas não entendem a forma omissiva do sujeito que gerou os danos, e o vazio sem justificativa preenche de maneira negativa a vida da criança abandonada.

Dessa forma, a autora ainda discorre que:

a dor psicológica de não ser querido e cuidado por quem se espera tais sentimentos e atitudes, naturalmente, são capazes de desmoronar o ser em formação e a lógica, que permeia suas indagações mais íntimas. É o querer saber por que “todos” têm pai presente, e somente ele não; é generalizar que seus amigos são amados por seus pais e que estes os têm com as melhores expectativas para o futuro. Mas, que o seu caso é “abandono premeditado”, por não ser digno, por exemplo, de ser amado. As consequências são distúrbios de comportamento, com baixa auto-estima, problemas escolares, [...] e sensação da perda de uma chance, mesmo que ilusória, de ser completo e mais feliz. (SOUZA, 2009, www.arpensp.org.br) (Grifado no original).

A Lei incumbe aos pais, à responsabilidade em tudo aquilo que for pertinente aos cuidados com os filhos. Sendo que a ausência de tais cuidados acaba por violar a integridade psicofísica dos filhos, assim como o princípio da solidariedade familiar, os quais são protegidos pela Constituição Federal de 1988 (DIAS, 2015).

Diante do exposto, tendo em vista a breve explanação sobre as consequências do abandono afetivo dos pais em face das crianças, irá se falar no próximo tópico a respeito da responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo.

4.3 Responsabilidade civil por abandono afetivo

Salientou-se no tópico anterior, que os pais possuem o dever de cuidar dos filhos, sendo que nos casos onde não há esses cuidados adequados, as crianças acabam por ter principalmente sua integridade psicofísica agredida. Dessa forma, destaca-se ainda, que esse tipo de violação é passível de dano moral, sendo que o sujeito causador do dano é obrigado a indenizar. Sobre o fato de prestar tal indenização, disserta Dias (2015, p. 543) que:

a indenização deve ser em valor suficiente para cobrir as despesas necessárias para que o filho possa amenizar as sequelas psicológicas. Não só o genitor que abandona o filho, mas também aquele que oculta do outro a existência do filho, impedindo o estabelecimento do vínculo de paternidade, deve ser responsabilizado.

Quanto à existência de ações indenizatórias baseadas no abandono afetivo, Souza (2009, www.arpensp.org.br) entende que:

elas existem porque a dor pode não ser palpável, mas é real. As sequelas são provadas por laudos periciais de especialistas: Psicólogos, Assistentes Sociais, dentre outros; prova documental, como boletins escolares e fotografias; depoimento de testemunhas, além de interrogatório minucioso do Juiz competente.

Já para Dias (2015), tendo em vista que já foi comprovado que a falta de convívio com os genitores pode gerar danos às crianças, a ponto de comprometer o seu desenvolvimento pleno, a omissão do genitor desenvolve dano afetivo passível de ser indenizado. Lembrando-se que a negligência motiva, inclusive, a perda do poder familiar, pelo fato de configurar abandono afetivo, nos termos do artigo 1.638, inciso II, do Código Civil.

A autora ilustra ainda, que esta penalização não é o suficiente, veja-se:

esta penalização não basta. A decretação da perda do poder familiar, isoladamente, pode constituir-se não em uma pena, mas bonificação pelo abandono. A relação paterno-filial vem assumindo destaque nas disposições sobre a temática da família, deixando clara a preocupação com os filhos como sujeitos, e não como assujeitados ao poder paterno ou, mais especificamente, ao poder do pai. (DIAS, 2015, p. 543).

Interessante mencionar, que sofre dano tanto o filho que não conheceu o pai, como o pai que não sabia da existência do filho, ou foi afastado de forma a não conseguir conviver com ele. Eis que a genitora poderá ser penalmente responsável por sua postura, sendo condenada a indenizar o pai e o filho por ter gerado a ambos dano afetivo (DIAS, 2015).

Hironaka (2000, p. 148), ensina que a indenização por abandono afetivo “pode converter-se em instrumento de extrema relevância e importância para a configuração de um direito das famílias mais consentâneo podendo desempenhar papel pedagógico no seio das relações familiares”.

Dias (2015) aduz ser evidente que o relacionamento mantido sob pena de prejuízo econômico, não se mostra a forma mais adequada de manter um vínculo afetivo, ainda assim, mesmo nos casos de pais que só veem o filho por receio de terem que pagar indenização, isso é melhor do que causar no filho o sentimento de abandono. “Ora, se os pais não conseguem dimensionar a necessidade de amar e conviver com os filhos que não pediram para nascer, imperioso que a justiça imponha coactamente essa obrigação” (DIAS, 2015, p. 544).

Contudo, para que haja o dever de indenizar, deve-se haver ato lesivo, contrário ao direito. A responsabilidade civil remete à ideia de concessão das consequências prejudiciais da conduta do infrator. Para que a responsabilidade civil seja configurada, também se faz necessário a existência de dano ou prejuízo. Sem a existência desse elemento não teria o que indenizar, e automaticamente não teria o que responsabilizar (PEREIRA, 2012).

Conforme Pereira (2012, p. 11), que foi um dos primeiros juristas a levar o tema à justiça, o “abandono parental deve ser entendido como lesão a um interesse jurídico tutelado, extrapatrimonial, causado por omissão do pai ou da mãe no cumprimento do exercício e das funções parentais”.

Madaleno (2006) ensina que o dano à dignidade humana do filho em formação deve ser passível de reparação material, tanto para que os deveres parentais omitidos não fiquem impunes, quanto para que, no futuro, toda e qualquer posição irresponsável de abandono possa ser descapacitada pelo judiciário, ao exibir que o afeto tem um preço alto na nova configuração familiar.

O dano moral é perfeitamente cabível no direito de família, eis que não há elencado dentro do ordenamento jurídico qualquer proibição conforme entendimento de Branco (2006, p. 116):

havendo violação dos direitos de personalidade, mesmo no âmbito da família, não se pode negar ao ofendido a possibilidade de reparação do dano moral, não atuando esta como fator desagregador daquela instituição, mas de proteção da dignidade de seus membros. A reparação, embora expressa em pecúnia, não busca, neste caso, qualquer vantagem patrimonial em benefício da vítima, revelando-se na verdade como forma de compensação diante da ofensa recebida, que em sua essencial é de fato irreparável, atuando ao mesmo tempo em seu sentido educativo, na medida em que representa uma sanção aplicada ao ofensor, irradiando daí seu efeito preventivo.

Acerca do dano moral, Sampaio (2002, p. 91) expõe que:

em suma, configura-se dano moral indenizável quando alguém, em razão da prática de um ato ilícito, suporta uma dor ou um constrangimento, ainda que sem repercussão em seu patrimônio. Isto é, objetivamente, do ato ilícito não se vislumbra diminuição do patrimônio da vítima. Nem poderia ser diferente, já que, ferido direito personalíssimo (honra, imagem etc.), fica impossibilitada a restauração da situação anterior. Diante disso, assume a indenização, de ordem pecuniária, a finalidade de compensar ou atenuar a dor ou o constrangimento suportado.

Portanto, o dano moral decorre de uma ofensa ao ânimo psicológico da criança, sendo caracterizado ainda pelos sentimentos de dor e tristeza sofridos.

Ao analisar o primeiro caso de abandono afetivo a chegar a uma Corte Superior Brasileira, Pereira (2008, www.mp.ce.gov.br) protestou:

será que há alguma razão/justificativa para um pai deixar de dar assistência moral e afetiva a um filho? A ausência de prestação de uma assistência material seria até compreensível, se se tratasse de um pai totalmente desprovido de recursos. Mas deixar de dar amor e afeto a um filho... não há razão nenhuma capaz de explicar tal falta.

O jurista disserta que embora não seja possível obrigar uma pessoa amar a outra, os genitores que não dessem carinho e afeto aos filhos, deveriam receber uma punição da sociedade. Ainda, defende que a importância deste caso, que vai além da esfera do particular, é que ele traz uma nova reflexão ao direito:

um pai ou uma mãe que se nega a conviver com seu filho menor, ou não dá afeto, está infringindo a lei e deve, ou pode, ser punido por essa falta? No exercício do poder familiar [...] está claro que este é um dos deveres dos pais em relação aos seus filhos. [...] As razões apresentadas estão apoiadas em que não se pode coagir um pai a amar seu filho, pois, afinal, o amor não tem preço e não há como obrigar alguém a amar outrem, nem mesmo pais aos filhos, ou vice-versa. [...] No entanto, a esta desatenção e a este desafeto devem corresponder uma sanção [...]. Se um pai ou uma mãe não quiserem dar atenção, carinho e afeto àqueles que trouxeram ao mundo, ninguém pode obrigá-los, mas à sociedade cumpre o papel solidário de lhes dizer, [...] que tal atitude pode comprometer a formação e o caráter dessas pessoas abandonadas, afetivamente. (PEREIRA, 2008, www.mp.ce.gov.br).

Porfírio (2010, www.conjur.com.br) por outro lado, defende que a matéria que envolve a responsabilidade civil por abandono afetivo preocupa os magistrados, diante do risco de banalização e pelo fato de que não havendo obrigação legal, não haveria ato ilícito, veja-se:

a matéria que envolve responsabilidade civil por abandono afetivo divide e preocupa magistrados, principalmente, por conta do risco da banalização, da criação de uma indústria do dano moral ou de servir de meio de revanche. Quem defende a tese intransigentemente contrária ao dano moral argumenta que, não existindo a obrigação legal, não há ato ilícito, ainda que da falta de amor resulte algum dano afetivo ao filho.

Isso posto, surge então à dúvida se é possível ou não indenizar o filho por abandono moral e se o valor pecuniário advindo de uma indenização devolve ao filho abandonado a convivência, o amor, a companhia, o afeto que ele deixou de receber por toda sua infância (VENÂNCIO, 2012, www.jus.com.br).

Tendo em vista o abandono afetivo ser um dano ligado às relações familiares, se faz imprescindível para que esse dano se configure, a lesão da personalidade do filho. Torna-se necessária a confrontação do dano com os pressupostos da responsabilidade civil não patrimonial (MELLO, 2015).

Dessa forma, se faz necessário primeiramente que haja um dano, o qual deverá ser comprovado que de fato causou efeitos ao filho abandonado pelos genitores, demonstrando ainda, o sofrimento e a dor suportados pela criança. Após, há de se falar na configuração da culpa consciente dos genitores que por uma ação ou omissão, atentaram contra os direitos da personalidade do filho, ocasionando no sofrimento deste (DORNELAS, 2012, www.intertemas.br).

Por fim, configurada a conduta, o dano e a culpa, se faz necessário à presença do nexo de causalidade, que relaciona a conduta dos genitores com o dano psicológico sofrido pelo filho. Para que haja o dever de indenizar, deve-se provar que o ato ilícito praticado pelo genitor foi o motivo que originou o dano. Sempre deverá haver uma relação entre a conduta e o resultado, para restar definitivamente demonstrada a responsabilidade civil e o cabimento do dano moral (MELLO, 2015).

Cada vez mais estudos sobre o tema vêm surgindo, e como se verá no tópico a seguir, existem inúmeras divergências a respeito do dever de indenizar ou não o filho abandonado.

4.4 Posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema

Quanto à reparação indenizatória por abandono afetivo dos pais perante os filhos, tanto na doutrina brasileira quanto nas decisões judiciais dos tribunais brasileiros, não é pacífico o entendimento, sendo que divide muitas opiniões de especialistas do Direito de Família (SOUZA, 2009, www.arpensp.org.br).

Dessa forma, se irá abordar sobre ambos os posicionamentos, trazendo julgados reais e entendimentos de alguns juristas sobre o tema.

Segundo Couto (2015, www.jus.com.br), existem duas posições quanto ao tema, à primeira entende não ser cabível indenização pela ausência de amor ou rompimento dele, já a segunda entende que a falta de afeto gera obrigação de indenizar.

Referente a primeira corrente, o autor acredita ainda, que a indenização não atenderia o objetivo de reparação financeira, pois já há o amparo nesse sentido com a pensão alimentícia, e também não alcançaria efeito punitivo, pois já foi obtido com meios previstos na lei, como é o exemplo da destituição do poder familiar.

“Desta feita, como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização” (PARÍSIO, 2015, www.jus.com.br).

Para essa corrente a falta de afeto na relação dos genitores com seus filhos, não gera responsabilidade civil, tampouco direito de indenizar. Não pode a lei obrigar o responsável a sentir afeto pelos filhos, pois tal laço é componente que advém do espírito, do psíquico humano, não sendo possível a lei determinar a sua criação ou extinção (SILVA, 2013, www.jus.com.br).

Ainda, quanto àqueles que são contra a ideia de que os pais deveriam indenizar seus filhos, Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 740) pontuam que:

aqueles que se contrapõem à tese sustentam, em síntese, que a sua adoção importaria em uma indevida *monetização do afeto*, com o desvirtuamento da sua essência, bem como a impossibilidade de se aferir quantidade e qualidade do amor dedicado por alguém a outrem, que deve ser sempre alfo natural e espontâneo, e não uma obrigação jurídica, sob controle estatal. (Grifado no original).

Um caso notório ocorreu no extinto Tribunal da Alçada de Minas Gerais, que condenou um genitor ao pagamento de duzentos salários mínimos ao filho, por tê-lo abandonado. No caso, os genitores se divorciaram, e após o nascimento de uma

filha, fruto da sua nova união, o genitor afastou-se afetivamente do filho, porém continuou efetuando o pagamento da pensão alimentícia. Em primeira instância, o Juiz julgou improcedente o pedido inicial, salientando:

não haver estabelecido o laudo psicológico exata correlação entre o afastamento paterno e o desenvolvimento de sintomas psicopatológicos pelo autor, não tendo detectado o expert sinais de comprometimento psicológico ou qualquer sintomatologia associada a eventual malogro do laço paterno filial. (GONÇALVES, 2005, www.stj.jusbrasil.com.br).

O Tribunal deu provimento ao recurso a fim de condenar o genitor ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 44 mil (200 salários mínimos na época) eis que entendeu que restou configurado nos autor o dano sofrido pelo filho, no que tange a sua dignidade, bem como a conduta ilícita do pai, no momento em que deixou de cumprir seu dever familiar de convívio com o filho (GONÇALVES, 2005, www.stj.jusbrasil.com.br).

Nesse sentido observa-se a ementa do referido julgado, relatado pelo Desembargador Unias Silva, (2004, p. 134):

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - RELAÇÃO PATERNO-FILIAL - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. Apelação Cível 408.550.504, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça de MG, Relator: Unias Silva, Julgado em 01/04/2004, DJ 29/04/2004, p. 134. (Grifo próprio).

Entretanto apesar de pioneira, a decisão que concedeu a indenização foi reformada pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo afastada a condenação a título de danos morais decorrente do abandono afetivo (ALVES, 2013). Veja-se o acórdão a seguir, relatado pelo Ministro Fernando Gonçalves (2005, p. 456):

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido. REsp. 757.411/MG, Relator: Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, Julgado em 29/11/05, DJ 27/03/2006, p. 456. (Grifo próprio).

O STJ entendeu que não haveria o dever de indenizar, pois não há como obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, sendo que nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a fixação da indenização. Ainda em seu

voto, o relator salientou que inexistindo a possibilidade de reparação prevista no artigo 159 do Código Civil de 1916 (atualmente artigo 186 do Código Civil de 2002) não há como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de indenização (GONÇALVES, 2005, www.stj.jusbrasil.com.br).

Nesse sentido, ainda existem outros casos, em que não foi concedido ao filho indenização pelo abandono afetivo. Veja-se o seguinte julgado, relatado pelo Desembargador Alzir Felipe Schmitz (2009, p. 35):

APELAÇÃO CÍVEL. ALIMENTOS E INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO. [...] REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS DECORRENTES DE ABANDONO. INOCORRÊNCIA. Sendo subjetiva a responsabilidade civil no Direito de Família, o dever de indenizar pressupõe o ato ilícito. Ausente a prova do ato ilícito e, mais do que isso, comprovado nos autos que o recorrente contou com a figura de pai, que inclusive contribuiu financeiramente com a criação do filho, sequer há indícios de dano moral efetivo. Portanto, deve ser confirmada a sentença de improcedência. [...] Apelação Cível Nº 70030142285, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 30/07/2009, DJ 11/08/2009, p. 35. (Grifo próprio).

Seguindo o mesmo raciocínio tem-se também, o julgado relatado pelo Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves (2010, p. 39):

ALIMENTOS. FILHO MAIOR E CAPAZ. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ABALO EMOCIONAL PELA AUSÊNCIA DO PAI. 1. [...] 2. O pedido de reparação por dano moral no Direito de Família exige a apuração criteriosa dos fatos e o mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui situação capaz de gerar dano moral [...] 3. **Embora se viva num mundo materialista, nem tudo pode ser resolvido pela solução simplista da indenização, pois afeto não tem preço, e valor econômico nenhum poderá restituir o valor de um abraço, de um beijo, enfim de um vínculo amoroso saudável entre pai e filho, sendo essa perda experimentada tanto por um quanto pelo outro.** Recurso desprovido. [...] Apelação Cível Nº 70032449662, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 26/05/2010, DJ 04/06/2010, p. 39. (Grifo próprio).

Quanto a segunda corrente, essa entende de forma diferente. “Não se trata de impor um valor ao amor, mas reconhecer que o afeto é um bem que tem valor” (DIAS, 2015, p. 98), e, portanto, a omissão em amar gera efeitos civis passíveis de indenização.

No mesmo seguimento, disserta Silva (2004, p. 141):

não se trata, pois, de "dar preço ao amor" – como defendem os que resistem ao tema em foco –, tampouco de "compensar a dor" propriamente dita. Talvez o aspecto mais relevante seja alcançar a função punitiva e dissuasória da reparação dos danos, conscientizando o pai do

gravame causado ao filho e sinalizando para ele, e outros que sua conduta deve ser cessada e evitada, por reprovável e grave. (Grifo próprio).

Referente aos que defendem o dever de indenizar, Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 740) discorrem que:

os partidários da tese que defendem a ideia de uma paternidade/maternidade responsável, em que a negativa de afeto, gerando diversas sequelas psicológicas, caracterizaria um ato contrário ao ordenamento jurídico e, por isso, sancionável no campo da responsabilidade civil.

A lei obriga e responsabiliza os pais no tocante aos cuidados com os filhos. Sendo que ausentes esses cuidados, resta configurado o abandono moral, violando a integridade psicofísica dos filhos. Esse tipo de violação configura dano moral, e quem causa dano é obrigado a indenizar (SILVA, 2013, www.jus.com.br).

Importante salientar que a primeira decisão favorável acerca do referido tema foi proferida pelo Juiz Mario Romano Maggioni, por meio da Comarca de Capão da Conoa/RS, processo nº 141/1030012032-0, no dia 16.09.2003, a qual condenou o pai ao pagamento de uma indenização ao filho em razão do abandono afetivo, no valor equivalente a R\$ 48 mil (MAGGIONI, 2004).

Como bem declarou o magistrado ao proferir a sentença, é evidente que o poder judiciário não pode obrigar ninguém a ser pai, salientando que:

aquele que optou por ser pai deve desincumbir-se de sua função, sob pena de reparar os danos causados aos filhos. Nunca é demais salientar os inúmeros recursos para evitar a paternidade (vasectomia, preservativos etc.). Ou seja, **aquele que não quer ser pai deve precaver-se. Não se pode atribuir a terceiros a paternidade. Aquele, desprecaído, que deu origem ao filho deve assumir a função paterna não apenas no plano ideal, mas legalmente. Assim, não estamos diante de amores platônicos, mas sim de amor indispensável ao desenvolvimento da criança.** (MAGGIONI, 2004, p. 149) (Grifo próprio).

Ao fundamentar sua decisão, o magistrado declarou ainda que:

a educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se autoafirme. **Desnecessário discorrer acerca da presença do pai no desenvolvimento da criança. A ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho recém-nascido ou em desenvolvimento violam a sua honra e a sua imagem.** (MAGGIONI, 2004, p. 149) (Grifo próprio).

O caso em questão, embora peculiar na época, não causou grandes discussões no meio jurídico, pois o réu restou revel, e não houve recurso, restringindo assim a repercussão (MELLO, 2015).

Em abril de 2012, o tema da responsabilização civil, voltou à tona no direito de família brasileiro. Com posicionamento surpreendente, liderado pela Ministra Nancy Andrighi, surgiu uma decisão exemplo, que causou transformações e trouxe um novo foco para a questão (PESTANA, 2015, www.ptaadvocacia.com.br).

O caso em tela tratava-se de uma ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais, ajuizada pela filha em virtude de ter sofrido abandono material e afetivo por parte de seu pai durante sua infância e juventude, eis que mesmo reconhecendo a paternidade, não concedeu a ela o mesmo tratamento que tinha com os outros filhos. O Juiz de primeiro grau julgou improcedente o pedido, fundamentando que o distanciamento entre pai e filha deveu-se principalmente em decorrência do comportamento agressivo da mãe em relação ao pai, nas situações em que houve contato entre eles, após o término do relacionamento (ROSA, CARVALHO e FREITAS, 2012).

Após recurso da autora, o Tribunal de Justiça de São Paulo reformou a sentença, dessa vez reconhecendo o abandono afetivo e condenando o genitor a pagar o valor de R\$ 415 mil como indenização à filha, nos termos da seguinte ementa, relatada pela Desembargadora Daise Fajardo Nogueira Jacot (2008, p. 249):

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. FILHA HAVIDA DE RELAÇÃO AMOROSA ANTERIOR. ABANDONO MORAL E MATERIAL. PATERNIDADE RECONHECIDA JUDICIALMENTE. PAGAMENTO DE PENSÃO ARBITRADA EM DOIS SALÁRIOS MÍNIMOS ATÉ A MAIORIDADE. ALIMENTANTE ABASTADO E PRÓSPERO. IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Apelação Cível 361.389.4/2-00, Sétima Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de SP, Relatora: Daise Fajardo Nogueira Jacot, Julgado em 26/11/2008, DJ 16/07/2008, p. 249.

Em recurso especial, o genitor sustentou que não abandonou a filha, mas que se tivesse o feito, esse fato não configuraria conduta ilícita, sendo que a única punição legal prevista para o descumprimento das obrigações relativas ao poder familiar é a perda do respectivo poder. Ainda, alegou que o posicionamento adotado pelo TJ/SP diverge do entendimento do STJ para a matéria, consolidado pelo julgamento do Recurso especial n^o 757.411/MG, que afasta a possibilidade de compensação por abandono moral ou afetivo (ANDRIGHY, 2012, www.stj.jus.br).

O julgamento do recurso foi de relatoria da Ministra Nancy Andrighi (2012, p.

2.184), veja-se a ementa:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. [...] 3. **Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico [...]** REsp.1.159.242/SP, Terceira Turma, Tribunal de Justiça de SP, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Julgado em 24/04/2012, DJ 10/05/2012, p. 2.184.

No voto, a Ministra deixa claro que não é possível obrigar alguém a amar o filho, vez que “amar é faculdade, cuidar é dever” (ANDRIGHY, 2012, www.stj.jus.br). Ainda, relata que:

o cuidado, distintamente, é tisdado por elementos objetivos, distinguindo-se do amor pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos –quando existirem -, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. (ANDRIGHY, 2012, www.stj.jus.br).

Por fim, o recurso foi julgado parcialmente procedente pelo STJ, eis que reduziram o valor fixado pelo TJ/SP de R\$ 415 mil para R\$ 200 mil de indenização, por entenderem que apesar de haver agressões ao dever de cuidado perpetradas pelo genitor em decorrência de sua filha, o valor fixado era demasiadamente elevado (ANDRIGHY, 2012, www.stj.jus.br).

Recentemente, no mês de setembro deste ano de 2015, a juíza Geilza Fátima Cavalcanti Diniz atuante na 3ª Vara Cível de Brasília condenou um pai a pagar indenização por danos morais ao filho, diante do descumprimento do dever de cuidado (DINIZ, 2015, www.tjdft.jus.br).

A magistrada ao sentenciar afirmou que se deve distinguir o dever de cuidar do dever de amar, veja-se:

não é a falta de amor ou a falta de afeto, como dito alhures, que gera o ato ilícito e o dever de indenizar, pois o amor e afeto não são e não podem ser impostos pelo ordenamento jurídico, por serem sentimentos. **A conduta que pode ser caracterizada como ilícita e eventualmente ensejar o dever de indenizar é a falta de dever de cuidado, não qualquer um, mas aquele que decorre da legislação civil e que é imposto a todos os pais, como dever inerente ao poder familiar.** (DINIZ, 2015, www.tjdft.jus.br) (Grifo próprio).

Dessa forma, a magistrada concluiu que o genitor descumpriu sua obrigação legal de dirigir a criação e educação de seu filho, o que configura ato ilícito culposo, sendo assim, arbitrou em R\$ 50 mil o valor da compensação por danos morais. Ainda não houve recurso por parte do genitor.

Diante dos julgados aqui expostos, conforme já referido anteriormente, nota-se que ainda há divergências no mundo jurídico brasileiro, em relação ao dever de indenizar as crianças abandonadas afetivamente por seus genitores. Porém, como visto, é possível sim responsabilizar civilmente os genitores, atribuindo a eles o dever de pagar indenização ao filho abandonado, quando comprovado a conduta ilícita do pai em relação ao filho, o dano, bem como o nexo de causalidade entre a conduta e o dano sofrido.

Dessa forma, se faz necessário analisar de forma conjunta os dois julgados mais influentes até hoje ao se tratar de responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo dos pais perante os filhos, qual sejam, o Recurso especial 757.411/MG, no qual o STJ não admitiu a responsabilização pela falta de afeto, e o Recurso especial 1.159.242/SP, no qual o STJ entendeu ser possível que um pai seja condenado por abandonar afetivamente seus filhos (ROSA, CARVALHO e FREITAS, 2012).

O Superior Tribunal de Justiça teve a possibilidade de analisar nessas duas ocasiões a discussão referente à existência, ou não, de um dever fundamental dos pais em dar afeto aos filhos, porém, conforme pontuam Silva e Fabríz (2013), os “Ministros envolvidos em tais julgamentos não objetivaram distinguir a natureza da obrigação de dar afeto, ou seja, se trata de uma mera obrigação moral ou se configuraria um dever fundamental dos pais em relação aos filhos”.

Porém, mesmo que o STJ não tenha apreciado a existência de um dever fundamental dos pais em possibilitar esse relacionamento afetivo com os filhos, Silva e Fabríz (2013), creem que não só a Constituição Federal de 1988, como todo o ordenamento jurídico de direito de família, assegura direitos relativos à criança, o que em contrapartida, demonstra a existência de deveres inerentes aos pais, Estado e à sociedade em geral, ligados a esses direitos. Demonstrando assim, “a existência de um dever fundamental dos pais, antes de quaisquer outros, em dar afeto aos seus filhos” (SILVA e FABRIZ, 2013, p. 42).

Uma das questões que levaram o STJ a condenar o genitor, foi o tratamento desigual que teve com sua filha. Ainda, que o dano moral no campo do direito de família é incomum e que o abandono afetivo foi agravado em razão do tratamento

discriminatório em comparação com outros os filhos, porque afinal, a lei não admite a distinção, pelos pais, entre as espécies de filhos, sejam eles naturais ou reconhecidos (ROSA, CARVALHO e FREITAS, 2012).

Destaca-se ainda, que ao contrário do que todos esperavam na época, o julgamento do Recurso Especial 1.159.242/SP que reconheceu a possibilidade de indenização, não serviu como meio de uniformização da jurisprudência, pois os Ministros consideraram que esse caso e o do Recurso Especial 757.411/MG que não admitiu a responsabilização pelo abandono, “traziam fatos peculiares e conflitantes entre si que não permitiam que fosse feita uma comparação para fins de uniformização” (PESTANA, 2015, www.ptaadvocacia.com.br).

Sendo assim, é possível observar que não há um efetivo parâmetro que possa fixar com firmeza quando é caso de responsabilização civil por abandono afetivo ou não. Dependerá sempre do caso e das suas circunstâncias norteadoras, pois como já mencionado anteriormente, cada caso traz suas peculiaridades e conflitos, não sendo possível uma equiparação para fins de padronizar o entendimento (SILVA e FABRIZ, 2013).

4.5 A possibilidade da responsabilização e a quantificação do dano moral

Conforme visto no tópico anterior, é possível responsabilizar os pais pelo abandono afetivo dos filhos, cabendo a eles, indenizar pelos danos morais causados. Dessa forma, cumpre no momento explanar algumas noções sobre o *quantum* indenizatório.

O dano moral é aquele que atinge o âmbito extrapatrimonial, é qualquer sofrimento não causado por perda pecuniária, é dor, sofrimento, humilhação. Essa espécie de dano está na esfera subjetiva e por isso, é difícil medir sua extensão e estabelecer uma valoração (CAVALIERI FILHO, 2014).

Quanto à fixação da quantificação do dano moral, a Constituição Federal de 1988 não impôs nenhum parâmetro ou limite, apenas reconheceu o direito à indenização por danos morais (art. 5º, inciso V). Dessa forma, segundo Cavalieri Filho (2014) não há outra forma mais eficiente para se fixar o dano moral se não pelo arbitramento judicial, ou seja, caberá ao juiz, atentando para a repercussão do dano e demais fatores, fixar uma quantia considerada justa a título de reparação pelo dano moral.

Na mesma linha tem-se o entender de Melo (2004, p. 169) o qual afirma que

“a grande maioria dos doutrinadores brasileiros entende, mesmo que com eventuais ressalvas, que o melhor critério para a fixação do *quantum* indenizatório por danos morais ainda é o prudente arbítrio do juiz” (Grifado no original).

Importante mencionar, o ensinamento de Madaleno (2006, p. 270):

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

Dessa forma, pode-se dizer que a responsabilidade pelo abandono afetivo não visa dar preço ao amor, nem mesmo compensar a dor da vítima, mas sim demonstrar aos genitores que além das obrigações materiais, devem assumir a função parental dando aos filhos afeto, que é elemento imprescindível para a formação sábia da personalidade humana.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico teve como tema principal, analisar, baseando-se em doutrinas e jurisprudências, a possibilidade ou não de responsabilizar civilmente os genitores pelo abandono afetivo dos filhos, bem como, se seria possível indenizá-los por danos morais.

A fim de poder explicar em um último momento a importância dos genitores na vida da criança e quais os danos que crescer sem o afeto dos pais pode causar, abordou-se em um primeiro momento assuntos pertinentes ao instituto familiar.

O modelo de família brasileira originou-se na família romana, a qual entendia que família era um grupo de pessoas que viviam sobre o pátrio poder do pai, nesse caso o antecedente do sexo masculino mais velho. Com o passar dos anos, a família patriarcal foi perdendo espaço para o modelo familiar instituído pela Igreja Católica, que tinha como principal ideal o afeto e a igualdade, como fatores primordiais nas relações familiares.

Com o advento da Revolução Industrial esse modelo perdeu espaço para um novo modelo familiar, onde o homem não era mais o único provedor do sustento da casa, eis que houve o ingresso da mulher no mercado de trabalho, fazendo com que a visão tradicional da família, centrada na figura paterna, sofresse um grande abalo.

Dessa forma, foi possível observar que os modelos familiares foram sofrendo alterações significativas potencializando os direitos e garantias de todos os membros do grupo familiar. Salientou-se ainda que muitas dessas alterações foram introduzidas pela Constituição Federal de 1988, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, como foi o caso da igualdade entre os cônjuges, o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento, bem como a ampliação do conceito de família.

Com essas mudanças no direito de família, aos poucos começou a surgir à valorização jurídica do afeto, fazendo com que a afetividade passa-se a se tornar o principal elemento caracterizador da entidade familiar.

Conforme foi visto, a criança necessita durante o seu desenvolvimento, dos cuidados de seus genitores, não só num aspecto de amparo material, mas também de amparo emocional e afetivo. Dessa forma, constatou-se que o poder familiar foi instituído com esse fim, de proteger e cuidar dos filhos, sendo que quando o genitor castigar exageradamente, abandonar, ou praticar atos consideráveis contrários à moral e aos bons costumes do filho, a medida cabível será a suspensão de tal

poder.

Ainda, verificaram-se os deveres pertinentes ao poder familiar, que foram criados com o intuito de que os pais ofereçam aos filhos um completo desenvolvimento, de forma a propiciar-lhes os direitos básicos, priorizando sempre a proteção da pessoa do filho.

Quanto ao descumprimento dos deveres parentais, tem-se que quando o dever de convivência familiar, por exemplo, não é oportunizado para a criança, resta caracterizado o abandono afetivo, ensejador de responsabilidade civil.

Em um segundo momento, a fim de verificar a hipótese de cabimento do dever de indenizar, analisou-se o instituto da responsabilidade civil, sua diferença das obrigações, sua função, seus pressupostos, bem como suas espécies.

Conforme foi observado, a responsabilidade civil é considerada uma obrigação de reparar, imposta pela lei àquele que por prática de uma conduta omissiva ou comissiva, tenha causado dano a terceiro. Diferencia-se das obrigações porquanto essa deve ser cumprida espontaneamente, sendo que no momento em que não for cumprida, surgirá a responsabilidade, ou seja, a responsabilidade é a consequência jurídica patrimonial do descumprimento da obrigação.

A responsabilidade civil possui ainda uma função principal, a qual consiste no ressarcimento dos prejuízos causados ao lesado, sendo que as coisas devem sempre retornar ao estado em que estavam antes da lesão ocorrer, eis que é direito da vítima ser compensada caso não seja possível à restituição do bem.

Quanto as espécies da responsabilidade civil, pontuou-se que são duas, a subjetiva, em que o sujeito responde pelo dano causado por um ato doloso ou culposo, e a objetiva, que só exigirá para que haja o dever de indenizar, a existência do nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente.

Foi salientado ainda, que a responsabilidade civil possui pressupostos que devem ser preenchidos para assim configurar a obrigação, sendo eles a conduta humana, o dano causado e o nexo de causalidade. Conforme se mencionou no decorrer do trabalho, caso reste comprovado à incidência desses três elementos é possível pleitear indenização pelo dano sofrido, inclusive nas relações familiares.

No terceiro e último capítulo, antes de entrar no mérito da questão, foi explanado brevemente sobre o afeto, conceituado como sendo um laço que envolve os integrantes de uma família, sendo o vínculo afetivo entre os que compõem a família, a principal característica que define esse instituto.

Isso posto, adentrou-se então em um dos assuntos principais do presente

trabalho, que vem a ser o abandono afetivo e os efeitos que essa agressão moral pode causar. Gizou-se que o abandono afetivo configura-se pela omissão dos genitores, quanto ao dever de educação, afeto, carinho, atenção e cuidado. Entretanto, reparou-se que o afastamento afetivo pode ocorrer também em decorrência do término do vínculo conjugal, bem como de decisões judiciais.

Como possíveis sequelas que as crianças podem vir a sofrer quando abandonadas por seus genitores, pontuou-se a dor psíquica e conseqüente prejuízo à formação da criança, originária da falta de afeto, cuidado e proteção que a presença parental representa na vida da criança.

Assim, diante dos fatos mencionados, restou demonstrado que a conduta do pai, que abandona afetivamente o filho causando-lhe danos ao seu desenvolvimento pleno, pode ensejar a indenização por dano moral decorrente desse abandono afetivo se preenchido os pressupostos da responsabilidade civil.

Viu-se, que essa forma de abandono viola o direito da personalidade do filho, que é formada por características físicas, psíquicas e morais, sendo que pode ainda causar danos psicológicos a criança.

Quanto à reparação indenizatória por abandono afetivo dos pais perante os filhos, tema principal do presente trabalho, abordou-se que é uma questão bastante controversa tanto na doutrina quanto na jurisprudência. O entendimento não é pacífico, existindo então os que entendem não ser cabível a indenização pela ausência de cuidado e afeto, e os que acreditam que a falta de afeto é motivo ensejador de indenização.

Complementando todo o exposto, foram analisadas situações jurisprudenciais em casos concretos acerca deste tema. Sendo que foi possível observar situações em que não foi concedida a reparação civil, eis que o órgão julgador entendeu que o abandono afetivo não caracterizou a prática de ato ilícito, sendo incapaz de reparação pecuniária.

Contraopondo, analisou-se também, um caso onde o órgão julgador concedeu a indenização à criança lesada, pois entendeu que houve o descumprimento dos deveres dos pais relativos ao fornecimento de apoio psicológico aos filhos, o que caracteriza o dano moral. Em outro caso, a magistrada entendeu que o genitor descumpriu sua obrigação legal de criar e educar o filho, o que configura ato ilícito culposos, passível de indenização por danos morais.

Quanto o valor da fixação da indenização por danos morais, foi visto que existe certa dificuldade em precisá-lo, tendo em vista tratar-se de um dano subjetivo

o qual obstaculiza medir sua extensão ou estabelecer valores. Entretanto, em caso de omissão da lei, o melhor critério segundo alguns doutrinadores é o prudente arbítrio do juiz.

Deste modo, concluiu-se que quando houver o descumprimento dos deveres previstos na lei, bem como o preenchimento dos pressupostos, conduta ilícita do genitor, dano, e nexo de causalidade entre a conduta e o dano sofrido, será cabível a responsabilização civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos, com a consequente indenização pelos danos morais. Ou seja, o abandono afetivo dos filhos provocado pelos pais pode sim ser considerado causa de responsabilidade civil, geradora de indenização por danos morais, conforme doutrina e jurisprudência.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Jones Figueiredo. Abandono afetivo: decisão comentada. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 35, p. 91-110, ago./set. 2013.
- ANDRIGHI, Nancy. Resp. 1.159.242/SP. Julgado em 24/04/2012. DJ 10/05/2012, p. 2.184. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/revistaeletronica&Data=2012051>>. Acesso em: 27 out. 2015.
- ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. *Temas de filosofia*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 1998.
- ASSUMPÇÃO, Luis Roberto de. *Aspectos da paternidade no novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BEE, Helen. *A criança em desenvolvimento*. 9. ed. Porto Alegre: Artmed, 2003.
- BRANCO. Bernardo Castelo. *Dano moral no direito de família*. São Paulo: Método, 2006.
- BRASIL. Código Civil. *Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406>. Acesso em: 15 maio 2015.
- _____. Código Penal. *Decreto Lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848>. Acesso em: 16 maio 2015.
- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado>. Acesso em: 20 maio 2015.
- _____. Estatuto da Criança e do Adolescente. *Lei n. 8069 de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069>. Acesso em: 19 maio 2015.
- BRAZIL, Glicia Barbosa de Mattos. A reconstrução dos vínculos afetivos pelo judiciário. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 13, p. 47-59, dez./jan. 2010.
- CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. Afetividade como fundamento na parentalidade responsável. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 25, p. 47-72, fev./mar. 2012.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- CHAVES, Sérgio Fernando de Vasconcellos. Apelação Cível Nº 70032449662. Julgado em 26/05/2010. DJ 04/06/2010, p. 39. Disponível em: <<http://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/151220107/apelacao-civel-70062033907>>. Acesso em: 21 out. 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: obrigações, responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COLL, César. *Desenvolvimento psicológico e educação*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2004.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. *Justiça condena pai a indenizar filho por abandono afetivo*. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/2015/setembro/justica-condena-pai-a-indenizar-filho-por-abandono-afetivo>>. Acesso em: 28 out. 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DORNELAS, Bruna Giroto. *Responsabilidade civil por abandono afetivo*. Disponível em: <<http://www.intertemas.br/revista/index.php/Juridica>>. Acesso em: 26 out. 2015.

FACCHIN, Luiz Edson. Direito além do novo código civil: novas situações sociais, filiação e família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 17, p. 7-35, abr./maio 2003.

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

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa*. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FREITAS, Douglas Phillips. *Guarda compartilhada e as regras da perícia social, psicológica e interdisciplinar*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. *Direito de família: as famílias em perspectiva constitucional*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

GARCEZ NETO, Martinho. *Responsabilidade civil no direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Fernando. Resp. 757.411/MG. Julgado em 29/11/2005. DJ 27/03/2006, p. 546. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/71699/recurso-especial-resp-757411-mg>>. Acesso em: 27 out. 2015.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito civil: estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. *Elementos do dever de indenizar e sua aplicação no abandono afetivo*. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/elementos-do-dever-de-indenizar-e-sua-aplicacao-no-abandono-afetivo>>. Acesso em: 22 out. 2015.

_____. *Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

JACOT, Daise Fajardo Nogueira. Apelação Cível 361.389.4/2-00. Julgado em 26/11/2008. DJ 16/07/2008, p. 249. Disponível em: <<http://tjsp.jusbrasil.com.br/apel-3613894200-sp>>. Acesso em: 28 out. 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.561 a 1693*. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Direito civil: família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOMEU, Leandro Soares. *Afeto, abandono, responsabilidade e limite: diálogos sobre ponderação*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=569>>>. Acesso em: 19 out. 2015.

MADALENO, Rolf. *O preço do afeto: a ética da convivência familiar e a sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MAGGIONI, Mario Romano. Sentença: danos psicológicos por abandono. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 25, p. 148-150, ago./set. 2004.

MELLO, Fernando de Paula Batista. A responsabilidade civil por abandono afetivo: a experiência brasileira aplicada no ordenamento jurídico português. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 5, p. 32-64, mar./abr. 2015.

MELO, Nhemias Domingos de. *Dano moral: problemática do cabimento à fixação do quantum*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

PARÍSIO, Juliana Andrade. *Abandono moral e afetivo de filho: impõe ou não o dever de indenizar?* Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/40672/abandono-moral-e-afetivo-de-filho-impoe-ou-nao-o-dever-de-indenizar>>. Acesso em: 20. out. 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Nem só de pão vive o homem: responsabilidade civil por abandono afetivo*. Disponível em: <<http://www.mp.ce.gov.br/orgaos.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. Responsabilidade civil por abandono afetivo. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 29, p. 5-19, ago./set. 2012.

PESTANA, Bruno. *Dano moral por abandono afetivo: uma breve análise sobre a atual posição do STJ*. Disponível em: <<http://www.ptaadvocacia.com.br/dano-moral-por-abandono-afetivo-uma-breve-analise/>>. Acesso em: 27 out. 2015.

PORFÍRIO, Fernando. *Preço do amor: pai deve indenizar filho por abandono afetivo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jan-13/justica-sp-condena-pai-indenizar-filho-abandono-afetivo>>. Acesso em: 25 out. 2015.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROMANO, Tatiana Brita. *Abandono material*. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=450>. Acesso em: 23 out. 2015.

ROSA, Conrado Paulino da. *Nova lei da guarda compartilhada*. São Paulo: Saraiva 2015.

ROSA, C.; CARVALHO, D.; FREITAS, D. *Dano moral e direito das famílias*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

ROSSOT, Rafael Bucco. O afeto nas relações familiares e a faceta substancial do princípio da convivência familiar. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 9, p. 5-24, abr./maio 2009.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

SCHMITZ, Alzir Felipe. Apelação Cível Nº 70030142285. Julgado em 30/07/2009. DJ 11/08/2009, p. 35. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/_php/consulta>. Acesso em: 27 out. 2015.

SILVA, Cláudia Maria. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 25, p. 122-147, ago./set. 2004.

SILVA, H. S.; FABRIZ, D. C. A família e o afeto: o dever fundamental dos pais em dar afeto aos filhos como mecanismo de proteção ao desenvolvimento da personalidade e concretização da dignidade humana. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 35, p. 26-44, ago./set. 2013.

SILVA, Unias. Apelação Cível Nº 408.550.504. Julgado em 01/04/2002. DJ 29/04/2004, p. 134. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/71699/recurso-especial-resp-757411-mg>>. Acesso em: 28 out. 2015.

SOUZA, Ionete de Magalhães. *Responsabilidade civil e paternidade responsável: análise do abandono afetivo no Brasil e na Argentina*. Disponível em: <<http://www.arpensp.org.br/?pG=MTA3MjQ=>>>. Acesso em: 22 out. 2015.

SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho. Dano moral por abandono: monetarizando o afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 13, p. 60-74, dez./jan. 2010.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 8 ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TARTUCE, Flávio. *A lei da guarda compartilhada: análise crítica da Lei 13.058/2014*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/A+Lei+da+Guarda+Compartilhada>>. Acesso em: 21 maio 2015.

TARTUCE, F.; SIMÃO, J. F. *Direito de família*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Forense, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. *Separação, violência e danos morais: a tutela da personalidade dos filhos*. São Paulo: Paulista Jur, 2004.

VENÂNCIO, Alinny Pammela. *Indenização por abandono afetivo*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21837/indenizacao-por-abandono-afetivo>>. Acesso em: 25 out. 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo, Atlas, 2003.

WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. 15. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva: 2004.