

FACULDADE DE CIÊNCIAS GERENCIAIS DE MANHUAÇU

RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO

GABRIELA JUNIA MENDES TEIXEIRA PINEL

**MANHUAÇU-MG
2018**

GABRIELA JUNIA MENDES TEIXEIRA PINEL

RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso Superior de Direito da Faculdade de
Ciências Gerenciais de Manhuaçu, como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito de Família
Orientador(a): Milena Cirqueira Temer

**MANHUAÇU-MG
2018**

GABRIELA JUNIA MENDES TEIXEIRA PINEL

"A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO"
BACHARELADO EM DIREITO

Data: ___/___/___

Banca Examinadora

Nome

Nome

Nome

**MANHUAÇU-MG
2018**

DEDICATÓRIA

Este trabalho é dedicado às pessoas que têm significado em minha vida, que se fazem presentes e que representam tudo aquilo que neste texto é discutido.

Dedico aos meus pais que sempre estiveram ao meu lado.

Estamos em um mundo onde precisamos de mais amor, amizade, gentileza, carinho e afeto e estes são princípios fundamentais da família.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha orientadora Milena Cirqueira Temer pelos conhecimentos transmitidos e pelo apoio em todo o trajeto percorrido.

RESUMO

O presente trabalho busca demonstrar a importância da família no pleno desenvolvimento da criança, tomando como ponto de partida a responsabilidade civil dos pais em decorrência do abandono afetivo. É necessário demonstrar como eram formadas as famílias antigamente, quais eram os valores primordiais para sua existência e o que vem mudando em relação às famílias de hoje, destacando as principais características do afeto familiar, a fim de descobrir os reais motivos do abandono afetivo e quais as suas consequências perante à criança, e, ainda, como o dano pode ser reparado.

Palavras-chave: família, abandono afetivo, responsabilidade civil, consequências, dano.

RESUME

The present work tries to demonstrate the importance of the family in the full development of the child, taking as a starting point the civil responsibility of the parents due to the affective abandonment. It is necessary to demonstrate how families were formed in the past, what were the primordial values for their existence and what has been changing in relation to today's families, highlighting the main characteristics of family affection in order to discover the real reasons for the abandonment of affection and which its consequences to the child, and how the damage can be repaired.

Keywords: family, affective abandonment, civil responsibility, consequences, damage.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	8
2	O PODER FAMILIAR.....	10
2.1	Traços Históricos e Conceito	10
2.2	Do exercício do Poder Familiar	15
2.3	Da Perda do Poder Familiar.....	16
3	A AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES FAMILIARES.....	18
3.1	A Afetividade na Doutrina e na Jurisprudência	19
3.2	Abandono Afetivo do Filho	21
4	RESPONSABILIDADE CIVIL E A INDENIZAÇÃO	24
4.1	Responsabilidade Civil	24
4.2	Da Responsabilidade Civil dos Pais.....	28
4.3	Dos Danos Extrapatrimoniais ao Dever de Indenizar.....	28
4.4	O valor da Indenização	31
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	344
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	36

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho retrata um estudo a respeito da Responsabilidade Civil resultante do Abando Afetivo por parte dos genitores. Segundo Maria Berenice Dias (2009), o Abandono Afetivo configura-se como a probabilidade de indenização pelo genitor que abandona o filho afetivamente, independente se houver abandono financeiro. Será utilizado como dispositivo legal o princípio da dignidade da pessoa humana, que se faz presente nos artigos 1º, III e 229 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), artigos 186 e 1634 do Código Civil (BRASIL, 2002), entre outros dispositivos.

Por que um genitor abandona seu filho, mesmo sabendo que a sua ausência poderá lhe provocar grandes danos psicológicos? Esse abandono pode ser reparado? Se sim, como e por quê? São perguntas como essas que procuraremos responder neste trabalho.

O abandono afetivo é um tema que vem ganhando grande repercussão. As relações familiares se identificam através do vínculo de afetividade entre seus membros. A família é a base para o desenvolvimento do ser humano, onde a criança aprende a amar, a criar vínculo afetivo com o próximo, e nada pode substituir a figura da família. Independente dos diversos tipos de família, o que realmente importa é o amor adquirido dessa união, onde os pais ensinam seus filhos a amar, pois é nos amor que as famílias se formam, e é nele que deveriam continuar.

Os pais são responsáveis por educar, cuidar, participar do desenvolvimento e proporcionar condições necessárias para que seus filhos possam ser criados em um ambiente saudável, com amor e carinho. Quando alguns desses deveres são quebrados, os pais devem ser responsabilizados por abandono afetivo, pois pode acarretar ao filho sérios prejuízos para sua vida, podendo até abalar sua saúde psicológica. Todos esses pontos serão retratados de forma bem simplificada, a fim de facilitar nosso entendimento.

Na primeira parte será demonstrado o conceito de família, suas variadas formas existentes na sociedade e suas várias transformações no decorrer da história. Será retratado como a família finalmente conseguiu o reconhecimento na legislação por demonstrar grande importância na formação das pessoas, recebendo um espaço jurídico adequado, constituído por normas e princípios peculiares. Hoje, as normas jurídicas que compõem o direito de família têm demasiada fundamentação na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). A segunda parte

ficará por conta de estudar a responsabilidade civil, o abandono afetivo e o dano moral, e como esses três pontos juntos vão refletir no tema em discussão.

Portanto, esse presente trabalho justifica-se em analisar os aspectos do abandono afetivo nas relações familiares, frente ao ordenamento jurídico brasileiro.

2 O PODER FAMILIAR

2.1 Traços Históricos e Conceito

Nos ensinamentos de Waldir Grisard Filho (2010), o poder familiar tem sua existência definida desde que o homem é homem. É uma organização de grande relevância para o indivíduo e para a existência humana. É um instituto cujo principal objetivo era determinar a hierarquia nas relações familiares.

Nestes termos, temos:

“O poder familiar é um dos institutos do direito com marcante presença na história do homem civilizado. Suas origens são tão remotas que transcendem as fronteiras das culturas mais conhecidas e se encontram na aurora da humanidade mesma.”(GRISARD FILHO, 2010, p. 37).

O autor sustenta que no Direito Romano, o pai era autoridade máxima da família, exercendo o poder familiar sobre todos os membros, poder este chamado de *pater famílias*. Não importava a idade dos filhos, o pai exercia poder sobre estes, e quando o pai falecia, os filhos ficavam no seu lugar.

A palavra *pater* quer dizer Deus, ou seja, significa que o homem que instituisse uma família poderia exercer todos os poderes possíveis sobre ela, mais especificadamente como um Deus. O pai era um ser soberano da família, e todos deviam respeito e obediência a ele.

Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 31):

“O *pater* exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e as mulheres casadas com *manus* com os seus descendentes. A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. O ascendente *comum* vivo mais velho era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz.”

Para os Romanos, o poder familiar não tinha nenhuma relação com a dignidade da pessoa humana ou nos interesses da criança e do adolescente, mas tinha relação com o direito de propriedade e que poderia ser renunciado a qualquer momento, passando-o para os filhos.

Nesta lógica, sustenta Lôbo (2008, p. 269-270),

“A *patriapotestas* dos romanos era dura criação de direito espótico, e não tinha correlação com deveres do pai para com o filho. É certo que existiam deveres, porém estes quase só eram provindos da moral. Juridicamente, a *pátria potestas* constituía espécie de direito de propriedade. O *pater famílias*

podia renunciar a esse direito, dando a terceiros os filhos *in mancipio*, ou enjeitando-os.”

E segundo Grisard Filho (2010, p. 37),

“Nesse regime primitivo, em algumas circunstâncias, o *pater familias* – que só podia ser exercido pelo varão – tinha o direito de expor ou matar o filho (*ilus vitae ET necis*). O de vendê-lo (*iusvendidis*), o de abandoná-lo (*iusexponenedi*) e o de entregá-lo a vítima de dano causado por seu dependente (*iusnoxaeededitio*).”

Com o surgimento da Lei das XII Tábuas o supremo poder que o pai tinha sobre os filhos foi diminuindo gradativamente, chegando ao ponto de apenas poder corrigi-los.

À época da idade média, houve uma grande colisão de interesses com relação às bases organizadoras do sistema familiar, no qual predominou nos países de direito escrito o Direito Romano (legislação justiniana) e nos países de direito costumeiro o Direito Germânico (modalidade em que se prevalecia o direito dos filhos sobre a vontade do pai).

Nos países de direito escrito foi mantida a tradição romana, onde os interesses do pai era sobreposto aos direitos do filho, perpetuando assim o poder que o pai tinha sobre o filho.

Já os países de direito costumeiro mantiveram o direito Germânico, onde, diferente do Direito Romano, o papel do pai podia ser considerado mais um dever do que um poder, e o exercício desse poder era temporário. No Cristianismo se preponderaram as duas formas, ou seja, aderiu-se a tradição romana e a tradição germânica.

Antes do surgimento do *code civil* a França não tinha conhecimento determinado em relação ao tema, portanto, o sul adotou a tradição romana enquanto que o norte adotou a tradição germânica. O poder familiar resultante da tradição romana encontrou suporte nas ordenações do reino e mais tarde foi trazida para o Brasil, mais precisamente em 20 de outubro de 1823.

O Código Civil de 1916 prosseguiu adotando a tradição romana, onde o poder familiar era exclusivo do homem, como na expressão utilizada, “pátrio poder”. Com o surgimento da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, ficou estabelecido que homens e mulheres sejam iguais perante a lei, portanto, viu-se necessária a realização de uma mudança na interpretação do Código Civil de 1916, em relação ao poder familiar.

Com o passar dos tempos tal interpretação foi se adaptando à sociedade, priorizando os direitos das crianças e igualando homens e mulheres perante a lei. Contudo, somente com o surgimento do Código Civil de 2002 que a denominação “pátrio poder” foi oficialmente trocada para “poder familiar”, no qual ficou estabelecido que o poder familiar não é somente do homem, mas do homem e da mulher, de forma igualitária.

No entanto, mesmo com a mudança na nomenclatura, alguns doutrinadores defendem que ela ainda não é a mais conveniente, porque dá à palavra “poder” uma grande ênfase em sua designação.

É o que diz Lôbo (2012, p. 295),

“A denominação ainda não é a mais adequada, porque mantém a ênfase no poder. Todavia, é melhor que a resistente expressão “pátrio poder”, mantida, inexplicavelmente, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), somente derrogada com o Código Civil.”

Com toda essa revolução histórica do “pátrio poder”, percebe-se, que é assim atualmente, definido as fronteiras do poder familiar que é exercido sobre a criança. Vale ressaltar que o poder familiar será exercido de forma igualitária pelos pais, caso contrário, esse poder será exercido com a qualidade de um dever propriamente dito e não como um poder de domínio sobre o outro. É o que sustenta o artigo 1634 do Código Civil (BRASIL, 2002):

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
 I - dirigir-lhes a criação e educação;
 II - tê-los em sua companhia e guarda;
 III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
 IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar;
 V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
 VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
 VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

O inciso VII do artigo citado foi criado para proteger a criança e o adolescente. Porém, com as transformações ocorridas na sociedade, os conceitos também mudaram. Atualmente esse inciso é considerado incompatível com a Constituição Federal, pois fere o princípio da dignidade da pessoa humana, protegida no artigo 1º, III e 227 ambos da Constituição Federal.

Segundo Lôbo (2012, p. 305):

“Temos por incompatível com a Constituição, principalmente em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III e 227), a permissão contida no inciso VII, do art. 1.634 do Código Civil de exploração da vulnerabilidade dos filhos menores para submetê-los a “serviços próprios de sua idade e condição”, além de consistir em abuso(art.227§4º).”

Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 60) conceitua a Dignidade da Pessoa Humana:

“[...] qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”

A jurista Maria Berenice Dias (2008, p. 254) leciona sobre as três dimensões da dignidade da pessoa humana:

“[...] Na tentativa de esclarecer o sentido, apresenta três dimensões da dignidade da pessoa humana: dimensão ontológica, dimensão comunitária (ou social) e dimensão histórico-cultural. Pela dimensão ontológica a dignidade aparece como qualidade intrínseca da pessoa humana, irrenunciável, inalienável, constituindo algo que é inerente ao ser humano, o que a torna anterior ao direito e independente das circunstâncias concretas. [...] segunda dimensão, denominada comunitária (ou social), a dignidade assume significado no contexto da inter subjetividade (relacional), no reconhecimento de valores socialmente consagrados pela e para a comunidade de pessoas humanas. Enfim, o autor apresenta a dimensão histórico-cultural, partindo da idéia de dignidade da pessoa humana como categoria axiológica aberta, um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento, reclamando uma constante concretização pelos órgãos estatais e por cada indivíduo. Assim a dignidade possui um sentido cultural, sendo fruto do trabalho de gerações e da humanidade.”

Desse modo, entende-se que a dignidade da pessoa humana representa a proteção de todos os direitos do homem, pois sendo algo inerente á ele, assume valores entre o indivíduo e a sociedade, representando por fim, um processo que visa à luta por direitos do homem para com seus semelhantes, toda a sociedade e para com o Estado.

A regra estabelecida no inciso VII do artigo 1.634 do Código Civil de 2002 surgiu quando a família era considerada uma unidade produtiva, onde todos os membros trabalhavam em prol da manutenção e era normal que as crianças trabalhassem sem remuneração, mesmo trabalhando em atividades econômicas.

Em relação ao conceito de direito familiar, Silvio Rodrigues (2008, p.358), define como sendo um “Conjunto de direito e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes”.

Ainda nesse mesmo sentido, trazem Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva (2011, p.502), “[...] o poder familiar é instituído no interesse dos filhos e da família, e não em proveito dos genitores”.

Portanto, pode-se concluir que o poder familiar contemporâneo tem o fim de proteger os interesses dos filhos e da família, e não mais somente o interesse dos pais, prevalecendo a necessidade de respeito mútuo e observando o princípio da paternidade responsável, presente no artigo 226, parágrafo 7º da Constituição Federal. (BRASIL, 1988).

Para uma definição de fácil entendimento sobre o que é poder familiar, pode-se dizer que é a soma do exercício da autoridade do pai e do exercício da autoridade da mãe, de forma igualitária, sobre o filho menor, até que este atinja a maioridade civil. A interpretação do que é poder familiar, mudou radicalmente ao longo dos anos e com as mudanças sofridas pela sociedade.

Antigamente, se entendia por poder familiar a soberania/ hierarquia em relação de um ser humano a outro, significava que um indivíduo deveria ser submisso à outro. Atualmente, esse conceito tem sentido exatamente contrário. Se antes o poder do pai deveria ser obedecido, hoje são os interesses da criança e do adolescente que devem ser reconhecidos e respeitados.

Nas palavras de Grisard Filho (2010, p.35),

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

Na legislação atual, a criança e o adolescente serão protegidos principalmente em caso de separação dos pais, ou seja, eles terão direito de conviver com o pai e com a mãe, mesmo que estejam separados. O artigo 226, parágrafo 5º da Constituição Federal sustenta que haverá igualdade plena entre

homens e mulheres e também enquanto pais, separados ou não, onde ambos exercerão o poder familiar sobre os filhos enquanto menores. (BRASIL, 1988).

Nos termos do artigo 226, parágrafo 5º da Constituição Federal combinado com o artigo 1.630 do Código Civil de 2.002:

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. (BRASIL, 1988).

Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores. (BRASIL, 2002).

2.2 Do exercício do Poder Familiar

Atualmente, com todas as mudanças ocorridas na sociedade, a criança e o adolescente vêm sendo protegidos não somente pelos pais, mas por toda a sociedade e também pelo Estado. Como consequência dessa evolução, não foram definidos os limites para que os pais exerçam o poder familiar, apenas foi definido que os pais exercerão esse poder de maneira conjunta, independentemente se são casados ou não. É o que sustenta o artigo 227 da Constituição Federal de 1988. (BRASIL, 1988).

Com toda essa proteção dada à criança e ao adolescente, o poder familiar é irrenunciável, inalienável, indisponível e imprescritível, isso quer dizer que mesmo que os pais queiram deixar de exercer o poder familiar sob algum óbice, a lei dá o direito à criança e ao adolescente de terem seus pais sempre ao seu lado, exercendo suas obrigações, mesmo que de maneira compulsória.

Em caso de necessidade ou quando a situação assim determinar, o poder familiar será exercido por pessoas diversas que não sejam pai ou mãe da criança e do adolescente.

A parte do Código Civil que retrata o poder familiar deve ser compreendida de forma ampla, mesmo que se refira somente ao pai ou a mãe, tal como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) também diz que o poder familiar será exercido pelo pai e pela mãe da criança nas conformidades da lei. Porém, o Código Civil faz menção somente ao poder familiar a ser exercido em conjunto pelo pai e pela mãe na constância do casamento ou da união estável:

Sustenta Lôbo (2012, p. 299),

“Ante o princípio da interpretação em conformidade com a constituição, a norma deve ser entendida como abrangente de todas as entidades familiares, onde houver quem exerce o múnus, de fato ou de direito, na ausência de tutela regular, como se dá com irmãos mais velhos que sustentam os demais irmãos, na ausência dos pais, ou de tios em relação a sobrinhos que com ele vivem.”

O Código Civil retrata que o poder familiar será exercido pelo pai e pela mãe durante o casamento ou durante a união estável, porém, os pais morarem juntos não é quesito necessário para exercê-lo, uma vez que o poder familiar só pode ser suspenso ou extinto por meio de decisão judicial e pelos motivos arrolados na lei. O que pode variar em caso de separação dos pais é o grau em que o poder familiar será exercido, mas esta relação se dá com o exercício do poder e não sob sua titularidade.

O poder familiar exercido em conjuntos pelo pai e pela mãe presume harmonia nas suas decisões, onde um não deve ser superior ao outro, mas deve-se levar em conta o melhor interesse da criança ou adolescente.

2.3 Da Perda do Poder Familiar

Segundo Lôbo (2012), a perda do poder familiar somente será utilizada quando sua suspensão ou outras medidas que protegem a dignidade e o melhor interesse da criança e do adolescente não puderem ser adotadas. Sempre que houver possibilidade de reconstituição familiar entre os pais, outras medidas devem ser tomadas sem ser a perda do poder familiar.

Sobre a privação do exercício do poder familiar, temos os ensinamentos de Lôbo (2012, p. 309),

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

Percebe-se que a lei tem a finalidade de proteger, da melhor maneira, a criança e o adolescente, cuidando para que a perda do poder familiar seja usada apenas como ultima opção.

Segundo o artigo 1638 do Código Civil (BRASIL, 2002):

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.

O abandono que fala o inciso II do artigo 1638 do Código Civil Brasileiro de 2002 se dá por diversas causas, seja de maneira intencional ou por força maior. Já quando os pais abandonam os filhos de forma justificável, como por exemplo, problemas financeiros ou problemas de saúde, essa conduta deve ser estudada de forma diferente de quando o abandono é intencional. (BRASIL, 2002).

Segundo Paulo Lobo (2012, p. 309): “Tem sido entendido que o abandono do filho não é mais causa automática de perda do poder familiar, redundando em mais problemas que soluções para aquele”.

Já em relação ao abandono do filho que trata o inciso III do artigo 1638 do Código Civil, o estudo não deverá ser feito de acordo com os valores subjetivos do juiz, a fim de não correr o risco de abuso de autoridade. (BRASIL, 2002).

As decisões de procedência e improcedência da reparação civil por abandono afetivo se encontram simultaneamente associadas à matéria pessoal do poder familiar.

Com relação ao poder familiar e sua destituição, afere-se que o direito familiar atual dispôs de uma nova especificidade do Estado, o qual há respeito entre os limites legais da família, uniformidade plena, concede autonomia privada ao cidadão, mas ao mesmo tempo intervém judicialmente quando necessário for, de forma curativa ou de forma repressiva.

Dessa forma, Orlando Gomes classifica essa “nova” intervenção estatal sob dois óbices:

“Abrindo uma brecha na intimidade doméstica parece ser, no entanto, uma prática necessária no processo de politização da família, especialmente em relação ao seu governo, que, de monocrático, passou a diárquico. Outra alternativa não se tem para a solução dos conflitos de interesses quando a família deixou de ser uma unidade para se tornar uma pluralidade de convivência.” (GOMES, 1984, p. 84).

Com esse entendimento, percebe-se que a Constituição Federal atribuiu as orientações gerais da proteção integral da criança e do adolescente, o Estatuto da Criança e do Adolescente, incluiu detalhes a essas orientações, e o Código Civil ratificou estes deveres pessoais e patrimoniais dos pais ou de quem possuir a guarda do menor. (BRASIL, 1988).

3 A AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Os variados conceitos históricos de família, nem sempre colocaram a afetividade como requisito constituinte do laço entre seus membros, uma vez que o foco da afetividade diz respeito à pessoa e à subjetividade, que historicamente nem sempre foi um benefício da família.

Como foi demonstrado no capítulo 2 deste estudo, foi no século XX que se aumentou o espaço individual no Brasil, apresentando como consequência uma maior subjetividade pessoal, facultando assim um espaço maior ao sentimento e afetividade.

Segundo Leite (2003, p. 337),

“Esquematizava-se com traços marcantes a nova família, a família nuclear, que tende a se manter invulnerável até o final do século. Perdia a grande família, deslocava-se para a sociedade conjugal, a primazia exercida pelo parentesco. Ganhava o casal, perdia definitivamente a família tronco. Perdia-se em quantidade de membros, ganhava-se na qualidade do afeto entre reduzido círculo da família conjugal”.

Assim, percebe-se que o Direito de Família, de uma forma natural e espontânea, concluiu que a família não pode ser conceituada apenas por seus vínculos sanguíneos, mas também necessita de laços de afeto, segundo Silvana Maria Carbonera *apud* Denise Damo Comel (2003, p. 90): “Os operadores do direito concluem que existem outros elementos que são agregados à noção clássica de família, sendo insuficiente a formalidade do vínculo jurídico, reconhecendo ao afeto um papel jurídico fundamental ao novo contexto familiar”.

Logo após, observou-se que a partir do final do século XX, surgiu uma nova forma de convivência familiar, onde prioriza a afeição, a liberdade, a igualdade e o respeito aos relacionamentos, nascendo, dessa forma, uma nova família a partir de então, demonstrando tal modernidade.

Nestes termos, Eduardo de Oliveira Leite sustenta que:

“A nova família, estruturada nas relações de autenticidade, afeto, amor, diálogo e igualdade, em nada se confunde com o modelo tradicional, quase sempre próximo da hipocrisia, da falsidade institucionalizada, do fingimento. A noção de vida em comum atual repousa soberana sobre sua solidariedade constantemente provocada pela intensidade afetiva. [...] Uma tal família, convivendo no afeto, na liberdade, na responsabilidade mútua, desempenha um papel decisivo no rumo dos fatos sociais, determinando as verdadeiras valorações que orientam o convívio social.” O afeto, reafirme-se está na base da constituição da relação familiar, seja ela uma

relação de conjugalidade, seja de parentalidade. O afeto está também, certamente, na origem e na causa dos descaminhos desses relacionamentos. Bem por isso, o afeto deve permanecer presente, no trato dos conflitos, dos desenlaces, dos desamores. Por que o afeto tem um que de respeito ancestral, tem um que de pacificador temporal, tem um que de dignidades essencial. Esse é o afeto de que se fala. O afeto-ternura; o afeto-dignidade. Positivo ou negativo. O imorredouro do afeto". (LEITE, 2003, p. 367)

Desta maneira, observa-se que a sociedade passou a adotar progressivamente o semblante afetivo como relevante e suficiente nas escolhas pessoais. Com simultânea diminuição da importância que era proferida a outros requisitos (biológico, registral, material), foi possível compreender a essencialidade que a afetividade concedeu em grande parte dos relacionamentos. Pode-se afirmar que houve uma real transição paradigmática na família brasileira contemporânea, na qual a afetividade assumiu o padrão destas relações.

3.1 A Afetividade na Doutrina e na Jurisprudência

A jurisprudência representou um papel de grandiosa importância na consolidação da afetividade no sistema brasileiro, uma vez que, como já demonstrado anteriormente, mesmo antes de qualquer lei expressa, em diversos casos já se reconhecia a afetividade. A partir da ultima década vária decisões atribuíram efeitos jurídicos à afetividade em inumeradas situações concretas.

A inserção da afetividade nos textos da lei atribuiu uma maior importância ao seu reconhecimento jurisprudencial, sendo que, muito antes da adoção expressa pelo legislador, a jurisprudência já se dedicava ao tema.

Nos ensinamentos de Azevedo (2011, p. 83),

“O reconhecimento jurisprudencial gradativo conferido às uniões estáveis de 1988 pode ser considerado uma das formas de reconhecimento jurídico de uma relação precipuamente afetiva, mesmo sem legislação expressa que a agasalhasse. Em que pese a timidez do trato e as críticas que atualmente podem ser expostas, é possível perceber que a jurisprudência passou a reconhecer de algum modo aquelas relações antes tidas como “invisíveis” ao direito.”

Importante ressaltar o caso que foi julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no ano de 2001, onde debateu-se uma relação paterno-filial consolidada faticamente, mas que, ao longo do conflito, se comfirmou ausente o vínculo genético, o tribunal, ao estatuir sobre o caso, decidiu pela manutenção do vínculo

parental mesmo sem o vínculo biológico, afirmando que reconhecia *in causu* uma paternidade socioafetiva.

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. “ADOÇÃO À BRASILEIRA”. CONFRONTO ENTRE A VERDADE BIOLÓGICA E A SÓCIO-AFETIVA. TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PROCEDÊNCIA. DECISÃO REFORMADA. A ação negatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento consagrado na Súmula 149/STF, já que a demanda versa sobre o estado da pessoa, que é emanação do direito da personalidade. 2. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade sócio-afetiva, decorrente da denominada “adoção à brasileira” (isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor, como se deles filho fosse) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer a solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. 3. A paternidade sócio-afetiva, estando baseada na tendência de personificação do direito civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa apelante, apagando-lhe todo histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes a irregular “adoção à brasileira”, não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-iam as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício próprio do apelado. (TJ/PR Apelação Cível 108.417-9, 2^a Vara de Família, Curitiba. Apelante G.S / Apelado A.F.S / Relator: Desembargador Acássio Cambi, julgado em 12.12.2001).

Esta decisão é interessante uma vez que diferencia o ascendente genético e o pai, admitindo no caso concreto o vínculo paterno-filial, decorrente de uma relação sócio afetiva, mesmo o filho advindo de uma “adoção à brasileira”, isto é, uma adoção formal.

Em decorrência dessa decisão, várias outras foram proferidas neste mesmo sentido, importante observar que essa decisão foi proferida antes do Código Civil de 1916, pois trazia uma racionalidade mais inflexível para a receptividade de situações subjetivas afetivas.

Sobre este respaldo, o Superior Tribunal de Justiça atribui papel importante ao legitimar tais decisões. Em sua função de unificar as decisões jurisprudenciais, e como protetor das leis infraconstitucionais, o Superior Tribunal de Justiça foi firme em apoiar mais julgados reconhecedores da afetividade das relações familiares.

Esta compreensão do Superior Tribunal de Justiça foi de grande importância para a concretização do reconhecimento da afetividade no direito brasileiro.

Em conformidade com o referido entendimento, várias decisões passaram a reconhecer vínculos parentais sócio afetivos.

"RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGÜÍNEA ENTRE AS PARTES. IRRELEVÂNCIA DIANTE DO VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO.

- Merece reforma o acórdão que, ao julgar embargos de declaração, impõe multa com amparo no art. 538, §Ú, CPC se o recurso não apresenta caráter modificativo e se foi interposto com expressa finalidade de pré questionar. Inteligência da Súmula 98, do STJ.

- O reconhecimento de paternidade é válido de reflete a existência duradoura do vínculo sócio-afetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que não pode ser, e não é desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil.

- O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se podem impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. A *contrario sensu*, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e apoio, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sangüíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica. I Recurso reconhecido e provido. (STJ. Recurso Especial 878.941/DF (2006/0086284-0), Min. Nancy Andrighi, julgamento m 21.08.2007).

Essa constante construção jurisprudencial foi erguida durante vários anos, com contribuições de diversos tribunais e juízes, a ponto de ser capaz de afirmar que há jurisprudência enraizada, mesmo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que corrobora o reconhecimento jurídico da afetividade.

Sem aprofundar nos detalhes da discussão, é possível observar que o reconhecimento jurídico da afetividade pelo direito de família têm grande amparo jurisprudencial e doutrinário, onde permite sua apropriação e prova de seu valor pelo sistema jurídico.

3.2 Abandono Afetivo do Filho

Segundo o entendimento de Branco (2016, p. 116),

"[...] Havendo violação dos direitos da personalidade, mesmo no âmbito da família, não se pode negar ao ofendido a possibilidade de reparação do dano moral, não atuando esta como fato desagregador daquela instituição, mas de proteção da dignidade de seus membros. A reparação, embora expressa em pecúnia, não busca, nesse caso, qualquer vantagem patrimonial em benefício da vítima, revelando-se na verdade como forma de compensação diante da ofensa recebida, que em sua essência 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."

Com o decorrer da evolução ocorrida na sociedade desde o século XX, tanto a doutrina quanto a jurisprudência brasileira, observaram as várias situações em que o pai não convive com a mãe, sendo que ele somente paga alimentos e acha que já é o suficiente, já cumpriu seu dever de pai, sem importar se o filho necessita de sua companhia, se tornando um “pai desconhecido”. Esse abandono afetivo sentido pela criança causa um sentimento de rejeição, e presumivelmente originará um déficit emocional, transformando assim seu estado psicológico o que ocasionará consequências gravíssimas quando essa criança se tornar adulta.

‘ A indagação é importante, levando-se em consideração a natureza dos deveres jurídicos do pai com o filho, a conquista do princípio jurídico da afetividade e a natureza leiga do Estado de Direito, que não pode obrigar as pessoas a amar ou demonstrar afeto.

Importante lembrar do caso inicial do presente estudo, que foi o primeiro caso que chegou ao Superior Tribunal de Justiça, originário do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, onde retrata uma reparação civil por abandono afetivo.

Logo após seus pais se divorciarem, e com o nascimento de sua irmã, concebida de outro relacionamento de seu pai, este distanciou-se constantemente de seu filho, continuou a ajudar com 20% dos rendimentos líquidos, porém, passou a ignorar o seu primogênito, rejeitando-o e o tratando com frieza, principalmente em datas comemorativas como natal, aniversário, formatura, entre outras.

O filho, perante esse sentimento de abandono, com fundamento no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, propôs ação por danos morais que foi julgada improcedente em primeira instância.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
 § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.
 (BRASIL, 1988).

Frente à improcedência do pedido, o filho apelou e o Tribunal de Justiça originário amparou tal apelação, resolvendo que “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, fixando a indenização em 200 (duzentos) salários mínimos, entendendo restar configurado nos autos o dano sofrido na sua dignidade.”

O pai recorreu ao Superior Tribunal de Justiça (REsp. 757.411), que reestruturando a decisão recorrida pela maioria, compreendeu que a indenização por dano moral presume a prática de ato ilícito, não dando tanta importância à aplicabilidade da norma do artigo 159 do Código Civil de 1916, onde sustenta que o abandono afetivo é incapaz de reparação pecuniária. O relator argumentou que não cumprir o dever de guarda sem justificativa, também o dever de sustento e educação dos filhos, leva à perda do poder familiar, se tornando a mais grave pena civil a ser imputada a um pai; o voto vencido estabeleceu que a perda do poder familiar não interfere na indenização por dano moral. (BRASIL, 1916).

O acórdão foi assim emendado:

“Responsabilidade civil. Abandono moral. Reparação. Danos morais. Impossibilidade. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicação da norma do art. 159 do CC de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. Recurso Especial conhecido e provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relatório do Min. Fernando Gonçalves, no Recurso Especial 747511 oriundo de Minas Gerais, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça).

Relata Aline Karow (2012, p. 148): “o Referido Recurso Especial trouxe decepção para a comunidade jurídica”. Esta foi a primeira vez que o Superior Tribunal de Justiça confrontou a matéria.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL E A INDENIZAÇÃO

4.1 Responsabilidade Civil

Diniz (2011, p. 297) define responsabilidade civil como:

“[...] a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiro em razão de ato próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, se simples imposição legal. [...]”

No sistema jurídico brasileiro dois são os tipos de responsabilidade civil, a responsabilidade civil subjetiva e a responsabilidade civil objetiva. As duas são decorrentes de atos ilícitos, variando somente a existência de culpa de uma para a outra, surgindo assim, o dever de reparar o dano e se não for possível, a condenação ao pagamento de indenização.

Na responsabilidade civil subjetiva para se caracterizar o dever de reparar ou indenizar o ato ilícito deve estar presente a conduta dolosa ou culposa do autor da ação ou da omissão. Assim entende Gonçalves (2012, p. 48):

“Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na idéia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.”

Já na responsabilidade civil objetiva não existe a necessidade de provar a ocorrência de culpa para gerar a obrigação de indenizar ou reparar o dano causado, bastando estar presente o nexo de causalidade entre o dano e a ação comissiva ou omissiva do causador do fato e não havendo a necessidade do ato ser ilícito, como dispõe Diniz (2011, p. 297, grifo do autor):

“Na responsabilidade objetiva, a atividade que gerou o dano é lícita, mas causou perigo a outrem, de modo que aquele que exerce, por ter a obrigação de velar para que dela não resulte prejuízo, terá o dever resarcitório, pelo simples implemento do nexo causal. A vítima deverá pura e simplesmente demonstrar o nexo de causalidade entre o dano e a ação que o produziu.”

A função do instituto da responsabilidade civil é a busca do restabelecimento do desequilíbrio causado pelo dano moral ou patrimonial pelo autor do fato ou por quem ou coisa ele é o responsável.

Para melhor entendimento do tempo, precisa-se entender os elementos constituintes da responsabilidade civil.

Tradicionalmente, a responsabilidade civil extracontratual é analisada por três pontos bem definidos e assim classificados:

- a) a conduta humana
- b) dano
- c) o nexo causal

José Carlos Dias sustenta que todos os três casos obedecem a quatro séries de exigências comuns, e as relata:

“a) Dano que deve ser certo, podendo, entretanto, ser material ou moral; b) A relação de causalidade, a causal connexion, laço ou relação direta de causa e efeito entre fato gerador da responsabilidade e o dano são seus pressupostos indispensáveis; c)A força maior e a exclusiva culpa da vítima têm, sobre a ação de responsabilidade civil, precisamente porque suprimem esse laço de causa e efeito, o mesmo efeito preclusivo; d)As autorizações judiciais e administrativas não constituem motivo de exoneração de responsabilidade.”(DIAS, 2006, p. 131).

A conduta humana é a ação ou omissão realizada voluntariamente que causa prejuízo patrimonial ou dano moral a outrem. Portanto, para haver dever de indenizar os danos, a conduta humana deve ser voluntária, ou seja, é necessário que o agente tenha consciência do ato que está realizando. Isso não quer necessariamente dizer que o agente tenha a intenção de causar dano, mas somente que ele saiba o que está fazendo, pois se ele quiser causar dano deve falar-se em dolo (GANGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012).

O dano é classificado em dano patrimonial e dano moral. O dano patrimonial ou material é oriundo da lesão de bens economicamente apreciáveis sob dois aspectos, o dano emergente, que corresponde ao que a vítima realmente perdeu e os lucros cessantes que é o que a vítima deixou de lucrar em virtude do dano sofrido. Já o dano moral é lesão aos direitos da personalidade da pessoa, violando a sua intimidade, vida privada, imagem e honra.

Nesse sentido, o dano de natureza moral constitui-se na lesão dos direitos da personalidade. Conforme o entendimento de Gonçalves (2012, p. 379):

“Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.”

O dano moral para ser caracterizado deve ser de uma profundidade que fuja da normalidade, não sendo qualquer tipo de dor, aborrecimento ou mágoa do cotidiano capaz de gerar responsabilização por dano moral.

A respeito do dano moral, Sérgio Cavalieri Filho no livro *Programa de Responsabilidade Civil* (4^a ed., RJ, Malheiros, 2003, p. 98), diz e alerta:

“O que configura e o que não configura dano moral? (...) ultrapassadas as fases da irreparabilidade do dano moral e da sua inacumulabilidade com o dano material, corremos, agora, o risco de ingressar na fase da sua industrialização, [...] Este é um dos domínios onde mais necessárias se tornam as regras da boa prudência, do bom senso prático, da justa medida das coisas, da criteriosa ponderação das realidades da vida. Tenho entendido que, na solução dessa questão, cumpre ao juiz seguir a trilha da lógica do razoável, em busca da concepção ético-jurídica dominante da sociedade. Deve tomar por paradigma o cidadão que se coloca a igual distância do homem frio, insensível, e o homem de extremada sensibilidade”.

Ensina Silvio de Salvo Venosa(2012, p. 215) que dano moral é:

“[...] o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual a vítima. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí porque aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável. Não é também qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar indenização. Aqui também é importante o critério objetivo do homem médio, o *bonus partus família*: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre as rudezas do destino. Nesse campo, não há fórmulas seguras para auxiliar o juiz. Cabe ao magistrado sentir em cada caso o pulsar da sociedade que o cerca. O sofrimento como contraposição reflexa da alegria é uma constante de comportamento humano universal.”

O último elemento caracterizador da responsabilidade civil é o nexo de causalidade que consiste em ligar a conduta humana ao dano causado, pois sem essa ligação não haverá o dever de indenizar. Existem três principais teorias a respeito da questão do nexo causal, que são: a teoria da equivalência das condições, a teoria da causalidade adequada e a teoria que exige que o dano seja consequência imediata do fato que o produziu.

A teoria da equivalência das condições segundo Gonçalves (2012 p. 351-352) é que toda e qualquer circunstância que tenha ocorrido para produzir a lesão é considerada causa como causa. Porém, essa teoria poderia causar resultados absurdos no direito, como por exemplo, no homicídio o fabricante da arma com que

o fato de concretizou poderia ser responsabilizado pelo resultado que a sua arma causou. Razão pela qual a teoria recebe muita crítica.

A teoria da causalidade adequada conforme aponta Ganglano e Pamplona Filho (2012, p. 136-138), utiliza somente causa como a condição que haja contribuído efetivamente para produzir o evento danoso ou que seja o mais adequado para produzir o dano. Essa teoria apresenta o inconveniente de que admitir um grande grau discricionariedade do julgador, pois fica a critério do juiz analisar se o fato ocorrido será realmente considerado causa do resultado lesivo.

Por fim a teoria que exige que o dano seja consequência imediata do fato que o produziu, baseia-se no nexo de causalidade direto, isto é, que haja entre a conduta e o dano uma relação de causa e efeito direto e imediato como aduz Gonçalves (2012, p. 352, grifo do autor):

A terceira teoria, a dos chamados *danos diretos e imediatos*, nada mais é do que um amálgama das anteriores, uma espécie de meio-termo, mais razoável. Requer ela haja, entre a conduta e o dano, uma relação de causa e efeito direta e imediata. É indenizável todo dano que se filia a uma causa, desde que esta seja necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano. Quer a lei que o dano seja o efeito direto e imediato de inexecução.

Das teorias analisadas, a teoria dos danos diretos e imediatos é a mais aceita e usada no direito brasileiro de acordo com o entendimento de Gonçalves (2012, p. 353, grifo do autor):

“Das várias teorias sobre nexo causal, o nosso Código adotou, indiscutivelmente, a do dano direto e imediato, como está expresso no art. 403. Dispõe, com efeito, o mencionado dispositivo legal: “*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*”.

Portanto, para haver a responsabilização por dano moral, devem estar presentes os três elementos básicos que são a conduta humana comissiva ou omissiva, o dano e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

Nos dias atuais, analisa-se que na responsabilidade civil nem todo ato ilícito causará dano, com isso, é importante ressaltar o comentário de Fernando Noronha (2003, p. 467), “É necessário para que surja a obrigação de indenizar, [...] que o dano esteja contido no âmbito da função de proteção assinada, ou seja, exige-se que o dano verificado seja resultado da violação de um bem protegido”.

4.2 Da Responsabilidade Civil dos Pais

Segundo ensinamentos de Lôbo (2012), os pais respondem pelos danos sofridos por seus filhos menores, que estejam sob seu domínio familiar. Configura-se responsabilidade civil transubjetiva, isso porque a responsabilidade pela reparação é imputável a quem não deu causa diretamente ao dano.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 932 sustenta que os pais são responsáveis pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia. Neste caso, autoridade quer dizer quem é o titular do poder familiar, mesmo em caso de pais separados, onde um deles não detém a guarda do filho menor.

Um requisito obrigatório é o menor estar na companhia do pai ou da mãe, essa companhia é presumida sempre que os pais sejam casados ou vivam em união estável. Em caso de pais separados, a exigência da companhia depende de prova, afim de analisar se o menor provocou dano quando estava com o genitor ou com o outro no exercício do direito de visita.

Art. 932 Código Civil - São também responsáveis pela reparação civil:

- I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;
- II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;
- III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviciais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;
- IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; (BRASIL, 2002).

Para o Superior Tribunal de Justiça, a responsabilidade civil dos pais se enquadra na pretensão relativa de culpa, culpa esta que se dá pela vigilância, e que pode ser afastada se ficar comprovado que os pais não atuaram de maneira negligente no dever de guarda.

4.3 Dos Danos Extrapatrimoniais ao Dever de Indenizar

Com a análise do presente estudo, percebe-se que a função primordial da família foi modificada, fazendo com que seus integrantes sejam tratados de maneira mais igualitária, percorrendo caminhos da solidariedade, afetividade e autonomia da

vontade, em companhia com os valores que preenchem o ordenamento, fazendo valer os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana.

A indenização por danos extrapatrimoniais é nova na doutrina e na jurisprudência, uma vez que desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 não se desenvolviam a discussão do assunto.

Os danos patrimoniais desenvolveram uma proporção no direito brasileiro, primeiramente a doutrina era a favor de sua concessão; porém, a jurisprudência preferia negar, por entender que o menor era inestimável.

Após o advento da Constituição Federal de 1988, foi fixada a possibilidade de danos extrapatrimoniais, expressamente, através do dano moral, no artigo 5º, V e X, e a jurisprudência começou a revisar sua posição.

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

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

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988).

Mais tarde, após uma efêmera análise constitucional, o dano extrapatrimonial começou a fazer parte do cotidiano judicial, onde cada vez mais chegavam situações diversas e inusitadas nos tribunais.

Em 2003, uma sentença foi publicada com índole primordial e chegou à mídia, causando uma enorme repercussão no país inteiro.

O magistrado da comarca de Capão da Canoa, no Rio Grande do Sul, em 15 de setembro de 2003, condenou um pai a indenizar sua filha com o pagamento de R\$48.000,00 (quarenta e oito mil reais) corrigidos e acrescidos de juros moratórios em decorrência do abandono afetivo. O pai foi revel, a demanda transitou em julgado.

Já em 05 de junho de 2004, o juiz da comarca de São Paulo capital, julgou parcialmente procedente a demanda para condenar um pai a pagar a quantia de R\$50.000,00 (Cinqüenta mil reais) com atualização monetária a partir da data da sentença para reparação de dano moral e também os gastos com tratamento psicológico da filha a ser apurado em liquidação.

No que diz respeito à indenização, deve-se observar que não se limita apenas ao requisito fático do abandono afetivo, pois é necessária a comprovação dos atos que gerarem seqüelas psíquicas ao menor, provocando danos enormes em si. (Karow, 2012).

Vale lembrar que a propositura da demanda judicial somente valerá para os cônjuges que se separam ou se divorciam e que não moram na mesma casa. Não há possibilidade de demandar contra aquele cônjuge que continua residindo com a família, uma vez que há enorme dificuldade em provar omissão. (Karow, 2012).

Para que o pai ou a mãe seja indenizável, é necessário que não haja outra pessoa na vida da criança que substitua um dos genitores. Isso porque o dano é causado pela falta de afeto, compreensão, acompanhamento, e se esse papel for assumido por outra pessoa, haverá exclusão da responsabilidade civil. Se a falta de afeto for suprida por uma outra pessoa, evitará os danos, não fazendo sentido entrar com a ação. A finalidade da responsabilidade civil é reparar o dano injusto, sendo assim, se não houver dano, não há que se falar em reparação. (Karow, 2012).

Pode-se dizer que mesmo se a criança encontrar uma pessoa e que a considere parte da família, essa pessoa não tem a função de ocupar o vazio do abandono ocasionado por quem deveria estar presente e cuidá-las. Desta maneira, observa-se que a presença desta nova pessoa, em alguns casos, apenas reflete a ausência do genitor. É por isso que o laudo psicológico do menor é necessário, pois vai avaliar seu psicológico. Se o resultado do laudo comprovar que a criança não sofre danos por causa da terceira pessoa que se faz presente em sua vida, não há que se falar em reparação civil; porém, se o laudo comprovar que os danos psicológicos da criança foram aumentados em decorrência da terceira pessoa, a solução é a busca da reparação. (Karow, 2012).

As atitudes que geram a obrigação de indenizar, são aquelas praticadas pelo pai ou pela mãe, como por exemplo: não cumprir as visitas; ausência de comunicação, seja por telefone ou por escrita; não telefonar em datas importantes; marcar de sair com a criança e não comparecer, deixando ela esperar, sem dar uma justificativa aceitável; não comparecer no aniversário da criança; nunca presenteá-lo; não ficar com a criança durante as férias; tratá-la de forma diferente dos irmãos de outros relacionamentos; não comparecer a apresentações escolares; não lembrar de sua existência e ficar anos sem vê-la. Há também as formas comissivas, que ocorre

quando o genitor agride a criança verbalmente, humilha-o na frente dos demais, acaba com sua autoestima, entre outras. (Calderón, 2012).

Apesar de a responsabilidade civil pelo abandono afetivo surtir efeitos, de forma geral, nos danos extrapatrimoniais, poderá envolver danos com consequências patrimoniais. Em alguns casos, o genitor pode ser condenado a pagar os custos relativos a medicamentos antidepressivos, além de custear tratamento psicológico e terapêutico da criança ou adolescente, em razão do abandono afetivo.

Na verdade, a reparação civil pelo abandono afetivo representa muito mais que um dano moral e sim um dano à vida. Mesmo com ótimos tratamentos psicológicos e com medicação recomendada, a criança ou adolescente jamais suprirá totalmente a falta de afeto por parte de seu genitor. É um sentimento que lhe acompanhará por toda a vida, frustrando seu cotidiano. (Sessarego, 1992).

4.4 O valor da Indenização

No direito brasileiro adota o princípio da reparação integral, onde a criança ou adolescente que sofre o dano deve ser resarcida em sua totalidade. A indenização específica (também denominada *in natura*) só não ocorre quando:

- a) for impossível a reposição ou reparação do bem;
- b) não for suficiente para reparação integral dos danos; ou
- c) for excessivamente onerosa para o devedor.

O *caput* do artigo 944 do Código Civil sustenta que o dever de indenizar deve englobar a totalidade do dano sofrido, traduzindo o consagrado princípio da reparação integral. (BRASIL, 2002).

Desta forma, relata Alvim (1972, p. 1999),

“É certo que a maior ou menor gravidade da falta não influí sobre a indenização, a qual só se medirá pela extensão do dano causado. A lei não olha para o causador do prejuízo a fim de medir-lhe o grau de culpa e, sim, para o dano, a fim de avaliar-lhe a extensão.”

Vale ressaltar que o princípio da reparação integral presente no artigo 944, veio atenuado pela novidade introduzida em seu parágrafo único onde há possibilidade de reduzir o montante quando houver desproporção excessiva entre o dano e o grau de culpa do agente.

Desta maneira, a regra é a reparação integral com base na extensão do dano, mas em algumas situações excepcionais, cabe ao juiz ponderar o grau de culpa.

Ao mencionar o citado artigo, o legislador buscou a reparação do dano sofrido; porém, apesar dessa reparação ser integral à vítima, não poderá punir o agente de forma excessiva. Esta situação ocorre quando há incoerência entre a gravidade da culpa e do dano.

O Brasil não adotou a teoria de indenização punitiva da pena privada, ficando claro que a finalidade é indenizar a criança pelo dano sofrido proporcionalmente com o grau de culpa do autor, não admitindo uma quantia muito alta no valor da indenização que extrapole o dano sofrido.

Para fixar o valor da indenização no caso do abandono afetivo, o Superior Tribunal de Justiça não explicitou detalhadamente qual critério a ser utilizado para sua justificativa, Moraes (2006, p. 334), relatou:

"Enfim, o magistrado deve justificar detalhadamente a sua decisão, especificamente no que diz respeito à determinação da verba indenizatória. A decisão precisa será adequadamente motivada, para que, tanto quanto possível, se reduza o alto nível de subjetivismo constante das decisões judiciais que hoje se vem proferindo em matéria de dano moral. Motivação, sublinhe-se, especificamente, do quantum debeatur. Só a sua fundamentação lógico-racional permitirá que se construa um sistema de indenização justo, do ponto de vista da cultura do nosso país e do nosso tempo."

Demonstrando evolução quanto ao tema, surgiu, no ano de 2012, uma decisão do Superior Tribunal de Justiça admitindo a reparação civil pelo abandono afetivo. A ementa foi assim publicada por esse Tribunal Superior:

"Civil e Processual Civil. Família. Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/1988. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado –, importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das

inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrigória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido" (STJ, REsp 1.159.242/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrigi, j. 24/04/2012, DJe 10/05/2012).

Desta forma, fica claro que o juiz fixará o valor da indenização no caso concreto, com os motivos necessários e utilizando-se de analogia e fundamentação lógico-racional, regulando o dano sofrido pelo filho com o grau de culpa do agente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com os estudos para desenvolver esse presente trabalho, percebe-se que a Responsabilidade Civil no Direito de Família é um assunto bem recente e bastante polêmico, tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência.

Os conceitos de família sofreram muitas alterações por causa de sua evolução, deixando de ser patriarcal, onde o pai decidia o que era importante pra família, tornando-se uma realização social, onde o afeto se configurou como elemento jurídico. Com essa evolução, a criança passa a ser protegida de qualquer violência física e psíquica por parte de seus pais sob pena de atingir a dignidade da pessoa humana, que é muito buscada pela nossa Constituição de 1988, onde a família progrediu para um ente familiar, no qual todos os membros buscam o desenvolvimento familiar, a procura da realização individual para estabelecer um todo.

O princípio da afetividade se tornou muito importante, pois passou a representar um elo que une as pessoas, proporcionando a criação de parentesco entre as mesmas. Se com a falta de afeto houver ofensa à dignidade da pessoa humana, haverá também ofensa à Constituição, na qual o ofensor deverá ser condenado a reparar a ofensa. Caso não seja mais possível reparar tal ofensa, o ofensor será condenado ao pagamento de indenização pecuniária por dano moral. Atualmente, não há uma legislação específica sobre o abandono afetivo, resolvendo-se essa questão com jurisprudências do STJ.

O abandono afetivo é interpretado pelo Direito como uma entidade passível de indenização, pois o afeto configura um dos elementos constituintes da dignidade humana, sendo esse elemento um bem juridicamente protegido, uma vez que desrespeitando esse bem jurídico será considerado ato ilícito, portanto, passível de indenização em seu aspecto moral. O grande problema têm sido indagar se é possível colocar preço no afeto, uma vez que a maioria dos juízes tem considerado que não se pode indenizá-lo. Desta forma, juízes e doutrinadores possuem opiniões diferentes, pois os doutrinadores afirmam que não se busca um valor monetário para o afeto, mas busca-se condenar os genitores por não prestarem assistência material, moral e psíquica.

Com relação aos valores da indenização, este será fixado pelo juiz, levando em consideração a analogia e seu bom senso e utilizando critérios subjetivos para determinar assim o valor da indenização no caso concreto.

Desse modo, o maior objetivo da indenização pelo abandono afetivo é, segundo Dias (2006), promover, através da sanção do direito, o reconhecimento do genitor que causou o abandono, fazendo-o refletir sobre o ato ilícito que cometeu, no qual provocou uma lesão à criança. Seu caráter punitivo ajuda a prevenir a ocorrência frequente de situações semelhantes.

Diante todo o exposto, conclui-se que o dano moral é presunção de pedido de reparação civil subsequente de abandono afetivo. O presente trabalho confirmou vários questionamentos e hipóteses, apenas com o objetivo de apresentar uma reflexão mais profunda a respeito do tema, para que um dia, o abandono afetivo seja aceito por todos os tribunais como um direito legal de quem dele foi vítima e que procura sua reparação.

Para se amenizar os diferentes pontos defendidos pela doutrina, pela jurisprudência e pelas decisões dos Tribunais há necessidade de interferência do Poder Legislativo. No Congresso Nacional, encontra-se em andamento alguns projetos de leis a respeito do direito de família e o direito à indenização por abandono afetivo, como o Projeto de Lei 700/2007 que tramita no Senado que propõe alterações na Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, onde se objetiva tornar o abandono moral como ilícito civil e penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Augustinho. Da inexecução das obrigações e suas conseqüências. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. Estatuto da Família de Fato. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2.011.

BRASIL, **Códigos Civil, Comercial e Constituição Federal** / Obra coletiva. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Relatório do ministro Fernando Gonçalves, no Recurso Especial 747511 oriundo de Minas Gerais, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial 878.941/DF(2006/0086284-0), Min. Nancy Andrichi, julgamento em 21.08.2007.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Relatório do ministro Fernando Gonçalves, no Recurso Especial 747511 oriundo de Minas Gerais, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.

BRASIL, **Tribunal de Justiça do Paraná**. Apelação Cível 108.417-9, 2ª vara de Família, Curitiba. Apelante G,S / Apelado: A.F.S / Relator: Desembargador Acássio Cambi, julgado em 12.12.2001.

BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano moral do Direito de Família**. São Paulo: Método, 2006.

BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Método, 2006. p. 116.

BRUNO, Denise Duarte. **Direito de Visita: Direito de convivência**. In: **Direito de Família e Psicanálise – rumo a uma nova epistemologia**. Coord. Giselle Câmara Groeninga e Rodrigo de Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CANEZIN, Claudete Carvalho. **Da reparação do dano ao filho decorrente do abandono paterno-filial**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. 8 n. 36, jun/jul 2006.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. **Família: do autoritarismo ao afeto.** Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, n.32, out/Nov 2005.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil.** 11 ed. Atualizada de acordo com o Código Civil de 2002 e aumentada pos Rui Belford Dias. Rio de Janeiro:Renovar, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 254.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** direito de família. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 5.

DINIZ, Danielle Alheiros. **A impossibilidade de responsabilização civil dos pais por abandono afetivo.** Jus navegandi. Teresina, ano 14, n2184, 24 jun 2009.

GANGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona **Novo curso de direito civil brasileiro: direito de família - As famílias em perspectiva constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 6.

GOMES, Orlando. **O Novo Direito de Família.** Porto Alegre: Fabris, 1.984.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 6.

GRISARD FILHO, Waldir. Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade paternal. 5 ed. Ver. E atual. São Paulo Editora: Revista dos Tribunais, 2010 p.37.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os Contornos Jurídicos da Responsabilidade Afetiva entre Pais e Filhos – além da obrigação legal de caráter material.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os Contornos Jurídicos da Responsabilidade Afetiva entre Pais e Filhos – além da obrigação legal de caráter material.**

KAROW, Aline Biasuz Suarez, **Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-familiais.** Curitiba: Juruá, 2012.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais. A situação jurídica de pais e mães solteiros, pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LIRA, Wlademir Paes de. **Direito da Criança e do Adolescente à convivência familiar e uma perspectiva de efetividade no direito Brasileiro.** In: Família e Responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010.

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

MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). Anais. V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOBThompson, 2006.

NOGUEIRA, Jaqueline. **A filiação que se constrói: o reconhecimento jurídico do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Catarina Almeida de. **Refletindo o afeto nas relações de família. Pode o direito impor amor?** In: **Famílias no Direito Contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lobo**. Coord. Fabíola Santos Albuquerque, Marcos Ehrhardt Jr. E Catarina Almeida de Oliveira. Salvador: Juspodivm, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001. p. 60.

SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. **Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v.8 n. 35, abr/ maio 2006.

SILVA, Cláudia Maria da. **Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v.6 n. 25, ago/ set 2005.

SILVA, Priscilla Menezes da. **A Amplitude da Responsabilidade Familiar: Da Indenização por Abandono Afetivo por Conseqüência da Violação do Dever de Convivência**.

SILVA, Regina Beatriz Tavares, MOTEIRO, Washington de Barros, 41^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 2012, p. 215.