

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
LUCAS BESERRA DOS ANJOS**

REPARAÇÃO CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

**NATAL - RN
2013**

LUCAS BESERRA DOS ANJOS

REPARAÇÃO CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como exigência parcial para
obtenção do grau de bacharel em Direito,
sob a orientação da Professora Mestre
Valéria Maria Lacerda Rocha.

**NATAL – RN
2013**

LUCAS BESERRA DOS ANJOS

REPARAÇÃO CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

DATA DA APROVAÇÃO: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA:

Professora Mestre Valéria Maria Lacerda Rocha
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

Professor Mestre Carlos Sérgio Gurgel da Silva
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

Professora Especialista Flavianne Fagundes da Costa Pontes
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

Minha dor é perceber
Que apesar de termos
Feito tudo, tudo,
Tudo o que fizemos
Nós ainda somos
Os mesmos e vivemos
Ainda somos
Os mesmos e vivemos
Ainda somos
Os mesmos e vivemos
Como os nossos pais...
(Como nossos pais. Belchior).

Dedico este trabalho à memória de meus avós, Maria dos Anjos Alves de Moraes e Wilson Alves de Moraes, que contribuíram para a formação da minha personalidade e me fizeram acreditar que a educação é o melhor caminho para o homem conquistar seu espaço.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por me dar forças para vencer as lutas que aparecem em minha vida e por iluminar qual o melhor caminho que eu devo seguir.

À minha mãe, por sempre estar do meu lado nas escolhas que eu faço na minha vida e por sempre acreditar em minha capacidade.

Ao amigo Crwlff de Oliveira Campina por estar perto para me ouvir, sempre que aparecem as turbulências.

À minha orientadora, professora mestre Valéria Maria Lacerda Rocha, pela compreensão e confiança depositada em mim.

Aos meus irmãos pelo companheirismo ao longo de minha vida.

A todos os meus amigos, colegas de universidade e amigos do trabalho por me apoiarem diariamente durante estes cinco anos de curso.

RESUMO

As discussões acerca do abandono afetivo e da responsabilização civil dos pais que infringiram o dever de cuidado é o foco do presente estudo, tendo como ponto de partida uma importante decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, onde um pai foi obrigado a indenizar sua filha pelo dano afetivo. O afeto não está disposto no ordenamento jurídico como dever dos pais, porém é corolário dos princípios que protegem as relações familiares como o princípio da paternidade responsável, princípio da afetividade, princípio da solidariedade e, principalmente, obriga a observância pelos pais, pois se fundamenta no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e no princípio da proteção integral da criança e do adolescente, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente. Tal abordagem analisa como o Estado tutela as diversas formas de formação de família, ensejando aos pais o dever de prestar tratamento igualitário aos filhos, sendo assim, assegura sempre o melhor interesse da parte hipossuficiente, ou seja, a criança e o adolescente. São analisados os motivos que levam os pais a abandonar afetivamente seus filhos, infringindo, desta forma, uma competência a eles atribuída pelo exercício do Poder Familiar, previsto na Constituição Federal de 1988 e regulamentada pelo Código Civil de 2002, bem como pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Serão discutidos os vários posicionamentos doutrinários divergentes sobre o dever de indenizar pelos danos psicossociais causados ao menor em detrimento da falta de cuidado e afeto daquele que tem o dever de protegê-los. Utilizam-se jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a fim de analisar os vários entendimentos a partir de casos concretos.

Palavras-chave: Abandono Afetivo. Responsabilidade. Poder Familiar. Constituição Federal. Princípios.

ABSTRACT

The debates about the Affectionate desertion and the parent's civil responsibility is what this study is focused in an important decision uttered by the Superior Court of the Justice, where a father was obliged to indemnify his daughter for the affectionate desertion. The affection isn't disposed in the legal system as parents duty, however is corollary from principles that protect the familiar relations like the responsible paternity principle, affection principle, solidarity principle and, above all, they oblige the observance for the parents, so it is based on the constitutional principle of ones human dignity and the integral protection principle of the child and the adolescent. This approach analyzes like the State protects various ways of family formation, resulting for the parents the duty to provide equality of treatment for the children, to ensure always the best interests for the disadvantaged party, that is so to say, the child and the adolescent. The motives that take parents to affective abandon are analyses, infringing, this way, a competence directly the family power exercise, foreseen in the Federal Constitution of 1988 and, regulated for the Civil Code of 2002 and The Statute of Child and the Adolescent. The various divergent doctrine's positions about the duty to indemnify will be discussed for the fault of care and affection of that person who has the duty to protect them. Jurisprudences of the Superior Court of the Justice and the Federal High Court are used, to analyze the understanding several of the concretes cases.

Key-words: Affectionate Desertion. Responsibility. Familiar Power. Federal Constitution. Principles.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. ESTADO DE FILIAÇÃO E RECONHECIMENTO DOS FILHOS.....	14
1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS.....	14
1.2 CONCEITO DE ESTADO DE FILIAÇÃO.....	16
1.3 O PLANEJAMENTO FAMILIAR COMO FORMA DE EVITAR FILHOS NÃO ESPERADOS	17
1.4 PRESUNÇÕES DE PATERNIDADE.....	20
1.5 POSSE DO ESTADO DE FILHO.....	23
1.6 FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA.....	24
2. PODER FAMILIAR.....	27
2.1 ANÁLISE HISTÓRICA DO PODER FAMILIAR.....	27
2.2 CONCEITO DE PODER FAMILIAR.....	28
2.3 O PODER FAMILIAR NO CÓDIGO CIVIL E NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	29
2.4 O EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR.....	30
2.5 SUSPENSÃO E DESTITUIÇÃO.....	32
3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	35
3.1 NOÇÕES GERAIS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	35
3.1.1 Dano.....	38
3.1.2 Nexo Causal.....	39

3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SUBJETIVA.....	39
3.3 DANO MORAL (DANO EXISTENCIAL)	42
3.4 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA NO DIREITO DEFAMILIA.....	45
4. REPARAÇÃO CIVIL POR ABANDONO AFETIVO.....	48
4.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	48
4.2 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.....	43
4.3 O CUIDADO COMO DEVER JURÍDICO.....	50
4.4 CONCEITO DE ABANDONO AFETIVO.....	53
4.5 A COMPROVAÇÃO DO DANO AFETIVO.....	54
4.6 A INVIABILIDADE DA PERDA DO PODER FAMILIAR PELO ABANDONO AFETIVO	58
4.7 O ABANDONO AFETIVO E SEU RECONHECIMENTO JUSRISPRUDENCIAL (POSICIONAMENTOS DO STJ E STF)	61
CONCLUSÃO.....	66
REFERÊNCIAS.....	69

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata da responsabilização civil aos pais que abandonam os filhos afetivamente, sendo amplamente discutida no Superior Tribunal de Justiça, onde se deferiu à vítima pelo abandono um *quantum* indenizável.

A Responsabilidade Civil repousa no ato de um terceiro que causa dano a outrem ter o dever de repará-lo, obrigando o causador do dano a recompor o *status quo ante* ou à indenizá-lo. O dano causado pelo abandono afetivo é de natureza subjetiva, tratando-se de um transtorno causado à consciência de quem o vivencia, obrigando ao causador a indenização. Há um nexo de causalidade, ou seja, um liame entre o comportamento do agente e o dano, verificando-se um pressuposto para a configuração da Responsabilidade Civil.

O dano moral suportado pela vítima tem natureza extrapatrimonial, ou dano imaterial, alguns doutrinadores denominam *dano à personalidade*. Trata-se, em suma, de qualquer sofrimento humano que foge dos limites pecuniários.

A Constituição Federal de 1988, acompanhando as transformações sociais após o período da ditadura militar, deu ênfase à Dignidade da Pessoa humana, com o fulcro de valorização do homem em sua esfera psicossocial. É neste sentido que proíbe quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, assegurando os mesmos direitos aos filhos havidos no casamento ou não, e até os concebidos por adoção.

É neste íterim que tutela as diversas formas de formação da família, assegurando sempre o interesse da parte hipossuficiente, ou seja, a criança e o adolescente. São criadas legislações que regulamentam o melhor interesse desses menores, fundamentando-se no Princípio da Proteção integral da criança e do adolescente.

São tidos como Direitos Fundamentais da criança e do adolescente a liberdade, respeito e a dignidade e como tipo de liberdade conferida ao menor participar da vida familiar e comunitária sem qualquer discriminação, cabendo aos pais o dever de guarda, sustento e educação dos filhos.

Completando o raciocínio acima, tem-se a análise do Poder Familiar, conceituado como o conjunto de obrigações dos pais com os filhos, no tocante às suas pessoas e bens. Tem natureza personalíssima, sendo irrenunciável e indelegável, e segundo o artigo 24 do ECA pode ser suspenso ou extinto por meio de processo judicial, ao qual se assegure o contraditório.

As decisões judiciais em casos indenizatórios de abandono afetivo são fundamentadas no princípio da proteção integral da criança e do adolescente, explícito no Estatuto da Criança e do Adolescente e em alguns princípios que informam o Direito de Família como: O Princípio da Solidariedade Familiar, o Princípio da Igualdade Jurídica entre os filhos, o Princípio da Consagração do Poder Familiar e o mais importante que orienta os pais quanto ao dever de cuidado, o Princípio da Afetividade, implícito na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002, bem como o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

O Código Civil enumera os poderes-deveres dos pais para com os filhos, dentre eles dirigir-lhes a criação e a educação e tê-los em sua guarda e companhia. A falta de convívio com os pais, direito assegurado em lei vigente, pode gerar aos menores transtornos psicológicos e comprometer o desenvolvimento saudável do filho, interferindo em sua vida adulta.

As grandes transformações sociais e a dinâmica familiar fazem com que alguns casais se divorciem ou adotem filhos, ou seja, foram criados no seio social vários rostos para o instituto da família, muitas vezes causando na criança um desgaste psicológico, principalmente nos casos de pais divorciados que se separam dos filhos. O intuito do Estado interferindo nestas relações particulares é proteger as relações de filiação socioafetivas.

O fato de um dos pais não deter a guarda, em decorrência de separação ou divórcio, não é óbice para que o outro genitor não conviva com o menor, mesmo que sejam prestados os alimentos necessários, não pode haver omissão no sentido de deixar de prestar visitas e acompanhar o desenvolvimento do filho.

Importantes observações serão feitas a respeito da decisão da terceira turma do STJ a qual o pai foi obrigado a pagar indenização à filha, com fundamento de que é dever dos pais assegurar a convivência familiar aos filhos.

Em decisão inédita, o STJ entendeu que “não há restrições legais relativas às regras de responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar no direito de família”.

A linha de pensamento abordada no Superior Tribunal de Justiça foi de que tanto na concepção quanto na adoção os pais assumem o dever de cuidar, nascendo assim a responsabilidade, um dever que é pautado na liberdade de escolhas.

Portanto, o dever de cuidado é um dever constitucional dos pais para com os filhos. Quando se eximem desta atribuição constitucional, causam um dano de natureza afetiva nos filhos, que os acompanham para o resto de suas vidas, devendo, conforme será analisado na decisão do Superior Tribunal de Justiça, ser reparado civilmente, pois se trata de

Responsabilidade Civil Subjetiva, prescindindo da omissão dos genitores. Existem alguns posicionamentos contrários ao dever de indenizar pelo abandono afetivo, argumentando que ninguém pode obrigar outro a amar, porém não se trata de obrigar a prestar o amor, que é facultativo e sim observar o dever de cuidar dos filhos, que é obrigação.

1 ESTADO DE FILIAÇÃO E RECONHECIMENTO DOS FILHOS

O Código Civil brasileiro de 2002 no capítulo “Da Filiação”, nos artigos 1.596 a 1606, tutela os filhos nascidos na constância do matrimônio. Já o antigo Código Civil de 1916, faz diferenciação entre os filhos, que repousa na presunção quando se refere aos nascidos no casamento, entre os filhos havidos fora do casamento, disciplinado no capítulo “Do Reconhecimento dos Filhos”, nos artigos 1.607 a 1617, exprimindo seu caráter puramente patrimonialista.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, § 6º, proíbe qualquer referência discriminatória entre os filhos, nascidos ou não, durante o matrimônio. O atual Código Civil prestigia não só a filiação biológica, presumível no casamento, como também filhos nascidos de reprodução heteróloga. As disposições aplicadas ao casamento, sobre filiação, também alcançam a União Estável, diferenciando-se desta por trazer a celebração do casamento como prova pré-constituída.

1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

A antiga conceituação do Estado de Filiação girava em torno da proteção que queria se dar ao patrimônio familiar, pois este era o único bem que o antigo Código Civil de 1916 tutelava. Uma notória comprovação disto é que nossa sociedade à época deste antigo diploma civil era marcadamente patriarcal, a autoridade sempre girava em torno do homem. A família era uma unidade econômica, social e religiosa, onde a mulher era marcadamente discriminada.

Havia uma classificação cruel e discriminatória que distinguia os filhos em legítimos, ilegítimos e legitimados. Os legítimos eram os concebidos na constância do casamento, conforme previa o artigo 338 do Código Civil de 1916¹, enquanto os ilegítimos se subdividiam em naturais e espúrios.

¹ BRASIL. Lei 3.071, de 1 de janeiro de 1916. **Estatui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em 23/05/2013.

Valdemar Pinto da Luz² aponta que os filhos *espúrios* eram os concebidos por pessoas que tinham algum impedimento para casar e se subdividiam em *adulterinos* e *incestuosos*. Os *adulterinos* eram os concebidos de uma pessoa casada com outra que não era seu cônjuge; Os filhos *incestuosos* quando concebidos por pessoas que tinham impedimento para casar-se em razão do parentesco. Esta classificação de certa forma penalizava a criança que nascia destas relações, pois lhes privava não só o direito à identidade como também o direito à sobrevivência.

A discriminação trazida pelo antigo Código Civil de 1916 não se restringia apenas à classificação que fazia, além disto, ainda vedava aos filhos ilegítimos o reconhecimento. A marginalização do filho era fundamentada pela paz social da família, evitando-se escândalos e primando-se pela proteção do patrimônio familiar.

O adultério na época era penalmente punido, fazendo com que os primeiros a sofrer estas sanções fossem os filhos ao invés do pai infiel. Por isso eram tratados como inexistentes, sendo privados dos direitos mais necessários à sua personalidade como ter o nome do pai e o afeto.

O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento só se deu a partir de duas leis dos anos 40³, porém com restrições, possível apenas com a dissolução do casamento do genitor. O processo de investigação da paternidade do pai tramitava em segredo de justiça e a única finalidade era a de prestar os alimentos devidos. O filho era registrado discriminadamente como filho ilegítimo, e com relação aos direitos sucessórios tinha direito à metade da herança que fazia jus os filhos legítimos ou legitimados.

A Constituição Federal de 1988 e a Lei do Divórcio de 1989⁴, esta que expressamente revogou o artigo 358 do CC/1916, trouxeram um tratamento mais igualitário para ambos os filhos. A Lei do Divórcio permitiu a todos os filhos o direito à herança igualmente, além de permitir o reconhecimento dos filhos exclusivamente por testamento cerrado. A crítica a esta lei existe na ação de investigação de paternidade, pois somente após o fim do matrimônio do marido, podia-se registrar o filho e terceiros interessados tinham direito de impugnar a filiação.

O atual Código Civil, além das presunções dos filhos havidos na constância do matrimônio, criou novas presunções. O artigo 1597, incisos III e IV, presumiu como tidos na

² LUZ, Valdemar P. da. **Manual de Direito de Família**. São Paulo: Ed. Manole, 2009. p.163.

³ Lei 4.737, de 24.09.1942 e Lei 4.883, de 21.10.1949.

⁴ Lei 7.841, de 17.10.1989.

constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que o marido tenha falecido, e ainda que se trate de embriões excedentários e na hipótese de inseminação artificial heteróloga, desde que haja prévia autorização do marido.

1.2 CONCEITOS DE ESTADO DE FILIAÇÃO

Na definição mais tradicional, tem-se a filiação como a relação entre o filho e seus genitores. Porém com as diversas formas de filiação que foram ganhando espaço no mundo moderno e com a atual dinâmica familiar, este conceito está ficando obsoleto.

A Constituição Federal tutela os diversos tipos de família, não só a construída pelo casamento, como também a união estável, a monoparental⁵, bem como as criadas através das modernas técnicas de reprodução. Além disso, a nova ordem jurídica prevê como direito fundamental a convivência familiar da criança, adotando a *Doutrina da Proteção Integral*, onde pôs a criança como centro do direito, abandonando a antiga feição patrimonialista da ordem jurídica anterior.

Surgem então, novos conceitos para o estado de filiação retratando as mudanças recentes como: filiação social, filiação socioafetiva, estado de filho afetivo, etc. Portanto, a filiação começou a ser identificada pela presença do vínculo afetivo paterno-filial, ampliando-se o conceito de paternidade, que passou a compreender o parentesco psicológico, que prevalece sobre a verdade biológica e a realidade legal.

A Doutrina mais moderna tem utilizado a *Teoria da Socioafetividade*⁶ para definir a filiação construída nos laços afetivos, sobrepondo-se à verdade biológica.

Para Maria Berenice Dias⁷ a relação de paternidade não depende mais da exclusiva relação biológica entre pai e filho.

Os vínculos de filiação sofreram grandes mudanças devido aos avanços da biogenética que mudou os métodos reprodutivos. A fecundação assistida homóloga e heteróloga são formas de intervenção da reprodução humana onde a vontade humana se sobrepõe à

⁵ Art.226. A Família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (...)

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

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

⁶ LUZ, Valdemar P. da. **Manual de Direito de Família**. São Paulo: Ed. Manole, 2009. p.249.

⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Ed. Dos Tribunais, 2006. p.320.

procriação natural. Dito isto, tais vínculos não podem mais ser criados exclusivamente no campo genético, pois para cada situação fática existem várias soluções.

O Direito à identidade é um direito à personalidade, por isso a verdade genética adquirida por meio do exame do DNA deve ser tutelada. Independente da maneira que se deu o parentesco, reconhece-se como pai quem dá afeto, assegura proteção e sobrevivência à criança, honrando com as atribuições atinentes ao poder familiar, independente de ser considerado pai o genitor, o marido ou companheiro da mãe ou aquele que deu seu nome ou sobrenome.

O Direito reconhece o vínculo de parentesco entre pai e filho como sendo o que confere a este a posse do estado de filho. A adoção e a fecundação heteróloga são exemplos de parentesco que não dependem do vínculo sanguíneo.

Todas estas novas formas de parentesco são protegidas pela norma constitucional (CF 227, § 6º) e pelo Código Civil (CC 1596) que garantem tratamento igualitário a todos os filhos, independente da forma como se gerou o parentesco.

Portanto, o estado de filiação não pode ser mais visto como o vínculo existente entre os filhos e seus genitores, como propunha a doutrina conservadora, e sim como a relação que existe entre os filhos e seus pais, independente do fator genético ser determinante para a formação deste vínculo. Como observamos em linhas anteriores o que prepondera atualmente para a formação de vínculos paterno-filiais é o fator socioafetividade, corolário da Teoria da Socioafetividade, predominante no moderno direito de família, que assegura direitos iguais para ambos os filhos, sejam eles legítimos, adotivos, concebidos por reprodução assistida, de criação, etc.

1.3 O PLANEJAMENTO FAMILIAR COMO FORMA DE EVITAR FILHOS NÃO ESPERADOS

O Planejamento Familiar é instituto previsto constitucionalmente no Capítulo VII da CF/88, em seu artigo 226, § 7º, prevendo que:

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

Como anotado acima, o Planejamento familiar é pautado nos princípios da Paternidade Responsável e da Dignidade da Pessoa Humana, sendo elevado pelo legislador constituinte como Direito fundamental, sendo norma garantista, pois assegura ao casal os meios necessários para a sua consecução.

Leciona Maria Berenice Dias⁸ "o acesso aos modernos métodos de concepção assistida é igualmente garantido em sede constitucional, pois planejamento familiar também significa buscar a realização do projeto de parentalidade".

Sendo Direito Fundamental, cabe ao Estado assegurar todos os meios para garantir a saúde sexual e reprodutiva, inclusive os métodos anticoncepcionais como forma de evitar filhos não esperados pelo casal.

O Código Civil de 2002 em seu artigo 1565, § 2º repete em sua totalidade o dispositivo constitucional, vedando no seu artigo 1513 a interferência na comunhão de vida instituída pela família.

A Lei 9.623⁹, de 12 de janeiro de 1996, regulamenta o tema, conceituando Planejamento Familiar, coibindo qualquer interferência por parte do poder público ou privado, bem como assegurando políticas públicas de reprodução e anticoncepção.

Segundo a referida lei, entende-se por Planejamento Familiar o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Ainda tentando compreender o sentido epistemológico da norma, a palavra fecundidade deriva do latim *lat fecunditati*, que significa capacidade de produzir descendentes, fertilidade, abundância.

Notemos que o conceito trazido pelo artigo 2º da Lei 9.623, protege o planejamento da fecundidade pelo homem, pela mulher ou pelo casal, não fazendo qualquer distinção entre o tipo de reprodução ou casal que queira ter ou deixar de ter filhos. A Lei ainda veda qualquer tipo de ação que faça parte de mecanismos de controle demográfico.

Em seu artigo 9º a Lei do Planejamento familiar prevê que para o seu exercício serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos, e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

O Sistema Único de Saúde (SUS) é constituído por uma rede regionalizada e hierarquizada integrantes de ações e serviços públicos de saúde e está previsto no artigo 198

⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Ed. Dos Tribunais, 2006. p.323.

⁹ Lei 9.623, de 12 de janeiro de 1996;

da CF. Tem uma direção única em cada esfera do governo e entre as suas atribuições (art. 200, I da CF) está a de controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde.

O parágrafo único do artigo 3º da lei 9.623/99 dispõe sobre ações que o SUS tem por obrigatoriedade de promover em atenção do homem, da mulher ou do casal, em programas de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos, dentre elas a assistência à concepção e a contracepção.

Portanto, como dever do Estado, executado através do SUS, o planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.

A lei supracitada ainda dispõe sobre os crimes para quem se utiliza de métodos contraceptivos não regulamentados. Atribuem ainda alguns requisitos para que tanto o homem quanto à mulher possam se submeter à cirurgia de esterilização.

Ainda sobre Planejamento Familiar a Conferência das Nações Unidas (1994, *apud* MACHADO)¹⁰, sobre população e desenvolvimento ocorrida em 1994 na cidade do Cairo, no Egito, destaca que:

(...) os Estados devem tomar todas as medidas apropriadas para assegurar, sobre a base da igualdade do homem e da mulher, o acesso universal aos serviços de saúde, **compreendidos os relacionamentos à saúde em matéria de reprodução, integrados pelo planejamento familiar e a saúde em matéria de sexualidade. Os programas de saúde da reprodução devem oferecer a mais vasta gama possível de serviços, sem nenhum recurso à coerção. Todo casal e todo indivíduo têm o direito fundamental de decidir livre e responsavelmente acerca do número de seus filhos, do espaço de seu nascimento e de dispor da informação, da educação e dos meios desejados na matéria.** (Grifos nossos)

No Brasil, o Planejamento familiar ainda está ligado aos aspectos cultural e econômico de cada família. Segundo o Dr. Dráuzio Varella¹¹, no Brasil, planejamento familiar é privilégio exclusivo dos bem-aventurados.

Para o Professor Dráuzio Varella¹²:

¹⁰ Conferência das Nações Unidas sobre População e Desenvolvimento. *Recueil International de Législation Sanitaire*, ob. Cit. *apud* MACHADO, Paulo Affonso Leme; MACHADO, Maria Regina Marrocos. **Direito do Planejamento Familiar**. Disponível em: http://cliente.d-on.co/abmp/site_dev/textos/486.htm. Acesso em: 10/05/2013.

¹¹VARELLA, Drauzio. **Natalidade e Violência – Planejamento Familiar**. Disponível em: <http://drauziovarella.com.br/mulher-2/planejamento-familiar/>. Acesso em: 21/03/2013.

¹²Op. cit. Disponível em: <http://drauziovarella.com.br/mulher-2/planejamento-familiar/>. Acesso em: 21/03/2013.

É preciso dizer que as taxas médias de natalidade brasileiras têm caído gradativamente nos últimos cinquenta anos, mas não há necessidade de consultar os números do IBGE para constatarmos que a queda foi muito mais acentuada nas classes média e alta: basta ver a fila de adolescentes grávidas à espera de atendimento nos hospitais públicos ou o número de crianças pequenas nos bairros mais pobres.

Este aspecto denota uma realidade sociocultural no nosso país, onde a falta de planejamento nas famílias menos favorecidas está vinculado ao sentimento que os pais passam para os filhos de terem sido estes indesejados dentro do seio familiar.

As políticas públicas nesta área que alcancem as classes menos favorecidas ainda são muito limitadas, ao passo que cada vez mais adolescentes engravidam e se transformam em mães solteiras. Dr. Draúzio Varella¹³ ressalta a falta de motivações políticas para se criar mecanismos que direcionem a família neste sentido:

A verdade é que, embora a sociedade possa ajudar, nessa área dependemos de políticas públicas, portanto dos políticos, e estes morrem de medo de contrariar a igreja. Agem como se o planejamento familiar fosse uma forma de eugenia para nos livrarmos dos indesejáveis, quando se trata de uma aspiração legítima de todo cidadão. As meninas mais pobres, iletradas, não engravidam aos 14 anos para viver os mistérios da maternidade; a mãe de quatro filhos, que mal consegue alimentá-los, não concebe o quinto só para vê-lo sofrer.

O planejamento familiar ainda está muito relacionado com a desigualdade social, pois num país tão heterogêneo como o Brasil os índices de natalidade variam de um estado para o outro, ressaltando que nas cidades mais pobres a população tem filhos mais cedo e em maior número. Portanto, a falta de mecanismos por parte do governo, educação e condições dignas de sobrevivência ainda são fatores determinantes para a falta de planejamento de muitas famílias.

1.4 PRESUNÇÕES DE PATERNIDADE

A Família é considerada a base da sociedade e recebe especial proteção do Estado. A Lei criou, desta forma, um sistema de reconhecimento de paternidade por meio de presunções que se afastam da verdade biológica para referendar o estado de filiação ou a filiação socioafetiva.

¹³ VARELLA, Drauzio. **Natalidade e Violência – Planejamento Familiar**. Disponível em: <http://drauzioarella.com.br/mulher-2/planejamento-familiar/>. Acesso em: 21/03/2013.

Com Fundamento no princípio *pater is est quem juntae nuptiae demonstrant*¹⁴, ou seja, o marido e o companheiro da mãe é o pai dos filhos concebidos por sua mulher ou companheira, a paternidade presume-se em relação ao marido ou companheiro da mãe, na constância do casamento ou união estável.

A Lei define a presunção da certeza da paternidade, durante o matrimônio, atribuindo aos filhos os direitos decorrentes desta paternidade. Como ao marido da mãe se da certeza da paternidade, deixa a lei implicitamente o dever de fidelidade da mulher dentro do casamento. O dispositivo legal carrega a herança do Código Civil de 1916, em que à mulher é atribuída toda responsabilidade por cuidar da paz na família, sendo sempre submissa ao marido, que era o núcleo da família. Diferente se exprime sobre a união estável, pois não existe dever de fidelidade e sim, de lealdade, conforme se observa no artigo 1.724 do Código Civil.

No artigo 1597 do Código Civil são observados prazos para que sejam presumidos como legítimos os filhos concebidos na constância do matrimônio. Desta forma, os nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de auferido o matrimônio ou trezentos dias após a dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento.

Os prazos acima são desarrazoados, tendo em vista que o nascimento pode acontecer antes de completados os 180 dias após o casamento, com o casal já tendo ciência da gravidez. Os prazos apontados acima são desnecessários, pois a ciência consegue provar com exatidão a paternidade, através do exame de DNA.

Os filhos tidos após dez meses da morte do marido presumem-se da segunda relação da esposa. Trata o art. 1598 do Código Civil que salvo prova em contrário, se, antes de decorrido 300 dias da morte do marido, a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer outro filho, este se presume do primeiro.

Há algumas situações em que se presume a paternidade dos filhos concebidos por reprodução assistida. O art. 1597 em seus incisos III, IV e V, apontam determinados casos que ensejam a paternidade. Neste diapasão Valdemar Pinto da Luz define Reprodução Assistida¹⁵:

Reprodução assistida é um conjunto de técnicas, utilizadas por médicos especializados, que tem como principal objetivo tentar viabilizar a gestação em mulheres com dificuldades de engravidar, seja em decorrência de dificuldades de ovulação, seja por problemas de infertilidade do cônjuge ou companheiro.

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Ed. Dos Tribunais, 2006. p.323.

¹⁵ LUZ, Valdemar P. da. **Manual de Direito de Família**. São Paulo: Ed. Manole, 2009. p.167.

Portanto dentre os métodos de concepção artificial a que o CC/02 faz menção está primeiro e que ensejam o reconhecimento da filiação pelo direito estão os havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido. Fecundação artificial homóloga é quando a mulher utiliza o material genético do próprio marido. Inclui-se nesta modalidade a fertilização *in vitro*, em que se recolhe o material genético do homem e da mulher, ou seja, o óvulo da mulher e o espermatozoide do marido, operando a gestação implantando o óvulo fecundado no útero de outra mulher. A expressão *Barriga de Aluguel* decorre deste método.

Diferenciando também se presumem os havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. Nestes casos o material genético utilizado é de terceiros, quando a infertilidade é do homem e inexistindo a sua autorização é facultado a ele pedir o reconhecimento da paternidade. Portanto, independente da busca da verdade biológica, há a perfeita formação da filiação socioafetiva, da mesma forma que a adoção, pois se construiu através de escolhas.

O inciso IV do artigo 1.597 do CC/2002, dispõe acerca dos embriões excedentários, podendo ser concebidos a qualquer tempo e decorrem de concepção artificial homóloga. Entende-se por embriões excedentários aqueles que excederam os utilizados na fecundação, geralmente em número de três. Estes são preservados através de congelamento para serem utilizados futuramente em fertilização *in vitro*.

As presunções estabelecidas por lei não podem ser afastadas, mesmo em situações bem relevantes. É o caso da confissão feita por mulher acerca de adultério, como previsto no artigo 1600 do CC/ 02. Sobre o tema esclarece Maria Berenice Dias¹⁶:

Não se pode deixar de reconhecer que se trata de regra de flagrante inconstitucionalidade, pois desatende ao princípio da isonomia, além de justificar um injustificável conservadorismo e preconceito: simplesmente ignora a confissão de alguém pela sua condição de mulher. Aliás, trata-se de regra de todo dispensável, até por que a lei processual – a que compete regular o valor das provas – nega validade à confissão nessa espécie de demanda (CPC 351): *não vale como confissão a admissão em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis*. (Grifos do autor).

Em tempos onde se pode ter a certeza de uma paternidade através de um simples exame de DNA, não se pode ilidir direitos indisponíveis, como o de um filho ser reconhecido, apenas com uma simples confissão de adultério. Mesmo nestas situações a lei deve salvaguardar sempre a melhor solução para o menor, independente das demais circunstâncias.

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Ed. Dos Tribunais, 2006. p.325.

1.5 POSSE DO ESTADO DE FILHO

Acontece quando as pessoas desfrutam de uma situação jurídica que não é correlata à verdade, podendo também ser chamada de estado de filho afetivo. Há também o que alguns doutrinadores chamam de estado de pai, andando as duas simultaneamente.

A Filiação decorre do fato de que todos acreditam existir uma situação não verdadeira, visão esta defendida pelo direito. Para ilustrar a ideia, tomemos o dito popular que diz: Pai não é o que faz e sim o que cria. Ou seja, independente da verdade biológica, a posse do estado de filho afetivo, a convivência, a notoriedade social daquela relação, bem como as demonstrações de afeto criam uma situação jurídica que transcende os limites genéticos e que criam direitos e obrigações entre pais e filhos.

Tal noção se sedimenta num ato de vontade, num querer psicológico que não se estabelece com o nascimento. A posse de estado de filho é fundamentada na pura relação de afeto que independente do tipo de família proveniente: monoparental, união estável, homoafetiva ou simplesmente o casamento convencional. Se choca com o dispositivo legal que traz a presunção de paternidade, precisando esta ceder lugar ao afeto, pois o que se está em questão é o melhor interesse da criança.

Maria Berenice Dias¹⁷ esclarece que para o reconhecimento da posse do estado de filho a doutrina tem como requisito três aspectos importantes:

(...) (a) *tractus* – quando o filho é tratado como tal, criado, educado e apresentado como filho pelo pai e pela mãe; (b) *nominatio* - usa o nome da família e assim se apresenta; e (c) *Reputatio* – é conhecido pela opinião pública como pertencente à família de seus pais. (Grifos do autor)

Assim, independente das relações familiares, tem-se o estado de filiação, pois o afeto enseja que aquele filho foi escolhido para estar no seio desta família e gozar de todos os direitos pertinentes a esta relação.

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Ed. Dos Tribunais, 2006. p.334.

1.6 FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Como salientado em linhas anteriores, a filiação socioafetiva é corolário da Teoria da Socioafetividade que pressupõe que a filiação não é composta apenas pelos vínculos biológicos, mas também pelos laços socioafetivos que se criam da relação paterno-filial.

Dito isto, é importante destacar os diversos tipos de filiação socioafetiva que não dependem de verdade biológica: Adoção judicial, adoção à brasileira, filhos de criação e filiação proveniente de reprodução artificial heteróloga.

Como bem esclarece Valdemar Pinto da Luz¹⁸:

Os defensores da teoria propugnam que a família sociológica é constituída à imagem e semelhança da família genética, porquanto o que importa é a manutenção contínua dos vínculos de amor, carinho, desvelo, ternura e solidariedade, que sustentam, efetivamente, o grupo familiar.

Existe um argumento de que a adoção judicial não se trata de modalidade de adoção socioafetiva, pois emana de sentença judicial. Esta mesma corrente é defendida por Valdemar Pinto da Luz e por grande parte da doutrina. Portanto, cabe tecer algumas considerações a respeito dos filhos de criação e da adoção à brasileira, tendo em vista que foram feitas algumas observações acerca da filiação proveniente de inseminação artificial heteróloga.

Segundo Valdemar Pinto da Luz, define-se como filho de criação “espécie de filiação na adoção de fato ou adoção informal na qual a certidão de nascimento da criança não é alterada, mantendo-se, portanto, no registro, os nomes dos pais biológicos”.

Acontece a modalidade de filiação acima quando os pais biológicos ao se virem impossibilitados de continuar com a posse do filho, por falta de condições financeiras ou outros motivos, entrega-o aos cuidados de outra família sem mudar a realidade da certidão de nascimento.

Exemplos bastante comuns se dão quando uma empregada doméstica que é mãe solteira entrega o bebê aos patrões ou pai que entrega o filho para outra pessoa criar, depois que falece sua esposa, alegando não ter condições de criar por motivos de trabalho. No entanto, pode acontecer que no decorrer dos anos os pais biológicos voltem a questionar a

¹⁸ LUZ, Valdemar P. da. **Manual de Direito de Família**. São Paulo: Ed. Manole, 2009. p.250.

paternidade, pois adquiriu condições de criar e educar a criança. Esta situação enseja um novo panorama jurídico como se vê na jurisprudência abaixo¹⁹:

(...). A filiação afetiva também ocorre em situação bastante comum nesse Estado, onde proliferam os chamados “filhos de criação”, em que, mesmo não havendo qualquer vínculo biológico ou jurídico, os pais criam uma criança ou adolescente por mera opção, velando-lhe todo o cuidado, amor, ternura, enfim, uma família cuja mola mestra é o amor entre seus integrantes e o vínculo é o afeto. A situação dos “filhos de criação”, embora ausência de regulamentação sobre a adoção de fato, a paternidade afetiva pode ancorar-se nos princípios constitucionais de proteção à criança e da doutrina integral para ser admitida. (TJRS- AC. n. 70008795775, Des. Relator JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS. DJ. 23.06.2004)

A figura da Adoção à brasileira se dá quando alguém registra filho alheio como se fosse seu, mesmo sabendo não ser pai biológico. Esta situação acontece quando alguém encontra um bebê abandonado nas ruas ou em frente à sua casa e registra como se seu fosse. Pode acontecer também por entrega espontânea dos pais biológicos para que terceiro registre.

O Código Penal brasileiro tipifica esta conduta como criminosa, conforme dispõe previsão do artigo 242²⁰ do referido diploma legal: “Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: Pena-reclusão, de dois a seis anos”. Consta, porém, no parágrafo único do referido artigo se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza a pena poderá ser reduzida de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.

Outro ponto que é importante ressaltar, diz respeito à indissolubilidade da filiação socioafetiva. Dessa forma, a paternidade não poderá mais ser impugnada, nem tampouco poderá ser intentada ação de investigação de Paternidade. A única forma que enseja exame de DNA para investigar a origem biológica será, conforme discorre Valdemar Pinto da Luz²¹, para “investigar a existência de doença genética que possa prejudicar os descendentes do investigante e preservar os impedimentos matrimoniais”.

Há um entendimento jurisprudencial dos Tribunais sobre o tema, inferindo a impossibilidade de ajuizar ação negatória de paternidade, pois a maioria aduzem que a filiação socioafetiva é construída por escolha dos pais e os filhos não podem arcar com o

¹⁹ TJRS. AC. n. 70008795775, Des. Relator JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS. DJ. 23.06.2004. Disponível em: http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/index.php?option=com_content&task=view&id=2923&Itemid=323. Acesso em: 27/05/2013.

²⁰BRASIL. **Código Penal brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 05/03/2013.

²¹ LUZ, Valdemar P. da. **Manual de Direito de Família**. São Paulo: Ed. Manole, 2009. p.252.

prejuízo de um posterior arrependimento, gozando estes de todos os direitos como se filhos biológicos fossem.

Destarte estas questões, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu que²²:

Agravo de instrumento. Ação reivindicatória de paternidade ajuizada pelo se dizente pai biológico. Existência de vínculo socioafetivo entre o menor e o pai registral. Óbice à realização de exame de DNA. Desatende aos superiores interesses da criança a realização de exame de DNA, destinado a averiguar a paternidade biológica, quando estabelecida entre o menor e seu pai registra a chamada paternidade socioafetiva. Ademais, o direito à verdade sobre a própria origem genética é direito da criança e somente por ele pode ser exercido, se assim o desejar, em momento oportuno. Deram provimento. Unânime (Segredo de justiça).

Há, porém, casos em que a justiça pode reconhecer a negatória de paternidade. Quando o impugnante for levado a erro, através de vício de consentimento, ao registrar filho pensando ser seu. Este direito do pai, de impugnar a não paternidade, foi apreciado pelo STJ, conforme jurisprudência abaixo²³:

Direito Civil. Família. Recurso especial. Ação negatória de paternidade. Exame de DNA. Tem-se como perfeitamente demonstrado o vício de consentimento a que foi levado a incorrer o suposto pai, quando induzido a erro ao proceder ao registro da criança, acreditando se tratar de filho biológico. A realização do exame pelo método DNA a comprovar cientificamente a inexistência do vínculo genético confere ao marido a possibilidade de obter, por meio de ação negatória de paternidade, a anulação do registro ocorrido com vício de consentimento. A regra expressa no art. 1.601 do cc/2002 estabelece a imprescritibilidade da ação do marido de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, para afastar a presunção da paternidade. Não pode prevalecer a verdade fictícia quando maculada pela verdade real e incontestável, calcada em prova de robusta certeza, como o é o exame genético pelo método DNA. E mesmo considerando a prevalência dos interesses da criança que deve nortear a condução do processo em que se discute de um lado o direito do pai de negar a paternidade em razão do estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito da criança de ter preservado seu estado de filiação, verifica-se que não há prejuízo para esta, porquanto à menor socorre o direito de perseguir a verdade real em ação investigatória de paternidade, para valer-se, aí sim, do direito indisponível de reconhecimento do estado de filiação e das consequências, inclusive materiais, daí advindas. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 878.954, j. 07.05.2007)

Nota-se então que foi afastada a noção de adoção à brasileira, mesmo o pai tendo adotado filho alheio como seu, uma vez que este foi levado a erro por acreditar que era o genitor do filho que registrou.

²² TJRS, 7ª Câm. Cível, AI n. 70.019.302.892, rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 18.07.2007.

²³STJ, RECURSO ESPECIAL Nº 878.954 - RS (2006/0182349-0). Rel: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: http://www.cpejur.com/site/admin/artigos-fonte/arquivos/cpejur_2012_06_09_AcaoNegatoriaPaternidadeExamedeDNA.pdf. Acesso em: 25/05/2013.

2 PODER FAMILIAR

2.1 ANÁLISE HISTÓRICA DO PODER FAMILIAR

A expressão *Poder Familiar* é recente e substitui a antiga expressão utilizada pelo Código Civil de 1916 “*Pátrio Poder*”. Desta forma, o diploma legal em comento assim dispunha²⁴:

Art. 379. Os filhos legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores.

Art.380. Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher.

Como se observa o antigo Código Civil era totalmente patriarcal e machista, pois delegava ao homem a inteira autoridade sobre a família e os filhos. Os movimentos feministas que surgiram ao longo do tempo, forçaram uma mudança neste panorama, pois visou um termo que configurasse isonomia de poderes ao homem e a mulher quanto ao poder sobre os filhos. Portanto, observa Paulo Lôbo²⁵ “as vicissitudes por que passou a família repercutiram no seu conteúdo. Quanto maiores forem a desigualdade, a hierarquização e a supressão de direitos entre os membros da família, tanto maior foi o pátrio poder e o poder marital”.

Assim, a autoridade do marido no seio da família era soberana, correspondendo a mulher somente o dever de cuidar da casa e das crianças, sendo restringida das decisões familiares. Como se observa no artigo 380 do antigo Código Civil, somente na falta ou impedimento do pai é que o comando da família passava à mulher, exercendo esta o poder familiar com relação aos filhos.

A Constituição Federal de 1988 veio dar tratamento igualitário ao casal quanto ao Poder exercido sobre os filhos. Assim, o artigo 226 da magna carta em seu § 5º dispõe que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. Afastou, então, a natureza monopolista atribuída ao homem, que passou a dividir os encargos familiares e os direitos no seio familiar.

²⁴ BRASIL. Lei 3.071, de 1 de janeiro de 1916. **Estatui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em 27/05/2013.

²⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Do Poder Familiar – Direito de Família e o novo Código Civil**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.p. 183. *apud* DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Ed. Dos Tribunais, 2006. p.343.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), instituído através da lei 8.069, de 13 de julho de 1990, surgiu para regulamentar o referido dispositivo constitucional, implementando a Doutrina de Proteção Integral da Criança e do Adolescente, que atribui mais direitos e obrigações dos pais com relação aos filhos.

O artigo 21 do ECA assegura o exercício do Poder Familiar em igualdade de condições, ao pai e a mãe, obedecendo no que dispuser o Código Civil. Assegura, ainda, em caso de divergência dos pais, a tutela jurisdicional.

Portanto, norteado pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é que o ordenamento jurídico brasileiro se preocupou em retirar o caráter patrimonialista referente ao Poder Familiar para atender o melhor interesse da Criança e do Adolescente, transformando-os em sujeitos de direitos.

2.2 CONCEITO DE PODER FAMILIAR

No entendimento de Washington de Barros Monteiro *apud* Valdemar Pinto da Luz²⁶ Poder Familiar "É o conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante à pessoa e bens dos filhos menores". Observa-se da definição doutrinária que tal poder atribui obrigações dos pais quanto aos filhos no sentido de zelar pela sua criação, educando-os e protegendo seus patrimônios. Por ser atribuído aos filhos menores, conclui-se que se extingue com 18 anos, ocasião que se dará a maioridade da prole.

José Lamartine C. de Oliveira (1990, p. 31 *apud* Maria Berenice Dias, 2006, p.344)²⁷, afirma que "O Poder Familiar é sempre trazido como exemplo da noção poder-função ou direito-dever, consagradora da teoria funcionalista das normas do direito das famílias: poder que é exercido pelos genitores, mas que serve ao interesse do filho.

A autoridade instituída aos pais é dotada de deveres, os quais o Estado, dotado de supremacia, intervém subsidiariamente nas relações familiares a fim de tutelar o direito dos filhos, que mesmo sendo submetido ao poder familiar exercido pelos pais, são os grandes protagonistas desta relação, e têm direitos, cuja obrigação, são dos pais assegurá-los.

Uma dos deveres paternos e que servirá de ponto de partida para a temática aqui defendida, encontra-se no campo existencial, e é de natureza afetiva. Ainda dentro da

²⁶ BARROS MONTEIRO, Washington de. **Curso de direito civil**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1975, v. II. In: LUZ, Valdemar P. da. Manual de Direito de Família. São Paulo: Ed. Manole, 2009. p.257.

²⁷ OLIVEIRA, José Lamartine C. de; MUNIZ, Francisco José F. **Direito de família**. Porto Alegre: Fabris, 1990. p. 31 *apud* DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Ed. Dos Tribunais, 2006. p.344.

definição do Poder Familiar esclarece Maria Berenice Dias²⁸: “O poder familiar decorre tanto da paternidade natural, como da filiação legal, e é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. Portanto, trata-se de atribuições personalíssimas, não podendo o genitor renunciar os filhos sob o pretexto de que não tem condições de cuidar, levando o menor ao abandono”.

O artigo 245 do Código Penal brasileiro prevê como crime a entrega do filho menor à pessoa inidônea, podendo o pai ser penalizado com pena de detenção. O Estado, como visto anteriormente, tutela os direitos dos menores, intervindo, até mesmo de forma coercitiva, no poder familiar.

O ECA emprestou ao instituto o princípio da proteção integral, penalizando com multa os pais que desrespeitarem as atribuições inerentes ao poder familiar, conforme se observa no texto do artigo 249 do ECA.

2.3 O PODER FAMILIAR NO CÓDIGO CIVIL E NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O Código Civil trata do poder familiar nos artigos 1.630 a 1.638, cuidando principalmente, do exercício, da suspensão e extinção do poder familiar. O ECA, norma mais específica, regulamenta o tema entre os artigos 21 a 24.

Tanto o Código Civil quanto o ECA ressaltam que cabe aos pais exercerem o poder familiar sobre os filhos menores, emprestando uma gama de atribuições das quais são proibidos de renunciarem. O Código Civil define como menores os que não têm dezoito anos completos (art. 5º CC), habilitando a pessoa a todos os atos da vida civil. O ECA, complementando o Código Civil, considera criança a pessoa até doze anos incompletos e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Logo no artigo primeiro, o ECA destaca o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, garantindo-lhes todos os direitos fundamentais inerentes à sua condição de criança e adolescente, principalmente àqueles que são poderes-função inerentes ao poder familiar dos pais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus artigos 155 a 163, trata da suspensão do poder familiar, trazendo-lhes regras específicas, com o Código de Processo Civil tratando do tema apenas supletivamente. Descreve todo o procedimento judicial, desde a provocação

²⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Ed. Dos Tribunais, 2006. p.345.

do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse, até a sentença que decreta a perda ou a suspensão do pátrio poder.

Segundo Paulo Luiz Netto Lobo²⁹ há convergências quanto ao direito material, entre o ECA e o Código Civil, sobre o exercício conjunto pelo pai e pela mãe, com recurso à autoridade judiciária para resolver as divergências.

Ainda tratando das principais diferenças observadas entre os dois documentos legais e sobre qual dos dois prevalecem na aplicação ao caso concreto, leciona Paulo Luiz Netto Lobo³⁰:

(...) não se vislumbra antinomia (cronológica ou de especialidade) entre os dois textos legais, não se podendo alvitrar a derrogação da lei anterior (ECA), salvo quanto à denominação pátrio poder, substituída por poder familiar. Como a menoridade, no novo Código, foi reduzida para os 18 anos, deixou de haver divergência com o que o ECA denomina de criança (até os 12 anos) e adolescente (até os 18 anos) e para fins do poder familiar, passa a ser a denominação comum aos campos de aplicação de ambas as leis.

O Código Civil e o ECA se complementam, pois uma vez que o ECA é lei mais específica, o Código Civil traz mais detalhadamente o rol de atribuições do exercício do poder familiar. Portanto, não há divergências entre os referidos textos legais que precisem ser resolvidas através dos critérios acima, quanto às suas aplicações.

2.4 O EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR

O Exercício do poder familiar compete aos pais, durante o casamento ou a união estável, sendo que na falta de um deles o outro exercerá com exclusividade, conforme redação do artigo 1.631 do Código Civil. O Diploma Civil ainda prevê que em caso de divergências é assegurado a qualquer um deles recorrer ao poder judiciário para solucionar-las. A separação, o divórcio ou a dissolução da união estável não extinguem o poder familiar, uma vez que o direito de guarda independe do exercício do primeiro (art.1632, CC).

O referido Código não cuidou de citar o exercício do poder familiar atribuído à família monoparental, uma vez que tal competência independe da situação conjugal dos pais,

²⁹ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Do poder familiar**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/127>. Acesso em 06/03/2013.

³⁰ Op. cit. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/127>. Acesso em 06/03/2013.

decorrendo principalmente do estado de filiação, pois os pais solteiros que não convivam em união estável ou mãe solteira também são titulares deste exercício.

O Código Civil, no artigo 1.634, no tocante aos pais, enumera as competências oriundas do exercício do poder familiar, sendo um rol exemplificativo, pois o afeto está implícito como dever dos pais.

Art. 1634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

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

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

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

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

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

O rol acima não é taxativo, uma vez que no ECA e em outros dispositivos legais há outras competências que responsabilizam os pais pelo seu não cumprimento, como o dever de manter os filhos na escola, acarretando sua falta o abandono intelectual, conforme o artigo 246 do Código Penal, ou deixando de prover os alimentos necessários à subsistência do menor, podendo ser acusado de abandono material (CP 244), e o dever de afeto, que está implícito ao dever de cuidado e pode acarretar o abandono afetivo, pelo qual os pais podem ser responsabilizados.

O artigo 227 da Constituição Federal além de atribuir à família o dever de assegurar a dignidade do menor, expõe além da convivência familiar, outras competências que são postas também ao Estado. O exercício do poder familiar também está explícito no artigo 229 da constituição, pois elenca como dever dos pais criar e educar os filhos menores.

Então, como se observa no ECA e na Constituição Federal de 1988 o exercício do poder familiar é subsidiário ao Estado, uma vez que incube ao mesmo criar programas de políticas públicas que prestem à criança e ao adolescente uma educação de qualidade, saúde, bem como protegê-los de qualquer tratamento desumano e degradante. Complementando o raciocínio leciona Maria Berenice Dias³¹:

(...) Assim, aos poderes assegurados pela lei civil somam-se todos os outros que também são inerentes ao poder familiar. Como o **ensino** é reconhecido como um

³¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Ed. Dos Tribunais, 2006. p.349.

direito subjetivo público, é dever do Estado e da família promovê-lo e incentivá-lo (CF 205 e 208 § 1º), dilatando-se o poder familiar. (Grifos do autor)

O dever de cuidado dos pais os responsabiliza também por todos os atos praticados pelos filhos, conforme se observa no artigo 932, inciso I do Código Civil, prevendo que os pais são responsáveis pela reparação civil dos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia, sendo mais uma competência atinente ao exercício do poder familiar. Segundo Maria Berenice Dias³²:

(...) Trata-se de **responsabilidade civil objetiva por ato de terceiro**. Ainda que a referência legal seja aos pais que estiverem com os filhos em sua **companhia**, descabido não responsabilizar também o genitor que não detém a guarda do filho. Mesmo que não esteja em sua companhia, está sob sua autoridade. (Grifos do autor)

A responsabilização por atos dos filhos que estão sob sua guarda é compartilhada a ambos os pais. Exemplo fático é o menor que usa veículo dos pais e causa acidente de trânsito. Os pais deveriam ter o cuidado necessário para que o filho não utilizasse de forma indevida um veículo para o qual é desabilitado.

2.5 SUSPENSÃO E DESTITUIÇÃO

Quando um ou ambos os genitores deixam de adimplir com os encargos atribuídos pelo poder familiar, o Estado se obriga a defender os interesses dos menores, impondo medidas que tem por escopo assegurar a proteção integral da criança e do adolescente. Estas medidas não visam punir os pais pela falta de observância aos deveres impostos legalmente e sim proteger o interesse do menor, que é a parte mais fraca da relação paterno-filial. Neste ínterim, pode o Estado suspender ou até excluir o poder familiar, conforme observa Maria Berenice Dias³³:

(...) reserva-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 vir em prejuízo do filho, o Estado deve intervir. É prioritário 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. (Grifos do autor)

³² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Ed. Dos Tribunais, 2006. p.350.

³³ Op. cit. p.352.

Como se observa tudo gira em torno do interesse do menor, podendo o juiz até suspender parcialmente o poder familiar, como nos casos em que para evitar que os pais dilapidem o patrimônio dos filhos, é decretada a proibição de um ou ambos administrarem o patrimônio dos filhos.

O juiz visando preservar os laços afetivos entre os pais e seus filhos, como forma de evitar um dano ainda maior à criança, pode decretar apenas a suspensão ao invés de extinguir o poder familiar, observados, é claro, as circunstâncias.

Outro ponto interessante é que a perda ou suspensão do poder familiar não retira dos pais o dever de prestar alimentos. A lei não prejudicaria ainda mais os menores e abonaria quem causou um dano naquele ao qual deve cuidado e afeto. Mesmo aqueles pais que tenha o poder familiar suspenso, em virtude de prisão, cuja pena exceda dois anos, prestam alimentos, pois a família que fica desamparada com a prisão do genitor que sustenta a família recebe o auxílio-reclusão.

As causas que autorizam a suspensão do poder familiar estão dispostas no artigo 1637 do Código Civil. São suspensos do exercício do poder familiar, total ou parcialmente, os pais que abusarem de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos. A suspensão do poder familiar é medida facultativa.

O ECA atribui aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores. Porém é indispensável salientar que a carência de recursos para prover com o sustento dos filhos não suspende ou exclui o poder familiar. O Estado brasileiro criou programas de auxílio à alimentação, visando auxiliar aos pais que não tenham recursos suficientes para prover o sustento dos filhos.

A perda do poder familiar é medida mais grave imposta judicialmente aos pais que cometerem os atos previstos no art. 1638 do CC:

Art.1638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
I - castigar imoderadamente o filho;
II - deixar o filho em abandono;
III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; e
IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

A destituição do poder parental é medida imperativa e é uma das causas de extinção do poder familiar (CC 1.635, V).

Aos pais incumbem a tarefa de zelar pela integridade física e psicológica dos filhos, sendo desarrazoada a prática de castigos físicos ou mesmo psicológicos. O artigo faz menção

a castigos imoderados, tolerando os moderados, contradizendo o que preconiza a magna carta que diz ser dever da família colocar a criança e o adolescente a salvo de todo castigo físico (CF 227). Muitos pais usam os castigos físicos como forma de disciplinar os filhos; método pré-histórico e que não os disciplinam, apenas causam transtornos psicológicos irreversíveis que eles levarão para a vida adulta.

A ação e a destituição do poder familiar só são possíveis através de sentença judicial, através de processo que dê direito de ampla defesa e contraditório às partes. O ECA traz todo o procedimento para o processo de perda ou suspensão do pátrio poder, previstos nos artigos 155 a 170.

A legitimidade para a propositura dessas ações cabe a um dos genitores em face de outro, do Ministério Público, que pode dirigir a ação contra ambos ou contra apenas um pai. Ainda segundo Maria Berenice Dias³⁴:

Para a identificação do **juízo competente**, é necessário atentar à situação em que se encontra a criança. Ainda que seja buscada a exclusão do poder familiar, se ela está na companhia de algum familiar, a competência é das **varas de família**. No entanto, estando sujeita a **situação de risco** (ECA 98), ou seja, não estando **segura**, mesmo que sob a guarda de pessoa de sua família (pais, avós, tio, etc), a ação deve ser proposta nas **varas da infância e juventude** (ECA 148 parágrafo único). (Grifos do autor)

Portanto, deve-se atentar para a situação do menor, uma vez que antes de propor uma ação de suspensão e destituição, é analisado se houve lesão aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, previstos no ECA. Nestes casos, a competência é das varas da infância e juventude, como visto acima.

Outro ponto importante sobre o processo de perda e suspensão do poder familiar é que segundo o artigo 157 do ECA, cabe medida liminar ou incidental, suspendendo o poder familiar, até o julgamento da causa, ficando a criança e adolescente sobre os cuidados de família substituta.

As medidas de suspensão e destituição do exercício do poder familiar têm o escopo de proteger os menores em situação de risco, não servindo apenas de meio punitivo aos pais.

³⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Ed. Dos Tribunais, 2006. p.355.

3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

3.1 NOÇÕES GERAIS DE RESPONSABILIDADE CIVIL

O Código Civil de 2002 dispõe acerca da Responsabilidade Civil nos artigos 927 ss., obrigando a reparação do dano a quem causa ato ilícito. Por sua vez, os arts, 186 e 187 do CC, tratam dos atos ilícitos dentro da responsabilidade extracontratual, prevendo que os comete quem causa danos na esfera material ou moral de outra pessoa, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência.

O art. 187 do CC, porém pressupõe que comete ato ilícito o titular de um direito que ao exercê-lo o faz ultrapassando os seus limites. Trata-se de abuso de direito, que permeia sua finalidade econômica, social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Silvio de Salvo Venosa³⁵, desta forma, dispõe acerca da etimologia da palavra responsabilidade:

(...) O termo *responsabilidade*, embora com sentidos próximos e semelhantes, é utilizado para designar várias situações no campo jurídico. A responsabilidade, em sentido amplo, encerra a noção em virtude da qual se atribui a um sujeito o dever de assumir as consequências de um evento ou de uma ação.

Trata-se do emprego da responsabilidade para designar várias situações a qual um sujeito pode responsabilizar-se. Uma pessoa por ser responsável por outra ou simplesmente uma pessoa que seja incapaz de responder por seus atos, podendo se eximir total ou parcialmente da culpa.

A Responsabilidade Civil, objeto de estudos do presente trabalho, tem por objetivo tratar das situações que ensejem o dever de uma pessoa em indenizar outra, por cometer qualquer um dos atos ilícitos propostos acima.

Ainda segundo Venosa³⁶:

(...) uma pessoa é responsável quando suscetível de ser sancionada, independentemente de ter cometido pessoalmente um ato antijurídico. Nesse sentido, a responsabilidade pode ser direta, se diz respeito ao causador do dano, ou indireta, quando se refere a terceiro.

³⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2002. p.12.

³⁶ Op. cit. p.12

Nota-se um confronto de princípios entre os Direitos Civis e Penais, quando da aplicação da responsabilização, uma vez que segundo o princípio da individualização da pena, presente no direito penal, a pena não pode passar da pessoa do condenado. Desta forma, ninguém pode ser responsabilizada por atos de terceiro em matéria criminal. Analisemos a seguinte situação: Se um menor comete um ato ilícito passível de responsabilização apenas na esfera civil, seus pais podem ser responsabilizados, conforme prevê o art. 932, I do CC.

(...)

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

Porém, se o ato ilícito imputado ao menor recair na esfera criminal, este responderá pelos atos infracionais previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo por punições as medidas socioeducativas previstas no diploma legal em comento. Sendo assim seus pais não podem ser penalizados criminalmente, pois feriria o princípio penal constitucional da individualização da pena, disposto no artigo 5º, XLV da CF³⁷.

Segundo Venosa³⁸, o art. 186 do Código Civil contem todos os elementos que configuram o dever de indenizar, que são a ação ou omissão voluntária, relação de causalidade ou nexos causal, dano e culpa. Cumpridos analisá-los pormenorizadamente para poder entender o dever de indenizar na esfera moral.

O artigo acima nos dá uma dimensão do comportamento culposo do agente, tratando o diploma cível de definir a culpa, obrigando o agente a reparar o dano. Portanto, o dano e o ato ilícito são imprescindíveis para que a ação de indenização tenha objeto. Para Carlos Roberto Gonçalves³⁹ “não se pode prescindir, para a correta conceituação de culpa, dos elementos “previsibilidade” e comportamento do *homo medius*.” Desta forma, a culpa só pode ser considerada quando o evento for previsível.

A culpabilidade do agente no art. 186 do CC abrange o dolo, considerado a culpa *lato sensu* e a culpa *stricto sensu*, também conhecida por aquiliana (são incluídas a imprudência e

³⁷ Art. 5.º (...)

XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação de perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

³⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2002. p.12

³⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Obrigações, parte especial, tomo II: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011. Pag. 13.

a negligência como um dever que o agente do dano teria de observar e ter conhecimento). Carlos Roberto Gonçalves⁴⁰ assim disserta a respeito da imprevidência do agente:

(...) A conduta *imprudente* consiste em agir o sujeito sem as cautelas necessárias e implica sempre pequena consideração pelos interesses alheios. A *negligência* é a falta de atenção, a ausência de reflexão necessária, em virtude da qual deixa o agente de prever o resultado que podia e devia ser previsto. A *imperícia* consiste, sobretudo, na inaptidão técnica, na ausência de conhecimentos para a prática de um ato; em suma, a culpa profissional. (Grifos do autor).

A título de ilustração, uma pessoa que tenha o dever de cuidado, como os pais pelos filhos, por exemplo, torna-se negligente quando não age com os cuidados necessários a fim de proteger a prole. Um motorista ao causar um acidente por ter ingerido álcool, agiu com imprudência e um médico que ao realizar uma cirurgia, sem ter a especialidade necessária para executar o ato, causando erro, age com imperícia.

Outro ponto interessante a respeito da responsabilidade civil é a teoria da responsabilidade objetiva, que não leva em consideração a culpabilidade do agente. Esta teoria, por não se fundamentar na culpabilidade, ensejou a criação da teoria do risco. Segundo esta teoria, o sujeito se responsabiliza pelo risco de sua atividade, independente de ter causado o dano e mesmo que tome todos os cuidados para evitá-lo. Sílvio de Salvo Venosa⁴¹ esclarece que:

(...) O sujeito obtém vantagens ou benefícios e, em razão dessa atividade, deve indenizar os danos que ocasiona. Em síntese, cuida-se da responsabilidade sem culpa em inúmeras situações nas quais sua comprovação inviabilizaria a indenização para a parte presumivelmente mais vulnerável.

As relações de trabalho e a legislação do consumidor são exemplos de responsabilidade objetiva, pois protegem sempre as partes mais vulneráveis. Os empregados são passíveis de receber indenização por acidentes de trabalho, conforme jurisprudência⁴² abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. NULIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL .

⁴⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Obrigações, parte especial, tomo II: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011. Pag. 13.

⁴¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2002. p.13.

⁴² TST - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA: AIRR 798003620055050132 79800-36.2005.5.05.0132 – Rel. Hugo Carlos Scheuermann - 22/05/2013.

1. Argui a agravante a nulidade do acórdão regional, por negativa de prestação jurisdicional, ao argumento único de que o Tribunal a quo não examinou a existência ou não de culpa do empregador na ocorrência do acidente - .
2. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional, porque a ausência de investigação da culpa do empregador decorreu da circunstância de o Tribunal de origem haver solucionado a controvérsia à luz da teoria da responsabilidade civil objetiva. Incólume o art. 93, IX, da CR. ACIDENTE DO TRABALHO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR. INCIDÊNCIA DO ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CC. COMPATIBILIDADE COM O ART. 7º, XXVIII, DA CR/88. Não comporta mais discussão nesta Corte a possibilidade de reconhecimento da responsabilidade objetiva do empregador por acidente de trabalho, com fundamento no art. 927, parágrafo único, do Código Civil. Precedentes da SDI-I. Óbice da Súmula 333/TST. VALOR DA INDENIZAÇÃO. O Tribunal Regional não enfrentou expressamente a alegação da agravante de que a incapacidade do obreiro para o trabalho não é total, mas apenas parcial, consignado no acórdão regional, no pertinente, apenas o teor da sentença proferida pelo Juízo de primeiro grau de jurisdição que reconheceu a total incapacidade laborativa do empregado. Demandaria, nesse contexto, o revolvimento de fatos e provas, procedimento vedado a esta Instância Superior, a teor da Súmula 126/TST, examinar a controvérsia sob o prisma da agravante. Inviável, pois, vislumbrar afronta ao art. 944 do CC . Agravo de instrumento conhecido e não provido. (TST - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA: AIRR 798003620055050132 79800-36.2005.5.05.0132 – Rel. Hugo Carlos Scheuermann - 22/05/2013)

Conforme se observa no texto do parágrafo unido do art. 927, há a responsabilização pelo dano, independente de haver configurado a culpabilidade, responsabilidade objetiva que culmina na teoria do risco.

3.1.1 Dano

Já se colocou anteriormente que para haver indenização deve ser comprovado o dano, ou seja, o interesse de alguém deve ser lesado a ponto de lhe causar prejuízos que precisarem ser reparados. Silvio de Salvo Venosa esclarece que o dano ou interesse deve ser atual e certo, ou seja, meras hipóteses não são indenizáveis. O dano pode ser patrimonial ou moral, ambos devem ser dimensionados. No caso do dano moral, o que se mensura é a dor psíquica suportada pela parte ofendida, ocasionado por um constrangimento que lhe cause desconforto consigo mesmo ou perante a sociedade.

Outro segmento de dano que é contemplado pela responsabilização civil é a perda de uma chance. Exemplo fatídico é uma modelo que por causa de danos estéticos provocados no uso de um produto que causou queda em seu cabelo, perde a oportunidade de trabalhos publicitários. Essa perda se trata de uma eventualidade e se discute se pode haver responsabilização por um motivo incerto. Alguns doutrinadores contemplam a perda de uma chance ao lado dos danos emergentes e dos lucros cessantes.

Portanto, segundo Venosa⁴³, “o dano emergente, aquele que mais se realça a primeira vista, o chamado dano positivo, traduz uma diminuição de patrimônio, uma perda por parte da vítima: aquilo que efetivamente perdeu.” Em outras palavras, é o dano mais facilmente mensurado, na medida em que se pode avaliá-lo simplesmente por recuperar ou repor o que foi lesado. Já por outro lado o lucro cessante seria o que a vítima deixou de ganhar, no exemplo acima da modelo, seriam os trabalhos que deixou de executar.

Para contribuição do tema estudado no presente trabalho, aprofundar-se-á em linhas posteriores o estudo dos danos morais ou existenciais.

3.1.2 Nexo Causal

Conceituando de forma mais genérica, é a relação que une a conduta e o agente, sendo que através de sua análise se conclui quem foi o causador do dano. Por isso, indispensável à análise do nexos causal na ajuda da mensuração do dano do agente, contribuindo para o seu efetivo ressarcimento.

Silvio de Salvo Venosa⁴⁴ aponta que “o caso fortuito e a força maior são excludentes do nexos causal, por que o cerceiam, ou o interrompem”. Sendo o caso fortuito e a força maior excludentes de ilicitude, não há que se falar da relação entre o agente e a conduta, pois aquele não contribuiu para o resultado danoso. Da mesma forma exime-se da culpa o agente, quando o dano ocorre por culpa da vítima, não percebendo este a indenização a fim de reparar o seu dano.

3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E OBJETIVA

No nosso ordenamento jurídico a responsabilidade civil subjetiva vem disposta no artigo 186 c/c 927 do Código Civil. Uma vez que o texto do art, 186 fala de ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, trata da culpa *lato sensu*, sendo que na primeira parte se refere ao dolo e na segunda a culpa em sentido estrito.

A Teoria Subjetiva se fundamenta na idéia de que só há responsabilidade quando há culpa, em outras palavras o que irá permear a necessidade de indenização é a culpabilidade

⁴³ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2002. p.13.

⁴⁴ Op. cit. p.37.

(em sentido lato e a culpa em sentido estrito). Ainda, segundo Venosa⁴⁵ “em sentido amplo, culpa é a inobservância de um dever que o agente devia conhecer e observar”. Sendo assim, a responsabilidade civil subjetiva é importante na análise da responsabilização pelo descumprimento do exercício do poder familiar, pois inevitável desatrelar a noção de culpa ao conceito do dever de cuidado é fundamento da relação dos pais com os filhos. O pai tem o dever de cuidar e educar seus filhos e tê-los em sua companhia e guarda, quando é omissor nessas atribuições que lhe são impostas por lei, pode ser responsabilizado civilmente pelos danos que possam vir a acontecer nas esferas moral e material do filho.

José de Aguiar Dias⁴⁶ coloca a conceituação de culpa com esmera dificuldade:

A culpa é a falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais de sua atitude.

Desta forma, na teoria da responsabilidade subjetiva o dano é previsível, uma vez que por qualquer lapso de imprudência, negligência ou imperícia o agente o cometeu. A imprudência, a negligência e a imperícia fazem parte da noção da culpa em sentido estrito, pois quando se analisa a culpa em sentido amplo englobamos o dolo que acontece quando o agente agiu voluntariamente ao provocar o dano. A responsabilidade civil objetiva não leva em consideração a distinção de dolo e culpa para fins de indenização, pois fugindo desta distinção, consagra a teoria da responsabilidade objetiva, pois mesmo sem culpa o agente assume o risco de indenizar. Sobre este aspecto leciona Venosa⁴⁷.

Para fins de indenização, importa verificar se o agente agiu com culpa, em sentido lato, pois, como regra, a intensidade do dolo ou da culpa não deve graduar o montante da indenização, embora o novo Código apresente dispositivo nesse sentido (art. 944, parágrafo único).

O importante, nestas situações, é analisar o prejuízo sofrido pela vítima, que de alguma forma sofreu com o descuido ou a intenção do agente. Mormente o que dispõe o art. 944 do CC, a indenização mede-se pela extensão do dano, porém o seu parágrafo único esclarece que se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o

⁴⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2002. p.21.

⁴⁶ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. *Apud* VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2002. p.21.

⁴⁷ Op. cit. p.27.

juiz reduzir, equitativamente, a indenização. Venosa⁴⁸, seguindo a doutrina mais tradicional, divide a culpa em três graus, exposta abaixo:

(...) A culpa grave é a que se manifesta de forma grosseira e, como tal, se aproxima do dolo. Nesta se inclui também a culpa consciente, quando o agente assume o risco de que o evento danoso não ocorrerá. A culpa leve é a que se caracteriza pela infração a um dever de conduta relativa ao homem médio, o bom pai de família. São situações nas quais, em tese, o homem comum não transgredira o dever de conduta. A culpa levíssima é constatada pela falta de atenção extraordinária, que somente uma pessoa muito atenta ou muito perita, dotada de conhecimento especial para o caso concreto, poderia ter.

Incluimos na noção de culpa atinente ao poder familiar no direito de família a culpa leve, pois os vários diplomas legais prescrevem uma conduta adequada dos pais para com os filhos.

A jurisprudência, atendendo os anseios sociais, criou mecanismos para presumir a culpa em determinadas situações. Isto se deu devido ao fato da culpa em sentido estrito não contemplar muitos casos em que várias pessoas tiveram prejuízos injustamente. Esta idéia é contemplada hoje em vários dispositivos legais, onde a reparação a um dano independe de culpa, e sim do dano e do nexo de causalidade, como veremos adiante.

Desta maneira, a lei imputa à certas pessoas a reparação civil advinda da responsabilidade civil objetiva. Acontece esta modalidade de responsabilidade quando o agente é responsabilizado independente de ter culpa na causa do dano. Neste caso, não é prescindível o elemento culpa e sim o nexo de causalidade para a reparação do dano.

A teoria da responsabilidade civil objetiva ou Teoria do risco, como alguns preferem, vem descrita no parágrafo único do artigo 927 do CC: “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, riscos para os direitos de outrem”.

Nas ações de responsabilidade civil objetiva o ônus da prova é invertido, precisando apenas o autor da ação ou omissão provar os danos provocados pelo réu, sendo presumida sua culpa. Posto isto, basta apenas que haja relação de causalidade entre a ação e o dano.

Silvio de Salvo Venosa⁴⁹, ao contemplar a idéia coloca que:

⁴⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2002. p.23.

⁴⁹ Op. cit. p.17.

Todas as teorias e adjetivações na responsabilidade objetiva decorrem da mesma idéia. Qualquer que seja a qualificação do risco, o que importa é sua essência: em todas as situações socialmente relevantes, quando a prova da culpa é um fardo pesado ou intransponível para a vítima, a lei opta por dispensá-la.

A vítima então não precisa provar a culpa do autor, pois há certa presunção de sua responsabilidade. O que se leva em consideração é o dano auferido pela vítima, uma vez que o agente do dano assumiu o risco de provocá-lo.

Muitos doutrinadores denominam a responsabilidade civil objetiva de risco profissional, pois o agente do dano ao escolher determinada atividade profissional sabe dos riscos advindos de sua atividade. É o caso, por exemplo, das vítimas de acidente de trabalho. Acidentes podem acontecer, porém quem lucra com a atividade financeira está fadado a arcar com os prejuízos que alguém que labore para ele possa vir a sofrer.

Portanto, o dever de indenizar, na responsabilidade civil objetiva, surge mesmo que em determinados casos a culpa pelo dano seja exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior.

3.3 DANO MORAL (DANO EXISTENCIAL)

O dano moral é aquele que causa prejuízos na esfera extrapatrimonial da vítima, ou seja, a vítima tem seu ânimo psicológico e moral atingidos. Não se pode mensurar de forma concreta o prejuízo suportado, uma vez que foge aos nossos olhos perceber o sofrimento interior dos outros, porém um trauma enfrentado no íntimo pode interferir de forma ampla a vida de uma pessoa.

A Constituição Federal de 1988 assegura a reparação pelos danos morais, pondo-o entre os direitos e garantias fundamentais, no art. 5º, X. Desta forma, prevê que 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.

O Código civil de 1916 não afasta a possibilidade de indenização por danos morais, uma vez que não limita a noção de dano. Importante é o papel do judiciário ao aplicar a reparação dos danos morais, uma vez que os traumas psicológicos não podem ser mensurados a grosso modo e há um risco de banalizar o referido instituto, enriquecendo ilicitamente quem procura se aproveitar deste artifício. Assim Silvio de Salvo Venosa⁵⁰ leciona a respeito:

⁵⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2002. p.31.

(...) Não é também qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar a indenização. Aqui, também é importante o critério objetivo do homem médio, o *bônus pater familias*: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diurnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre as durezas do destino.

Cabe ao juiz analisar cada caso concretamente, a fim de não causar injustiças para ambos os lados, observando com experiência, sensatez e perspicácias, os vários comportamentos.

A dor, tomada no sentido amplo da palavra, é incomensurável, e pode abranger também outros direitos, como da personalidade, à imagem, ao nome, à privacidade, etc. Muitas vezes, pelo fato de não poder se mensurar a dor e o sofrimento suportados pela vítima, injustiças acontecem, dado a discricionariedade que o juiz tem ao ceder tais indenizações. Pode acontecer de uma pessoa ter um sofrimento enorme e ser recompensada de forma acanhada ou em outros casos, danos insignificantes serem indenizados exageradamente. A jurisprudência tem vários exemplos desses casos.

O dano moral se traduz mais em uma satisfação para a vítima de que uma reparação, pois danos imateriais não são passíveis de serem reparados. Outro aspecto é o caráter punitivo da indenização, uma vez que também pode ajudar a evitar condutas que ensejem comportamentos semelhantes.

Venosa⁵¹ trata das modalidades de danos morais a seguir:

(...) O dano psicológico pressupõe modificação de personalidade, com sintomas palpáveis, inibições, depressões, bloqueios, etc. Evidente que esses danos podem decorrer de conduta praticada por terceiro, por dolo ou culpa. O dano moral, em sentido lato, abrange não somente os danos psicológicos; não se traduz unicamente por uma variação psíquica, mas também pela dor ou padecimento moral, que não aflora perceptivelmente em outro sintoma.

Portanto, o desconforto por ter a moral suprimida no seio social, pode ser destrutivo para uns e não trazer nenhum constrangimento para outros. Esses traumas internos dependem muito dos valores subjetivos que cada um carrega. Pode-se dizer que independente de o dano causar transtornos psíquicos na pessoa, ele é susceptível de indenização.

Como ressaltado em linhas anteriores, o juiz deve se valer da experiência, da sensatez e da perspicácia para analisar o cabimento de indenização por danos morais, diferindo as provas do dano moral e do dano material, por serem mais amplas. Deverão ser sempre

⁵¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2002. p.32.

analisados os atos ilícitos e a conduta do agente do dano, levando-se sempre em consideração as condições financeiras de ambas as partes, pois desarrazoado sentenciar um ofensor pobre a pagar vultosas quantias por danos morais. Assegurará a solução de um problema e criará outro, talvez de amplitudes bem maiores.

Seria descabido vitimar uma pessoa jurídica por danos morais? Este questionamento é bem recente, levando-se em consideração que os danos de naturezas morais atingem o caráter personalíssimo da vítima. No entanto, o nome e a reputação que uma pessoa jurídica preserva sua honra objetiva, podem sofrer danos que provoquem reflexos em seu patrimônio, uma vez que podem atingir suas atividades financeiras.

A jurisprudência tem se prostrado favorável nestes casos, pois esses abalos à pessoa jurídica atingem diretamente seus sócios, diretores e todos que dependem de seu funcionamento.

Existem alguns doutrinadores que não consideram todos os danos de natureza imaterial como moral, denominando também como danos existenciais. Hidemberg Alves da Frota⁵² conceitua danos existenciais como:

O dano existencial constitui espécie de dano imaterial ou não material que acarreta à vítima, de modo parcial ou total, a impossibilidade de executar, dar prosseguimento ou reconstruir o seu projeto de vida (na dimensão familiar, afetivo-sexual, intelectual, artística, científica, desportiva, educacional ou profissional, dentre outras) e a dificuldade de retomar sua vida de relação^[01] (de âmbito público ou privado, sobretudo na seara da convivência familiar, profissional ou social). (Grifos do autor).

Interessante conceituação na elaboração deste trabalho, uma vez que o abandono afetivo causa espécie de dano que se enquadra na noção dada acima. O autor ainda subdivide a noção de dano existencial em dano ao projeto de vida e em dano à vida de relações.

Por dano ao projeto de vida, compreende-se qualquer lesão que comprometa as metas traçadas para a vida de uma pessoa, atingindo-a em seu universo existencial e lhe provocando uma frustração que a impede de dar prosseguimento em seus projetos. Neste sentido, expõe o autor⁵³:

⁵² FROTA, Hidemberg Alves da. **Noções fundamentais sobre o dano existencial**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3046, 3 nov. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20349>>. Acesso em: 1 jul. 2013.

⁵³ Op. cit. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20349>>. Acesso em: 1 jul. 2013.

O dano ao projeto de vida refere-se às alterações de caráter não pecuniário nas condições de existência, no curso normal da vida da vítima e de sua família. Representa o reconhecimento de que as violações de direitos humanos muitas vezes impedem a vítima de desenvolver suas aspirações e vocações, provocando uma série de frustrações dificilmente superadas com o decorrer do tempo. O dano ao projeto de vida atinge as expectativas de desenvolvimento pessoal, profissional e familiar da vítima, incidindo sobre sua liberdade de escolher o seu próprio destino. Constitui, portanto, uma ameaça ao sentido que a pessoa atribui à existência, ao sentido espiritual da vida. (Grifos do autor)

Em contraposição a vítima de um dano existencial ainda pode suportar o dano à vida de relação, como um sofrimento que causa na pessoa entraves em suas relações interpessoais, seja no âmbito familiar, afetivo, profissional, etc., sempre provocado por um trauma, geralmente em sua infância, que a persegue durante toda a sua vida.

Neste sentido, imagine o prejuízo nas várias dimensões da vida de uma pessoa, pois o ser humano nasceu para viver em sociedade, demonstrando sempre que sozinho não é capaz de sobreviver às turbulências da vida.

3.4 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA NO DIREITO DE FAMILIA

Como estudado anteriormente, a responsabilidade será considerada subjetiva quando se fundamentar na noção de culpa. Desta forma, serão necessários quatro elementos para haver sua caracterização: ato ilícito, nexo causal, dano (patrimonial ou extrapatrimonial) e culpa.

Ao contrário do que se observou na responsabilidade civil objetiva, para que se vislumbre o dever indenizatório é necessário que estejam presentes todos os elementos acima. A responsabilidade civil subjetiva, em sentido amplo, compreende a ação ou omissão do agente, que age dolosamente e em sentido estrito, quando não observa o dever de conduta, agindo com negligência, imprudência ou imperícia.

No âmbito do Direito de Família, a responsabilidade civil subjetiva encontra esteio na esfera de competir aos pais o dever de criar, educar e ter os filhos em sua companhia e guarda. Atribuições advindas do exercício do poder familiar. Qualquer tipo de ação ou omissão e negligência podem acarretar danos aos filhos que são passíveis de ser indenizados.

O artigo 927 do Código Civil, como salientado, obriga a reparar aquele que por ato ilícito causar dano a outrem. No direito de família a omissão e a negligência de quem tem o dever de cuidar são consideradas um ato ilícito. Na responsabilidade civil objetiva a culpa não é prescindível, devendo haver a comprovação do dano e do nexo causal apenas, porém, dentro

do direito de família predomina a responsabilidade civil subjetiva, conforme anotam Gisele Pereira Jorge Leite e Denise Heuseler⁵⁴.

Nas relações familiares, considerando que os sujeitos envolvidos não estão exercendo qualquer atividade que implique, pela sua essência, risco ao direito de outrem, a esmagadora maioria das situações fáticas demandará a prova do elemento “culpa”, a teor da regra geral definidora do ato ilícito, constante no art. 186 do CC.

A legislação brasileira ainda é acanhada no sentido de punir os danos causados dentro das relações familiares. Porém, a jurisprudência, fundamentando-se nos dispositivos constitucionais se inclina no sentido de acolher pedidos indenizatórios fundados nos deveres criados no âmbito do direito de família. Basta pensar que a responsabilidade civil abrange todas as áreas do direito e tem o condão de reparar, punir e educar condutas errôneas.

O afeto, que é nosso principal objeto de estudos, está implícito no dever de cuidado e de convivência familiar e é dever dos pais, além de assegurá-la (art. 227, CF), colocar os filhos a salvo de todo tipo de negligência. Quando a justiça age na reparação de um dano provocado na esfera de direitos inseridos no direito de família, o faz protegendo a dignidade da pessoa humana, que é o fundamento principal.

Destarte, não é apenas na seara do poder familiar que se pode apreciar a incidência da responsabilidade civil. Podem-se demandar danos morais por agressão doméstica, nestes casos quando a violência é contra a mulher, cumula-se com a responsabilidade criminal, respondendo o autor criminalmente e civilmente, pois os danos sofridos pela vítima lhes causam dor psíquica.

Outro exemplo que tem chamado a atenção do judiciário é a responsabilidade civil quando há ruptura de namoro ou noivado. Nesta situação, há a aplicabilidade da teoria do risco, responsabilidade civil objetiva, ou a teoria da perda de uma chance. Discute-se a exigência de motivos justos para o rompimento de um noivado, pois isso seria uma invasão às liberdades individuais, conforme leciona Conrado Paulino da Rosa⁵⁵:

Todo esse debate sobre os “motivos justos” para o rompimento das relações afetivas é totalmente inócuo e despiciendo, pois na era da tutela dos direitos fundamentais e da efetivação de princípios constitucionais, como os da dignidade da pessoa humana

⁵⁴ LEITE, Gisele Pereira Jorge; HEUSELER, Denise. **Responsabilidade civil nas relações de Direito de Família**. *apud* **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 102, jul 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11997>. Acesso em jul 2013.

⁵⁵ ROSA, Conrado Paulino. DIMAS, Messias de Carvalho. DOUGLAS, Phillips Freitas. **Dano Moral & Direito das Famílias**. 2 ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2012. p. 57.

e da liberdade, torna-se retrógrada a idéia de exigir qualquer motivo justificado para o rompimento.

De certa maneira o que seria mais justo ao direito apreciar, a felicidade de quem não está mais satisfeito dentro de um relacionamento ou a satisfação de quem sente a dor pelo abandono. O juiz, ao julgar casos desta seara, com certeza vai balancear os interesses em jogo, junto com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do direito à liberdade.

A responsabilidade civil se pode ser apreciada no noivado ou namoro o que dizer do casamento. Vários são os deveres assumidos com a vida a dois que podem causar danos afetivos na paternidade, na própria relação conjugal, pois ao se casarem ambas as partes têm dever de fidelidade e lealdade.

A Responsabilidade civil subjetiva também norteia a seara das obrigações advindas do dever de prestar alimentos. Uma vez que o genitor que tem a obrigação de prestar alimentos tem um dever prescrito por lei, e quando se omite, causando prejuízos ao alimentando, causa danos, tanto na esfera moral, quanto na material. Desta forma, estão presentes em uma inadimplemento alimentar todos os elementos que configuram a responsabilidade civil subjetiva: o dano, o nexo de causalidade e a culpa *strictu sensu*.

4 REPARAÇÃO CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Antes de adentrarmos no conteúdo central deste trabalho, nada mais justo do que traçar algumas considerações acerca dos princípios que informam julgador em suas decisões a respeito de Abandono Afetivo.

4.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da Dignidade da pessoa humana é o princípio mais importante para o direito brasileiro e traduz-se na formação do nosso Estado Democrático de Direito.

Está disposto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal e foi um avanço para a democracia, pois coloca o homem no centro de nossa legislação, prezando pelos direitos humanos e pela justiça social.

A dignidade da pessoa humana é um princípio que engloba os demais, formando um macrossistema, sobre o qual todos os demais princípios conseguem validade. Limita o poder estatal e livra todo ser humano de qualquer tratamento vexatório e degradante, protegendo os seus direitos personalíssimos, que são indisponíveis.

Sobre o referido princípio disserta Maria Berenice Dias⁵⁶:

O direito das famílias está umbilicalmente ligado aos **direitos humanos**, que têm por base o princípio da dignidade da pessoa humana, **versão axiológica** da natureza humana. O princípio da dignidade humana significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares. Assim, é indigno do tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família, com o que se consegue visualizar a dimensão do espectro desse princípio, que tem contornos cada vez mais amplos. (Grifos do autor).

Portanto, no campo do direito de família, em especial, da proteção a dignidade da criança e do adolescente, primando por sua imagem e desenvolvimento sadio, os princípios da solidariedade, da afetividade, da paternidade responsável e o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, disposto no ECA, são subprincípios do princípio da dignidade da pessoa humana.

⁵⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Ed. Dos Tribunais, 2006. p. 53.

4.2 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

. O princípio em comento, apesar de não ser citado diretamente pelo legislador, é colocado como direito fundamental que alicerça toda a matéria em direito de família, desde o casamento e a união estável, até o estado de filiação e o poder familiar.

É dito como direito fundamental, pois está implícito na constituição e é corolário do princípio mestre da constituição brasileira que é o da Dignidade da Pessoa Humana. O estado não menciona diretamente o afeto, como dito, nos seus textos legais, porém tutela institutos jurídicos que são formados por relações de amor, as uniões estáveis é um exemplo.

Maria Berenice Dias⁵⁷, defensora do instituto, afirma que:

Com a consagração do afeto a direito fundamental, resta enfraquecida a resistência dos juristas que não admitem a igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais.

Como dissertado no capítulo sobre estado de filiação, a Constituição Federal, o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente, defendem os mesmos direitos para ambos os filhos independente da verdade biológica e fundamentam a verdadeira filiação não somente na verdade biológica, mas sim em laços criados socioafetivamente.

Paulo Lôbo⁵⁸ identifica na Constituição quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade:

(...) (a) a igualdade de todos os filhos independentemente da origem (CF 227 § 6.º); (b) a adoção, como escolha afetiva com igualdade de direitos (CF 227 §§ 5.º e 6.º) (c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade da família (CF 226 § 4.º); e (d) o direito a convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente (CF 227).

Como anotado acima, a idéia de afetividade se esteia na noção de igualdade entre a prole, independentemente dos filhos serem concebidos por adoção, inseminação artificial heterologa ou serem legítimos. O que é defeso pelo direito é o caráter afetivo nas relações familiares.

⁵⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Ed. Dos Tribunais, 2006. p.60.

⁵⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Educação: o ensino do direito de família no Brasil**. *apud* PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Repensando o Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 325-341. *apud* DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Ed. Dos Tribunais, 2006. p.60.

Portanto, o legislador foi omissivo ao dispor do afeto na legislação brasileira, o Código Civil em alguns momentos, mesmo sem fazer menção à palavra afeto, o tutela em alguns dispositivos: No art. 1583, § 2º, I do CC, quando menciona o afeto como requisito para a atribuição da guarda unilateral; No art. 1511 do CC, quando diz que o casamento menciona comunhão plena de vida; No art. 1593 CC, quando afirma que o parentesco pode resultar de outra origem diferente da consangüinidade; No art. 1596 CC, quando impõe a igualdade na filiação; No art. 1634, I CC, quando atribui aos pais ter os filhos em sua companhia, etc.

4.3 O CUIDADO COMO DEVER JURÍDICO

A Constituição Federal de 1988, pressuposto de validade e eficácia para o ordenamento jurídico, em seu art. 227, dispõe que é dever da família, entenda-se dos pais, assegurarem a criança e ao adolescente, o direito à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência. Portanto, impõe aos pais o dever de cuidar de seus filhos, obedecendo aos preceitos legais.

Alguns princípios norteiam o dever familiar no âmbito jurídico. O princípio da solidariedade familiar, por exemplo, cria deveres recíprocos entre os integrantes de uma família. Neste íterim, o estado se exime de uma parcela de responsabilidade na tentativa de assegurar alguns direitos constitucionais ao cidadão. É só observar que a gama de direitos direcionados à criança e ao adolescente são deveres, em primeiro lugar, da família, em seguida da sociedade e por último do estado. Portanto, o estado tenta assegurar tais direitos quando a família é falha em sua consecução.

Sobre este princípio disserta Maria Berenice Dias⁵⁹:

(...) A imposição de obrigação alimentar entre parentes representa a concretização do princípio da solidariedade familiar. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de **conteúdo ético**, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a **reciprocidade**. (Grifos do autor).

Os integrantes de uma mesma família têm deveres recíprocos entre si, cabendo a um, quando o outro não pode cumpri-los, fazer com que sejam concretizados tais deveres.

Outro princípio que enseja o cuidado como dever jurídico, é o princípio da proteção integral da criança, dos adolescentes e dos idosos. Tal princípio cria deveres apreciados

⁵⁹DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Ed. Dos Tribunais, 2006. p.56.

juridicamente, frente a vulnerabilidade e fragilidade de pessoas menores de 18 anos, como também dos idosos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) guarda os direitos e garantias que assegurem as crianças e adolescentes viverem com dignidade e estarem sempre gozando da convivência familiar. Como visto no art. 227 da CF, tais direitos são atribuídos aos familiares, seguidos da sociedade e do Estado.

O art. 230 da CF, seguindo este mesmo princípio, assegura como sendo dever da família, da sociedade e do Estado, especial proteção ao idoso, garantindo a sua dignidade e bem estar e o seu direito à vida. Assim como o ECA regulamenta os direitos concernentes a criança e ao adolescente, o Estatuto do Idoso consagra uma gama de direitos e garantias aos cidadãos maiores de 60 anos.

Tânia da Silva Pereira⁶⁰, observando todos os princípios constitucionais, coloca o cuidado como subespécie do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, afirmando que:

Os estudos desenvolvidos sobre o cuidado no mundo jurídico assumem caráter constitucional ao identificá-lo inicialmente como valor jurídico, conduzindo ao seu reconhecimento como subprincípio do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Atendendo a inúmeras situações de vulnerabilidade, sua identificação também está ligada à solidariedade, à tolerância, à paciência e, especialmente, à prevenção. Vera Regina Waldow, em seus livros e textos, referindo-se à “expressão humanizadora do cuidado”, preconiza o “cuidado integral do ser humano em dimensões físicas, sociais, emocionais e espirituais”, vinculando-o também às influências ambientais e culturais.

A doutrina e a jurisprudência tem se inclinado no sentido de colocar o dever de cuidado na seara da responsabilidade civil. Pode-se considerar a falta de cuidado no campo da responsabilidade subjetiva, uma vez que houve uma omissão por parte de quem tinha o dever legal de cuidar e ter em sua companhia e guarda. Sergio Cavalieri Filho apud Tânia da Silva Pereira⁶¹ defende o dever de cuidado em sede de responsabilidade civil objetiva “traduzido na cautela, atenção, ou diligência, necessárias para que o atuar da pessoa não resulte lesão a bens jurídicos alheios”. Para ele, “a inobservância do dever de cuidado torna a conduta culposa”.

⁶⁰PEREIRA, Tânia da Silva. ENTREVISTA: Cuidado no Direito de Família, Infância e Juventude. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/cuidado-no-direito-de-familia-infancia-e-juventude/10588>. Acesso em: 02/07/2013.

⁶¹ Ob. Cit. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/cuidado-no-direito-de-familia-infancia-e-juventude/10588>. Acesso em: 02/07/2013.

Regina Beatriz Tavares da Silva⁶² define o cuidado como dever de natureza objetiva, preconizando que:

O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar 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.

Assim, no dever de cuidado estão presentes todos os elementos que justificam a responsabilidade objetiva por sua ação ou omissão no sentido de não observar tais deveres.

Acentua, ainda, no § 6º do art. 227 da CF/88, pleno tratamento igualitários entre os filhos, havidos ou não do casamento, por adoção, ou por outro meio de filiação. O código civil e o ECA, obedecendo ao disposto na magna carta, elevam o cuidado como obrigação dos pais, colocando os filhos como sujeitos de direitos.

A paternidade responsável também colocada como dever jurídico, consagrada na constituição em seu art. 226, § 7.º, é um dos pressupostos para o dever de cuidado, uma vez que o Estado ao propiciar aos cidadãos meios para traçar de que forma vai planejar sua família, de forma livre, também os responsabilizam pela família que formam. Assim, preconiza Tânia da Silva Pereira⁶³.

O art. 226, § 7º da CF-88 elevou a Paternidade Responsável a princípio constitucional, determinando aos pais o dever jurídico de sustento, guarda e de educação da prole, preconizado pelo art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90). É importante observar que o cuidado permeia todo este complexo de direitos e deveres, que não se extingue com o divórcio e que deve ser exercido em consonância com o princípio do Melhor Interesse da Criança.

O cuidado não deve se extinguir com o divórcio pois é inerente à condição paterna ou materna, ou seja, independente de quem seja o guardião dos filhos, cabe a ambos os pais, prover o sustento, educação, afeto e demais deveres que surgem com o poder familiar.

⁶²SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Cuidado de pai e de mãe é dever de natureza objetiva**. Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mai-04/regina-beatriz-cuidado-pai-mae-dever-natureza-objetiva>. Acesso em: 02/07/2013.

⁶³PEREIRA, Tânia da Silva. ENTREVISTA: **Cuidado no Direito de Família, Infância e Juventude**. Carta Forense. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/cuidado-no-direito-de-familia-infancia-e-juventude/10588>. Acesso em: 02/07/2013.

Este dever de cuidado se insere nas diversas necessidades da vida de uma pessoa. Tanto na educação, saúde, moradia, alimentos e todos os meios que lhe assegurem um tratamento digno.

4.4 CONCEITO DE ABANDONO AFETIVO

O abandono afetivo é a ausência de afeto, o descaso, a rejeição, que podem ser direcionadas do pai para com o filho, recém nascido ou em fase de desenvolvimento, e acarreta neste traumas que lesionam e maculam sua honra, imagem e principalmente sua dignidade.

Não é preciso apenas prover o sustento da prole, aos pais incumbe o dever de lhes dar afeto e tê-los em sua companhia e guarda. O afeto está implícito na Constituição Federal de 1988 (art. 227, CF), no ECA e no Código Civil, sendo atualmente apreciado pelo judiciário como uma obrigação dos pais assegurar aos filhos.

O abandono afetivo pode ser considerado como um abandono moral, pois se insere no ânimo subjetivo e valorativo da criança. Causa danos de natureza existencial que maculam o projeto de vida da criança e sua capacidade de se relacionar com outras pessoas. João Gaspar Rodrigues⁶⁴ assim conceitua o abandono afetivo:

O abandono afetivo parental é um claro reconhecimento de que a paternidade ou a maternidade não é apenas biológica, mas principalmente afetiva. Esse estado (abandono afetivo) configura-se na indiferença e na ausência de assistência afetiva (e amorosa) durante o desenvolvimento físico, psicológico e social do filho. Verifica-se, em regra, em famílias monoparentais. Podem praticar tal conduta omissiva tanto o pai quanto a mãe.

Portanto, os filhos muitas vezes são penalizados durante a separação dos pais, pois o genitor que não detém a guarda de sua prole, acaba se afastando, causando traumas na esfera psicológica da criança.

O direito a visitas, muitas vezes, fica a critério do genitor que não detém a guarda, que escolhe de acordo com sua conveniência, a hora, o dia e a frequência com que busca os filhos. Muitas vezes, o genitor que detém a guarda causa empecilhos para que o outro genitor possa visitar as crianças, atribuindo aos filhos a responsabilidade pela separação. A estes só cabe

⁶⁴ RODRIGUES, João Gaspar. **Abandono afetivo parental versus Teoria do Estado**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3464, 25 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23304>>. Acesso em: 2 jul. 2013.

esperar com paciência e esperança em ver o pai, pois muitas vezes o guardião só está preocupado com o valor pecuniário dos alimentos, não observando o bem-estar de seus filhos. Maria Berenice Dias⁶⁵ esclarece sobre o tema que:

A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas seqüelas psicológicas e comprometer o desenvolvimento saudável da prole. A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação.

Desta forma, a omissão do pai para com o filho gera um dano que atinge a dignidade do filho, que como sujeitos de direitos, são protegidos através da doutrina de proteção integral da criança e do adolescente, instituído pelo ECA. Em seu art. 7º, o ECA elenca entre os direitos fundamentais atinentes à criança e ao adolescente, o seu desenvolvimento saudável e harmonioso, colocando-os como sujeitos de direitos em pleno desenvolvimento, que merecem total atenção do Estado, da sociedade e dos pais.

Como não existem mecanismos legais, expressos, para punir civilmente os pais que são omissos quanto a assegurar afeto aos seus filhos, cabe ao judiciário, portanto, proteger quem geralmente é a parte mais frágil dessas relações, primando pela dignidade da pessoa humana.

4.5 A COMPROVAÇÃO DO DANO AFETIVO

O dano afetivo é espécie de dano não patrimonial, ou como alguns ainda denominam, existenciais e não tem como valoração a mesma base de equivalência que os danos patrimoniais. Por sua natureza, são danos de difícil mensuração pecuniária, são danos psíquicos da alma, da personalidade. Porém, a própria lei defende que qualquer tipo de dano, ainda que moral, deve ser reparado, uma vez que causa uma parcela de perda para a vítima.

Os danos afetivos, considerados como uma espécie de dano moral, têm uma certa dificuldade de avaliação, porém deve haver uma certa experiência do julgador, bem como outros critérios ao definir o quantum indenizável. Neste sentido, leciona Silvio de Salvo Venosa⁶⁶:

⁶⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Ed. Dos Tribunais, 2006. p.107.

⁶⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2002. p.189.

(...) a dificuldade de avaliação, em qualquer situação, não pode ser obstáculo à indenização. Não há necessidade de que o dano seja permanentemente para que seja indenizável. Como vimos, a discricionariedade do juiz é de todo Poder Judiciário e da sociedade. A dificuldade de identificar a vítima é matéria meramente probatória.

O juiz, mesmo dotado de discricionariedade, deve-se valer da jurisprudência de casos semelhantes e de demais critérios objetivos. Somente quando o caso exigir sua subjetividade, este deverá julgar totalmente revestido pelo senso de justiça.

A indenização tem caráter compensatório do sofrimento da vítima, além de representar um animo punitivo e pedagógico ao causador do dano. No caso de punir um genitor a pagar um valor pecuniário frente ao abandono afetivo de seu filho, tem o escopo de evitar que novos sofrimentos sejam causados a quem é frágil e vulnerável.

As indenizações por danos morais contemplam sempre a magnitude da lesão sofrida e utiliza-se de prova também, a depender de cada caso. Cada situação analisada pelo judiciário terá uma avaliação diferente e o valor indenizatório não pode deixar o causador do dano numa situação de pobreza, nem enriquecer injustamente a vítima. Como visto, tais indenizações não reparam o dano, como ocorre nos danos materiais, mas ajudam a aliviar o sofrimento da vítima e serve como exemplo para que casos semelhantes não se repitam.

No caso específico do dano afetivo, discutem-se os meios necessários para provar o descumprimento pelo dever de cuidado que causou o dano acima. Porém, os danos provocados pela falta de afeto podem ser mensurados, uma vez o autor da demanda judicial poderá se valer de laudos psicológicos, diagnosticando sua patologia.

A jurisprudência anota alguns casos em que houve impossibilidade de provar o dano auferido pelos filhos no campo afetivo, como demonstrado a seguir no Tribunal de Justiça de Minas Gerais *apud* Conrado Rosa⁶⁷:

Indenização. Danos morais. Relação paterno-filial. Ausência de prova de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao princípio da afetividade. Improcedência dos pedidos. Não se nega que a dor sofrida por um filho, em virtude do abandono paterno, quando este o priva do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro nos princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade. Não restando demonstrado nos autos que a autora tenha sido abandonada por seu pai, sem ao menos este tentar uma aproximação ou um contato familiar, é de se julgar improcedentes os pedidos de danos morais” (TJMG, Rel. Des. UNIAS SILVA, Apel. 10479.06.112320-0001.j.18.3.2008)

⁶⁷ TJMG, Rel. Des. UNIAS SILVA, Apel. 10479.06.112320-0001.j.18.3.2008. *apud* ROSA, Conrado Paulino. DIMAS, Messias de Carvalho. DOUGLAS, Phillips Freitas. **Dano Moral & Direito das Famílias**. 2 ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2012. p.120.

Portanto, indiscutível as provas objetivas do dano afetivo, tentando provar ao demandar um pedido indenizatório, todos os elementos que configurem a responsabilidade civil subjetiva.

No campo do dano provocado pelo tratamento desigual dispensado a ambos os filhos, mister provar através de fatos concretos, a sensação de inferioridade que sente ao se comparar com os demais filhos, trazendo-lhe um desconforto na alma que cerceia todo o seu desenvolvimento. Segundo o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Sidnei Beneti *apud* Conrado Paulino da Rosa⁶⁸, em seu voto num caso de abandono afetivo, elencou os pressupostos que caracterizariam o abandono afetivo:

(...) 1º) Aquisição de propriedades, por simulação, em nome dos outros filhos; 2º) Desatendimento a reclamações da autora quanto a essa forma de aquisição disfarçada; 3º) Falta de carinho, afeto, amor e atenção, apoio moral, nunca havendo sentado no colo do pai, nunca recebendo conselhos, experiência e ajuda na escola, cultural e financeira; 4º) Falta de auxílio em despesas médicas, escolares, abrigo, vestuário e outras; 5º) Pagamento de pensão somente por via judicial; 6º) Somente haver sido reconhecida judicialmente como filha.

Como notado, o abandono afetivo pode se configurar desde o tratamento desigual ao filho, vítima do dano, com relação aos outros filhos, apoio moral, onde o pai se coloca sempre a par de tudo que acontece na vida deste filho, até auxílio financeiro. As vezes o pai que não convive com este filho presta alimentos como forma de punição, não tendo consciência de seu dever de prestar alimentos a este filho.

Como dito anteriormente, o dano afetivo causa traumas psíquicos no filho que foi vítima do desamor do pai. Dito isto, estes danos que se convertem em transtornos psíquicos, onde a vítima geralmente sofre de depressão, transtornos bipolares, etc., podem ser provados através de laudos de psicólogos, atestando o comportamento anormal do paciente. GJ Ballone⁶⁹ aponta como fatores psicológicos que influenciam no diagnóstico de transtornos mentais o abandono afetivo e disserta que:

O cuidado afetuoso, atento e estável permite ao lactente e à criança pequena desenvolver normalmente funções como a linguagem, o intelecto e a regulação

⁶⁸ROSA, Conrado Paulino. DIMAS, Messias de Carvalho. DOUGLAS, Phillips Freitas. **Dano Moral & Direito das Famílias**. 2 ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2012. p.121.

⁶⁹BALLONE, GJ. **O que são Transtornos Mentais**. disponível em: <http://www.psiqweb.med.br/site/?area=NO/LerNoticia&idNoticia=230>. Acesso em: 03/07/2013.

emocional. O malogro pode ser causado por problemas de saúde mental, doença ou morte de um provedor de atenção.

A criança pode ficar separada do provedor devido à pobreza, guerra ou deslocamento populacional. A criança pode carecer de atenção por não haver serviços sociais disponíveis na comunidade maior. Seja qual for a causa específica, a criança privada de afeto por parte de seus cuidadores tem mais probabilidades de manifestar *Transtornos Mentais e Comportamentais*, seja durante a infância ou numa fase posterior da vida. (Grifos do autor)

Desta forma, o autor afirma que a criança que em seus primeiros anos de vida, principalmente, não recebe o devido afeto e atenção dos pais, tem mais chances de manifestar um transtorno mental.

Voltando a questão da comprovação do dano afetivo em si, os traumas psicológicos oriundos do abandono afetivo podem ser comprovados, como dito anteriormente através de diagnósticos de um profissional competente, o psicólogo ou psiquiatra. GJ Ballone⁷⁰, afirma que:

Os *Transtornos Mentais e Comportamentais* são identificados e diagnosticados através dos métodos clínicos semelhantes aos utilizados para os transtornos físicos. Esses métodos incluem uma cuidadosa *entrevista (anamnese)* colhida com o paciente e com outras pessoas, incluindo sua família, um *exame clínico* sistemático para verificar o estado mental e suas condições orgânicas, *testes e exames* especializados que forem necessários. Registraram-se, nas últimas décadas, avanços importantes na padronização da avaliação mental e emocional, bem como na confiabilidade dos diagnósticos clínicos.

Graças aos esquemas internacionais estruturados e padronizados de entrevistas, graças às definições uniformes dos sinais, dos sintomas e dos critérios de diagnóstico, é possível atingir alto grau de confiabilidade e validade no diagnóstico de *Transtornos Mentais*. Esses sinais e sintomas foram internacionalmente definidos detalhadamente para permitir uma linguagem comum e uniforme em todo mundo científico, imprescindível para o diagnóstico e para as pesquisas. Assim, os critérios de diagnóstico para *Transtornos Mentais* foram padronizados internacionalmente de tal forma que, atualmente, é possível diagnosticar *Transtornos Mentais* de forma tão confiável e precisa quanto a maioria dos transtornos orgânicos. (Grifos do autor)

Assim, o julgador ao estipular o *quantum debeatur* proveniente de danos morais provocados pelo desafeto dos pais, que tem o dever constitucional de cuidado com o filho, tem como comprovar de forma segura e atestada cientificamente a proporção do dano.

Então, concluindo o raciocínio a respeito da comprovação do dano afetivo, a prova de que a parte autora em ação de indenização por abandono afetivo precisa provar o dano através

⁷⁰BALLONE, GJ. **O que são Transtornos Mentais.** disponível em: <http://www.psiqweb.med.br/site/?area=NO/LerNoticia&idNoticia=230>. Acesso em: 03/07/2013.

de laudos psiquiátricos, pois a reparação a tal dano se insere na seara da responsabilidade civil subjetiva e prescinde da comprovação do dano para auferir a culpa do agente pelo ato ilícito.

4.6 A INVIABILIDADE DA PERDA DO PODER FAMILIAR PELO ABANDONO AFETIVO

O artigo 1.638 do Código Civil enumera as hipóteses em que há perda do poder familiar por ato judicial e em seu inciso II especifica a possibilidade de perda por abandono. Porém, em dias atuais não há cabimento sancionar o pai ou a mãe que cometeu abandono com a perda do poder familiar, pois não se trataria de uma sanção e sim de uma bonificação, pois o pai quando abandona o filho, significa que ele não quer tê-lo em sua companhia, não quer honrar com o dever legal de cuidado.

Em um dos casos mais importantes sobre o caso, em que um pai é condenado ao pagamento de uma indenização de duzentos mil reais o Ministro Sidnei Beneti⁷¹, destaca a impossibilidade e a inviabilidade de sancionar o pai que abandonou seu filho com a perda do poder familiar. Assim esclarece:

Nesse sentido a interpretação dos dispositivos legais anotados pelo voto da E. Relatora (CF, arts. 1º, III, 5º, V e X, e CC/2001, arts. 186 e 927, e ECA, art. 227), não podendo ser erigida como eximente indenizatória a sanção constituída pela perda do poder familiar (CC/2002, art. 1638, II, c.c. art. 1634, II), porque de uma sanção, de natureza familiar, por ação ou omissão reprováveis do genitor, a perda do poder familiar, não será congruente extrair o despojamento de direito a outra sanção, de consequências patrimoniais, consistente na indenização por dano moral, até porque o contrário significaria impor ao lesado a perda de direito (indenização por dano moral) devido a haver sido vítima de ação ou omissão do mesmo ofensor (abandono), ao mesmo tempo em que isso ensejaria dupla vantagem ao ofensor, com o despojamento de responsabilidades familiares e indenizabilidade de dano moral (tornando-se verdadeiro incentivo ao abandono familiar). Documento: 1067604 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 10/05/2012 Página 3 4 de 49.

O Ministro Sidnei Beneti, portanto, ressalta a importância de impor outra sanção, de natureza patrimonial, pois a sanção pela perda do poder familiar só beneficiaria o genitor que causou a ofensa. Quando o ministro fala, como mostrado no trecho acima, em se tornando verdadeiro incentivo ao abandono afetivo, ressalta a importância do caráter pedagógico da

⁷¹STJ. Recurso Especial nº 1.159.242 – SP (2009/0193701-9). Rel.: Ministra Nancy Andriighi, DJE: 10/05/2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1067604&sReg=200901937019&sData=20120510&formato=PDF. Acesso em: 04/07/2013.

medida, a fim de evitar que novos casos de abandono se repitam, inserido no inconsciente dos pais o dever de afeto com os filhos, que deriva do dever legal de cuidado.

Neste sentido, há um enfoque da necessidade de indenizar pelo dano causado, pois se configura em um ato ilícito na esfera da pessoa que foi abandonada, maculando a sua dignidade, conforme jurisprudência⁷² a seguir:

Responsabilidade civil. Dano moral. Autor abandonado pelo pai desde a gravidez da sua genitora e reconhecido como filho somente após propositura de ação judicial. Discriminação em face dos irmãos. Abandono moral e material caracterizados. Abalo psíquico. Indenização devida. Sentença reformada. Recurso provido para este fim. Apelação com revisão 5119034700”, TJSP, Rel. Des. CAETANO LAGRASTA, j. 12.8.2008); 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” (TJMG, Proc. 2.0000.00.408550-5/00, Rel. Des. UNIAS SILVA, j. 1.4.2004);

A indenização pelo abandono afetivo, além de forçar a observância a princípios indispensáveis à paz social, como o princípio da dignidade da pessoa humana, que protege a todos de um tratamento vexatório e cruel, princípio da afetividade e o princípio da paternidade responsável, punir o ofensor com fulcro nos mecanismos legais para a reparação de um dano.

O Código Penal, por sua vez também dá uma parcela de responsabilidade pelo abandono. O art. 133 do Código Penal brasileiro pune com detenção de seis meses a três anos pelo abandono. Qualificando a pena a depender das circunstâncias fáticas, como por exemplo, se do abandono resultar lesão corporal de natureza grave, reclusão de um a cinco anos (CP. Art.133, § 1º). Ainda dentro da esfera penal, a punição pelo abandono pode se dar materialmente (CP. Art. 244) e intelectualmente (CP. Art. 246).

No entanto, a perda do poder familiar como sanção ao abandono afetivo pode ser mais viável a depender da situação fática. Estamos falando em interesses que não podem se contrapor ao interesse do menor, que é protegido pelo princípio da proteção integral a criança e ao adolescente. Muitas vezes o pai que abandona o filho afetivamente o faz por que leva uma vida que possa trazer perigos à criança. Então mais viável a perda do poder familiar, colocando a criança aos cuidados de quem tem melhores condições de criá-la.

⁷² TJMG. Proc. 2.0000.00.408550-5/00, Rel. Des. UNIAS SILVA, j. 1.4.2004. In: STJ. Recurso Especial nº 1.159.242 – SP (2009/0193701-9). Rel.: Ministra Nancy Andriighi, DJE: 10/05/2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1067604&sReg=200901937019&sData=20120510&formato=PDF. Acesso em: 04/07/2013.

A indenização pelo abandono por vezes se torna inviável também pela falta de condições financeiras do pai que abandonou. Como dito anteriormente, o valor indenizatório leva em consideração o dano provocado e a possibilidade financeira de quem causou. Inviável condenar um pai a pagar uma quantia de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) e colocá-lo sobre a condição de pobreza extrema, privando-lhe até o seu próprio sustento. O julgador, nesses casos, sempre vai analisar a situação financeira do condenado a pagar indenização.

Alguns doutrinadores, no entanto, como João Gaspar Rodrigues⁷³, ressaltam que indenizar pelo abandono afetivo seria inviável e que só afastaria mais ainda o genitor de seu filho. O mesmo autor defende a idéia de uma liberdade advinda de uma obrigação natural que os pais têm de amar seus filhos. Para Gaspar Rodrigues:

A liberdade parental divide-se em duas subespécies: I- uma de caráter objetivo, que engloba os direitos e deveres parentais, dos quais não se pode eximir sob pena de, no campo material, sofrer ação de alimentos, e no, extrapatrimonial, ser destituído do poder familiar; b) outra de caráter subjetivo, que consiste na liberdade afetiva, isto é, no desejo inconsciente de dar afeto aos filhos.

O Estatuto da criança e do adolescente, por sua vez, prevê penalidades pecuniárias de multa, pelo descumprimento das obrigações dos pais atinentes ao exercício do poder familiar atribuído a eles. Em seu art. 249 o ECA estabelece que:

Art. 249. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrentes de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar:
Pena – multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

Nestas situações a multa, ao contrário do valor indenizatório pelo abandono afetivo, se direciona ao poder público e não ao filho. Uma jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁷⁴, afirma esta possibilidade, como demonstrado a seguir:

O valor da pena pecuniária tem de ser revertido ao fundo municipal dos direitos da criança e do adolescente. As multas e penalidades eventualmente impostas no âmbito das Varas da Infância e da Juventude devem ser revertidas ao Fundo

⁷³ RODRIGUES, João Gaspar. **Abandono afetivo parental versus teoria do Estado**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3464, 25 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23304>>. Acesso em: 4 jul. 2013.

⁷⁴ REsp. nº 512145, Relator: Ministro José Arnaldo Fonseca, 2003. *apud* DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. **Os deveres intrínsecos ao poder familiar e a responsabilidade dos pais pelo descumprimento**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 80, set 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8315>. Acesso em jul 2013.

Municipal da Infância e da Juventude, como prevê o artigo 214 do ECA.” (REsp. nº 512145, Relator: Ministro José Arnaldo Fonseca, 2003).

Como anotado anteriormente, a medida indenizatória não causa apenas uma punição ao genitor que provocou o dano afetivo, mas alivia a ferida do filho que foi vítima e teve que viver a vida toda com esse trauma, trazendo uma sensação de justiça no seu inconsciente. Também explora o caráter pedagógico da medida, impondo que os pais tem o dever salutar de amar seus filhos e que isso não se trata de uma escolha e sim de uma obrigação que o mesmo tem de honrar a partir do momento que escolheu ser pai ou mãe.

4.7 O ABANDONO AFETIVO E SEU RECONHECIMENTO JURISPRUDENCIAL (POSICIONAMENTOS DO STJ E STF)

Neste item iremos analisar uma importante decisão do Superior Tribunal de Justiça, onde um pai foi obrigado a indenizar a filha pelo abandono afetivo e demonstrar o longo caminho que o judiciário percorreu até chegar neste entendimento.

Rodrigo da Cunha Pereira foi o primeiro advogado a ingressar com uma ação demandando uma indenização por abandono afetivo. No ano de 2000, o advogado ajuizou uma ação onde um filho buscou reparar através de indenização os danos que o seu pai o causou ao descumprir com os deveres de cuidado dispostos no exercício do poder familiar.

Em abril de 2004, o Tribunal de Minas⁷⁵ Gerais deu provimento em segunda instância à demanda do filho da seguinte forma:

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 (...) A responsabilidade (pelo filho) não se pauta tão-somente no dever de alimentar, mas se insere no dever de possibilitar desenvolvimento humano dos filhos, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana”.

A indenização foi fixada no valor de R\$ 44.000,00 na época, porém houve recurso especial ajuizado pelo genitor no Superior Tribunal de Justiça⁷⁶, onde ao ser julgado em março de 2006, o STJ não admitiu a responsabilização pelo abandono afetivo.

⁷⁵ TJMG, Apelação Civil 408.550.504, Rel. Des. Unias Silva). *Apud* ROSA, Conrado Paulino. DIMAS, Messias de Carvalho. DOUGLAS, Phillips Freitas. **Dano Moral & Direito das Famílias**. 2 ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2012. p.109.

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 artigo 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso Especial conhecido e provido. (STJ – Resp.757.411 /MG (2005/0085464-3), Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 27.03.2006.)

Com esta decisão, o Ministro relator do processo, Fernando Gonçalves, argumentou que com a ação as esperanças do filho de se ver acolhido afetivamente pelo pai se reduzem drasticamente e que o atendimento do pedido não atenderia o objetivo de reparação pecuniária, uma vez que o pai já prestava alimentos ao filho. Asseverou o julgador ainda que⁷⁷:

Por certo um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que tardiamente, pelo amor paterno. O deferimento do pedido, não atenderia, ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo nesse sentido já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios previstos na legislação civil, conforme acima esclarecido. 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 pleiteada.

Mesmo com a negatória do STJ em primeira vista, negando provimento ao abandono afetivo, os Tribunais não se cansaram de entender a validade da responsabilização civil do pai que age em descumprimento de um dever parental. Vários doutrinadores ficaram divididos entre a possibilidade ou não de indenizar, mostrando que o direito de família estaria sendo contaminado com a banalização do dano moral.

Mais tarde este entendimento foi modificado pelo STJ. Em 2012, a relatora Nanci Andrichi reconheceu a reparação civil pelo abandono afetivo. Em uma decisão polêmica condenou um pai a pagar a quantia de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) a filha pelo desafeto. Propõe a ideia de culpa e ato ilícito a um dever pelo qual foi omissa. Desta forma, o acórdão, onde continha o voto da relatora⁷⁸, preconizava que:

⁷⁶ STJ. Resp.757.411 /MG (2005/0085464-3), Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 27.03.2006. Disponível em: http://www.auditoriajuridica.com.br/download/acordao_595269.pdf. Acesso em: 04/07/2013.

⁷⁷ STJ. Resp.757.411 /MG (2005/0085464-3), Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 27.03.2006. Disponível em: http://www.auditoriajuridica.com.br/download/acordao_595269.pdf. Acesso em: 04/07/2013.

⁷⁸ STJ. Recurso Especial nº 1.159.242 – SP (2009/0193701-9). Rel.: Ministra Nancy Andrichi, DJE: 10/05/2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1067604&sReg=200901937019&sData=20120510&formato=PDF. Acesso em: 04/07/2013. p. 8.

A responsabilidade civil subjetiva tem como gênese uma ação, ou omissão, que redunde em dano ou prejuízo para terceiro, e está associada, entre outras situações, à negligência com que o indivíduo pratica determinado ato, ou mesmo deixa de fazê-lo, quando seria essa sua incumbência.

Assim, é necessário se refletir sobre a existência de ação ou omissão, juridicamente relevante, para fins de configuração de possível responsabilidade civil e, ainda, sobre a existência de possíveis excludentes de culpabilidade incidentes à espécie.

Sob esse aspecto, calha lançar luz sobre a crescente percepção do cuidado como valor jurídico apreciável e sua repercussão no âmbito da responsabilidade civil, pois, constituindo-se o cuidado fator curial à formação da personalidade do infante, deve ele ser alçado a um patamar de relevância que mostre o impacto que tem na higidez psicológica do futuro adulto.

Nota-se que o Superior Tribunal de Justiça apreciou o cuidado como dever jurídico, uma vez que sua omissão ensejaria dano reparável através dos instrumentos legais disponibilizados pelo instituto da Responsabilidade Civil Subjetiva. Há a presença dos elementos que pressupõe a idéia de culpa, quais sejam: dano, ato ilícito e nexo de causalidade.

Sobre o dever de cuidado, a ministra Nancy Andrichi⁷⁹, ainda leciona que:

(...) o desvelo e atenção à prole não podem mais ser tratadas como acessórios no processo de criação, porque, há muito, deixou de ser intuitivo que o cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não é apenas uma fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania.

Então, mister que o afeto está diretamente relacionado com o dever de cuidado e influencia diretamente na formação do adulto. Pois, como salientado em linhas anteriores o homem é reflexo de sua infância, ou seja, os traumas vivenciados na fase de desenvolvimento de uma pessoa se transformam em transtornos, formando barreiras para que ele atinja seus projetos de vida e se relacione com as pessoas. Ainda sobre a necessidade de reparação por abandono afetivo, discorre a ministra Nancy Andrichi⁸⁰:

Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empeco sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar.

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem

⁷⁹ STJ. Recurso Especial nº 1.159.242 – SP (2009/0193701-9). Rel.: Ministra Nancy Andrichi, DJE: 10/05/2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1067604&sReg=200901937019&sData=20120510&formato=PDF. Acesso em: 04/07/2013. p. 9.

⁸⁰ STJ. Recurso Especial nº 1.159.242 – SP (2009/0193701-9). Rel.: Ministra Nancy Andrichi, DJE: 10/05/2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1067604&sReg=200901937019&sData=20120510&formato=PDF. Acesso em: 04/07/2013. p. 9-11.

filhos. O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião.

O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar 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.

A ministra coloca em questionamento não a necessidade de se amar ou obrigar um pai a amar seu filho, mas assumir um posicionamento que o mesmo escolheu e que lhe trouxe deveres constitucionais relacionados com o exercício do Poder Familiar.

Como bem termina a Ministra em seu voto, com uma frase célebre: (...) Amar é faculdade, cuidar é dever.

Com relação ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, não há muito o que discorrer sobre a matéria. Somente com relação à falta de repercussão geral, ou matéria que alegue inconstitucionalidade de normas, que possa ser julgado no STF, conforme decisão da Suprema Corte⁸¹:

O apelo extremo é inviável, pois esta Corte fixou o entendimento segundo o qual a análise sobre a indenização por danos morais limita-se ao âmbito de interpretação de matéria infraconstitucional, inatacável por recurso extraordinário”, explicou a ministra. Ela avaliou que, conforme o ato contestado, a legislação pertinente prevê punição específica, ou seja, perda do poder familiar, nos casos de abandono do dever de guarda e educação dos filhos.

Assim, Ellen Gracie afastou a possibilidade de analisar o pedido de reparação pecuniária por abandono moral, pois isto demandaria a análise dos fatos e das provas contidas nos autos, bem como da legislação infraconstitucional que disciplina a matéria (Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente), o que é inviável por meio de recurso extraordinário. Para a ministra Ellen Gracie, o caso “não tem lugar nesta via recursal considerados, respectivamente, o óbice da Súmula 279, do STF, e a natureza reflexa ou indireta de eventual ofensa ao texto constitucional.

Assim, conforme inteligência da súmula 279, o STF desconsidera, através de recurso extraordinário, qualquer demanda que tenha por objetivo o reexame de provas.

O STJ ainda se manifestou a respeito do prazo prescricional⁸² em um julgamento de Ação por Abandono afetivo:

⁸¹STF, RE 56716. Rel.: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=567164&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. DJE 17/12/2009. Acesso em: 04/07/2013

⁸² Disponível em: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=107099. Acesso em 04/07/2013.

O prazo prescricional das ações de indenização por abandono afetivo começa a fluir quando o interessado atinge a maioridade e se extingue, assim, o pátrio poder. Com esse entendimento, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu a ocorrência de prescrição em ação proposta por filho de 51 anos de idade.

No caso, o filho buscava compensação por danos morais decorrentes de abandono afetivo e humilhações que teriam ocorrido quando ainda era menor de idade. Sustentou que sempre buscou o afeto e reconhecimento de seu genitor, “que se trata de um pai que, covardemente, durante todos esses anos, negligenciou a educação, profissionalização e desenvolvimento pessoal, emocional, social e cultural de seu filho”. Afirmou também, que, desde o nascimento, ele sabia ser seu pai, todavia, somente após 50 anos reconheceu a paternidade. O juízo da 5ª Vara Cível do Foro Regional da Barra da Tijuca (RJ), em decisão interlocutória, rejeitou a arguição de prescrição suscitada pelo pai. Inconformada, a defesa do genitor recorreu ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que reconheceu a prescrição e julgou extinto o processo com resolução de mérito.

O Ministro Luis Felipe Salomão, alegou que as ações pessoais prescreviam em 20 anos, conforme inteligência do art. 177 do Código Civil de 1916, e a demandante só veio ajuizar ação em 2008, quando contava com 51 anos de idade.

Portanto, como demonstrado o judiciário percorreu um longo caminho a fim de reconhecer que os danos provocados pelo desamor de um pai ao filho devem ser indenizados. Corroborando com este entendimento, imprescindível lembrar o excelente posicionamento do STJ, onde em um julgamento histórico, um pai foi obrigado a indenizar a filha pela falta de afeto dirigido à ela. Como bem afirmou a ministra Nancy Andriighi⁸³, não se trata especificamente de obrigar um pai a amar seus filhos, invadindo sua liberdade e privacidade, e sim honrar com o dever constitucional de cuidado, atribuído em função do poder familiar dos pais.

As pessoas têm a sua esfera de liberdade, portanto, a liberdade engloba também a faculdade que um casal tem de planejar sua família, traçar quantos filhos querem ter, sejam por meios naturais, adoção, reprodução assistida, etc. Porém, complementando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o provimento da demanda da filha que requereu reparação pelo dano afetivo, não se trata do estado infringir a liberdade que as pessoas têm ou não de amar as outras e sim de respeitar o devido cuidado com a prole, pois a faculdade que os pais têm de amar seus filhos não podem se sobrepuser ao dever que os mesmos têm de cuidá-los, educá-los, alimentá-los e tê-los em sua convivência.

⁸³ STJ. Recurso Especial nº 1.159.242 – SP (2009/0193701-9). Rel.: Ministra Nancy Andriighi, DJE: 10/05/2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1067604&sReg=200901937019&sData=20120510&formato=PDF. Acesso em: 04/07/2013.

CONCLUSÃO

A temática do abandono afetivo foi vista com fulcro na responsabilização dos pais que causam dano à personalidade da criança e do adolescente. Discussão levantada no Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo aos pais o dever de reparar o dano nos filhos. Quando o Judiciário impõe aos pais que abandonam os filhos o dever ao afeto, está observando um dever constitucional atribuído aos pais pelo instituto do poder familiar.

Atualmente o que é levado em consideração para o reconhecimento do vínculo parental entre pais e filhos não é mais o fator biológico e sim o socioafetivo. Na análise sobre o estado de filiação, observou-se as diversas formas de formação do vínculo paterno-filial e que ambas são fundamentados na teoria da socioafetividade, ou seja, o valor afetivo está acima do valor biológico e leva em consideração sempre o reconhecimento que aquela criança teve dos laços paternos, a convivência. Por isso, uma prática como a adoção à brasileira que é punível penalmente, tem o reconhecimento da lei como válido, tendo em vista a boa vontade dos pais e o vínculo socioafetivo estabelecido.

Desta forma, importantes observações foram feitas pela doutrina na concepção do estado de filho: quando o filho é tratado como tal; usa o nome da família e é conhecido pela opinião pública como pertencente à família de seus pais. Assim, cabe aos pais, independente de como se deu os laços paterno-filiais tratar os filhos de forma igualitária, conforme orientação constitucional.

Outro aspecto importante que contribuiu para a análise da responsabilização dos pais pelo abandono afetivo foi o instituto do poder familiar. Diz-se poder familiar, devido a herança sociocultural que a designação carrega do Código Civil de 1916 que, como foi visto era extremamente patrimonialista, não colocava a família no centro do direito. O poder familiar é um poder-dever dos pais para com os filhos, colocando estes como sujeitos de direitos e os pais como cumpridores destes direitos.

O afeto surge implicitamente nestas competências, ao qual estipulam que cabem a ambos os pais criarem e educarem os filhos e tê-los em sua convivência. A Constituição Federal de 1988, que empresta validade e eficácia ao ordenamento jurídico, em seu art. 227 determina a convivência familiar como dever da família, onde esta tem que zelar pela dignidade dos filhos e mantê-los a salvo de qualquer tipo de negligência. Porém, mesmo diante dos princípios constitucionais sobre o tema e do princípio da proteção integral da

criança e do adolescente, previsto no ECA, a lei não cuidou de punir os pais pela omissão dos mesmos ao afeto devido aos filhos. Neste sentido, o Judiciário seguiu um longo caminho ao entender que aos pais é devido o afeto aos filhos, oriundo do dever de cuidado.

A omissão dos pais ao dever de cuidado, causando possíveis danos na esfera da criança e do adolescente, plausíveis de reparação, é analisada a luz da responsabilidade civil. A responsabilidade civil subjetiva, o qual tem como pressupostos principais a noção de culpa, ato ilícito e nexo de causalidade, ensejam aos pais que causam dano afetivo nos filhos, o dever de indenizar, reconhecido pelo judiciário.

A responsabilidade civil subjetiva encontra esteio na esfera de competir aos pais o dever de criar, educar e ter os filhos em sua companhia e guarda. Atribuições estas advindas do exercício do poder familiar. Qualquer tipo de ação ou omissão pode acarretar danos aos filhos que são passíveis de serem indenizados. Portanto, constatou-se que qualquer ofensa ao dever de cuidar é tido como um ato ilícito que paira na idéia de culpa de quem tem dever legal para isto.

Esses danos morais, ou existenciais, extrapolam os limites dos danos materiais, maculam a personalidade, a honra subjetiva e objetiva da criança, pois o sentimento de rejeição causa transtornos psicossociais que dificultam o desenvolvimento da criança nas várias esferas de sua vida, tanto em seus projetos de vida, quanto ao se relacionar com as pessoas. Salientou-se a forma de como esses danos poderiam ser mensurados, uma vez que existe improcedência por parte do Judiciário por falta de provas do dano afetivo. Porém, assim como um dano material, o dano afetivo, que paira na esfera moral, pode ser mensurado, uma vez que os transtornos de ordem patológica podem ser diagnosticados através de um laudo psiquiátrico, pois depressão, transtornos bipolares, entre outros, são alguns exemplos de patologias que provém do dano afetivo.

Dito isto, louvável a decisão da Superior Tribunal de Justiça, no qual um pai foi obrigado a indenizar a filha em duzentos mil reais pela falta de afeto. Conforme preconizado pelo tribunal superior, a indenização não repara o dano, nem tampouco é garantia de que o pai irá voltar a prestar o devido amor à sua filha, porém serve como medida pedagógica para que se evitem novas condutas neste sentido. Também, serviu a indenização para amenizar o ego ferido da vítima do abandono afetivo, que tanto sofreu ao longo de sua vida, pois lhe faltaram pequenos gestos que evitariam grandes lacunas em sua vida.

Respeitável a opinião de doutrinadores que afirmam que uma ação de indenização por responsabilidade parental só criaria repúdio nos pais com relação os filhos e que o Estado não

pode interferir em relações de cunho privado. No entanto, não se trata, como foi dito, de um dever de prestar amor, que seria obrigação daquele que escolheu constituir filhos, seja por adoção, reprodução assistida ou mesmo legítimos, pois para isto o Estado empresta total liberdade, mas sim dever de cuidar, educar e honrar com pequenas coisas na vida de uma criança e de um adolescente que somarão ao longo de sua vida.

REFERÊNCIAS:

BARROS MONTEIRO, Washington de. **Curso de direito civil**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1975, v. II. *apud* LUZ, Valdemar P. da. Manual de Direito de Família. São Paulo: Ed. Manole, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Ed. Dos Tribunais, 2006.

DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. *Apud* DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Ed. Dos Tribunais, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Obrigações, parte especial, tomo II: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do Poder Familiar – **Direito de Família e o novo Código Civil**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.p. 183 *apud* DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Ed. Dos Tribunais, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Educação: o ensino do direito de família no Brasil**. *apud* LUZ, Valdemar P. da. **Manual de Direito de Família**. São Paulo: Ed. Manole, 2009.

OLIVEIRA, José Lamartine C. de; MUNIZ, Francisco José F. **Direito de família**. Porto Alegre: Fabris, 1990. P. 31 *apud* DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Ed. Dos Tribunais, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Repensando o Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 325-341. *apud* ROSA, Conrado Paulino. DIMAS, Messias de Carvalho. DOUGLAS, Phillips Freitas. **Dano Moral & Direito das Famílias**. 2 ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2012.

ROSA, Conrado Paulino. DIMAS, Messias de Carvalho. DOUGLAS, Phillips Freitas. **Dano Moral & Direito das Famílias**. 2 ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 23/05/2013.

BRASIL. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Estatui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 27/05/2013.

BRASIL. Lei 3.071, de 1 de janeiro de 1916. **Estatui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em 27/05/2013.

BRASIL. **Código Penal brasileiro.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em 05/03/2013.

BRASIL. Lei 9.623, de 12 de janeiro de 1996. **Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm. Acesso em 23/05/2013.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.737, de 24 de setembro de 1942. **Dispõe sobre o Reconhecimento dos filhos naturais.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del4737.htm Acesso em 23/05/2013.

Conferência das Nações Unidas sobre População e Desenvolvimento. *Recueil International de Législation Sanitaire apud* MACHADO, Paulo Affonso Leme; MACHADO, Maria Regina Marrocos. **Direito do Planejamento Familiar.** Disponível em: http://cliente.d-on.co/abmp/site_dev//textos/486.htm. Acesso em: 10/05/2013.

BALLONE, GJ. **O que são Transtornos Mentais.** disponível em: <http://www.psiqweb.med.br/site/?area=NO/LerNoticia&idNoticia=230>. Acesso em: 03/07/2013.

FROTA, Hidemberg Alves da. **Noções fundamentais sobre o dano existencial.** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n.3046, 3 nov. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20349>>. Acesso em: 1 jul. 2013.

LEITE, Gisele Pereira Jorge; HEUSELER, Denise. **Responsabilidade civil nas relações de Direito de Família.** *apud* **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 102, jul 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11997>. Acesso em jul 2013.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Do poder familiar.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/127>. Acesso em 06/03/2013.

PEREIRA, Tânia da Silva. ENTREVISTA: **Cuidado no Direito de Família, Infância e Juventude.** Carta Forense. Disponível em: <http://www.carteforense.com.br/conteudo/entrevistas/cuidado-no-direito-de-familia-infancia-e-juventude/10588>. Acesso em: 02/07/2013.

REsp. nº 512145, Relator: Ministro José Arnaldo Fonseca, 2003. *apud* DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. **Os deveres intrínsecos ao poder familiar e a responsabilidade dos pais pelo descumprimento.** In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 80, set 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8315>. Acesso em jul 2013.

RODRIGUES, João Gaspar. **Abandono afetivo parental versus teoria do Estado.** Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3464, 25 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23304>>. Acesso em: 4 jul. 2013.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Cuidado de pai e de mãe é dever de natureza objetiva.** Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mai-04/regina-beatriz-cuidado-pai-mae-dever-natureza-objetiva>. Acesso em: 02/07/2013.

VARELLA, Drauzio. **Natalidade e Violência – Planejamento Familiar.** Disponível em: <http://drauziovarella.com.br/mulher-2/planejamento-familiar/>. Acesso em: 21/03/2013.

STJ. Recurso Especial nº 1.159.242 – SP (2009/0193701-9). Rel.: Ministra Nancy Andrichi, DJE: 10/05/2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1067604&sReg=200901937019&sData=20120510&formato=PDF. Acesso em: 04/07/2013.

STJ. Resp.757.411 /MG (2005/0085464-3), Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 27.03.2006. Disponível em: http://www.auditoriajuridica.com.br/download/acordao_595269.pdf. Acesso em: 04/07/2013.

STF, RE 56716. Rel.: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=567164&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. **DJE 17/12/2009. Acesso em: 04/07/2013**

TJMG, Apelação Civil 408.550.504, Rel. Des. Unias Silva). *apud* ROSA, Conrado Paulino. DIMAS, Messias de Carvalho. DOUGLAS, Phillips Freitas. **Dano Moral & Direito das Famílias.** 2 ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2012. p.109.

TJMG, Rel. Des. UNIAS SILVA, Apel. 10479.06.112320-0001,j.18.3.2008. *apud* ROSA, Conrado Paulino. DIMAS, Messias de Carvalho. DOUGLAS, Phillips Freitas. **Dano Moral & Direito das Famílias.** 2 ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2012. p.120.

TJRS. AC. n. 70008795775, Des. Relator JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS. DJ. 23.06.2004. Disponível em: http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/index.php?option=com_content&task=view&id=2923&Itemid=323. Acesso em: 27/05/2013.