



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA-
UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

ANA LUIZA CHAGAS CRUZ

MENSURAÇÃO E EFETIVIDADE DA RESPONSABILIDADE POR DANO AFETIVO

BRASÍLIA
2017

ANA LUIZA CHAGAS CRUZ

MENSURAÇÃO E EFETIVIDADE DA RESPONSABILIDADE POR DANO AFETIVO

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília- UniCeub.
Orientador: Danilo Porfírio.

BRASÍLIA
2017

ANA LUIZA CHAGAS CRUZ

MENSURAÇÃO E EFETIVIDADE DA RESPONSABILIDADE POR DANO AFETIVO

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília- UniCeub.
Orientador: Danilo Porfírio.

Brasília, de de 2017

Banca Examinadora

Prof. Danilo Porfírio
Orientador

Examinador (a):

Examinador (a):

AGRADECIMENTO

Agradeço em primeiro lugar a Deus, por ter tido a oportunidade de concluir a graduação no curso de Direito em uma excelente Universidade e nessa jornada amadurecer intelectual e emocionalmente. E à minha família por todo apoio, paciência e companheirismo durante esses cinco anos.

RESUMO

O presente trabalho trata sobre a mensuração do abandono afetivo, abordando seu conceito, os efeitos sofridos ao abandonado quando da sua prática, sua distinção do abandono material e do conceito de alienação parental. Além disso, se busca conceituar a responsabilidade de quem pratica o abandono e quais são os requisitos para que se configure o ato ilícito, momento em que se estabelece a importância da culpa nas condutas ilícitas. Exploram-se também os danos decorrentes da prática do abandono afetivo, tanto patrimoniais quanto morais, e a possibilidade de reparação desses danos sofridos. Por fim se analisa a jurisprudência sobre o assunto, como o Superior Tribunal de Justiça se posiciona sobre o tema, esclarecendo os argumentos favoráveis à reparação afetiva e os desfavoráveis a essa reparação. Ao final se procura entender o conceito de poder familiar, tendo em vista ser essa a solução apontada em um dos votos descritos na pesquisa jurisprudencial.

Palavras-chave: Abandono afetivo. Responsabilidade. Reparação. Dano moral.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 DO ABANDONO AFETIVO	9
1.1 Definição de abandono afetivo	9
1.2 Efeitos do abandono afetivo	12
1.3 Distinção de abandono afetivo e abandono material.....	14
1.4 Diferença de alienação parental e abandono afetivo	16
2 RESPONSABILIDADE CIVIL E O DANO AFETIVO	21
2.1 Modalidades de responsabilidade e seu fim.....	21
2.2 A natureza da responsabilidade	22
2.3 Responsabilidades contratual e extracontratual.....	26
2.4 Culpa e risco.....	27
2.5 Dano patrimonial e dano moral do dano afetivo	33
3 JURISPRUDÊNCIA ACERCA DO ABANDONO AFETIVO	38
3.1 Argumentos apoiadores à reparação afetiva.....	38
3.2 Argumentos contrários à reparação afetiva	43
3.2.1 <i>Do Poder Familiar</i>	46
CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS.....	54

INTRODUÇÃO

A família é a base da sociedade e nascedouro das relações interpessoais, lugar onde os valores são criados e aperfeiçoados, os hábitos são desenvolvidos e a percepção do “eu” se estabelece.

Nesse contexto é de suma importância o papel dos pais para o crescimento saudável dos filhos, pois o aporte, não só material, mas também moral, é imprescindível para a construção de sua personalidade, honra e dignidade.

Ocorre que apesar da importância dessa instituição, o número de separações entre os cônjuges tem crescido e isso tem ocasionado a ruptura de laços irrompíveis como os provenientes da filiação.

Ocasão em que os filhos se sentem abandonados, não só do ponto de vista material, mas da expectativa que se cria em relação aos pais de segurança, atenção e cuidado.

Nessa situação a criança ou adolescente sofrem graves danos na construção da sua personalidade e honra. Se sentem traídos, pois não são cuidados por aqueles de quem se esperava cuidado, há consequência na autoestima, autoconfiança, segurança, o que se configura como dano moral.

Por essa razão é de suma importância realizar o estudo da reparação desse abandono do qual a criança ou adolescente são vítimas, decorrentes do chamado “abandono afetivo”.

Assim, é passível a reparação do abandono afetivo? Essa reparação é de fato efetiva?

O ato ilícito que causa dano a outrem gera a obrigação de reparação, ainda que exclusivamente moral o dano. Assim, quando há dano decorrente do abandono afetivo é devida a reparação por aquele que abandonou, estando presente o nexo causal entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima.

Para o devido esclarecimento da responsabilidade daquele que abandonou e a mensuração da reparação devida ao abandonado, os capítulos se dividirão da seguinte forma.

Primeiramente analisar-se-á o conceito de abandono afetivo, quais são os comportamentos de quem o pratica e quais os efeitos para o menor abandonado. No tópico posterior será tratada a distinção do abandono afetivo e abandono

material, tendo em vista que ambos constituem dever dos genitores, e o conceito de alienação parental, além de exemplos em que se vislumbra a sua ocorrência.

No segundo capítulo o objetivo é esclarecer a responsabilidade da prática do abandono, a natureza dessa responsabilização, quais os elementos necessários para sua configuração e como comprová-los. Se é imprescindível a culpa ou se apenas o risco a caracteriza.

Em outro ponto, de suma importância caracterizar o dano patrimonial e moral resultante do abandono sofrido pelo menor, em quais aspectos esse dano ocorrerá e a possibilidade de repará-los.

No terceiro capítulo, dada a importância do tema, é necessário analisar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, isto é, qual tem sido o entendimento no caso concreto.

Por fim procurou se estabelecer o conceito de poder familiar, uma vez que pode ocorrer sua perda na prática do abandono.

1 DO ABANDONO AFETIVO

1.1 Definição de abandono afetivo

Primeiramente é necessário destacar a definição de afeto, para então desse ponto seguir para o que seria a sua ausência, nesse sentido destaca Maria Berenice Dias “a missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a vertentes patrimoniais”.¹

Além disso, “a afetividade passou a ser o elemento nuclear definidor da união familiar - triunfo da intimidade como valor da modernidade.” Distanciando-se da visão patrimonial-individualista antes tida, após a materialização do Princípio da Dignidade da Pessoa humana, sendo o afeto considerado como valor jurídico.²

Uma vez que o afeto é “a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana”.³

Portanto, apesar de o abandono afetivo para alguns possuir um conceito abstrato, importante se faz sua delimitação para o esclarecimento do tema. Sobre o assunto Luz Bastos destaca que “abandono afetivo pode ser configurado quando há um comportamento omissivo, contraditório ou de ausência de quem deveria exercer a função afetiva na vida da criança ou do adolescente”.⁴

Além disso, “o abandono não é apenas o ato de deixar o filho sem assistência material: abrange também a supressão do apoio intelectual e psicológico”.⁵

Assim figura-se o abandono quando ocorre a conduta omissiva daquele que tem por dever exercê-la, nesse caso o dever de criar e cuidar da criança e do

¹ DIAS, Maria Berenice apud BASTOS, Eliane Ferreira; LUZ, Antônio Fernandes da. *Família e jurisdição II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

² LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 31.

³ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 65.

⁴ BASTOS, 2008 apud ALVES, Ana Jéssica Pereira. O preço do amor: a indenização por abandono afetivo parental. *Revista Direito & Dialogicidade*, v.4, n.1, jul. 2013. p. 3-4.

⁵ RIZZARDO, 1994 apud ALVES, Ana Jéssica Pereira. O preço do amor: a indenização por abandono afetivo parental. *Revista Direito & Dialogicidade*, v.4, n.1, jul. 2013. p. 7.

adolescente caracteriza uma omissão por parte dos pais quando da sua inocorrência.

Para Charles Bicca o abandono afetivo é uma das espécies mais graves de violência contra o ser humano. O que acentua sua prática é o caráter duradouro e silencioso, que atinge não só o abandonado, mas também o genitor que fica responsável pela criança, uma vez que vive uma angústia em que a solução não está ao seu alcance.

O abandono afetivo constitui uma das mais graves formas de violência que pode ser perpetrada contra o Ser Humano. A violência praticada é completamente diferente, sendo duradoura, covarde e, sobretudo, silenciosa. O abandono afetivo é a morte em vida. As vítimas do abandono sofrem os mais graves danos psicológicos, e junto com elas as genitoras (ou os genitores) que vivem uma angústia diária, de nada poder fazer, pois a solução quase nunca está ao alcance deles.⁶

Ademais, a educação é dever dos pais, sendo a ausência dessa característica do abandono afetivo, atualmente os pais, pela quantidade de responsabilidades, procuram atribuir a criação e educação dos filhos à escola, porém esse papel é pertencente à família, devendo a escola contribuir para o desenvolvimento intelectual, observa a autora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

O abandono afetivo se configura, desta forma, pela omissão dos pais, ou de um deles, pelo menos relativamente ao dever de educação, entendido este na sua acepção mais ampla, permeada de afeto, carinho, atenção, desvelo. Esta a fundamentação jurídica para que os pedidos sejam levados ao Poder Judiciário, na medida em que a Constituição Federal exige um tratamento primordial à criança e ao adolescente e atribui o correlato dever aos pais, à família, à comunidade e à sociedade. (...) Neste sentido é que se têm assistido, nas últimas décadas, à tentativa de se transferir à escola, por exemplo, o dever de educação das crianças, quando a estas instituições incumbe tão-somente o dever de instrução e formação intelectual.⁷

⁶ BICCA, Charles. *Abandono afetivo: o dever de cuidado e a responsabilidade civil por abandono de filhos*. Brasília: OWL, 2015. p. 15.

⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

Ademais, ainda que os pais estejam separados permanece o dever do ascendente em participar efetivamente da vida afetiva e sentimental do filho, pois caso não cumpra com a determinação legal, ofertando apenas visitas espaçadas, estará assumindo a “responsabilidade por irreparáveis efeitos negativos porventura surgidos na vida dos filhos, com repercussão por toda a sua existência e com nefastos sintomas na vida funcional da prole”.⁸

Isso se dá pela cultura jurídica brasileira em que os pais veem nas visitas uma faculdade e não a real natureza de direito do filho de compartilhar momentos e conviver com os ascendentes. Fator que contribui para o crescimento anual das situações em que há rejeição do filho pelo pai, deixando o genitor de procurar o menor nos dias estipulados para visita, sem sequer dar satisfação da ausência.⁹

Pois conforme observa Rolf Madaleno:

Pais inseguros ressentem-se de entrosarem seus filhos na nova família por eles constituída, talvez até já formada por outros filhos, meio-irmãos, mas mantendo esse covarde ascendente atitudes de contraste e de incompreensível discriminação, com uma contumaz e indisfarçável rejeição desse pai que seleciona os filhos pelas mães.¹⁰

Uma vez que “a existência do homem está na dimensão de seus vínculos e de seus afetos, sendo a afeição valor preponderante da dignidade humana,” como decidiu o Tribunal de Alçada de Minas Gerais na Apelação Cível nº 408.550-5, para mandar reparar em dinheiro a dor sofrida pelo filho em virtude de abandono paterno.

11

Algumas situações jurídicas atestam a importância do afeto nas relações interpessoais, tais como a igualdade entre os filhos, artigo 1596 do Código Civil, a maternidade e paternidade socioafetivas e os vínculos de adoção, que preveem outra origem de filiação que não a consanguínea, artigo 1593 do Código Civil; “na comunhão plena de vida, só viável enquanto presente o afeto, ao lado da

⁸ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 502.

⁹ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 311.

¹⁰ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 311.

¹¹ MADALENO, Rolf. *Repensando o direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 126-127.

solidariedade, valores fundantes cuja soma consolida a unidade familiar” e fundantes da sociedade, por essa razão merecem prioritária proteção constitucional.¹²

1.2 Efeitos do abandono afetivo

Passou a se reconhecer o valor e importância da família na sociedade. Sendo essa o berço da criação e início do que refletir-se-á nas relações interpessoais mais diversas da comunidade. Conforme destaca Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

[...] o direito de família contemporâneo tem voltado a sua atenção aos aspectos pessoais deste ramo das relações humanas, com a preocupação primordial de reconhecer à família a condição de locus privilegiado para o desenvolvimento de relações interpessoais mais justas, por meio do desenvolvimento de seres humanos (sujeitos de direito) mais completos e psicologicamente melhor estruturados.¹³

O afeto e harmonia existentes no ambiente familiar contribuirão para o desenvolvimento do menor e sua formação digna. Dessa forma é importante que se atente para a função imprescindível que possui o ambiente familiar na formação da sociedade, consoante observa Ana Jéssica Pereira Alves “o dever de convivência, então, deriva do poder familiar, o qual é irrenunciável e indelegável, sendo que a entidade familiar pressupõe laços de afetividade e ambiente harmonioso” necessário para o bom desenvolvimento e formação digna do menor”.¹⁴

Ponto de grande relevância, uma vez que é notório pelos comportamentos, condutas e valores, demonstrado inclusive através de pesquisas, da consequência do acompanhamento familiar para saúde psíquica do indivíduo. Demonstrada em situações onde há distinção de comportamentos entre aquele que teve uma família bem estruturada para aquele que não a teve.

A assistência moral e afetiva é importantíssima para o adequado desenvolvimento do filho, pois “para o filho em formação é de extrema importância a convivência sadia com seus genitores, mola mestra e propulsora da sua hígida

¹² MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 65.

¹³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

¹⁴ ALVES, Ana Jéssica Pereira. O preço do amor: a indenização por abandono afetivo parental. *Revista Direito & Dialogicidade*, v. 4, n. 1, jul. 2013.

formação moral e psíquica”.¹⁵ A ausência traz danos irreparáveis, que duram por toda vida. Conforme pondera Gisele Carla Weishaupt e Giana Lisa Zanardo Sartori:

Por esses motivos, torna-se mais fácil identificar um indivíduo que cresceu sem o apoio, a cooperação, a dedicação e o amor comuns em uma família bem estruturada, principalmente pelo comportamento que a criança e/ou adolescente assume no meio social. Dessa forma, a assistência moral e afetiva representa importante valor para o adequado desenvolvimento do filho. Caso contrário, a sua ausência gera danos irreparáveis, capazes de comprometer toda existência do indivíduo.¹⁶

O dano causado pelo abandono afetivo é à personalidade, uma vez que é no seio da família que essa é formada. Conforme Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka destaca o dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo.¹⁷

Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade. Por esse motivo, apenas os filhos menores de idade ou incapazes possuem legitimidade para pleitear indenização, uma vez que sua personalidade ainda não está formada, ao contrário dos filhos capazes.

Por fim destaca-se uma pesquisa norte americana trazida por Martorelli:

Meninas sem um pai nas suas vidas têm 2,5 vezes mais propensão a engravidarem na adolescência e 53% mais chances de cometerem suicídio. Meninos sem um pai nas suas vidas têm 63% mais chances de fugirem de casa e 37% mais chances de utilizarem drogas. Meninos e meninas sem pai têm duas vezes mais chances de acabarem na cadeia e aproximadamente quatro vezes mais chances de necessitarem de cuidados profissionais para problemas emocionais ou de comportamento.¹⁸

¹⁵ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 311.

¹⁶ WEISHAUPT, Gisele Carla; SARTORI, Giana Lisa Zanardo. Consequências do abandono afetivo paterno e a (in) efetividade da indenização. *Perspectiva*, Erechim, v.38, n.142, p.17-28, jun. 2014.

¹⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

¹⁸ MARTORELLI, 2004 apud WEISHAUPT, Gisele Carla; SARTORI, Giana Lisa Zanardo. Consequências do abandono afetivo paterno e a (in) efetividade da indenização. *Perspectiva*, Erechim, v.38, n.142, p.17-28, jun.2014.

Nesse sentido cumpre salientar a responsabilidade civil dos pais sobre os atos dos filhos, conforme o artigo 932, inciso I do Código Civil, respondem os pais solidariamente pelos danos causados pelo filho. Isto é, fica obrigado de forma solidária o pai que não educa bem ou não exerce a vigilância necessária, possibilitando a prática de algum delito.¹⁹

Por fim, interessante destacar a observação de Rolf Madaleno acerca do assunto:

[...] amor e afeto são direitos natos dos filhos que não podem ser punidos pelas desinteligências e ressentimentos dos seus pais, porquanto a falta deste contato influencia negativamente na formação e no desenvolvimento do infante, permitindo este vazio a criação de carências incuráveis, e de resultados devastadores na autoestima da descendência, que cresceu acreditando-se rejeitada e desamada.²⁰

1.3 Distinção de abandono afetivo e abandono material

O sustento material é a provisão de subsistência material que incumbe aos pais em relação aos filhos, esse dever está estabelecido no artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*:

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.
Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.²¹

O artigo 1.566, inciso IV do Código Civil preceitua o dever de ambos os cônjuges de “sustento, guarda e educação dos filhos” e para os companheiros a previsão de sustento dos filhos está contida no artigo 1.724 do Código Civil.

¹⁹ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 503.

²⁰ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 314.

²¹ BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 28 out. 2016.

Cumpra-se destacar que o poder familiar não se extingue pela separação ou divórcio dos genitores. Tendo em vista que nessas situações a relação que sofre uma ruptura é a estabelecida entre o casal e não a existente entre eles e o menor, pelo contrário, os deveres que possuem frente ao filho permanecem. Ainda que um dos nubentes case novamente, ele continua com o poder familiar.

A obrigação de sustento deve ser realizada até os 18 anos ou até a emancipação da criança, sendo esse sustento proporcional aos rendimentos dos pais, conforme se analisa sob a ótica do binômio necessidade e possibilidade ao determinar-se o *quantum* da pensão alimentícia.

A ausência de provimento, sem justa causa, consiste no abandono material, crime contra a assistência familiar, previsto no artigo 244 do Código Penal, consoante destaca o CNJ:

No Brasil, os crimes de abandono material e intelectual estão previstos no Código Penal, no capítulo III, intitulado “Dos crimes contra a assistência familiar”. Conforme estabelece o artigo 244 do código, o abandono material acontece quando se deixa de prover, sem justa causa, a subsistência do filho menor de 18 anos, não proporcionando os recursos necessários ou deixando de pagar a pensão alimentícia acordada na Justiça ou, ainda, deixar de socorrê-lo em uma enfermidade grave. A pena para este crime é de um a quatro anos de detenção, além de multa fixada entre um e dez salários mínimos.²²

A previsão do ilícito decorre da preocupação da lei penal em relação aos crimes contra a assistência familiar, visando proteger a manutenção da subsistência da família. O abandono material “trata-se de um delito de pura omissão e de perigo em abstrato” o ilícito se configura mesmo quando a vítima tenha recebido o auxílio do outro genitor ou caridade de terceiros.²³

O Direito Penal age de forma subsidiária com o Direito Civil para reprimir eventuais descumprimentos do dever alimentar em relação ao sujeito passivo, para que o alimentante não deixe de cumprir suas obrigações e atenda às necessidades

²² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Entenda a diferença entre abandono intelectual, material e afetivo*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80241-entenda-a-diferenca-entre-abandono-intelectual-material-e-afetivo>>. Acesso em: 27 out. 2016.

²³ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 957.

do alimentando. Cumpre destacar que a eventual aplicação da pena de prisão do alimentante “irá agravar sua situação econômica”.²⁴

Devendo o juiz levar em consideração prisão em regime aberto e em casas de albergados, quando não for o caso de prisão domiciliar, recolhendo-se o devedor nos finais de semana e à noite e sendo liberado nas manhãs dos dias úteis para que possa trabalhar e garantir sua subsistência e pagamento das dívidas alimentares.²⁵

Importante se mostra a discussão e o debate sobre o assunto, pois assim como é pacífica a existência do abandono material e esse é apenado quando ocorre o abandono moral também deve ser ressarcido, uma vez que gera um dano aos direitos da personalidade e ofensa à dignidade da pessoa humana, sendo as relações de afeto entre pais e filhos de força moral. Sobre o tema destaca Ana Jéssica Pereira Alves:

[...]o abandono material não gera nenhuma dúvida acerca das previsões legais que exigem o seu cumprimento. O abandono moral, por sua vez, demonstra, no mínimo, um desrespeito aos direitos de personalidade, o que impõe aos lesados, em obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana, o direito de busca da reparação pelos danos sofridos. As relações de afeto, que, em tese, devem se estabelecer entre pais e filhos, possuem força moral.²⁶

1.4 Diferença de alienação parental e abandono afetivo

Por seguinte, analisar-se-á a distinção entre alienação parental e abandono afetivo. Primeiramente, Rolf Madaleno destaca que em uma situação que ocorra a separação dos cônjuges “é fundamental para a prole existir um elo de cooperação entre seus pais, porque assim são capazes de aceitar e compreender o rompimento da relação conjugal”.²⁷

²⁴ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 957.

²⁵ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 957.

²⁶ ALVES, Ana Jéssica Pereira. O preço do amor: a indenização por abandono afetivo parental. *Revista Direito & Dialogicidade*, v. 4, n. 1, jul. 2013.

²⁷ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 462.

Ocorre que muitas vezes os pais utilizam as crianças como instrumento de vingança, e devastam covardemente a inocência das crianças e adolescentes valendo-se da chamada Alienação Parental, regulada no Brasil pela lei n.12.318, de 26 de agosto de 2010.²⁸

A Síndrome da Alienação Parental (SAP) decorre do maltrato ou abuso, tratando-se de “um transtorno psicológico que se caracteriza por um conjunto de sintomas pelos quais um genitor, denominado cônjuge alienador, transforma a consciência dos filhos” após atos que visam impedir, obstaculizar ou até destruir os vínculos do descendente com o outro genitor, cônjuge alienado, sem motivos que justifiquem tal conduta.²⁹

Para Jorge Trindade tal comportamento “trata-se de programar uma criança para que ela odeie, sem justificativa, um de seus genitores, cuidando a própria criança de contribuir na trajetória de desmoralização do genitor visitante”³⁰.

Síndrome de alienação parental foi o nome indicado por Richard Gardner “para a situação em que a mãe ou o pai de uma criança a treina para romper os laços afetivos com o outro genitor, criando fortes sentimentos de ansiedade e temor em relação ao outro genitor”.³¹

Para Richard Gardner existem três níveis de alienadores, a categoria leve, média e severa. No nível médio a criança convive com o genitor não guardião, porém participa de campanha realizada pelo outro genitor e acaba desenvolvendo preferência pelo alienante, convencendo-se de que o não convivente não tem valor algum, momento em que é necessária a intervenção do Poder Judiciário, ao passo que se essa interferência não ocorrer há grande probabilidade da SAP se tornar mais severa.³²

Para Richard Gardner a síndrome de Alienação Parental (SAP) trata-se de:

²⁸ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 462.

²⁹ ARAÚJO, Sandra Maria Baccara et al. *Alienação parental: interlocuções entre o direito e a psicologia*. Curitiba: Maresfield Gardens, 2014. p. 22.

³⁰ TRINDADE, Jorge apud MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.462.

³¹ GARDNER, Richard. *O que é alienação parental*. Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/o-que-e>>. Acesso em: 27 out. 2016.

³² GARDNER, Richard. apud MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 462-463.

[...] um transtorno que se desenvolve primordialmente, em um contexto de disputa pela guarda. Sua principal manifestação é a campanha de difamação da criança em relação a um de seus pais. É o resultado da combinação de inculcação de um pai que está programando seu filho (lavagem cerebral) com a própria contribuição da criança ao vilipêndio do genitor rechaçado.³³

Portanto, a alienação parental é usualmente utilizada como instrumento de represália, em que o ascendente guardião reflete para criança o rancor e a indignação que possui do ex-parceiro, onde através de acusações e afirmações deturpa a imagem do outro para o menor. Situação em que se cria uma falsa realidade, utilizando-se muitas vezes das chamadas “falsas memórias”. Sendo o alienador o genitor que possui a guarda e o alienado a vítima da alienação.³⁴

A prática da alienação parental requer tempo e deriva de um trabalho incessante, silencioso e sutil do alienador, que muitas vezes se utiliza de estratégias para impedir as visitas. Valendo-se de desculpas como festa de aniversário de colegas, doença, ou relatar que se sente triste e decepcionado ao filho encontrar-se com o outro ascendente.³⁵

Acerca da alienação parental e da síndrome de alienação parental destaca Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca que a alienação parental é o processo desencadeado por um dos genitores, sendo esse reversível através de um trabalho em conjunto do Poder Judiciário e de terapias com o menor. Por sua vez a síndrome da alienação parental tem solução na minoria dos casos, pois é a evolução da conduta de alienação parental praticada pelo genitor, deixando sequelas. Conforme destacado abaixo:

[...] a alienação parental é o afastamento do filho de um dos genitores, provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia. A síndrome da alienação parental, por seu turno, diz respeito às sequelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele alijamento.³⁶

³³ GARDNER, Richard. apud MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 463.

³⁴ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 463.

³⁵ MADALENO, Ana Carolina Carpes apud MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 464.

³⁶ FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. *Síndrome de alienação parental*, 2006. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32874-40890-1-PB.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2016.

É importante destacar que a alienação parental não ocorre apenas quando um genitor utiliza-se de palavras para denegrir a imagem do outro, mas pode ocorrer também através de comportamentos silenciosos para o filho não se encontrar com o outro genitor, e de formas mais disfarçadas, como analisa Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca:

A alienação parental é obtida por meio de um trabalho incessante levado a efeito pelo genitor alienante, muitas vezes até mesmo de modo silencioso ou não explícito. Nem sempre é alcançada por meio de lavagens cerebrais ou discursos atentatórios à figura paterna. Na maior parte dos casos, o cônjuge titular da guarda, diante da injustificada resistência do filho em ir ao encontro do outro genitor, limita-se a não interferir, permitindo, desse modo, que a insensatez do petiz prevaleça.³⁷

Ademais, os agentes da alienação não são necessariamente os pais, podem ser os avós ou quaisquer pessoas que tenham responsabilidade sobre a guarda ou vigilância da criança.³⁸

A prática da alienação parental fere os direitos fundamentais da criança ou do adolescente de uma convivência familiar saudável, contido no artigo 227 da Constituição Federal, além de interferir no seu direito de receber afeto no ambiente familiar, nos termos do artigo 3º da Lei n. 12.318/2010.³⁹

Conforme mencionado, muitas vezes aliada à alienação parental ocorre a síndrome das falsas memórias, que “serve como conceito e tem sido utilizado para definir a lembrança que um indivíduo traz acerca de abuso sexual cometido contra ele na infância, sendo depois constatado que tal fato não aconteceu”.⁴⁰

Esse recurso é utilizado através de lembranças implantadas para persuadir a criança ou adolescente, que dificilmente é percebido a primeiro momento.⁴¹

³⁷ FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. *Síndrome de alienação parental*, 2006. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32874-40890-1-PB.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2016.

³⁸ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 466.

³⁹ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 466.

⁴⁰ PINTO, Luciano Haussen; PUREZA, Juliana da Rosa; FEIJÓ, Luiza Ramos. apud MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 468.

⁴¹ TRINDADE, Jorge apud MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 468.

A existência de denúncias de abuso sexual, maus-tratos físicos, violência ou ameaças realizadas, ainda que falsas, já são suficientes para afastar o genitor acusado do filho, principalmente pela morosidade do processo familiar.⁴²

O fato é que as crianças são as mais prejudicadas nas situações em que ocorre a Síndrome de Alienação Parental (SAP), pois seus efeitos psicológicos são profundamente nefastos. Porém o genitor alienador dificilmente tem essa consciência, pois se encontra em um papel de vítima, tendo em vista os sentimentos negativos que carrega do ex-parceiro.

Portanto, ao se analisar as distinções destacadas, conclui-se que o abandono afetivo constitui descumprimento do dever legal de cuidado, criação, educação e companhia, previstos implicitamente na Constituição Federal, e relacionado ao afeto. Instituto distinto da alienação parental e do abandono material.

⁴² MANONELLAS, Graciela N. apud MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 468-469

2 RESPONSABILIDADE CIVIL E O DANO AFETIVO

2.1 Modalidades de responsabilidade e seu fim

Para analisar o dever de reparar é necessário que se estabeleça o conceito de responsabilidade civil, visto que essa obrigação trata-se de um dever jurídico decorrente da violação de um dever jurídico originário. Isto é, nasce a responsabilidade para o indivíduo recompor o dano proveniente da infração ao direito cometida anteriormente. Conforme destaca Cavalieri Filho:

Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, foi ela engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.⁴³

A responsabilidade do indivíduo apenas se vislumbra onde há violação a um dever jurídico e um dano decorrente dessa conduta. Acrescenta Cavalieri Filho “responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um precedente dever jurídico.” Isso ocorre porque a responsabilidade é derivada de uma obrigação descumprida.⁴⁴

Portanto, uma atitude que descumpra um dever jurídico e causa prejuízo a outro indivíduo gera a responsabilidade civil.

Nesse sentido, interessante destacar a distinção entre obrigação e responsabilidade, a primeira trata-se de um dever jurídico originário, decorrente do acordo entre duas pessoas, por exemplo, ao celebrarem um contrato, por outro lado a segunda é um dever jurídico sucessivo, por ocasião da violação da obrigação.

⁴³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 14.

⁴⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 14.

Assim, a responsabilidade decorre do descumprimento da obrigação. Surgindo em decorrência dessa.⁴⁵

Por fim, importante destacar um apontamento de Rolf Madaleno no qual o autor destaca que “a responsabilidade civil expande-se por todos os ramos do Direito Civil e também transita pelo Direito de Família”.⁴⁶ Conforme afirma Graciela Medina:

[...] a evolução do Direito de Família conduziu à supremacia da personalidade e à autonomia da pessoa diante de seu grupo familiar, não existindo qualquer prerrogativa familiar a permitir possa um membro de uma família causar dano doloso ou culposamente a outro membro da família e se eximir de responder em virtude do vínculo familiar, até porque a pessoa não responde em razão do vínculo familiar, mas em função do dano, também passível de ter sido causado por um familiar e muito especialmente no âmbito das relações conjugais e afetivas.⁴⁷

2.2 A natureza da responsabilidade

A responsabilidade civil visa restabelecer o equilíbrio jurídico-econômico atingido pelo ato ilícito em decorrência do dano. Segundo Sergio Cavalieri Filho, essa ideia traz o conceito de reparação integral, dado que a indenização fixada será proporcional ao dano, visando reparar de forma integral e restabelecer o *statu quo ante*, isto é, suprir os danos sofridos pela vítima. Embora muitas vezes não se consiga, se relaciona diretamente à função da responsabilidade civil.⁴⁸

Ao que se aponta a noção de “justiça corretiva”, desenvolvida por Aristóteles em sua *Ética a Nicômaco*, como fundamento para o princípio da reparação integral. Conforme Cavalieri Filho “restituir a vítima ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ilícito constitui uma exigência da justiça

⁴⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

⁴⁶ MADALENO, Rolf. *Repensando o direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 144.

⁴⁷ MEDINA, Graciela. apud MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 282- 283.

⁴⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.p. 26-27.

comutativa (ou corretiva), sob pena de não se realizar a função primordial da responsabilidade civil”.⁴⁹

Para o doutrinador a reparação do dano deve corresponder exatamente ao prejuízo sofrido pelo ofendido, em observância à função compensatória da reparação integral, não devendo ultrapassar a extensão do prejuízo sofrido, pois seria causa de enriquecimento injustificado, caracterizando a função indenitária. Assim, deve se estabelecer uma relação de equivalência entre a indenização e os prejuízos sofridos pelo indivíduo na avaliação do magistrado do caso concreto (função concretizadora).⁵⁰

Destaca Cavalieri Filho que a “finalidade da norma é essa: evitar que a reparação integral dos danos prive o ofensor do mínimo necessário à sua sobrevivência, em prestígio dos princípios da dignidade humana e da solidariedade”.

51

Sustenta Cavalieri Filho:

a função da indenização é exclusivamente reparadora dos danos sofridos pelo lesado, não de punição ou sanção da conduta como na responsabilidade penal, onde o grau de culpa do agente exerce influencia capital na graduação da pena.⁵²

Noutro ponto Yussef Said destaca que quanto à reparação do dano moral, na hipótese em que se concede indenização “esta teria caráter de pena, incompatível assim com o direito privado, na medida em que não visaria à recomposição do patrimônio do ofendido”.⁵³

Na verdade o ressarcimento ou a reparação possuem caráter misto, consoante Yussef Said. Pois “o dever de indenizar representa por si a obrigação fundada na sanção do ato ilícito”.⁵⁴

⁴⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.p. 27.

⁵⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.p. 28.

⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 28.

⁵² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 45.

⁵³ CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 33.

⁵⁴ CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 36.

A coerção é um meio que o Direito utiliza para solução dos conflitos, podendo ser física, preventiva ou sucessiva, também utilizada no direito privado. A fim de influenciar a observância de um preceito o direito estabelece cominação ao indivíduo para que o custo do respeito à norma seja menor do que o custo do seu desrespeito.⁵⁵

A responsabilidade civil ao longo dos anos assumiu quatro funções fundamentais (sendo as duas primeiras pacíficas):

(a) a função de reagir ao ilícito danoso, com a finalidade de reparar o sujeito atingido pela lesão; (b) a função de reprecuar o lesado ao *status quo ante*, ou seja, estado ao qual o lesado se encontrava antes de suportar a ofensa; (c) a função de reafirmar o poder sancionatório (ou punitivo) do Estado; (d) a função de desestímulo para qualquer pessoa que pretenda desenvolver atividade capaz de causar efeitos prejudiciais a terceiros.⁵⁶

A proeminência de uma função em detrimento da outra tem relação com o período histórico e o ambiente social. Embora as quatro funções sejam compatíveis entre si e não excludentes.⁵⁷

A responsabilidade civil a partir da tripartição funcional consiste em reparatória, punitiva e precaucional, dado que a função preventiva não é atribuída com exclusividade a nenhuma delas, pois é parte integrante da responsabilidade. A prevenção *latu sensu* “é um dos quatro princípios regentes da responsabilidade civil e inafastável consequência da aplicação de qualquer uma das três funções estudadas”.⁵⁸

Para Guido Alpa “as funções prevalentes no momento atual se reduzem a duas: a compensação da vítima e o desestímulo do ofensor”.⁵⁹

Uma vez que uma condenação à reparação de um dano patrimonial ou moral desencadeará consequências inibitórias o aspecto pedagógico é redobrado na função punitiva, “pois a condenação recairá apenas diante de comportamentos

⁵⁵ CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 37.

⁵⁶ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

⁵⁷ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

⁵⁸ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

⁵⁹ ALPA, Guido apud ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

demeritórios, servindo ainda de desestímulo aos potenciais ofensores”; na função precaucional a prevenção é exercida em larga escala, dado que o “ordenamento intervém com anterioridade para dissuadir o exercício de um empreendimento potencialmente danoso”.⁶⁰

Portanto conclui Nelson Rosenvald:

em suma, podemos afirmar que na função reparatória a indenização é acrescida a uma “prevenção de danos”, na função punitiva, a pena civil é acrescida a uma “prevenção de ilícitos”; enquanto na função precaucional a sanção é acrescida a uma “prevenção de riscos”.⁶¹

O fato é que “não se pode reduzir a complexidade do modelo aquiliano a uma função exclusiva e unitária.” Pois as responsabilidades basilares da responsabilidade civil são: punição, precaução e compensação.⁶²

E cada função visa garantir uma necessidade. A função reparatória garante a segurança de haver compensação em virtude de um dano sofrido por um indivíduo, por outro lado as funções preventiva e punitiva garantem a proteção social, que limita a liberdade e igualdade dos cidadãos.⁶³

Conforme Nelson Rosenvald, o direito privado permite que o mercado se autorregule, dando autonomia e liberdade para os indivíduos, ocorrendo a intervenção somente quando há infração a um direito, a fim de que se restabeleça o equilíbrio. Logo, a interferência se dará *a posteriori*.⁶⁴

Destaca o autor que “nas funções punitiva e precaucional, a bússola desvia em certo grau da liberdade e persegue a segurança de forma mais acentuada.” E por fim estabelece que “na contemporaneidade, some-se à finalidade compensatória a ideia de responsabilidade como prevenção de ilícitos”.⁶⁵

⁶⁰ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 16-17.

⁶¹ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 17.

⁶² ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 17.

⁶³ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 17.

⁶⁴ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 17.

⁶⁵ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 18.

2.3 Responsabilidades contratual e extracontratual

A responsabilidade pode decorrer de um contrato ou de mera conduta culposa, desta forma a distinção entre a responsabilidade contratual e a extracontratual é de acordo com a origem.

Na responsabilidade contratual ocorre a infração de um dever contratual, por outro lado na extracontratual o indivíduo incorre na desobediência a um dever legal.

Embora, destaca Arnaldo Rizzardo “sempre se dá a desobediência à lei, inclusive na violação contratual, porquanto a lei é que determina a obrigatoriedade de suas cláusulas”.⁶⁶

Isto é, ao desrespeitar obrigação pactuada em contrato a desobediência é também legal, pois a observância às cláusulas do contrato está prevista em lei. Dado que o contrato faz lei entre as partes e por essa razão deve ser cumprido, consoante o princípio do *Pacta Sunt Servanda*.

Como exemplo de responsabilidade contratual Arnaldo Rizzardo cita “o inadimplemento e a mora de obrigações decorrentes das declarações de vontade, enquanto pertencem mais ao ramo da responsabilidade extracontratual a violação dos deveres que emanam de regras comportamentais”. Isto é, a omissão de fazer aquilo que a lei impõe ou executar ato que a lei proíbe.⁶⁷

Ocorre que a maior parte das obrigações que as partes pactuam em contrato estão previstas em lei, razão que traz divergência de qual responsabilidade predomina em determinadas situações.

Portanto o dever jurídico originário, do qual decorre a responsabilidade civil, pode ser oriundo de um contrato, nesse caso a responsabilidade será contratual, ou de uma obrigação legal, responsabilidade extracontratual. Sobre o assunto, Cavalieri Filho⁶⁸ relaciona o seguinte:

Esse dever, passível de violação, pode ter como fonte uma relação jurídica obrigacional preexistente, isto é, um dever oriundo de

⁶⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 41-42.

⁶⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 42.

⁶⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 30.

contrato, ou, por outro lado, pode ter por causa geradora uma obrigação imposta por preceito geral de Direito, ou pela própria lei.

Isto é, tanto na responsabilidade extracontratual como na contratual há violação de um dever jurídico preexistente, a distinção encontra-se na fonte desse direito jurídico.

Pode ter como origem a imposição da lei, ilícito extracontratual, ou criado pelas partes no contrato, ilícito contratual. Assim, ilícito extracontratual é a transgressão de um dever jurídico previsto em lei, enquanto o ilícito contratual é violação de dever jurídico pactuado entre as partes contratualmente.⁶⁹

2.4 Culpa e risco

Ao se analisar a responsabilidade civil é imprescindível perquirir a existência ou não de culpa, sendo essa um pressuposto principal para o dever de indenizar.

Uma vez que não são todos os atos sofridos pelo indivíduo passíveis de indenização, mas somente aqueles revestidos dos requisitos previstos no ordenamento jurídico.

Para Cavalieri Filho a culpa *lato sensu* indica:

[...]o elemento subjetivo da conduta humana, o aspecto intrínseco do comportamento, a questão mais relevante da responsabilidade subjetiva. E assim é porque a realização externa de um fato contrário ao dever jurídico deve corresponder a um ato interno de vontade que faça do agente a causa moral do resultado.⁷⁰

Portanto a culpa corresponde a um ato interno de vontade daquele que praticou a infração, uma vez que conduta é o “comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão”.⁷¹ Sendo a conduta voluntária determinada pela vontade. O que não necessariamente quer dizer o desejo de produzir o resultado, mas de praticar o ato ou a omissão.

⁶⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 31.

⁷⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 44.

⁷¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 44.

A conduta não se dá em atos que não possuem a vontade do agente, como na coação física irresistível, no sonambulismo, na hipnose. Por outro lado, a intenção refere-se ao fim determinado de produzir o evento. Portanto a culpa em sentido amplo abarca todo comportamento contrário ao Direito, seja intencional, dolo, ou tencional, culpa.⁷²

Ao passo que a pena por um crime cometido no Direito Penal está diretamente relacionada ao dolo ou intensidade da culpa, no Cível a indenização recebida pela vítima está ligada ao dano, dado que o objetivo da indenização é repará-lo, conforme estabelece o artigo 927 do Código Civil, há expressa relação entre o dano e a reparação.⁷³

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.⁷⁴

A distinção entre a conduta praticada com dolo ou culpa está no fato de que a primeira conduta inicia-se ilícita, pois a vontade do agente é de um resultado antijurídico, no entanto a segunda começa lícita, tornando-se ilícita ao passo que destoa dos padrões adequados socialmente. Portanto, “o juízo de desvalor no dolo incide sobre a conduta, ilícita desde a sua origem; na culpa, incide apenas sobre o resultado”.⁷⁵

Já a culpa *stricto sensu* “é a violação de dever objetivo de cuidado, que o agente podia conhecer e observar, ou, como querem outros, a omissão de diligência exigível”.⁷⁶

O dever objetivo de cuidado decorre da vida em sociedade, uma vez que diariamente o indivíduo encontra-se em situações que podem gerar dano a outrem,

⁷² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

⁷³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

⁷⁴ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 maio 2016.

⁷⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 46.

⁷⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.p. 47.

por essa razão é necessária a determinação desse cuidado, dada a impossibilidade do ordenamento jurídico prever todos os casos possíveis de dano a terceiros na rotina de uma pessoa. Logo, o ordenamento jurídico determina a todos, indistintamente, um dever de cuidado, diligência ou cautela em todas as situações vivenciadas.⁷⁷

Sobre o assunto destaca Cavalieri Filho:

[...] no grau de diligência ou cautela exigível deve ser levado em conta não só o esforço da vontade para avaliar e determinar a conduta adequada ao cumprimento do dever, mas também os conhecimentos e a capacidade ou aptidão exigíveis das pessoas. O padrão que se toma para apreciar a conduta do agente não só a do homem diligente, cuidadoso e zeloso, mas também do homem medianamente sensato, avisado, razoável e capaz. Quem não tem capacidade física, intelectual ou técnica para exercer determinada atividade deve abster da prática dos atos que escapam de todo ao círculo de suas aptidões naturais, ou reforçar a diligência para suprir suas deficiências – como, por exemplo, o motorista que tem deficiência visual ou auditiva, o médico cujo caso não está em sua especialidade, e assim por diante. A tendência geral da doutrina e da jurisprudência é nesse sentido: incluir na caracterização da culpa não só a diligência da vontade, mas também a falta da capacidade ou de conhecimentos exigíveis do agente.⁷⁸

Em uma referência quanto à falta de capacidade ou de conhecimentos exigíveis presentes na culpa e o tema em destaque, abandono afetivo, cumpre destacar o fato de que ser pai ou mãe não é uma tarefa fácil, no entanto é um papel de expressiva importância para sociedade, portanto extremamente importante que seja bem desempenhado.

A culpa está presente na conduta do genitor que não cumpre com seus deveres de cuidado em relação ao filho, pois são conhecimentos exigíveis e necessários ao indivíduo que desempenha esse papel. Uma vez que a ninguém é imposto ser pai ou mãe, pelo contrário, é um ato volitivo, existentes atualmente vários meios que impedem a concepção de uma criança.

⁷⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

⁷⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 48.

No entanto, uma vez que o indivíduo opta por esse papel que o cumpra com cuidado, diligência e cautela. Visto que a procriação é uma opção da qual decorrem deveres e obrigações⁷⁹, conforme determina o artigo 226,§7º, da CF:

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

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.⁸⁰

Ademais, assegura o artigo 227 da CF o direito da criança e do adolescente ao convívio familiar, devendo tal prerrogativa ser garantida pela família, pela sociedade e pelo Estado com absoluta prioridade.⁸¹

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.⁸²

Acrescenta Cavalieri Filho:

a inobservância desse dever de cuidado torna a conduta culposa - o que evidencia que a culpa é, na verdade, uma conduta deficiente, quer decorrente de uma deficiência da vontade, quer de inaptidões ou deficiências próprias ou naturais. Exprime um juízo de reprovabilidade sobre a conduta do agente, por ter violado o dever de cuidado quando, em face das circunstâncias específicas do caso, devia e podia ter agido de outro modo.⁸³

⁷⁹ BOSCHI, Fabio Bauab. *Direito de visita*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 53.

⁸⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 jan. 2017.

⁸¹ BOSCHI, Fabio Bauab. *Direito de visita*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 53.

⁸² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 jan. 2017.

⁸³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.p. 48.

Em relação à falta de cuidado, o agente não age com a devida cautela, deixando de evitar ato previsível. Portanto, a falta de cautela, atenção, diligência ou cuidado estarão presentes na análise da culpa. A falta de cautela se concretiza através da imprudência, negligência e da imperícia.⁸⁴

Portanto, a culpa é “conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível”.⁸⁵

Sendo três os elementos presentes na conduta culposa: a conduta voluntária com resultado involuntário, a previsão ou previsibilidade e a falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção. Pois não há intenção na culpa, mas sim vontade, deixando de ser um elemento intencional, tal como o dolo e passando a ser tencional. A vontade não se encontra no fim determinado, e sim na conduta praticada pelo agente. Sendo, portanto, a conduta voluntária e involuntário o resultado.⁸⁶

Nesse sentido conclui Cavalieri Filho:

[...] enquanto no dolo o agente quer a conduta e o resultado, a causa e a consequência, na culpa a vontade não vai além da ação ou omissão. O agente quer a conduta, não, porém, o resultado; quer a causa, mas não quer o efeito.⁸⁷

A responsabilidade no Direito de Família, segundo Rolf Madaleno, é “subjéctiva, pois exige um juízo de censura de agente capaz de entender o carácter de sua conduta ilícita”.⁸⁸

Em outro ponto, passando para análise da teoria do risco, decorrente da responsabilidade civil extracontratual objectiva, quando é exercida actividade de risco, nos termos do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil a qual é decorrente do

⁸⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

⁸⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 50.

⁸⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 50.

⁸⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 50.

⁸⁸ MADALENO, Rolf. *Direito de família Aspectos polémicos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 144.

mero fato do indivíduo exercer uma atividade perigosa, ou de utilizar instrumentos de produção que oferecem risco.

Conforme estabelece Sílvio de Salvo Venosa a “teoria do risco, com vários matizes, que sustenta ser o sujeito responsável por riscos ou perigos que sua atuação promove, ainda que coloque toda diligência para evitar o dano”.⁸⁹

Tendo em vista que em razão do serviço prestado o explorador da atividade se beneficia é necessário que esse indivíduo se responsabilize pelos riscos provenientes de seu exercício. Nesse ponto a responsabilidade objetiva leva mais em consideração o ato causador do dano do que o ato ilícito em si, dado que o objetivo de reparação está no dano causado e não no ato praticado especificamente.

90

Logo, o risco se caracteriza pela atividade desenvolvida e pelos instrumentos utilizados, devendo o agente que desenvolve tal atividade responsabilizar-se pelos eventuais danos, uma vez que conforme Sílvio de Salvo Venosa “o que se leva em conta é a potencialidade de ocasionar danos; a atividade ou conduta do agente que resulta por si só na exposição a um perigo”.⁹¹ Portanto, considera-se o perigo da atividade para atribuir tal responsabilidade ao indivíduo.

Além disso, ao prever que na teoria do risco “está-se diante da atividade potencialmente perigosa, que leva a impor a reparação pela mera ocorrência do dano ou da lesão” Arnaldo Rizzardo destaca outras situações, que embora não previstas com tamanha intensidade, se aplicam:

[...] nessa linha, estão os arts. 932 e 933 (arts 1.521 e 1.523 do Código revogado), responsabilizando os pais pelos atos lesivos dos filhos que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; do tutor e do curador, pelos pupilos e curatelados que se encontrarem nas mesmas condições dos filhos [...]⁹²

⁸⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

⁹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

⁹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

⁹² RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 35.

Dos casos acima elencados depreende-se a adoção da teoria da responsabilidade objetiva ampla, abrangendo o risco pelo exercício de atividade perigosa, culpa presumida, e a responsabilidade por atos de terceiros.⁹³

No entanto, a regra é a responsabilidade subjetiva, sendo necessária extrema cautela e análise minuciosa do caso para determinar a obrigação de indenizar com base apenas na ocorrência do dano.⁹⁴

2.5 Dano patrimonial e dano moral do dano afetivo

Os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, relacionados no artigo 186 do Código Civil, consistem na conduta culposa do agente, nexos causal e dano. Consoante estabelece Cavalieri Filho:

[...] a partir do momento em que alguém, mediante conduta culposa, viola direito de outrem e causa-lhe dano, está-se diante de um ato ilícito, e deste ato deflui o inexorável dever de indenizar, consoante o art. 927 do Código Civil. Por violação de direito deve-se entender todo e qualquer direito subjetivo, não só os relativos, que se fazem presentes no campo da responsabilidade contratual, como também e principalmente os absolutos, reais e personalíssimos, nestes incluídos o direito à vida, à saúde, à liberdade, à honra, à intimidade, ao nome e à imagem.⁹⁵

Portanto a violação de direito mencionada no artigo 927 do Código Civil não se refere apenas aos de natureza contratual, mas também, e principalmente, aos absolutos, reais e personalíssimos. Como é o caso do direito à saúde, física e psíquica, à honra e à personalidade, que são diretamente atingidos na prática do abandono afetivo.

A obrigação de indenizar ocorre quando o ato ilícito gera dano a outrem.⁹⁶ Conforme estabelece o artigo 927 do Código Civil, já mencionado.

O dano patrimonial, também conhecido como dano material, “atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima”, incluindo bens corpóreos e incorpóreos.⁹⁷

⁹³ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 35.

⁹⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 36.

⁹⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 33.

⁹⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

Ocorre que não necessariamente dano patrimonial refere-se à lesão de bens ou interesses patrimoniais. A violação de bens personalíssimos também pode influenciar no patrimônio da vítima, “gerando perda de receitas ou realização de despesas”.⁹⁸

Por patrimônio entende-se um bem externo, que pode se classificar nas riquezas materiais, e tradicionalmente apresenta-se como dinheiro. A expectativa é que esse bem satisfaça a necessidade econômica e possa ser usufruível.⁹⁹

Essa espécie de dano pode atingir o patrimônio presente da vítima, mas também o futuro. Por esse motivo divide-se em dano emergente, certo e presente, e lucro cessante, futuro.¹⁰⁰

Observa Orlando Gomes que existem lesões que atingem os direitos personalíssimos do indivíduo e em decorrência da lesão há repercussão no patrimônio, enquanto outras não repercutem. Uma vez que a ofensa à honra e à boa fama pode determinar prejuízos patrimoniais ou apenas “sofrimento moral”. Salaria o autor que a expressão “dano moral deve ser reservada exclusivamente para designar o agravo que não produz qualquer efeito patrimonial”.¹⁰¹

Dado que se ocorreram efeitos patrimoniais, ainda que por repercussão, o dano deixa de ser extrapatrimonial.¹⁰²

Interessante mencionar que no dano material ocorre lesão ao patrimônio do ofendido, e essa espécie de dano pode ser visualizada em situações de filiação, tais como as mencionadas por Rolf Madaleno em sua obra:

No campo da filiação pode existir indenização material em prol de filho tardiamente reconhecido e, por isso, privado de uma boa formação educativa, ou de um tratamento médico e até de alguma

⁹⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 93.

⁹⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 94.

⁹⁹ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 17.

¹⁰⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 94.

¹⁰¹ GOMES, Orlando. apud CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 19-20.

¹⁰² GOMES, Orlando. apud CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 20.

intervenção cirúrgica que o progenitor recalcitrante poderia disponibilizar por deter melhores condições econômicas.¹⁰³

Ao se buscar as perdas e danos de ordem moral causados pelo abandono afetivo, essa responsabilidade de indenizar pode ser de um dos pais, ou de ambos, que impediram o filho de se comunicar com o pai ou a mãe, apesar de ser irreversível o *statu quo ante*, o que se busca é reparar o prejuízo que foi causado a essa criança.¹⁰⁴

A desconsideração da criança e do adolescente no âmbito de suas relações, ao lhes criar inegáveis carências afetivas, traumas e agravos morais, cuja gravidade se acentua no rastro do gradual desenvolvimento mental, físico e social do filho, que assim padece com o injusto repúdio público que lhe faz o pai, deve gerar, inescusavelmente, o direito à integral reparação do agravo moral sofrido pela negativa paterna do direito que tem o filho à sadia convivência e referência parental, privando o descendente de um espelho que deveria seguir e amar.¹⁰⁵

Conforme destaca Rolf Madaleno “a pretensão judicial de perdas e danos de ordem moral visa a reparar o irreversível prejuízo já causado ao filho que sofreu pela ausência de seu pai ou de sua mãe, já não mais existindo amor para tentar recuperar”.¹⁰⁶

Um dano não necessariamente recairá sobre o patrimônio da vítima ou somente sobre bens materiais. Uma lesão também poderá atingir outros valores, de cunho personalíssimo, bem mais caros ao ser humano, do que exatamente suas posses ou seus bens. Tais violações ensejam dano moral.¹⁰⁷

Pois além do direito ao nome paterno o filho possui a necessidade de ser acolhido social e afetivamente, sendo esse exercício fundamental para o desenvolvimento saudável do menor. Ao negar aos filhos esse direito e deixar de

¹⁰³ MADALENO, Rolf. *Direito de Família Aspectos polêmicos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 144-145

¹⁰⁴ MADALENO, Rolf. *Repensando o direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 125.

¹⁰⁵ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 311.

¹⁰⁶ MADALENO, Rolf. *Repensando o direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 125.

¹⁰⁷ FERNANDES, Alexandre Cortez. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Caxias do Sul: Educs, 2013. p. 129.

praticar esse dever, age o pai “em injustificável ilicitude civil, e assim gera o dever de indenizar” o filho pelas carências, traumas e prejuízos morais sofridos ao ser imotivadamente rejeitado.¹⁰⁸

Trata-se de um dano moral direto, pois se refere a uma lesão específica a um direito extrapatrimonial, da personalidade. Conforme Alexandre Cortez Fernandes “o dano direto, ou imediato, é sempre sujeito ao ressarcimento, observando-se sua certeza, atualidade e subsistência”.¹⁰⁹ Além disso, afirma que:

O dano moral direto é lesão a um interesse que visa à satisfação ou ao gozo de um bem jurídico de cunho extrapatrimonial, contido nos direitos da personalidade, nos atributos da pessoa ou com lesão à dignidade da pessoa humana.¹¹⁰

O que se busca não é penalizar o desamor, ou obrigar o pai a amar um filho, porém o objetivo é reparar os direitos do filho rejeitado que foram violados, consoante acentua o autor “penalizam, porém, a violação dos deveres morais contidos nos direitos fundados na formação da personalidade do filho rejeitado”.¹¹¹

Uma vez que “a carência afetiva, tão essencial na formação do caráter e do espírito do infante, justifica a reparação pelo irrecuperável agravo moral que a falta consciente deste suporte psicológico causa ao rebento”.¹¹²

Ainda que o relacionamento entre os pais da criança não tenha sucesso e resulte em separação, os genitores permanecem responsáveis pelo desenvolvimento dos filhos, devendo criá-los e educá-los, tê-los em sua companhia e guarda a fim de resguardar a sua dignidade e desenvolvimento saudável.¹¹³

Da conduta de deixar de ver a criança, visitá-la e participar do seu desenvolvimento decorre o dano moral, pois atinge bens que integram a personalidade e a dignidade da pessoa humana, resultando em dor, vexame,

¹⁰⁸ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 312.

¹⁰⁹ FERNANDES, Alexandre Cortez. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Caxias do Sul: Educs, 2013. p. 131.

¹¹⁰ FERNANDES, Alexandre Cortez. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Caxias do Sul: Educs, 2013. p. 132.

¹¹¹ MADALENO, Rolf. *Repensando o direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 126.

¹¹² MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 311.

¹¹³ MADALENO, Rolf. *Repensando o direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 27.

sofrimento, humilhação e trazendo graves consequências ao comportamento psicológico do indivíduo, que não raro sofre aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar.¹¹⁴

Uma vez que a “criança abandonada por seu pai não apenas sofre trauma e ansiedade, como irá repercutir em suas futuras relações, perdendo sua confiança e auto-estima, valores fundantes de sua estrutura moral”.¹¹⁵

Ao se analisar os traumas que o abandono afetivo causa na criança, como insegurança, falta de confiança e auto-estima por decorrência lógica percebe-se que esses sentimentos se devem ao sentimento de “a criança creditar-se a culpa por seu abandono”.¹¹⁶

Portanto conclui Rolf Madaleno que ao determinar a reparação material ao abandonado o Poder Judiciário não está apenas reparando o dano que sofreu o receptor da ação ou omissão, mas está demonstrando para a sociedade o preço do afeto na atual constituição familiar e certificando no tempo a prejudicial existência desse imoral e covarde abandono realizado pelo pai. Conforme *in verbis*:

Desta forma, o dano à dignidade humana do filho em estágio de formação deve ser passível de reparação material, não apenas para que os deveres parentais deliberadamente omitidos não fiquem impunes, mas, principalmente, para que, no futuro, quaisquer inclinações ao irresponsável abandono possam ser dissuadidas pela firme posição do Judiciário ao mostrar que o afeto tem um preço muito caro na nova configuração familiar.¹¹⁷

Portanto, está fundamentada a indenização pelo abandono moral na inobservância do preceito legal que determina o dever de visita dos pais aos filhos e no exercício da paternidade e maternidade de forma responsável, nos termos do artigo 226,§7 da Constituição Federal.¹¹⁸

¹¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. apud MADALENO, Rolf. *Repensando o direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

¹¹⁵ MEDINA, Graciela. apud MADALENO, Rolf. *Repensando o direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

¹¹⁶ JESUS, Ivanise Jann de. apud MADALENO, Rolf. *Repensando o direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

¹¹⁷ MADALENO, Rolf. *Repensando o direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 128.

¹¹⁸ BOSCHI, Fabio Bauab apud MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 313.

3 JURISPRUDÊNCIA ACERCA DO ABANDONO AFETIVO

3.1 Argumentos apoiadores à reparação afetiva

Após a explanação de conceitos relacionados ao abandono afetivo é imprescindível a pesquisa jurisprudencial sobre o tema. Isto é, como os Tribunais têm decidido acerca da reparação afetiva. Para tanto serão utilizados os argumentos apoiadores e contrários à reparação.

A primeira análise é do Recurso Especial Nº 1.159.242 - SP de relatoria da Ministra Nancy Andrighi interposto em ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais, ajuizada pela filha em desfavor do pai, ora Recorrente, por abandono material e moral.

Na sentença o juiz julgou improcedente o pedido deduzido pela ora recorrida, ao fundamento de que o distanciamento entre pai e filha deveu-se, primordialmente, ao comportamento agressivo da mãe em relação ao recorrente, nas situações em que houve contato entre as partes, após a separação.

Por outro lado o acórdão do TJ/SP deu provimento à apelação da recorrida, reconhecendo o abandono afetivo sofrido por ela e determinando a compensação por danos morais no valor de R\$415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais).

O Recorrente sustenta que não abandonou a filha, e mesmo que assim tivesse procedido, esse ato não se reveste de ilicitude. Sustenta que a única punição legal prevista para o descumprimento das obrigações relativas ao poder familiar é a perda do respectivo poder, conforme prevê o artigo 1.638 do Código Civil.

Apresenta como embasamento o REsp n^o 757411/MG, que afasta a possibilidade de compensação por abandono moral ou afetivo.

Além disso, pugna pela redução do valor fixado a título de danos morais.

A Ministra Relatora em seu voto observa que se trata a lide de determinar se o abandono afetivo experimentado pela recorrida constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável, em virtude do comportamento do pai de se omitir da prática de fração dos deveres inerentes à paternidade.

Primeiramente esclarece a Ministra Nancy Andrighi a possibilidade da aplicação das regras referentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de

indenizar e compensar no Direito de Família. Visto que apesar da relação familiar ser apoiada por sentimentos e emoções, não haver determinação em sentido contrário.

Ao revés, os textos legais que tratam da matéria (art. 5,^o V e X da CF e arts. 186 e 927 do Código Civil) trazem o tema de maneira ampla e irrestrita, de onde é possível se inferir que regulam, inclusive, as relações nascidas dentro do ambiente familiar.

É evidente a necessidade de uma análise do Direito, de forma sistemática e técnica, no caso em comento. Pois devem ser analisados diversos institutos, tais como a incidência da perda do poder familiar, apontada pelo Recorrente como a única solução para a conduta do abandono (art. 1638, II, do Código Civil), na situação em que ocorre a infração do dever de criar e educar os filhos (art. 1634, II, do Código Civil).

Portanto, a perda do pátrio poder não visa suprimir a possibilidade de indenizações ou compensações, uma vez que seu objetivo é resguardar a integridade do menor e não compensá-lo pelos prejuízos sofridos pelo malcuidado dos pais.

A responsabilidade civil subjetiva se configura pelo dano, a culpa do agente e o nexa causal entre o dano sofrido e a conduta praticada, no entanto na relação familiar estes aspectos se tornam mais intangíveis, tendo em vista sentimentos como o amor, a raiva, rancor, mágoa. Por outro lado, porém, existe determinação constitucional e legal de obrigações mínimas impostas aos genitores.

Conforme acentua brilhantemente a ministra em seu voto:

esse elo fruto, sempre, de ato volitivo, emerge, para aqueles que concorreram com o nascimento ou adoção, a responsabilidade decorrente de suas ações e escolhas, vale dizer, a criação da prole.¹¹⁹

Isto é, o indivíduo possui liberdade de escolha, mas uma vez que opta por determinada ação, responsabiliza-se pelo ônus correspondente. Portanto a

¹¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp nº 1159242 / SP*. Terceira Turma. Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 24, de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=+1159242+&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

responsabilidade está relacionada à liberdade de escolha e de iniciativa, respondendo o patrimônio do indivíduo pelo eventual dever de indenizar em caso de danos materiais ou morais decorrentes de suas atitudes.

Nesse ponto, além do vínculo afetivo existente entre pai e filho há o vínculo legal, do qual decorre o dever de convívio, cuidado, criação e educação, processos em que há necessidade de atenção e acompanhamento do menor.

O objetivo do recurso é perquirir a possibilidade de se responsabilizar civilmente a omissão do dever de assistência psicológica dos pais em relação aos filhos.

O ser humano precisa de elementos além dos básicos para sua manutenção, o cuidado é imprescindível para uma boa formação, dado que não tê-lo gera um sentimento de impotência, carência e dependência. A pessoa se sente traída, pois tem frustrada a expectativa de ser cuidada por aquele que inclusive legalmente tinha por obrigação desempenhar tal papel.

Colhe-se tanto da manifestação da autora quanto do próprio senso comum 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 um 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.¹²⁰

O debate se tornou mais técnico, pois não se discute mais a impossibilidade de mensuração pela intangibilidade dos elementos, pelo contrário, a discussão é objetiva quanto ao cumprimento ou descumprimento do um dever legal, qual seja, cuidar.

Ao se tratar de abandono afetivo o argumento quanto à impossibilidade de se obrigar alguém a amar é superado quando se estabelece o cuidado como obrigação legal. “Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica

¹²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp nº 1159242 / SP*. Terceira Turma. Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 24, de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=+1159242+&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.”¹²¹

O amar é carregado de elementos subjetivos, envolve motivação, afinidade, inclinação e é de difícil materialização. Por outro lado o cuidado possui elementos objetivos e se distingue do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento. Assevera, portanto, a Ministra que “amar é faculdade, cuidar é dever”.¹²²

A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica, por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese o *non facere* que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal.¹²³

Quando se trata de responsabilidade civil é de grande relevância perquirir a existência de dolo ou culpa no caso concreto. Isto é, analisar a intencionalidade ou tencionalidade da conduta do agente.

Visto que não caracteriza a vulneração do dever do cuidado a impossibilidade prática de sua prestação, que se dá, por exemplo, em situações de alienação parental, que pode ser arguida como excludente de ilicitude pelo alienado. Como também limitações financeiras, distâncias geográficas, dentre outras.

Por óbvio essas limitações não excluem completamente a responsabilidade dos genitores em relação aos filhos “pois, com a decisão de

¹²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp nº 1159242 / SP*. Terceira Turma. Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 24, de abril de 2012. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=+1159242+&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

¹²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp nº 1159242 / SP*. Terceira Turma. Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 24, de abril de 2012. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=+1159242+&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

¹²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp nº 1159242 / SP*. Terceira Turma. Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 24, de abril de 2012. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=+1159242+&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

procriar ou adotar, nasce igualmente o indelegável ônus constitucional de cuidar”.¹²⁴ Conforme destaca a Ministra Nancy Andrighi:

Apesar das inúmeras hipóteses que poderiam justificar a ausência de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, não pode o julgador se olvidar que deve existir um núcleo mínimo de cuidados parentais com o menor que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

Portanto, o julgador deve analisar o binômio necessidade e possibilidade também nessa situação, para concluir a realidade vivenciada pelo menor e pelo genitor e emitir um julgamento de acordo com cada caso concreto.

A negligência em relação ao dever de cuidado é ilícito civil, além disso, para caracterizar o dever de indenizar, é necessário analisar a existência de dano e do nexos causal.

Uma forma simples de comprovar o dano e o nexos causal presentes na responsabilização civil no caso do abandono afetivo é através de laudo realizado por especialista, em que aponte a existência de uma determinada “patologia psicológica e a vincule, no todo ou em parte, ao descuido por parte de um dos pais¹²⁵”.

No entanto, não se pode limitar a demonstração da existência desses dois elementos a esse instrumento, visto que existem casos diversos e extremamente complexos.

No caso em análise, por exemplo, sustenta a Ministra que mesmo tendo a Recorrida procurado superar a situação de descuido do pai, a ponto de conseguir inserção profissional, constituir família, ter filhos, enfim, conduzir sua vida apesar da negligência paterna é inegável o sofrimento, mágoa e tristeza que essa situação lhe

¹²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp nº 1159242 / SP*. Terceira Turma. Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 24, de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=+1159242+&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

¹²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp nº 1159242 / SP*. Terceira Turma. Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 24, de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=+1159242+&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

trouxe, sendo frutos que perdurarão pela vida da Recorrida, caracterizando o dano *in re ipsa*.

Esse dano se caracteriza pelos próprios fatos, sendo presumido e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação.

Por fim foi dado parcial provimento ao Recurso Especial para reduzir o valor fixado pelo Tribunal para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

3.2 Argumentos contrários à reparação afetiva

Em outro ponto, a análise do REsp Nº 757.411/ MG de relatoria do Ministro Fernando Gonçalves em ação de indenização por danos morais decorrentes de abandono afetivo.

O autor sustenta que o pai foi omissos ao dever de lhe prestar assistência psíquica e moral, situação causadora de extremo sofrimento e humilhação, restando caracterizada a conduta omissa culposa a ensejar reparação.

O genitor, em sua defesa, esclarece que a demanda é em resposta à ação revisional de alimentos e resulta do inconformismo da mãe do alimentando. Além disso, afirma que durante um período manteve contato com o filho, mas que houve um momento em que as atitudes de sua mãe, com telefonemas insultuosos e instruções ao filho para agredir a meio-irmã, tornaram o convívio quinzenal insuportável. Apesar de não estar presente na formatura do filho sempre demonstrou incentivo e júbilo por telefone, porquanto não houve ato ilícito.

Em 1ª instância o juiz não vislumbrou a relação entre o afastamento paterno e os problemas relatados no laudo psicológico, desta forma concluiu pela ausência do nexo causal em relação à conduta do réu e o dano sofrido pelo autor.

Na apelação interposta pelo autor, julgada pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, teve provimento o recurso para condenar o ora Recorrente ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais). Pois configurado nos autos o dano sofrido pelo autor em sua dignidade, bem como a conduta ilícita do genitor, ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio com o filho e com ele formar laços de paternidade.

No Recurso Especial o genitor, ora Recorrente, sustenta ofensa ao artigo 159 do Código Civil de 1916 e dissídio jurisprudencial na decisão da apelação. Alega

ainda que não estão presentes os elementos constitutivos do ato ilícito a embasar sua condenação e que a separação e a atividade profissional do réu são fatos normais da vida, não havendo que se falar em dolo ou culpa.

No princípio do voto o Ministro Fernando Gonçalves destaca que o tema de indenização por abandono moral é uma questão nova no Direito Brasileiro, afirma que à época existiam três ações acerca dessa temática, um caso no Rio Grande do Sul, outro em São Paulo e o presente, oriundo de Minas Gerais, o primeiro a chegar ao conhecimento da Corte.

Em relação à ação do Rio Grande do Sul, mais especificamente na Comarca de Capão da Canoa, a demanda foi julgada procedente, sendo o réu condenado a pagar o valor de duzentos salários mínimos à filha de 9 (nove) anos por abandono moral e afetivo. Ainda que a representante do Ministério Público tenha dado o parecer no sentido de que "não cabe ao Judiciário condenar alguém ao pagamento de indenização por desamor".¹²⁶

A seu turno na demanda processada no Juízo da 31ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo o pai foi condenado a indenizar a filha, pois ainda que incomum ingressar no Judiciário, por não ter dele recebido afeto, entendeu o juiz que "a paternidade não gera apenas deveres de assistência material, e que além da guarda, portanto independentemente dela, existe um dever, a cargo do pai, de ter o filho em sua companhia".

Para determinar a possibilidade da indenização é necessário o enfrentamento de quais danos extrapatrimoniais são passíveis de reparação pecuniária.

Esclarece o Ministro que "os que defendem a inclusão do abandono moral como dano indenizável reconhecem ser impossível compelir alguém a amar", porém afirmam que a indenização não tem por objetivo obrigar o pai ao cumprimento dos seus deveres, e sim visam exercer duas grandes funções sociais, além da compensatória, a punitiva e dissuasória.¹²⁷

¹²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp nº 757.411 - MG*. Quarta Turma. Recorrente: V DE P F DE O F. Recorrido: A B F (MENOR). Assistido por: V B F Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 29, de novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=757411&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

¹²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp nº 757.411 - MG*. Quarta Turma. Recorrente: V DE P F DE O F. Recorrido: A B F (MENOR). Assistido por: V B F Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 29, de novembro de 2005. Disponível em:

Portanto não se trata de atribuir preço ao amor, ou cessar a dor do ofendido, mas sim cumprir a função punitiva e dissuasória da reparação dos danos, a fim de inibir a prática do ato de abandono pelos pais em relação aos filhos, conscientizando os genitores das consequências dessa prática e quão grave e reprovável é proceder dessa maneira.

Conforme o Ministro Relator em caso de abandono ou descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 24, quanto no Código Civil, artigo 1638, inciso II.

Assim, o ordenamento jurídico, com a determinação da perda do poder familiar, a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização pelo abandono moral.¹²⁸

Estabelece ainda o Ministro que muitas vezes aquele que fica com a guarda do menor passa para a criança o sentimento de ódio do outro genitor, e a indenização supre a ambição financeira daquele que foi preterido no relacionamento amoroso e pode não atender ao sofrimento do abandonado.

Outro questionamento realizado durante o voto é acerca da possibilidade de restabelecimento do contato entre pai e filho, ou se após o processo litigioso haverá uma barreira entre os litigantes da ação de indenização.

Salientando o temor da extinção em definitivo da possibilidade de um pai, seja no presente, seja no futuro, buscar o amparo do amor dos filhos.

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

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=757411&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

¹²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp nº 757.411 - MG*. Quarta Turma. Recorrente: V DE P F DE O F. Recorrido: A B F (MENOR). Assistido por: V B F Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 29, de novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=757411&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios previstos na legislação civil, conforme acima esclarecido.¹²⁹

Por fim, tomando por base a incapacidade do Judiciário “obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo” não vislumbra o relator nenhuma finalidade positiva com a indenização.

Portanto, a solução para o abandono moral apontada pelo Ministro Relator do REsp encontra-se no Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 24, e no Código Civil, artigo 1638, inciso II, tratando-se da perda do poder familiar.

Nesse contexto, inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 159 do Código Civil de 1916, não há como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de indenização. Diante do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para afastar a possibilidade de indenização nos casos de abandono moral.¹³⁰

3.2.1 Do Poder Familiar

Em uma análise histórica acerca do poder familiar é possível concluir que antes os filhos estavam sob a autoridade do chefe da família que poderia vendê-los, abandoná-los e dá-los para compensar uma dívida.¹³¹

Porém, com o advento do Cristianismo essas práticas passaram a ser reprováveis e proibidas. Assumindo o poder familiar características de direito protetivo, conforme estabelece o artigo 227 da CF, sendo o menor inclusive alvo de absoluta prioridade, estando a salvo de toda negligência, discriminação e exploração.

Portanto, deixam os pais de exercerem um verdadeiro poder sobre os filhos, para assumirem um dever natural e legal de proteção da

¹²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp nº 757.411 - MG*. Quarta Turma. Recorrente: V DE P F DE O F. Recorrido: A B F (MENOR). Assistido por: V B F Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 29, de novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=757411&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

¹³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp nº 757.411 - MG*. Quarta Turma. Recorrente: V DE P F DE O F. Recorrido: A B F (MENOR). Assistido por: V B F Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 29, de novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=757411&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

¹³¹ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 497.

sua prole, acompanhando seus filhos durante o natural processo de amadurecimento e formação de sua personalidade.¹³²

Com as reformas constitucionais foram trazidos os princípios do melhor interesse do menor e da paridade dos cônjuges ao criarem e educarem sua prole. A expressão “pátrio poder” inclusive caiu em desuso, pois trazia a ideia do poder somente do pai em relação ao filho, sendo oposta à igualdade dos cônjuges, por essa razão passou a ser denominado de poder familiar, “a traduzir uma noção de autoridade pessoal e patrimonial dos pais na condução dos prioritários interesses dos filhos”.¹³³

Atualmente a titularidade do poder familiar está estabelecida no artigo 226, §5 da CF, artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente e artigo 1.631 do Código Civil, conforme *in verbis*:

Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.¹³⁴

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

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.¹³⁵

Ocorre que a ruptura do relacionamento entre os pais não inibe o exercício do poder familiar, conforme estabelece o artigo 1.632 do Código Civil.

No entanto, por decorrência da situação de separação muitas vezes o genitor guardião toma para si as decisões mais imediatas da vida dos filhos, em alguns casos nem tendo ciência o outro genitor. A Lei nº 11.698, de 13 de junho de

¹³² MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 498.

¹³³ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 498.

¹³⁴ BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 28 jan. 2017.

¹³⁵ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 jan. 2017.

2008, ao possibilitar a guarda compartilhada buscou sanar a lacuna existente no exercício do poder familiar de pais separados.¹³⁶

Além disso, o conteúdo do poder familiar está descrito no artigo 229 da CF, no artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e no artigo 1.634 do Código Civil. Cumpre mencioná-los:

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.¹³⁷

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.¹³⁸

Portanto devem os pais assistir seus filhos, não apenas na função alimentar, mas sob o aspecto da guarda, segurança e companhia, propiciando a eles o devido zelo para o completo desenvolvimento moral e psíquico. Conforme o artigo 1.634 do Código Civil é dever dos pais assegurar à prole, com absoluta prioridade, a efetivação dos “direitos inerentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.¹³⁹

É dever dos pais ter os filhos sob a sua companhia e guarda, pois eles dependem da presença, vigília, proteção e contínua orientação dos genitores, porque exsurge dessa diuturna convivência a natural troca de experiências, sentimentos, informações e, sobretudo, a partilha de afeto, não sendo apenas suficiente a presença física dos pais, mas essencial que bem desempenhem suas funções parentais.¹⁴⁰

¹³⁶ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 501.

¹³⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 jan. 2017.

¹³⁸ BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 28 out. 2016.

¹³⁹ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 501-502.

¹⁴⁰ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 502.

Acerca da perda do exercício do poder familiar o Código Civil estabelece três formas distintas para sua ocorrência: a extinção, a suspensão e a perda do poder familiar.

A extinção se dá com o falecimento dos pais ou do filho, com a emancipação, com o casamento do descendente ou exercício de emprego público efetivo, que são causas de emancipação. Além disso, a extinção ocorre na maioridade aos dezoito anos que habilita a pessoa para prática de todos os atos da vida civil e na adoção, quando os pais precisam concordar com a renúncia do poder familiar, salvo tenha ocorrido a destituição.¹⁴¹

Também é possível a extinção do poder familiar por decisão judicial, consoante o artigo 1635, inciso V, do Código Civil, pelas causas previstas no artigo 1638 do mesmo Código, quais sejam:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
I - castigar imoderadamente o filho;
II - deixar o filho em abandono;
III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.¹⁴²

Portanto embasado nesse permissivo legal o Ministro Fernando Gonçalves, em seu voto no REsp nº, sustenta o não cabimento da reparação pelo abandono afetivo, pois defende que o ordenamento jurídico já prevê como punição aos pais que abandonam os filhos o contido no inciso II do artigo 1.638 do CC.

Uma vez que conforme destaca Rolf Madaleno “deixar o filho em abandono é privar a prole da convivência familiar e dos cuidados inerentes aos pais de zelarem pela formação moral e material dos seus dependentes”.¹⁴³

Foi-se o tempo dos equívocos de as relações familiares gravitarem exclusivamente na autoridade do pai, como se ele estivesse acima do bem e do mal apenas por sua função provedora, sem perceber ter ele o dever de prover os filhos muito mais de carinho do que de

¹⁴¹ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 508.

¹⁴² BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 maio 2016.

¹⁴³ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 509.

dinheiro, de bens e de vantagens patrimoniais. Têm os pais o dever expresso e a responsabilidade de obedecerem às determinações legais ordenadas no interesse do menor, como disso é frisante exemplo a obrigação de manter o filho sob a efetiva convivência familiar.¹⁴⁴

Há que se destacar a ementa no julgamento do REsp 275.568/RJ em que por decorrência do abandono afetivo foi cancelado o pátrio poder, no mesmo entendimento do Ministro mencionado. Conforme abaixo:

DIREITO CIVIL. PÁTRIO PODER. DESTITUIÇÃO POR ABANDONO AFETIVO.POSSIBILIDADE. ART. 395, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL C/C ART. 22 DO ECA. INTERESSES DO MENOR. PREVALÊNCIA.

- Caracterizado o abandono efetivo, cancela-se o pátrio poder dos pais biológicos. Inteligência do Art. 395, II do Código Bevilacqua, em conjunto com o Art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Se a mãe abandonou o filho, na própria maternidade, não mais o procurando, ela jamais exerceu o pátrio poder.¹⁴⁵

É necessário que seja analisado o caso em concreto, pois a destituição do poder familiar só se justifica em situações extremas, tendo em vista que a prioridade sempre deve ser o melhor interesse do menor.

Por fim, a suspensão do poder familiar, prevista no artigo 1637 do Código Civil, ocorre na hipótese do abuso de autoridade do pai ou da mãe, “faltando eles aos deveres inerentes ao seu ofício parental ou arruinando os bens dos filhos”.¹⁴⁶ É também causa de suspensão a condenação por crime cuja pena seja superior a dois anos de prisão.

A suspensão é temporária e perdura enquanto se mostrar necessária, sendo frequente em casos de disputa do direito de visitação em que o genitor guardião procura obstruir o direito de visitação do outro ascendente.¹⁴⁷

¹⁴⁴ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 509.

¹⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 275.568/RJ*. Terceira Turma. Recorrente: R M E CÔNJUGE. Recorrido: R M B. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília, 18, de maio de 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1256566&num_registro=200000888869&data=20040809&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 26 jan. 2017.

¹⁴⁶ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 511.

¹⁴⁷ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 512.

Ocasão na qual o Judiciário altera a guarda e suspende o poder familiar quando detecta um comportamento prejudicial do pai ou da mãe sobre a criança, “verdadeiro clima de transferência de responsabilidade e uma desmedida e covarde cobrança de dever de lealdade, aterrorizando o inocente filho pelas faltas que nunca causou”.¹⁴⁸

¹⁴⁸ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 512.

CONCLUSÃO

Neste trabalho foi demonstrada a importância do dever de cuidado dos pais em relação aos filhos, abordadas as consequências do descumprimento desse dever, que muitas vezes gera traumas, insegurança, mágoas e impede a formação saudável da personalidade da criança.

Além disso, foi esclarecido que a obrigação dos pais não é apenas material. É necessário oferecer elementos intangíveis, tais como cuidado, afeto, atenção, que são de suma importância para o desenvolvimento do descendente.

O abandono afetivo difere do abandono material e da alienação parental, apesar de um instituto não excluir o outro, uma vez que devido à alienação parental o menor pode ser abandonado afetivamente.

A responsabilidade civil decorre do ato ilícito de causar um dano ao menor, ainda que moral, sendo essa responsabilidade extracontratual, em que há natureza preventiva inerente às responsabilizações, no sentido de prevenir a ocorrência do ilícito de forma reiterada, dado que será de conhecimento social a desaprovação do Poder Judiciário à omissão dos pais do dever de cuidado.

A culpa pela conduta ilícita pode se caracterizar pela falta de cuidado, diligência e cautela, e está presente nos casos de pais que, por meio de ato volitivo, optam por ter filhos e por essa razão se tornam sujeitos de direitos e obrigações. Mas que, no entanto, se omitem da sua obrigação como pai quando incidem na conduta do abandono moral.

Pode-se verificar ainda que a jurisprudência sobre o tema não é pacífica, visto que no voto da Ministra Nancy Andrihgi, do Superior Tribunal de Justiça, a ministra é expressamente favorável à reparação afetiva, pois vislumbra o descumprimento de um dever legal na conduta do agente, qual seja, o dever de cuidar.

Ao passo que o Ministro Fernando Gonçalves mostra-se contrário a essa reparação, pois aponta como solução o previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 24, e no Código Civil, artigo 1638, inciso II, tratando-se da perda do poder familiar.

Assim, conclui-se que um tema anteriormente carregado de subjetividade, como o afeto, passa a ser analisado de forma mais objetiva pelos Tribunais, que passam a confirmar o seu caráter de dever do pai e direito do filho.

Sem dúvidas é uma questão de grande relevância para a formação da sociedade, tendo em vista que as consequências de pessoas com desenvolvimento saudável afetam diretamente a rotina social.

Interessante perceber a importância que o Direito atribui a institutos antes desconhecidos e que com o passar do tempo ganharam destaque, como a formação familiar e o cuidado recebido pelos descendentes.

Concluo com esse trabalho que há responsabilidade do ascendente que se omite do dever de cuidado e que de fato é necessária uma reparação, não no intuito de restabelecer o amor perdido, mas de reparar de certa forma o dano causado ao abandonado, e, mais importante do que isso, mostrar para a sociedade o valor que o Poder Judiciário tem dado ao dever de cuidar e ao afeto. O que, com grande probabilidade, pode evitar a repetição da conduta ilícita.

REFERÊNCIAS

- ALPA, Guido apud ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- ALVES, Ana Jéssica Pereira. O preço do amor: a indenização por abandono afetivo parental. *Revista Direito & Dialogicidade*, v. 4, n. 1, jul. 2013.
- ARAÚJO, Sandra Maria Baccara et al. *Alienação parental: interlocuções entre o direito e a psicologia*. Curitiba: Maresfield Gardens, 2014. p. 22.
- BASTOS, Eliane Ferreira; LUZ, Antônio Fernandes da. *Família e jurisdição II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- BICCA, Charles. *Abandono afetivo: o dever de cuidado e a responsabilidade civil por abandono de filhos*. Brasília: OWL, 2015. p. 15.
- BOSCHI, Fabio Bauab. *Direito de visita*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 53.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 jan. 2017.
- BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 jan. 2017.
- BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 28 out. 2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 275.568/RJ*. Terceira Turma. Recorrente: R M E CÔNJUGE. Recorrido: R M B. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília, 18, de maio de 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seq_uencial=1256566&num_registro=200000888869&data=20040809&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 26 jan. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp nº 1159242 / SP*. Terceira Turma. Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 24, de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=+1159242+&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 25 jan. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp nº 757.411 - MG*. Quarta Turma. Recorrente: V DE P F DE O F. Recorrido: A B F (MENOR). Assistido por: V B F Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 29, de novembro de 2005.

Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=757411&b=ACOR&p=trua&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Entenda a diferença entre abandono intelectual, material e afetivo*. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80241-entenda-a-diferenca-entre-abandono-intelectual-material-e-afetivo>>. Acesso em: 27 out. 2016.

FERNANDES, Alexandre Cortez. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Caxias do Sul: Educs, 2013.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. *Síndrome de alienação parental*, 2006. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32874-40890-1-PB.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2016.

GARDNER, Richard. *O que é alienação parental*. Disponível em:

<<http://www.alienacaoparental.com.br/o-que-e>>. Acesso em: 27 out. 2016.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*. Disponível em:

<<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MADALENO, Rolf. *Direito de família Aspectos polêmicos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MADALENO, Rolf. *Repensando o direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TRINDADE, Jorge apud MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

WEISHAUPT, Gisele Carla; SARTORI, Giana Lisa Zanardo. Consequências do abandono afetivo paterno e a (in) efetividade da indenização. *Perspectiva*, Erechim, v.38, n.142, p.17-28, jun.2014.