



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

MARIA DA CONCEIÇÃO CHARLLIANE DE MEDEIROS SOUZA

O ABANDONO AFETIVO NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS COMO
ELEMENTO ENSEJADOR DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

SOUSA - PB
2008

MARIA DA CONCEIÇÃO CHARLLIANE DE MEDEIROS SOUZA

O ABANDONO AFETIVO NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS COMO
ELEMENTO ENSEJADOR DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Dr^a. Maria dos Remédios de Lima Barbosa.

SOUSA - PB
2008

Maria da Conceição Charlliane de Medeiros Souza

O ABANDONO AFETIVO NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS COMO ELEMENTO
ENSEJADOR DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

Trabalho de Conclusão apresentado ao
Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da
Universidade Federal de Campina Grande, em
cumprimento dos requisitos necessários para a
obtenção do título de Bacharel em Ciências
Jurídicas e Sociais.

Aprovado em: de de 2008.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof.ª Especialista: Maria dos Remédios de Lima Barbosa
Professora Orientadora

Prof.º Mestre: José Alves Formiga
Professor Avaliador

Prof.º Especialista: João de Deus Quirino Filho
Professor Avaliador

Aos meus pais, Carlos e Inês, pelas angústias e preocupações que passaram por minha causa, empenhando-se em dar o melhor de si na minha formação enquanto indivíduo, pelo amor, carinho e estímulo que me ofereceram, e aos meus irmãos Madson e Matheus, amigos de todas as horas, dedico-lhes essa conquista como gratidão.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por sua graça e amor incondicional a mim dispensado, mesmo julgando não ser merecedora de tanto. À Ele que me concedeu a benção de mais uma vitória e me agracia dia – após - dia com um amanhecer e a oportunidade de poder continuar prosseguindo numa jornada que sinto está apenas no início, todo meu amor e gratidão.

Ao meu pai, Carlos, que sempre labutou dignamente, mostrando um exemplo de honestidade, de força, coragem e simplicidade, características que ajudaram a formar minha personalidade.

A minha mãe, Inês, mulher elegante e de caráter forte, verdadeira auxiliadora idônea na condução da nossa família, sempre presente, dedicada e carinhosa, verdadeiro exemplo de determinação e coragem para mim.

Aos meus irmãos Madson e Matheus com quem dividi momentos de alegrias e tristezas, mais alegrias do que tristezas, formando um elo fortíssimo de cumplicidade e camaradagem.

As minhas amigas Áquila, Mabel e Léia, mais do que amigas, irmãs por afinidade, por toda força, carinho e compreensão e com quem sei que posso contar a qualquer momento.

Não posso esquecer das minhas amigas, companheiras inseparáveis de curso, Ana Maria (a Aninha) e Maria de Fátima com quem tive o imenso prazer de compartilhar todos esses anos na Academia, aprendendo com cada uma delas. Sempre as levarei em meu coração e espero jamais perder o elo dessa amizade tão forte e sincera formada nos bancos dessa universidade.

Aos meus amigos Eliomar e Vinícius Abreu pelo carinho e amizade, sempre solícitos em ajudar-me quando procurados, e todos os colegas da Van, em especial Amanda e Ana Livia, que com seus jeitos alegres e espontâneos tornavam a viagem de Cajazeiras à Sousa, menos enfadonha.

A todos os amigos que fiz nesta fase acadêmica, pela ajuda e incentivo dados, sem esquecer do meu amigo André, sentirei falta das nossas conversas nos intervalos pelos corredores do campus.

Agradeço a ajuda prestimosa de minha orientadora, Maria dos Remédios de Lima Barbosa, pela paciência e carinho com que sempre me acolheu, e por me mostrar quão belo é o Direito de Família através do seu conhecimento.

Em fim, agradeço a todos os amigos, familiares, funcionários do campus, que de alguma forma, fosse direta ou indiretamente, me apoiaram e incentivaram durante todos esses anos do curso.

“Ampla é o espectro do afeto, mola propulsora do mundo e que fatalmente acaba por gerar conseqüências que necessitam se integrar ao sistema normativo legal”.

“O afeto merece ser visto como uma realidade digna de tutela”.

(Maria Berenice Dias)

RESUMO

Com o advento de uma nova ordem constitucional e civil no ordenamento jurídico brasileiro, surgem questões antes não vislumbradas e que padecem de resoluções. A família, tão atingida pelas mudanças que essa nova ordem impôs, é alvo permanente dessas questões. Uma das mais relevantes celeumas nesse sentido é a responsabilização dos pais para com seus filhos, quando da configuração do abandono afetivo. Assim, esta pesquisa tem por problematização estudar o abandono paterno, que se constitui quando os pais se omitem da obrigação legal de educar o filho comprometendo sua formação como pessoa e como cidadão, visto ferir o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, razão pela qual se justifica a possibilidade de indenização ao filho abandonado. É um estudo que tem por finalidade investigar a responsabilização civil dos pais com o cabimento de indenização por abandono afetivo, causado pela ausência paterna na formação do filho, em virtude dos danos morais que esta atitude negligente pode acarretar. Para tanto, a realização da pesquisa conta com a utilização do método dedutivo, partindo da análise de princípios e leis gerais para argumentos particulares, além dos métodos históricos, haja vista a necessidade de contextualização da família na sociedade brasileira, bem como do próprio instituto da responsabilidade civil, do interpretativo e comparativo, para melhor compreensão do tema em estudo, não esquecendo das pesquisas bibliográficas nas diversas obras doutrinárias, trazendo referência com a matéria, sites jurídicos e revistas jurídicas e afins. Em que pese a complexidade do tema abordado e, o entendimento de boa parte da jurisprudência pelo não cabimento da indenização por danos morais no abandono afetivo, este trabalho possui a proposta de demonstrar a plausibilidade da existência de um efetivo dano moral e psíquico sobre os infantes que sofrem do abandono afetivo por parte de seus genitores, bem como o fundamento jurídico da responsabilidade civil imposta a estes por esses atos, ensejando indenização por dano moral àqueles, como já tem se manifestado parte da jurisprudência.

Palavras – chaves: Família. Dignidade humana. Abandono afetivo. Responsabilidade civil. Dano moral.

ABSTRACT

With the advent of a new constitutional and civilian order in Brazilian law, it is arisen questions not previously foreseen and pending of resolutions. The family, so affected by changes that the new order imposed, is permanent target of these issues. One of the most relevant dispute is the responsibility of parents to their children, in the case of configuration of emotional abandonment. Thus, this research is to explore the parental abandonment, which is when the parents are omit in the legal obligation to educate the child, endangering his/her training as a person and as a citizen, since injuring the constitutional principle of human dignity, what justifies the possibility of compensation to the abandoned child. It is a study aiming to investigate the civil responsibility of parents with the place of emotional damages for abandonment, caused by the absence of parents in child training because of the moral damages that this negligence may cause. So, this essay relies on the use of deductive method, based on analysis of general principles and laws for private arguments, in addition to the historical methods, due to the need to frame the family in Brazilian society, and the institute's own liability, the interpretation and comparison methods, for better understanding of the studied subject, not forgetting the bibliographic searches in the various doctrinal works, bringing reference to the matter, legal sites and legal journals. Despite of the complexity of the addressed issue and the good understanding of the jurisprudence by not approving compensation for moral damage in the emotional abandonment, this work has the draft to demonstrate the plausibility of the existence of an effective moral and mental suffering on infants by emotional abandonment of their parents, as well as the legal basis for responsibility imposed on them by these acts, providing compensation for moral damage to those, as has already been expressed from part of the jurisprudence.

Keywords: Family. Human dignity. Emotional abandonment. Civil responsibility. Moral damage.

LISTA DE ABREVIATURAS

§ - Parágrafo

CC – Código Civil

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CP – Código Penal

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

RESUMO

INTRODUÇÃO.....	12
1 DA FAMÍLIA.....	16
1.1 Considerações iniciais.....	16
1.2 Evolução histórica do conceito de família.....	17
1.2.1 Família nuclear ou tradicional.....	19
1.2.2 Família monoparental.....	20
1.2.3 Família ampliada ou consanguínea.....	21
1.2.4 Família alternativa (comunitária e homossexual).....	21
1.3 Novos princípios aplicáveis ao direito de família brasileiro.....	22
1.3.1 Princípio de proteção da dignidade da Pessoa Humana.....	23
1.3.2 Princípio da função social da família.....	24
1.3.3 Princípio da paternidade responsável e respectivo planejamento familiar.....	24
1.3.4 Princípio da afetividade.....	25
1.4 A importância do afeto nas relações paterno-filiais.....	27
1.4.1 O papel da mãe na formação da criança.....	28
1.4.2 O papel do pai na formação da criança.....	29
2 RESPONSABILIDADE CIVIL.....	31
2.1 Noções gerais de Responsabilidade civil.....	31
2.1.1 Conceito e evolução histórica da Responsabilidade Civil.....	32
2.1.2 Natureza e Função da reparação civil.....	34
2.1.3 Previsão legal da responsabilidade jurídica.....	34
2.2 Espécies de Responsabilidade Civil.....	35
2.3 Pressupostos da responsabilidade civil.....	36
2.3.1 Conduta humana.....	37
2.3.2 Dano Causado.....	38
2.3.2.1 Dano material.....	38
2.3.2.2 Dano moral.....	39
2.3.3 Nexos de causalidade.....	41
2.4 Excludentes da ilicitude.....	42
2.5 Indenização.....	43

3 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO.....	45
3.1 Considerações iniciais.....	45
3.2 Formas de abandono: o afetivo e o material.....	46
3.2.1 Valoração do afeto nas relações jurídicas.....	48
3.2.2 Deveres jurídicos dos pais nas relações paterno-filiais.....	50
3.3 Cabimento do dano moral no Direito de Família.....	51
3.3.1 Dano moral e dignidade humana.....	52
3.3.2 Violação do princípio da afetividade configurando ato ilícito.....	53
3.4 Natureza da restituição civil por abandono afetivo.....	54
CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIAS.....	59

INTRODUÇÃO

A constitucionalização do direito provocou, na sociedade brasileira, relevantes mudanças. Tal fenômeno teve como marco o advento da Constituição Federal de 1988, bem como o processo de redemocratização, que passou pelo período ditatorial até chegar ao entendimento do Estado Democrático de Direito que se tem hoje. Esta nova ordem constitucional acarretou alterações no direito civil, como em nenhum outro ramo do direito, mais especificamente no direito de família.

Ademais, a ordem constitucional de 1988 foi a que primeiro trouxe inovações, tratando da existência da entidade familiar, ainda que sem a celebração civil do casamento, fugindo um pouco do conceito da família tradicional. Além de trazer no seu bojo, o princípio da igualdade jurídica entre os cônjuges e o reconhecimento civil do casamento religioso, bem como um rol extenso de direitos à criança e ao adolescente, componentes em formação da família.

Ressalte-se, que ao ser conferida proteção estatal às entidades familiares abre-se espaço para o surgimento de outras formas de se constituir família, como se observa no caso das famílias homoafetivas. Portanto, a família passa a ser baseada no afeto.

Isto posto, observa-se que o ordenamento jurídico pátrio houve por bem abraçar e introduzir novos valores, muitos dos quais abstratos, como o afeto, o amor, a felicidade, possíveis agora, principalmente pela constitucionalização do direito de família, o que veio a prestigiar o indivíduo como ser sentimental, desvinculando-se das amarras legalistas e objetivas do homem como bem material.

Nesse sentido, tem-se visto o surgimento de decisões judiciais, em direito de família, valorando esses atributos abstratos, fundamentando-os nos princípios constitucionais e na dignidade da pessoa humana, dizendo o direito àqueles casos em concreto, embora um tanto quanto cautelosas com as rápidas mudanças sociais.

Da constatação da importância que a família possui, para a formação do indivíduo como ser digno de respeito, direitos e deveres perante a sociedade, haja vista ser no ambiente familiar que o ser humano busca a felicidade e desenvolve-se física, moral e psicologicamente, observa-se quão importante é a figura dos pais para os filhos menores, no tocante a sua formação enquanto cidadãos.

Dessa forma, o presente trabalho visa, primordialmente, abordar a questão da incidência de responsabilidade civil nas relações paterno-filiais, ou seja, o estudo da possibilidade de recair responsabilização, no âmbito civil, sobre pais que negligenciam, ainda que meramente de forma afetiva, o cuidado para com a formação de seus filhos, ferindo a dignidade destes, enquanto pessoas.

Assim sendo, diante dos novos valores introduzidos pela ordem constitucional de 1988 e da possibilidade, bem como da plausibilidade, do descumprimento do princípio da afetividade e, conseqüentemente, do princípio da dignidade da pessoa humana, questiona-se o dever de reparar o dano moral causado pelo pai ao filho, e a sobreposição de tais princípios sobre os demais interesses. Então: seria esse dano moral, decorrente de um abandono afetivo, apto a gerar responsabilização civil aos pais perante os filhos?

É sabido que para que haja responsabilidade civil, necessário é uma ação ou omissão, um dano efetivamente causado, e que reste claro que este dano ocorreu em virtude da ação ou omissão praticada, havendo aí um nexo de causalidade. Esse dano pode ser material ou moral. Havendo a conjunção desses elementos, o agente que praticou a ação ou omissão, da qual decorreu o dano, deverá reparar o prejuízo sofrido pela vítima.

O abandono afetivo nada mais é do que a não-prestação por parte dos pais, ou de apenas um deles, da afetividade ao seu descendente, sendo esta concebida em todos os efeitos advindos do laço sentimental que une pais e filhos. Abandonar afetivamente, portanto, é uma das condutas a serem elencadas como passíveis de causar danos morais e psíquicos aos filhos, encontrando respaldo na legislação constitucional e ordinária do direito pátrio. Assim, o ato de abandonar o filho, renegá-lo, ainda que afetivamente, fere preceitos normativos.

Esse estudo monográfico será pautado de um pluralismo metodológico, de modo que serão utilizados todos os métodos necessários para que se almeje o fim desejado. Dentre os métodos utilizados tem-se o método dedutivo, partindo das teorias para se chegar aos casos concretos, ou seja, será feita uma abordagem ampla, buscando em princípios e leis gerais, afirmativas que guardem similitude com casos concretos, aparentemente não tão semelhantes.

Concernente aos métodos auxiliares, que têm finalidade mais restrita, será utilizado o método histórico por meio de pesquisa bibliográfica onde a família e a responsabilidade civil, no caso brasileiro, serão colocados à luz da história

promovendo o acompanhamento de sua evolução através da mesma, a fim de se chegar à importância da afetividade na constituição da atual família, sendo pressuposto básico para sua formação.

Outro método de suma importância a ser utilizado será o interpretativo no tocante à compreensão dos dispositivos legais contidos na Constituição Federal, no Código Civil, bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente. Além do método comparativo, correlacionando assim as recentes decisões jurisprudenciais sobre a indenização por abandono afetivo paterno, manifestando o entendimento do Poder Judiciário brasileiro.

A presente monografia se propõe a realizar uma pesquisa teórica e instrumental, na busca pelo esclarecimento da questão do dano moral decorrente de abandono afetivo, ser elemento ensejador de indenização, nas relações paterno-filiais. Suas técnicas de pesquisa compreenderão levantamento bibliográfico, revistas, artigos, internet, decisões judiciais. Ela encontra-se dividida em três capítulos, a saber: Da família, responsabilidade civil, e por fim responsabilidade civil por abandono afetivo.

No primeiro capítulo o estudo se concentrará na família, abordando uma breve evolução histórica sobre a mesma, além dos diversos tipos de família que poderão ser encontrados na sociedade hodierna. Neste capítulo, também poderão ser observados alguns dos princípios constitucionais aplicáveis ao direito de família, bem como a importância do afeto nas relações paterno-filiais, demonstrando a função de cada um dos pais (pai e mãe) na formação dos filhos menores.

O segundo capítulo versará sobre o instituto da responsabilidade civil, mencionando sua conceituação na doutrina civilista brasileira e concomitantemente sua previsão no ordenamento jurídico. Sendo ainda abordados os elementos considerados pressupostos para sua existência e a sua reparação.

Por fim, o terceiro capítulo fará alusão ao tema central deste estudo propriamente dito, ao dissertar sobre a questão da responsabilidade civil por abandono afetivo, que tratará da valoração do afeto nas relações jurídicas, dos deveres jurídicos dos pais e do abandono afetivo, além da reparação de dano causado por este tipo de abandono e a natureza jurídica de sua restituição.

Nesse diapasão, este trabalho busca, analisando a doutrina e a jurisprudência, fundamentar juridicamente uma resposta para a questão da responsabilidade por abandono afetivo nas relações paterno-filiais, abordando, sem

a intenção de esgotar o tema, a existência de obrigatoriedade ou não dos pais dessa assistência afetiva e conseqüências legais do reconhecimento da possibilidade de responsabilização dos pais omissos.

Dessa forma, demonstrar-se-á a importância dos pais na formação pessoal dos filhos menores e, sem a pretensão de monetarizar o afeto, intimidar-se-ia os demais pais a conviverem com seus filhos, desfrutando e deixando-os desfrutar desta relação tão bela e significativa para ambos.

CAPÍTULO 1 DA FAMÍLIA

A falta de solidez no seio familiar vem gerando transtornos psicológicos capazes de implicar seqüelas intransponíveis. Dessa problemática tem-se originado discussões sobre a existência ou não de responsabilidade civil pelo abandono afetivo nas relações paterno-filiais.

Decerto que para conhecer e compreender tamanho enigma faz-se necessário um estudo acerca do instituto da família, percebendo seu conceito e evolução histórica, bem como os modelos de família que se tem hoje e a sua importância na formação dos seus membros como pessoas de direitos e deveres perante a sociedade.

1.1 Considerações iniciais.

Examinando a família primeiramente como um fenômeno sociológico antes de qualquer outra coisa, vê-se que esta ao longo dos séculos, passou de uma entidade ampla e hierarquizada, para o domínio quase que exclusivo de pais e filhos vivendo num mesmo lar, conforme expõe o doutrinador Venosa (2007, p.02).

A família é base celular da sociedade, nas palavras de Nalini (1999, p.96) “a família é o núcleo fundamental para a vida em sociedade. Ao contrário da maior parte dos filhotes de outros animais, o filhote humano exige desvelo contínuo desde o nascimento”. Ela representa portanto um grupo social primário que tanto influencia como é influenciado por outras pessoas e instituições. E mesmo passando por inúmeras transformações no decorrer da história, continua sendo objeto de atenção do legislador constituinte, posto o que dispõe o art. 226, caput, da Constituição Federal de 1.988 (CF/88) “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Na estrutura característica que a família assume, cada um de seus componentes adquire um papel, isto é, uma condição e posição, socialmente reconhecida e aprovada. Essa estrutura possui uma imensa capacidade de

adaptação, portanto, sua constituição, sempre que necessário, pode ser reformulada.

Na sociedade de hoje há diversos modelos de famílias, podendo ser encontrada a família nuclear ou tradicional, a monoparental, a ampliada ou consanguínea e as alternativas. E apesar de muitas culturas aceitarem a poligamia, que permite ao homem unir-se pelo matrimônio com mais de uma mulher ao mesmo tempo, esta no Brasil não é cabível, haja vista o sistema adotado ser o monogâmico.

Com todas essas variações na estrutura familiar presentes na sociedade atual, e mesmo tendo o Brasil uma noção de família afastada daquela velha idéia de poder, perpetrando agora o predomínio da vontade de seus membros, igualando-se os diretos familiares, a família nuclear tradicional é ainda o modelo mais encontrado, pais e filhos que vivem sob o pátrio poder ou poder familiar.

1.2 Evolução Histórica do conceito de família

O conceito de família não é o mesmo para o Direito, a Sociologia e a Antropologia. Ademais a extensão de sua compreensão difere nos diversos ramos do direito. Sob o prisma das palavras de Venosa (2007) sociólogos e antropólogos vêem a família de forma mais ampla, integrada pelas pessoas que vivem sob o mesmo teto, sob a autoridade de um titular, enquanto que o direito civil moderno estuda a família apresentando uma definição mais restrita, na qual considera-se membro da família aquele unido por relação conjugal ou de parentesco.

Por um longo período da história, indo desde a Antiga Roma até a Idade Média, a instituição do casamento, cuja finalidade era constituir uma família, manteve-se bem distante de qualquer compreensão de afeto, haja vista que a família nada mais era do que um grupo de essencial importância para a perpetuação do culto familiar, ou seja, um dogma da religião doméstica.

Engels (apud VENOSA, 2007) em seu livro *Origem da família da propriedade privada e do estado*, faz uma ligação da família com a produção material, utilizando do materialismo-histórico-dialético, relacionando a monogamia como *propriedade privada* da mulher. Ele nos mostra que num estado primitivo o grupo familiar não se assentava em relações individuais e que com o decorrer do

tempo o homem caminha para essas relações individuais, com caráter de exclusividade, chegando a organização atual de inspiração monogâmica.

Apesar de algumas culturas aceitarem a poligamia, que permite ao homem manter vínculo matrimonial com mais de uma mulher ao mesmo tempo, no Brasil esta é proibida, visto que o legislador pátrio adotou o sistema monogâmico.

A passagem da economia agrária para a industrial teve grande repercussão na família, posto que a industrialização acabou reduzindo o número de nascimentos nos países mais desenvolvidos.

Ademais com a Revolução Industrial, os movimentos migratórios passaram a ocorrer com maior frequência nos grandes polos industriais. Isto provocou certo estreitamento dos laços familiares e o surgimento de famílias menores, num cenário parecido com o que tem-se atualmente.

Também neste período da história, a educação dos filhos passa a ser partilhada com as escolas, já que as mulheres lançam-se no mercado de trabalho, os homens vão para as fábricas e as crianças passam mais tempo nas escolas e em atividades fora do lar. Com os novos conflitos que vão surgindo no seio familiar, aumenta o número de divórcios e de uniões sem casamento. A unidade familiar deixa de ter no casamento seu baluarte, sua coluna exclusiva, passando então a família a estruturar-se independentemente de núpcias.

A família vem transformando-se através dos tempos e essa transformação é paulatina e integrada num processo de modificação da sociedade, acompanhando as mudanças religiosas, econômicas e sócio-culturais do contexto em que se encontram inseridas. E como bem diz Renato Nalini(1999, p.98):

A família, como instituição social, não poderia deixar de ver-se afetada pela mutação da consciência social, a revolução na moral sexual, a emancipação da mulher e dos filhos pela regulação do divórcio, do aborto e da inseminação artificial, para assinalar algumas das inumeráveis causas que vão condicionando a instituição.

Ela é um espaço sócio-cultural que deve ser continuamente renovado e reconstruído; o conceito de próximo encontra-se realizado mais que em outro espaço social qualquer, e deve ser visto como um espaço político de natureza criativa e inspiradora.

Assim, a família deverá ser encarada como um todo que integra contextos mais vastos como a comunidade em que se insere. Ela é uma instituição natural que se impõe à coletividade, de fato e de direito.

1.2.1 Família nuclear ou tradicional

A família tradicional, como já mencionada, é aquela formada por pais e filhos habitando um ambiente familiar comum. Entendendo por pais aqui, um casal formado por um homem e uma mulher que se unem pelos laços do matrimônio, seja ele civil ou religioso, com a intenção de formar família. Esta é a estrutura trazida de Roma da família patriarcal, onde a união da família se dava em torno do pai, chefe incontestável, tendo no casamento um meio lógico de se garantir a prosperidade do grupo.

Esta noção de família que está intrinsecamente ligada ao casamento, esteve presente em todas as constituições brasileiras, salvo na primeira, a de 1824 e na segunda (a primeira republicana), que nada disseram sobre a instituição da família. Porém foi o constituinte de 1988 que trouxe grandes inovações para o direito privado, especialmente para direito de família, como por exemplo o reconhecimento de outras entidades familiares não advindas do casamento, garantindo-lhes a mesma proteção estatal dada a família tradicional.

Então, a partir da estrutura nuclear da família tradicional foram surgindo os demais modelos familiares, a medida que os comportamentos sociais mudavam, exigindo dessa forma, o avanço daquela como instituto social que representa.

Sobre o reconhecimento da célula familiar independente da existência do matrimônio, Ferreira Muniz (apud NALLINI, 1999, p.97), demonstrando essa evolução conceitual da família diz:

[...] as formas de vida familiar à margem dos quadros legais revelam não ser essencial o nexo família-matrimônio: a família não se funda necessariamente no casamento, o que significa que casamento e família são para Constituição realidades distintas. A Constituição apreende a família por seu aspecto social(família sociológica). E do ponto de vista sociológico inexistente um conceito unitário de família.[...]

1.2.2 Família monoparental

Como mencionado alhures, a CF/88 modificou a legitimidade da família constituída pelo casamento, reconhecendo também outras entidades familiares, estas foram assim conceituadas para efeito de proteção estatal, posto que a CF/88 dispõe em seu art. 226, caput que “a família tem proteção especial do Estado”. Dessa forma a família monoparental, que é aquela formada por um dos pais e seus descendentes, em teor do que observa o art. 226, § 4º, CF/88, equipara-se a família instituída pelo casamento.

Seguindo o mesmo entendimento da Constituição, o IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito de Família, em parceria com o Deputado Sergio Barradas Carneiro, elaborou o Estatuto das Famílias, em tramitação na Câmara Federal, e ratificou a Carta Magna de 1988 entendendo também como entidade familiar a família monoparental. É o que se observa da leitura do art. 69, §1º, *in verbis*: “família monoparental é a entidade formada por um ascendente e seus descendentes, qualquer que seja a natureza da filiação ou do parentesco.”.

A entidade familiar constituída de um genitor que educa e cria seus filhos sozinho não é um fenômeno novo no ocidente, a monoparentalidade sempre existiu, mas o fenômeno não era percebido como uma categoria específica.

Dandurand (apud EDUARDO LEITE, 2003, p.24) afirma que:

[...] sempre existiram viúvos e viúvas, mães solteiras e mulheres separadas ou abandonadas por seu marido que assumem por inteiro, o encargo de sua progeneritura. Mas o crescimento dos divórcios a partir dos anos 60 nos países industrializados, produziu um impacto sobre a configuração das famílias.[...] o neologismo é amplo e procura designar, ao mesmo tempo, novas formas de monoparentalidade oriundas de rupturas voluntárias de uniões, bem como formas antigas decorrentes de falecimentos e deserções de cônjuges, como também os nascimentos extramatrimoniais.[...]

O questionamento que se faz a esse tipo de família é o baixo desenvolvimento psíquico da criança, que tem a ausência por completo de um dos seus genitores, bem como, na maioria das vezes, não recebe a devida atenção do outro em virtude da dupla jornada que este realiza no trabalho e em casa.

Ademais a família monoparental gera problemas de natureza jurídica e econômica como pensão alimentícia, direito de guarda, mães sem trabalho, pais

sem recursos. Por isso alguns segmentos sociais procuram negar ou até mesmo lamentam o reconhecimento dessas famílias.

1.2.3 Família ampliada ou consanguínea

A família ampliada ou consanguínea é aquela em que há uma extensão das relações entre pais e filhos. Nesse contexto o termo família abrange todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade.

Essa estrutura familiar une a base da família nuclear mais os parentes diretos e colaterais que vivem sob o mesmo teto. Eugenio Albuquerque Frutos (2006) a classifica como família *postnuclear*. Neste sentido, os filhos mesmo depois de casados, continuam a morar com seus pais, passando agora pais, filhos e netos a trabalhar para o bem-estar e a manutenção dessa família.

A dificuldade encontrada em sustentar tantas pessoas ao mesmo tempo, faz com que esse tipo de estrutura da família desapareça aos poucos, podendo ainda ser encontrada nas regiões interioranas dos Estados, onde a solidariedade humana na constante batalha pela sobrevivência, é muito forte.

1.2.4 Família alternativa (comunitária e homossexual)

Acompanhando a mutação da consciência social, bem como a revolução na moral sexual, surgem os modelos de famílias alternativas, daqui tira-se a família comunitária e família homossexual.

Na família comunitária, diferentemente do que ocorre na família nuclear tradicional onde a responsabilidade e educação das crianças ficam a cargo dos pais e da escola, aqui estas recaem sobre todos os adultos membros da família, havendo assim uma descentralização dos pais.

Ainda como modelo de família alternativa há a homossexual. Nos tribunais tem-se discutido o alcance dos direitos de pessoas do mesmo sexo que convivem, formando então famílias com casais do mesmo sexo.

Apesar de todas as inovações trazidas pela CF/88, ela não conferiu *estatus* de entidade familiar para as relações homoafetivas. Há um projeto de lei nº 2.285/2007, no qual a união homoafetiva passa a ser considerada entidade familiar, isto é, “é reconhecida como entidade familiar a união entre duas pessoas de mesmo sexo, que mantenham convivência pública, contínua, duradoura, com objetivo de constituição de família, aplicando-se, no que couber, as regras concernentes à união estável.” (art. 68)

A família está necessariamente vinculada pelo afeto, logo se duas pessoas, mesmo sendo do mesmo sexo, se entrelaçam pela afetividade com intenção de constituir família, devem ser acolhidos pela sociedade.

Nesse sentido Maria Berenice Dias (2005) afirma em julgado, que a ausência legislativa não deve implicar o não-reconhecimento dessas uniões, visto que a omissão legislativa impõe ao juiz decidir com base na analogia, princípios e costumes.

1.3 Novos princípios aplicáveis ao direito de família brasileiro

Os princípios são proposições diretoras duma ciência, por isso dizer-se que os princípios constitucionais são os fundamentos de todas as normas, eles desfrutam de supremacia, são a base para todo ordenamento jurídico constitucional.

Na realidade pós-positivista, os princípios constitucionais ganharam um novo papel, plenamente aplicáveis às relações particulares. Ademais, com o novo Código Civil brasileiro, os princípios ganharam fundamental importância, haja vista que a atual codificação utiliza tais regramentos como linhas mestres do Direito Privado.

O Direito de Família merece ser analisado sob a ótica da Constituição Federal e para facilitar a didática do mesmo, necessário se faz a sistematização dos princípios. Essa sistematização serve também para demonstrar a mudança de paradigmas pela qual passou esse ramo do Direito Civil, redesenhando-o à luz da nova Constituição.

Portanto, os antigos princípios do Direito de Família foram aniquilados, surgindo outros, dentro dessa proposta de constitucionalização, remodelando esse ramo jurídico.

1.3.1 Princípio de proteção da dignidade da Pessoa Humana (Art. 1º, inc. III, da Constituição Federal de 1988).

A dignidade da pessoa humana é princípio central do sistema jurídico, conformando e inspirando todo o ordenamento constitucional. Pois comprometer-se com a dignidade do ser humano é comprometer-se com sua vida e com sua liberdade.

Esse princípio é tão importante que a própria CF/88, no art. 1º, inc III o coloca como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Ora, é no Direito de Família que a dignidade da pessoa humana tem maior influência. É possível trazer aqui alguns exemplos de aplicação, pela jurisprudência nacional, do princípio da dignidade da pessoa humana no Direito de Família. Como por exemplo, a tendência doutrinária e jurisprudencial de relativização ou mitigação da culpa nas ações de separação judicial. A título de exemplo, podemos transcrever:

"SEPARAÇÃO JUDICIAL – PEDIDO INTENTADO COM BASE NA CULPA EXCLUSIVA DO CÔNJUGE MULHER – DECISÃO QUE ACOLHE A PRETENSÃO EM FACE DA INSUORTABILIDADE DA VIDA EM COMUM, INDEPENDENTEMENTE DA VERIFICAÇÃO DA CULPA EM RELAÇÃO A AMBOS OS LITIGANTES – ADMISSIBILIDADE. A despeito de o pedido inicial atribuir culpa exclusiva à ré e de inexistir reconvenção, ainda que não comprovada tal culpabilidade, é possível ao Julgador levar em consideração outros fatos que tornem evidente a insustentabilidade da vida em comum e, diante disso, decretar a separação judicial do casal. Hipótese em que da decretação da separação judicial não surtem conseqüências jurídicas relevantes. Embargos de divergência conhecidos, mas rejeitados" (STJ, EREsp 466.329/RS, Relator Ministro Barros Monteiro, Segunda Seção, julgado em 14/09/2005, DJ 01/02/2006, p. 427).

Outro exemplo que pode ser dado é sobre a tese do abandono afetivo nas relações paterno-filiais. O julgado mais notório é o do extinto Tribunal de Alçada Civil de Minas Gerais, cuja ementa é transcrita a seguir, com referência expressa à dignidade humana:

"INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana" (Tribunal de Alçada de Minas Gerais, 7ª Câmara de Direito

Privado, Apelação Cível 408.555-5. Decisão de 01/04/2004. Relator Unias Silva, v.u.).

Dessa forma pode-se dizer que o princípio de proteção da dignidade da pessoa humana torna-se ponto central da discussão no Direito de família, que entra em cena para resolver várias celeumas práticas que envolvem relações familiares.

1.3.2 Princípio da função social da família

As relações familiares devem ser analisadas dentro do contexto social e diante das diferenças regionais de cada localidade, aplicando assim a socialidade aos institutos do Direito de Família, como ocorre nos demais ramos do Direito Civil.

Consoante ao fato de que a sociedade muda, a família se altera, devendo, por conseguinte, o Direito acompanhar essas transformações, Flávio Tartuce (2008) afirma que:

[...] a socialidade pode servir para fundamentar o parentesco civil decorrente da paternidade sócio-afetiva. Pode servir também para afastar a discussão desnecessária da culpa em alguns processos de separação. Pode servir, ainda, para a admissão de outros motivos para a separação-sanção em algumas situações práticas.

Em suma, não reconhecer função social à família e à interpretação do ramo jurídico que a estuda é como não reconhecer função social à própria sociedade, tendo em vista que a própria Constituição Federal no caput de seu art. 226 disciplina que “é a família a base da sociedade”.

1.3.3 Princípio da paternidade responsável e respectivo planejamento familiar.

A Constituição Federal de 1988 ao trazer grandes inovações para o Direito de Família, escreveu o princípio da paternidade responsável e respectivo planejamento familiar.

Portanto, cabe à pessoa natural a livre decisão sobre planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da *paternidade responsável*, cabendo ao Estado fornecer recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito.

A preocupação do legislador ao tratar da paternidade responsável e planejamento familiar, exprime seu anseio em proteger a família, já que esta incorpora a base celular da sociedade. O doutrinador Sílvio de Salvo Venosa (2007, p.16) já dizia: "A Constituição de 1988 consagra a proteção à família no art. 226, compreendendo tanto a família fundada no casamento, como a união de fato, a família natural e a família adotiva".

A paternidade responsável, bem como o planejamento familiar aqui mencionado, não é algo resultante de qualquer modismo ou de vaidade, tão pouco da vontade de se perpetuar, de tal sorte que eles manifestam a preocupação do legislador com uma geração voltada para o hedonismo, para o prazer fácil e para uma desenfreada sede de aproveitar a vida.

Consoante menciona Maria Almaraz (apud RENATO NALINI, 1999, p.107): "Se existe uma vocação à fecundidade de todo ser humano, casado ou não, esta não deve realizar-se senão por meios eticamente corretos. [...] o filho é uma liberdade em crescimento que deve tornar-se como um dom". Ademais o compromisso da paternidade é assumido com a concepção e a partir de então, dele ninguém mais se libera.

1.3.4 Princípio da afetividade

Decerto o princípio da afetividade, entendido este como o mandamento axiológico fundado no sentimento protetor da ternura, da dedicação tutorial e das paixões naturais, não possui previsão legal específica na legislação pátria. Sua extração é feita de diversos outros princípios, como o da proteção integral e o da dignidade da pessoa humana, este também fundamento da República Federativa do Brasil.

Essa derivação não o torna, porém subsidiário ou inexistente, ao contrário, ele vem sendo bastante contemplado pelos tribunais, sobretudo em relação ao

Direito de Família, regendo com autonomia as questões pertinentes à chamada paternidade sócio-afetiva.

A louvável redação do artigo 3º da Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente - inspirada na Declaração Universal dos Direitos da Criança, da qual o Brasil é signatário, também contempla o aludido axioma. Eis a redação *in verbis*:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Ademais, também o Código Civil em seu artigo 1.638, inciso II, considerou, mesmo que por via reflexa, o princípio da afetividade, ao dispor que: “Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que deixar filho em abandono”.

Uma interpretação restritiva sobre a norma acima não se coaduna com a sistemática constitucional deste país. A interpretação deve ser objetiva e desapaixonada, equilibrada, porém não revolucionária, sem perder a audácia, mas sempre atenciosa e respeitadora da lei.

Compreender, pois que o termo *abandono* vai além do aspecto material, para alcançar o aspecto moral entre os pais e sua prole, pode até configurar uma exegese perturbadora ou audaciosa, mas é acima de tudo uma reverência à lei que a exprime. Portanto, os pais são obrigados a absterem-se de abandonar afetivamente os filhos.

O professor Cleber Angelluci (2008), ao falar sobre a defesa da relevância do afeto afirma:

[...] a compreensão desse valor, nas relações do Direito de Família, leva a conclusão de que o envolvimento familiar, não pode ser pautado e observado apenas do ponto de vista patrimonial individualista. [...] o afeto representa elemento de relevo e deve ser considerado para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

O abandono afetivo, expressão de sentido bastante elástico, significa mais que privar os filhos de amor, carinho e ternura. Ela representa acima de tudo, privação de convivência, a omissão em sua forma mais erma e sombria. O mesmo que inclinar a mente infanto-juvenil a entender seus genitores como meros

personagens da reprodução, figuras estanques e frias que a deixam por muito tempo ou mesmo por toda a vida à míngua de uma amizade pura, exilando-a a um desenvolvimento indigno, vulnerável e solitário.

1.4 A importância do afeto nas relações paterno-filiais

Ao estabelecer a dignidade da pessoa humana, e por alcance o afeto, ou seja, o sentimento do ser humano, como fundamento da República, o legislador constituinte opta por superar o individualismo, passando a eleger a pessoa, na sua dimensão humana, como centro da tutela do ordenamento jurídico.

Nesse diapasão, surge uma nova concepção jurídica da família, no qual o aspecto desigual, formal e patrimonial dá abertura ao aspecto pessoal e igualitário. Em virtude disso, a importância dos interesses individuais dos membros da família, provocou uma valorização de vários elementos tidos como secundários, dentre os quais está o afeto.

Maria Carbonera (2000, p.286), citada por Douglas Policarpo (2006), ao fazer um panorama do conceito de família destaca:

A família ganhou dimensões significativas e um elemento que anteriormente estava à sombra: o sentimento. E, com ele, a noção de afeto, tomada como um elemento propulsor da relação familiar, revelador do desejo de estar junto à outra pessoa ou pessoas, se fez presente. Diante disto, o Direito paulatinamente curvou-se e demonstrou, através da legislação e da jurisprudência, a preocupação com este "novo" elemento, mesmo que inicialmente de forma indireta. (grifo do autor)

Ora, o afeto e a família, embora ambos sejam abstrações de difícil determinação, estão sempre presentes na vida das pessoas, lembrando que afeto não diz respeito apenas àquilo que se entende por *amor*, mas sim a todos os sentimentos que unem cada um dos indivíduos que constituem a sociedade.

Dessa forma, o afeto aparece como elemento constitutivo das relações interpessoais que formam a família, e, por conseguinte, das relações paterno-filiais. Quando os pais amam os filhos, estes desenvolvem atitudes positivas em relação a si mesmos, aos outros e à vida.

Uma criança passa a sofrer influências familiares logo após seu nascimento, que aos poucos vão moldando seu comportamento. E como bem preleciona Nelson Pilleti (2003, p.276):

[...] o indivíduo estrutura sua personalidade a partir do final da infância, quando já pode ter seu próprio sistema de normas e valores, ou seja, uma moral autônoma. Entretanto, esse sistema de normas e valores vai ser estabelecido com base nas experiências infantis, entre as quais uma das mais importantes é o clima psicológico que os pais propiciam à criança.

Isto posto, somente possibilitando o aprendizado sadio das experiências da vida, o processo de formação humana poderá atingir seu ápice final, qual seja, a conquista da dignidade da pessoa humana e seu auto-reconhecimento como pessoa com plena dignidade. E esta expansão pessoal está intimamente relacionada com o ambiente em que se encontra a criança ou adolescente, isto é, o ambiente familiar.

1.4.1 O papel da mãe na formação da criança

O patriarcalismo sempre vigorou entre nós, de forma que a mulher sempre estava submissa ao homem, fosse ele seu pai ou seu marido, chegando até mesmo a ser considerada incapaz. Além do mais, a divisão sexual do trabalho, privilegiando sempre a atividade interna, ou melhor, a atividade no lar da mulher e a fora do lar quanto ao homem, manteve a idéia da prioridade dos cuidados físicos dos filhos à mãe.

Contudo com o advento da Lei n.º 4.121 de 1962 a situação da mulher no Brasil passa a mudar, a partir de então há uma valoração da mulher casada através de sua emancipação, dando-lhe igualdades de direitos e situação jurídica idêntica à do marido. A mulher, então, passa a sair de casa, abandonando aquele modelo-padrão onde sua obrigação seria tão somente cuidar da casa. Apesar de tudo foi somente com a Constituição Federal de 1988 que finalmente a mulher conquistou sua plena igualdade de direitos com o homem.

Embora a mulher tenha passado a fazer parte do mercado de trabalho, antes composto apenas por homens, ela se tornou mão-de-obra mais barata. Ela saiu do lar, ganhou espaço público, porém os salários percebidos por elas acabavam sendo

inferiores aos dos homens, mesmo em casos de exercício da mesma função. Nas palavras de Eduardo Leite (2003, p.89):

Atualmente, a tendência a um paralelismo acentuando em matéria de trabalho procura abrandar as diferenças até então existentes, mas - é forçoso reconhecer - a perseguida igualdade entre homem e mulher não reverteu o quadro tradicional, apenas onerou o trabalho feminino: a mulher acede ao mercado de trabalho, mas não se libera das obrigações caseiras. Na realidade ela realiza uma dupla jornada.

Relativamente à criança, a necessidade mais básica da mesma, remete-se para a figura materna, haja vista ser a mãe quem a alimenta, protege e ensina, assim como cria um apego individual seguro, contribuindo para um bom desenvolvimento da família e conseqüentemente para um bom desenvolvimento da criança. Ela é de fundamental importância para a formação dos filhos.

A mãe indubitavelmente se relaciona mais aos aspectos emocionais e físicos dos filhos. Oferece maior atenção, carinho e cuidado com as suas necessidades físicas e psíquicas. É um papel expressivo e afetivo. Uma união advinda desde o tempo, no qual se encontravam ligados pelo cordão umbilical. Entretanto, vale salientar que ambos os pais são responsáveis pela formação, pelo desenvolvimento físico e psíquico do filho.

1.4.2 O papel do pai na formação da criança

Por muito tempo admitiu-se que o *pai* se mantivesse afastado do acompanhamento do desenvolvimento dos filhos, sem se atentar à importância dessa aproximação e das conseqüências da ausência.

Entretanto com as mudanças ocorridas na sociedade, principalmente com a independência financeira conquistada pela mulher, a figura paterna deixou de ser a de um mero expectador dos cuidados da mãe para com os filhos, para tornar-se a de um elemento atuante na educação da criança.

A jurista Caroline Said Dias (2005) ao falar da relevância do papel paterno no desenvolvimento dos filhos, cita David Blankenhorn que afirma:

Se as mães cuidam mais das necessidades físicas e emocionais dos filhos, os pais voltam-se mais para as características da personalidade, necessárias para o futuro, especialmente qualidades como independência e a capacidade de assumir riscos.

Corroborando esse posicionamento o sociólogo David Popenoe (apud CAROLINE DIAS, 2005) preleciona que “enquanto as mães proporcionam uma importante flexibilidade e harmonia na disciplina dos filhos, os pais proporcionam o desenvolvimento e a solidez da personalidade”. Isso demonstra que o pai também detém relevante função no que diz respeito à formação dos filhos. Tanto a mãe como o pai é de fundamental importância para uma educação eficiente, equilibrada e humana.

A paternidade pode ser genética, advinda da própria concepção e pela doação de material genético, ou pode ser social, como ocorre por meio de adoção, uma das espécies da chamada paternidade sócio-afetiva. Na concepção psicanalítica a função paterna não deve se ater ao genitor, já na jurídica, pai é aquele que empresta o nome na certidão.

Sendo a paternidade genética ou social, é indubitável que a presença do pai é de suma importância para o desenvolvimento da criança, posto que a função paterna serve de ponte para a apresentação e aceitação da realidade à criança. O pai representa a lei, impõe limites, deve ser aquele capaz de levar o filho ao conhecimento, à cultura, à sociedade, sempre ligados, pais e filhos, pelo afeto.

Na égide patriarcal, a figura do pai era aquela distante, fria, sem demonstrar qualquer gesto de afeto. Todavia com o avanço das idéias feministas e a conseqüente *igualdade* dos gêneros, esta ordem está mudando.

Hodiernamente a função paterna, que pode ir além do vínculo biológico, está tomando novos ares, visto o crescente número de homens que são encarregados da educação e do bem-estar dos filhos.

CAPÍTULO 2 RESPONSABILIDADE CIVIL

As discussões acerca da responsabilidade civil nas relações afetivas têm crescido cada vez mais. No entanto, antes de iniciar o estudo do tema sobre a responsabilização no âmbito civil concernente às relações familiares, mais precisamente nas relações paterno-filiais, faz-se mister delimitar o que hodiernamente se entende por responsabilidade civil.

Partindo da premissa de ser a responsabilidade uma obrigação derivada, isto é, um dever jurídico sucessivo, observa-se no âmbito civil que toda atividade humana, pode acarretar o dever de indenizar, haja vista que a responsabilidade civil prima pela busca em restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado, posto que um prejuízo ou dano não reparado é um fator que gera inquietação social.

Destarte, é de se notar que essa teoria da reparação de danos injustamente causados é relativamente recente, posto que nas organizações sociais primitivas o instituto da responsabilidade estava calcado numa idéia de vingança privada, o que não mais se observa no atual ordenamento jurídico.

2.1 Noções gerais de Responsabilidade civil

O termo responsabilidade é utilizado para designar várias situações no campo jurídico. Em sentido amplo, encerra a noção em virtude da qual se atribui a um sujeito o dever de assumir as conseqüências de um evento ou de uma ação. Nessa ocasião, importa encarar a responsabilidade como fato ou ato punível ou moralmente reprovável, que viola direitos de outrem e acarreta reflexos jurídicos.

Nas palavras de Stolze e Pamplona Filho (2006, p.01-02) “a palavra responsabilidade, originada do latim *respondere*, significa que alguém assume uma obrigação com as conseqüências jurídicas de sua atividade”. Dessa forma observa-se que, ela é para o Direito uma obrigação derivada de assumir as conseqüências jurídicas de um fato.

A responsabilidade como dever jurídico sucessivo, encontra respaldo no princípio de que a ninguém se deve lesar, limite objetivo da liberdade individual em uma sociedade civilizada.

Entretantes não se deve confundir responsabilidade com obrigação, esse é o pensamento de alguns doutrinadores como, por exemplo, Sérgio Cavalieri Filho (2000, p.20), citado por Pablo Stolze e Pamplona Filho (2006, p.02), em sua obra, ao tratar do programa da responsabilidade civil, afirma que:

Embora não seja comum nos autores, é importante distinguir a obrigação da responsabilidade. Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente do primeiro. [...] sendo a responsabilidade uma espécie de sombra da obrigação [...].

Consoante a isso, percebe-se que apesar de obrigação e responsabilidade serem uma contraprestação, a obrigação advém de uma relação jurídica primária enquanto que a responsabilidade é relação jurídica secundária.

A responsabilidade pode ser de caráter meramente moral, esta se confina no dilema firmado entre o certo e o errado, não possuindo a coercitividade presente na norma positivada, isso é o que a diferencia da responsabilidade jurídica.

Sívio de Salvo Venosa (2006, p.16) menciona que “embora ontologicamente o conceito de responsabilidade seja o mesmo, ela pode ser de várias naturezas como, civil, penal, contratual ou extracontratual”.

Todavia em se tratando de responsabilidade civil sua configuração, e, pois, o dever de indenizar, ou seja, a reparação se dá com a devida demonstração da existência de uma ação ou omissão voluntária, de dano a um sujeito passivo, e uma relação de causalidade entre o dano e a ação ou omissão.

2.1.1 Conceito e evolução histórica da Responsabilidade Civil

Partindo da idéia de que a responsabilidade pressupõe uma atividade danosa de alguém, o qual terá que submeter-se às conseqüências jurídicas advindas dessa atuação ilícita e levando tal conceito para o âmbito do Direito Privado, diz-se que a responsabilidade civil deriva de uma agressão eminentemente

particular cuja reparação consiste em restaurar o equilíbrio patrimonial e moral danificados.

Segundo Maria Helena Diniz (2005, p.34), “responsabilidade civil vem a ser aquela que causa prejuízo a terceiro, este último tanto pode ser um ente particular como um ente público”.

Assim sendo, a responsabilidade civil, pretende equilibrar a situação fática danosa e ver restabelecido o *statu quo ante* diretamente ou através do pagamento de uma quantia equivalente em dinheiro, quando não for possível o restabelecimento ao estado anterior ao dano, seja pelo desaparecimento da coisa ou em caso do dano moral.

A priori o instituto da responsabilização civil embasava-se na vingança privada, a sociedade primitiva reagia com violência, isto pode ser observado na pena de Talião, o famoso princípio da retribuição do mal com o mal, é o *olho por olho*. Sobre a responsabilidade com base na vingança privada Cavalieri Filho (apud VENOSA, 2006, p. 15) menciona que “o anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça”.

Foi a edição da Lei Aquiliana o grande marco da evolução da responsabilidade civil. Alvino Lima (apud STOLZE E PAMPLONA FILHO, 2006, p.11) diz que “a lei Aquilia ou Aquiliana não se limitou a especificar melhor os atos ilícitos, mas substituiu as penas fixadas, pela reparação pecuniária do dano causado”.

Alhures transfere-se o enfoque da culpa como fenômeno centralizador da indenização, para a noção de dano. Em consonância a esse pensamento Venosa (2005, p.16) escreve que “o sistema romano de responsabilidade extrai da interpretação da *lex aquilia*, o princípio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente provocados, independente da relação obrigacional preexistente”.

A Lei 10.406/2002, instituidora do Código Civil, trouxe em seu art. 186 e no art. 187 a definição de ato ilícito, os quais devem ser aplicados concomitantemente com o art. 927 do mesmo diploma legal. O art. 927 diz: “aquele que por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Na leitura atenta do art. 186, resta de maneira irrefragável que o Código Civil adotou a culpa como fundamento básico da responsabilidade civil.

2.1.2 Natureza e Função da reparação civil

A responsabilidade civil, em regra, decorre da prática de um ato ilícito, podendo em algumas ocasiões derivar de uma imposição legal, que pode advir de uma atividade legal, bem como em função do risco da atividade exercida.

Isto posto, figura na responsabilidade civil a natureza jurídica sancionadora, haja vista ser a sanção a consequência lógico-normativa de qualquer ato ilícito, já que o Direito não permite que um indivíduo cause dano a outrem e saia ileso, sofrendo a vítima sozinha os efeitos desse dano.

Neste ponto, vale ressaltar a sapiência do legislador, que incluiu no rol exposto a possibilidade de reparação de dano exclusivamente moral, seguindo a linha do legislador constituinte.

Consoante a natureza jurídica da responsabilidade civil, Pablo Stolze e Pamplona Filho (2006, p.20) prelecionam que “a natureza jurídica da responsabilidade será sempre sancionadora, independentemente de se materializar como pena, indenização ou compensação pecuniária”.

Não obstante a isso Clayton Reis (apud Stolze e Pamplona 2006, p.21) observa que ao gerar o dano “o ofensor receberá a sanção correspondente consistente na repreensão social, tantas vezes quantas forem suas ações ilícitas, até conscientizar-se da obrigação em respeitar os direitos das pessoas”.

Dessa forma, percebe-se no instituto da responsabilidade civil as funções de compensação do dano à vítima, punir o ofensor, e desmotivar a sociedade à prática da conduta lesiva.

2.1.3 Previsão legal da responsabilidade jurídica

Apesar da legislação pátria não trazer um conceito do que seria responsabilidade civil, ela encontra fundamento em vários preceitos legais, a saber, a própria Constituição Federal de 1988, o Código Civil brasileiro e demais leis extravagantes.

O legislador constituinte de 1988 trata em seu art. 5º dos direitos e garantias de todo cidadão brasileiro ou estrangeiro residente no país, garantindo-lhes, sem distinção de qualquer natureza, a inviolabilidade à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Nesse mesmo artigo, a CF/88 inseriu de forma clara e incontestável a indenização por dano moral, conforme dispõe: “V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem”.

A Lei 10.406/2002, instituidora do Código Civil, trouxe em seu art. 186 e no art. 187 a definição de ato ilícito, os quais devem ser aplicados concomitantemente com o art. 927 do mesmo diploma legal. O novo Código, portanto mantém o princípio da responsabilidade com base na culpa. Entretanto sobre isso leciona Eugenio Facchini Neto (2004, p.29):

Confirmando tendência há muito já percebida em nosso ordenamento jurídico, avançou-se na direção da objetivação da responsabilidade civil, prevendo-se três cláusulas gerais de responsabilidade objetiva (arts. 187, 927, parágrafo único, e 931), além da consagração de outras hipóteses pontuais, expressas ou implícitas, de responsabilidade civil objetiva, como é o caso dos artigos 933, 936, 937 e 938, dentre outras.

Dessa forma diz Carlos Roberto Gonçalves (2006), que o novo Código Civil adota solução mais avançada e rigorosa que a do Direito italiano ao acolher também a teoria do exercício da atividade perigosa e o princípio da responsabilidade independentemente de culpa nos casos previstos em lei.

Também no Código Civil de 2002 (CC) a indenização serve para restituir integralmente o dano causado. Assim sendo, tratando-se de dano material, o art. 944, do CC, dispõe, *in verbis*: “a indenização mede-se pela extensão do dano. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

2.2 Espécies de Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil pode apresentar diferentes espécies conforme a análise feita sobre ela. A doutrinadora Maria Helena Diniz (2005, p.127-130)

classifica a responsabilidade civil, quanto ao seu fator gerador (responsabilidade contratual e extracontratual), em relação ao seu fundamento (responsabilidade subjetiva e objetiva) e relativamente ao agente (responsabilidade direta e indireta).

Ao tratar dessa matéria Pablo Stolze e Pamplona Filho (2006, p.16-17) afirmam que se o prejuízo decorre diretamente da violação de um mandamento legal, por força da atuação ilícita do agente infrator, caracteriza a responsabilidade extracontratual. A contratual ocorre quando existe uma norma jurídica contratual que vincula as partes envolvidas, e o dano decorre justamente do descumprimento de obrigação fixada neste contrato.

O Código Civil de 2002 traz no seu art. 186 resquícios da *Lex Aquilia* ao admitir que a mais leve culpa pode sim gerar indenização, fazendo surgir uma subdivisão em responsabilidade por ato ilícito e a responsabilidade baseada no risco, independente da verificação de culpa. Assim, esta é responsabilidade objetiva, enquanto que aquela é subjetiva.

Analisando a responsabilidade civil quanto à pessoa que pratica a ação, Maria Helena Diniz (2005, p.129) preleciona que ela pode ser direta ou indireta. Então será ela direta se proveniente da própria pessoa imputada, isto é, o agente responde por ato próprio. Por outro lado, ela será indireta quando decorre de ato de terceiro, com o qual o agente tem vínculo legal, ou de fato e animal ou ainda de coisa inanimada sob sua guarda.

2.3 Pressupostos da responsabilidade civil

O art. 186 do CC, citado noutra oportunidade, tido como a base fundamental da responsabilidade, o qual consagra o princípio de que a ninguém é dado causar prejuízo a outrem, como bem alude Pablo Stolze e Pamplona Filho (2006, p.23), dispõe: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Assim sendo, observa-se que para configurar a responsabilidade civil, mister se faz a presença dos seguintes elementos: conduta humana (que pode ser

comissiva ou omissiva), dano causado (material ou moral) e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano causado.

2.3.1 Conduta humana

O primeiro elemento para a configuração da responsabilidade é a conduta humana, logo ela é fato gerador da responsabilidade. Para Silvio Rodrigues, citado por Carlos Roberto Gonçalves (2007, p.41), “essa ação ou omissão do agente decorre da infração de um dever que pode ser legal, contratual e social”.

Ressalte-se, todavia, que essa conduta humana é guiada pela vontade do próprio agente, por isso dizer-se que a voluntariedade, ou seja, a liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz, é o núcleo fundamental dessa noção de conduta humana.

Consoante a questão da voluntariedade da conduta humana como pressuposto da responsabilidade, Rui Stoco (apud Pablo Stolze e Pamplona Filho, 2006, p.28) faz uma observação final que deve ser lembrada:

Cumprido, todavia, assinalar que se não insere, no contexto da 'voluntariedade' o propósito ou a consciência do resultado danoso, ou seja, a deliberação ou a consciência de causar o prejuízo. Este é um elemento definidor do dolo. A voluntariedade pressuposta na culpa é a da ação em si mesma. (grifo do autor)

A conduta pode ser tanto comissiva (ou positiva) quanto omissiva (ou negativa). A comissiva é a prática de uma ação, um comportamento ativo por parte do sujeito, que não deveria acontecer. É, pois, um *facere* transgressor da norma jurídica. Já a omissiva é a não observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se, é um *non facere*.

Sobre esta última, Carlos Roberto Gonçalves (2007, p.41) preleciona que “para a configuração da responsabilidade por omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado fato e que se demonstre que, com a sua prática, o dano poderia ter sido evitado”.

Observe-se, entretanto, que mesmo nas condutas omissivas, a voluntariedade se faz presente, doutra forma a conduta não ensejaria responsabilidade civil para o agente.

2.3.2 Dano Causado

Além da conduta humana, é também um pressuposto da responsabilidade civil, o dano causado, haja vista que não há uma ação de indenização sem haver um prejuízo, só há responsabilidade civil se houver dano a reparar.

Ademais, em teor da indispensabilidade do dano para a responsabilidade civil, Sérgio Cavalieri Filho (apud Pablo Stolze e Pamplona Filho, 2006, p.35-36) salienta mui brilhantemente:

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. [...] sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até mesmo dolosa.

Este dano, tradicionalmente é classificado em dano material (patrimoniais) ou moral (extrapatrimoniais). O dano material é aquele que afeta o patrimônio do ofendido, ou seja, ele é lesionado sob seus bens e direitos economicamente apreciáveis. O dano moral traduz-se em lesões de direitos, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro.

2.3.2.1 Dano material

O dano material, como o próprio nome sugere, vem a ser aquele com repercussões no âmbito material, atinge, pois, o patrimônio da pessoa. E o critério para o ressarcimento do dano material encontra-se no art. 402, CC, que dispõe, *in verbis*: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos

devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de ganhar”.

Deste dispositivo legal pode-se analisar dois aspectos do dano material, a saber, o dano emergente e os lucros cessantes. De tal forma que não sendo possível o retorno ao estado *quo ante*, seja por perda ou deterioração da coisa, é feita a indenização pecuniária, onde o lesante deve pagar também a indenização por danos emergentes e lucros cessantes.

O dano emergente é a diminuição patrimonial que a vítima sofre, e os lucros cessantes aquilo que ela, razoavelmente, deixou de ganhar. Ao fazer alusão sobre o dano emergente, Agostinho Alvim (apud Pablo Stolze e Pamplona Filho, 2006, p.41) pondera suas palavras ao dizer ser “possível estabelecer, com precisão o desfalque do nosso patrimônio, sem que as indagações se perturbem por penetrar no terreno hipotético [...]”.

No tocante aos lucros cessantes proclamou o Superior Tribunal de Justiça (STJ) que:

A expressão ‘o que razoavelmente deixou de ganhar’, utilizada no Código Civil, deve ser interpretada no sentido de que, até prova em contrário, se admite que o credor haveria de lucrar aquilo que o bom senso diz que lucraria, existindo a presunção de que os fatos se desenrolariam dentro do seu curso normal, tendo em vista os antecedentes [...].
REsp 61.512-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU, 1º-12-1997, n. 232, p. 62.757.

Isto posto, não se deve esquecer que o art. 403, CC, leciona que “as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

2.3.2.2 Dano moral

A doutrina, em sua grande maioria, concebe o dano moral como sendo todo sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária. Sílvia de Salvo Venosa (2006, p.35) afirma que “o dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo

psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade”.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), manifestado no Recurso Extraordinário n. 172.720-9, é o de que “no que concerne ao dano moral, há que se perquirir a humilhação e, conseqüentemente, o sentimento de desconforto provocado pelo ato” (Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 172.720-9 – RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio, Órgão Julgador: 2ª Turma. Brasília. Data do julgamento: 21 fev. 1997).

A professora Maria Helena Diniz (2005, p.93) no arcabouço de sua obra, faz menção a duas espécies de dano moral quais sejam, dano moral direto e dano moral indireto. Este provoca prejuízo a qualquer interesse não patrimonial, devido a uma lesão a um bem patrimonial, enquanto que aquele diz respeito à lesão a um interesse que visa a satisfação de um bem jurídico extrapatrimonial inserido nos direitos da personalidade ou nos atributos da pessoa.

No tocante a sua reparabilidade, o dano moral causa inúmeras controvérsias tanto na doutrina nacional como na estrangeira, entretanto, fato é que o Código Civil brasileiro, adequando-se a um novo perfil constitucional reconheceu expressamente a figura do dano moral em seu art. 186 e, por conseguinte a sua reparabilidade, em teor do disposto no art. 927, CC.

Isto posto, como dantes mencionado, da lesão causada no âmbito extrapatrimonial surge a obrigação da reparação, aqui esta não tem função de equivalência como ocorre no dano material, mas sim função satisfatória. Logo a reparação por dano moral além do caráter sancionador possui caráter compensatório.

Hodiernamente, os tribunais vêm se manifestando no sentido de que a indenização por danos morais “deve desestimular o ofensor a repetir o ato” (STJ, REsp, 183.508, Rel. min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª T., j. 05/02/02, p. DJ 10/06/02). O STF entende que existe uma “[...] dupla função da indenização civil por dano moral (reparação-sanção): a) caráter punitivo ou inibitório (‘exemplary or punitive damages’) e b) natureza compensatória ou reparatória” (STF, Rel. min. Celso de Mello, Agravo de Instrumento n. 455846, j. 11/10/04).

Vale lembrar, que não se deve banalizar o instituto da responsabilidade civil, buscando-se indenização por dano moral quando da ocorrência de mera

perturbação moral, decorrente de uma possível situação causadora de desconforto, aflição, apreensão ou dissabor.

2.3.3 Nexos de causalidade

Para que haja responsabilização é necessário haver uma relação de causalidade entre o dano e a ação que o provocou, posto que é justamente por meio do exame dessa relação, que se conclui quem fora o causador do dano.

Serpa Lopes (2001, p.128) citado por Pablo Stolze e Pamplona Filho (2006, p.85) em meio à complexidade do tema leciona:

Uma das condições essenciais à responsabilidade civil é a presença de um nexos causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. [...] a noção de causa é uma noção que se reveste de um aspecto profundamente filosófico, além das dificuldades de ordem prática, quando os elementos causais, os fatores de produção de um prejuízo, se multiplicam no tempo e no espaço.

Desta feita, não há que se falar em dano se este não puder ser atribuído à prática de determinado ato de uma pessoa, e conseqüentemente, também não há que se falar em obrigação de indenizar. Consoante a isso Savatier (apud Carlos Roberto Gonçalves, 2006, p.536) preleciona “um dano só produz responsabilidade, quando ele tem por causa uma falta cometida ou um risco legalmente sancionado”.

Cabe à vítima, isto é, aquele que sofreu o dano, o ônus da prova no curso do processo investigatório, devendo, portanto, demonstrar a existência do nexos causal entre o fato ocorrido e o dano causado. Apresentadas as provas o juiz analisa o caso concreto, sopesando-as para estabelecer se houve violação do direito alheio, cujo resultado seja danoso e se há um nexos causal entre esse evento danoso e o comportamento do agente.

Outra questão interessante sobre o nexos causal é a problemática da identificação do fato que constituiu a verdadeira causa do dano, sendo várias as teorias existentes com o intuito de solucionar tal dilema, a saber, a teoria da equivalência das condições e a teoria da causalidade adequada.

Na doutrina de Cáo Mário da Silva Pereira (1999, p.82) mencionada por Sílvio Venosa (2006, p.43) ele afirma que o que importa

é estabelecer, em face do direito positivo, que houve uma violação do direito alheio e um dano, e que existe um nexo causal, ainda que presumido, entre uma e outro. Ao juiz cumpre decidir com base nas provas que ao demandante incumbe produzir.

Não obstante a existência do nexo, situações haverá em que a responsabilidade será afastada, são as chamadas excludentes da responsabilidade civil previstas em lei. Tais excludentes rompem o nexo existente acabando com qualquer pretensão indenizatória.

2.4 Excludentes da ilicitude

O CC de 2002 traz em seu art. 188, circunstâncias que têm o condão de romper o nexo existente entre uma conduta humana e o dano por ela causado. Tais circunstâncias são denominadas pelos doutrinadores de causas excludentes de responsabilidade.

Stolze e Pamplona Filho (2006, p.101) argumentam sobre essas causas ao conceituá-las afirmando o seguinte:

Como causas excludentes de responsabilidade civil devem ser entendidas todas as circunstâncias que, por atacar um dos elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil, rompendo o nexo causal, terminam por fulminar qualquer pretensão indenizatória.

Sendo assim, são causas excludentes de responsabilidade civil, em teor do que dispõe o CC, a legítima defesa, o exercício regular de um direito reconhecido e o dano causado por conduta que visa remover perigo iminente à vítima, ou melhor, estado de necessidade.

Além das causas supramencionadas, também são causas excludentes a culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, e o caso fortuito e força maior, não esquecendo da cláusula de não indenizar no campo contratual.

A legítima defesa difere do estado de necessidade onde a vítima do dano encontra-se em perigo iminente e a ação para remover tal perigo, que não poderia ser outra além daquela realizada, gera o dano, já na legítima defesa o indivíduo

acha-se diante de uma situação, a qual não é obrigado a suportar, de injusta agressão, podendo ser atual ou iminente, dirigida a si ou a terceiro.

Não haverá nexos causal se o evento se der por força de caso fortuito ou força maior. Maria Helena Diniz (2005, p.114) escreve que estes se caracterizam por dois requisitos, “um objetivo, que se configura na inevitabilidade do evento, e um subjetivo, que é a ausência de culpa na produção do acontecimento”.

Destarte todas essas causas excludentes da responsabilidade civil, devem ser devidamente comprovadas e examinadas com cuidado pelo magistrado, para se poder afastar, de fato, a responsabilidade, visto que trata-se da exoneração do ofensor, de modo que fica o lesado sem a composição do dano sofrido.

2.5 Indenização

Conforme ensina De Plácido e Silva (apud STOLZE E PAMPLONA FILHO 2006, p.346) o termo indenização deriva do latim *indemnitas* (indene) “[...] em sentido genérico quer exprimir toda compensação ou retribuição monetária feita por uma pessoa a outrem, para a reembolsar de despesas feitas ou para ressarcir de perdas tidas”.

De sorte que estando preenchidos os requisitos para a responsabilização civil, como a comprovação de nexos causal, elemento subjetivo e comprovação do dano, restará mais uma vez, a difícil tarefa aos magistrados em valorar os prejuízos, sejam eles materiais, emocionais, psíquicos e sociais causados pela conduta desajeitada e por vezes mal intencionada de determinadas pessoas.

A indenização, visando no que for possível, recolocar a vítima na situação anterior, deve abranger todo prejuízo sofrido efetivamente e também os lucros cessantes.

O legislador pátrio disciplinou no art. 944, CC que “a indenização mede-se pela extensão do dano”, e sobre este aspecto discorre Agostinho Alvim (apud CARLOS ROBERTO 2006, p.657).

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

a fim de avaliar-lhe a extensão. A classificação da infração pode influir no sentido de atribuir-se ou não responsabilidade ao autor do dano, o que é diferente.

Contraopondo-se a este pensamento Yussef Cahali (apud CARLOS ROBERTO 2006, p.658) afirma que “a classificação da culpa pode fazer-se necessária, não só quando se cuida de definir a responsabilidade do autor do dano, como também quando se cuida de agravar ou tornar mais extensa a indenização devida”.

Sendo assim, ao fixar a indenização adequada ao caso concreto, o juiz leva em conta, caso seja necessário, a situação econômica do ofensor, bem como seu grau de culpa, dentre outras circunstâncias.

CAPÍTULO 3 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Recentemente pôde-se observar nos Tribunais brasileiros, decisões inovadoras que causaram uma nova perspectiva no meio jurídico. Isso ocorreu ao conceber-se o direito à indenização por danos morais, oriundos de abandono afetivo causado por um pai. Dessa forma tem-se a violação do princípio da afetividade como uma configuração de ato ilícito, e conseqüentemente apta a gerar dano moral.

O dilema então instaurado entre os estudiosos do Direito, trata da possibilidade de se responsabilizar civilmente, um pai que tenha abandonado afetivamente seu filho.

Diante dessas questões, há de se avaliar se há procedência na conduta dos indivíduos que decidiram intentar reconhecimento judicial do dever de reparar os danos causados em conseqüência da ausência de relação de fraternidade, de cooperação, de respeito recíproco, de acolhimento ao outro, no bojo da entidade familiar.

3.1 Considerações iniciais

Como mencionado no capítulo anterior, para a configuração da responsabilidade civil, e, pois, para a configuração do dever de indenizar, deve restar cabalmente demonstrada a existência de uma ação ou omissão voluntária, de dano a um sujeito passivo, e uma relação de causalidade entre o dano e a ação ou omissão.

Isto posto, ficando comprovado que do abandono afetivo resultou em dano efetivo, este deve ser ressarcido por parte daquele que o causou. Ademais preleciona a jurista Caroline Dias (2005) que “os prejuízos causados às crianças e adolescentes pelos erros e condutas inadequadas dos pais, devem ser evitados, nem que para isto o Estado deva intervir, admoestando as mães e os pais”.

Entretanto, deve-se ressaltar que, para a responsabilização do pai ausente, é elementar a comprovação do dolo ou da culpa, já que neste caso trata-se de responsabilidade civil subjetiva, bem como para que não haja a banalização do

instituto do dano moral, uma vez que a indenização proveniente deste é garantia constitucional de todos os cidadãos.

Assim, o argumento esposado em sede de contestação, no Recurso Especial n.º757.411/MG, segundo o qual o pai não visitava o filho por ter de viajar diversas vezes a trabalho, não justifica nem deve fundamentar a ausência paterna em situações nas quais a sua presença ou, simplesmente, a demonstração de lembrança, seria suficiente, como por exemplo, um telefonema no aniversário.

A problemática gira em torno do pai, que mesmo cumpridor de seus deveres materiais para com o filho, propositadamente desobriga-se da criação do filho. Então se há dano e culpa, há o dever de reparar.

3.2 Formas de abandono: o afetivo e o material

Abandonar, segundo verbete do dicionário de Aurélio Ferreira (2000, p.02), quer dizer largar, deixar, desamparar, em outras palavras, abandonar alguém quer dizer desampará-la, deixá-la de lado e este abandono tanto pode ser material como imaterial (moral, afetivo e psíquico).

O Código Penal brasileiro (CP), no capítulo que trata da periclitación da vida e da saúde, considera crime o abandono de menor incapaz, nos termos do art. 133, do CP, *in verbis*: “Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos”.

No âmbito civil os pais também têm suas obrigações perante seus filhos, dispendo inclusive de instrumentos jurídicos, disponíveis para a fiscalização do cumprimento desses deveres parentais, a fim de não permitir que os pais abandonem materialmente os filhos menores de 18 (dezoito) anos, bem como daqueles que dependem financeiramente dos pais para continuar os estudos na universidade, sendo provada a necessidade do filho, como visto na decisão jurisprudencial:

ALIMENTOS. MAIORIDADE. EXONERAÇÃO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. INEXISTÊNCIA. Cessando a menoridade, extingue-se o pátrio poder (art. 1.635, III, do Código Civil de 2002). Todavia, não cessa o

dever de alimentar previsto no artigo 1.696 do Código Civil de 2002, que estabelece a reciprocidade da obrigação alimentar entre pais e filhos, devendo os critérios da necessidade e possibilidade prosperar neste particular. Apelação desprovida. (TJMG, Ap. nº. 1.0024.00.069513-0/001, Rel. Des. Eduardo Andrade, j. em 25/11/2003).

No que diz respeito ao abandono afetivo, este, que está relacionado à dor, ou melhor, ao sofrimento causado pela ausência e negligência de alguém que deveria cuidar afetiva e moralmente de outra pessoa, não significa apenas privar alguém de amor, carinho e ternura, mas sim uma privação de convivência.

O abandono afetivo nas relações paterno-filiais tem incitado divergências nas decisões jurisprudenciais, sobre o tema. A Des^a. Heloisa Combat do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao falar sobre esse tipo de abandono afirmou:

Abandonar o filho não se limita à hipótese de deixá-lo à própria sorte, mas se estende às situações de efetiva omissão nos deveres de educar os filhos, manifestar por eles afeto, mantendo-os seguros e em ambientes que não atentem contra a sua integridade física e moral, assegurar a convivência familiar e prover suas necessidades materiais. (TJMG, Apelação Cível n. 1.0024.05.570839-0/001 Relatora: EXM^a. SR^a. DES^a. Heloisa Combat).

Há quem não compartilhe dessa idéia, afirmando que o legislador não deveria ter adentrado nesse campo, qual seja o da sentimentalidade. Seguindo essa linha de raciocínio o jurista Leonardo Castro (2008) diz que “a relação afetiva deverá ser fruto de aproximação espontânea, cultivada reciprocamente, e não de força judicial”.

Entretanto o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou quanto a essa questão ao declarar que:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.
2. Recurso especial conhecido e provido. Resp Nº 757.411 – MG (2005/0085464-3). Superior Tribunal de Justiça. Ministro Relator: Fernando Gonçalves.

Dessa forma, os pais não devem prestar apenas a assistência material (de alimentar, de vestir, etc.) ou jurídica (representação ou assistência em caso de litigância judicial), mas também psicológica e moral, compreendendo o desenvolvimento psíquico do infante, que também deve estar amparado pelos responsáveis.

Ademais, como ensina o professor Eduardo Leite (apud CAROLINE DIAS, 2005):

Toda separação brutal, sem atenuantes, particularmente para uma criança-jovem, é uma situação de alto risco para esta criança, tanto no plano afetivo quanto no plano cognitivo e somático, por isso o direito positivo desenvolveu, atualmente, instrumentos que permitem manter as relações pais-filhos após a separação, qualquer que tenha sido a causa.

Assim, não deve prevalecer que a necessidade de alimentação é mais imperiosa do que o direito de receber uma orientação educacional, uma demonstração de afeto, uma diretriz comportamental.

3.2.1 Valoração do afeto nas relações jurídicas

O afeto é algo conquistado pelo vínculo formado entre duas pessoas que se gostam e se respeitam. Ele resulta da convivência entre as pessoas, formando um elo entre elas. E apesar da sua importância para a sociedade, a discussão acerca de sua relevância na seara jurídica é algo novo.

Nesse contexto Groeninga (apud ANGELUCI, 2008) escreve que "o amor está desfazendo o círculo neurótico, passando a ocupar outra posição nesta nova estrutura, unindo pessoas por laços abstratos e num fim fraterno comum: o desenvolvimento pessoal através do núcleo familiar".

É bem verdade que o princípio da afetividade, fundado no sentimento protetor da ternura, não se encontra previsto expressamente no ordenamento jurídico, sendo sua extração feita de diversos outros princípios como o da dignidade da pessoa humana, respaldado na Constituição de 1988. E é justamente sob o manto desse princípio, que os tribunais passam a reconhecer o valor do afeto. É o

que pode ser notado na decisão do Tribunal de Justiça do Paraná sobre questão de filiação socioafetiva:

Negatória de paternidade. Adoção à brasileira. Confronto entre a verdade biológica e a socioafetiva. Tutela da dignidade da pessoa humana. Procedência. Decisão reformada. 1. A ação negatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento consagrado na Súmula 149/STF, já que a demanda versa sobre o estado da pessoa, que é emanção do direito da personalidade. 2. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade socioafetiva, decorrente da denominada 'adoção à brasileira' isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor, como se deles filho fosse, e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer a solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. 3. A paternidade socioafetiva, estando baseada na tendência da personificação do direito civil, vê a família como instrumento da realização do ser humano, aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular 'adoção à brasileira', não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-iam as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado. Justiça do Paraná, Apelação Cível n.º 108.417-9, 2ª Câm., Rel. Dês. Accácio Cambi, v.u., j. 12.12.2001). (Tribunal de

Nessa mesma linha de raciocínio, Maria Berenice Dias (2005) em julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul diz "sendo a filiação um estado social, comprovado estado de filho afetivo, não se justifica a anulação de registro de nascimento por nele não constar o nome do pai biológico".

Nos ensinamentos de Sérgio de Barros, citado por Angeluci (2008) "a família se conjuga com o amor, muito embora o pensamento da família parental, embasada no patriarcalismo defenda de forma diversa". Diz ainda o autor que "uma entidade familiar forma-se por um afeto tal que independe do sexo e até das relações sexuais".

Isto posto, fica patente importância do afeto nas relações familiares, e, por conseguinte, o valor que lhe deve ser atribuído pelo direito de forma a cumprir o princípio da dignidade da pessoa humana.

Vale lembrar que o abandono afetivo não está relacionado com o dever de sustento material devido pelo pai ao filho menor. As necessidades básicas do filho impúbere devem ser atendidas pelos responsáveis por sua educação, moradia e alimentação. Havendo recusa para cumprir tal obrigação, notadamente de caráter material, isto é, ocorrendo o abandono material, deve-se cobrar pensão alimentícia, e não indenização por abandono afetivo.

3.2.2 Deveres jurídicos dos pais nas relações paterno-filiais

A Constituição Federal de 1988, conforme dispõe o art. 205, confere a família o dever de educar. O legislador constituinte imputa aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. Eles dividem as obrigações provenientes do poder familiar disciplinado pelo Código Civil brasileiro de 2002.

Por força de preceito constitucional, a administração da sociedade conjugal é feita por ambos os cônjuges, de tal sorte que sobre os filhos cabe aos pais, e não apenas a um deles, competência para o exercício do poder familiar.

A princípio, em Roma o pátrio poder era um conjunto de direitos e não de deveres, que quando existiam eram somente morais. Hodiernamente, o legislador fala em poder familiar, de forma que o exercício do mesmo pressupõe o cuidado do pai e da mãe em relação aos filhos, o dever de criá-los, alimentá-los e educá-los conforme a condição moral, social e financeira da família.

Além das previsões constitucionais, também a Lei n.º 8069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em conformidade do que dispõe o art. 22 *in verbis*: "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".

Entrementes, ressaltar-se que a obrigação dos pais de prover o sustento e a educação dos filhos, não deve se restringir a questões financeiras. Em virtude disso, afirma a jurista Caroline Dias (2005):

[...] a lei impõe aos pais a obrigação não somente de sustento e manutenção financeira, mas oferecer todo o amparo para o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social. O que quer dizer que a falta de cumprimento destes deveres pode ser exigida pelos filhos, seja na forma de punição administrativa, seja na reparação civil, seja até mesmo como obrigação de fazer, sob pena de destituição do pátrio poder.

Ademais, a educação também é um dever dos pais para com os filhos, e educar é formar inteligência. Dar condições para que a criança viva em meio a um ambiente produtivo. Dessa obrigação o pai e mãe não podem se eximir. Cabe aos pais a vigilância e a manutenção do espaço onde a educação se desenvolve.

Quando os pais ignoram os deveres decorrentes das funções que exercem, causam sérios problemas às crianças. Por isso deverão ser conscientizados através da aplicação de penas, de que possuem deveres como pais que são e deles não podem se eximir.

3.3 Cabimento do dano moral no Direito de Família

Acompanhando as evoluções existentes no meio jurídico, busca-se a aplicação do instituto do dano moral da forma mais ampla possível. Podendo ser aplicado tanto nas relações de casamento como de união estável ou em qualquer outra relação de parentesco, de paternidade e maternidade. Enfim, não há como deixar de aplicar esse instituto no direito de família.

José Pizetta (2006) em artigo que fala sobre os danos morais no direito de família em geral, mostrando sua garantia constitucional vem reafirmar que cabe indenização por danos morais no Direito de Família e de maneira ampla, mesmo entre cônjuges já separados ou divorciados, por meio de ação própria.

Ademais o dano moral é acolhido pelo ordenamento jurídico vigente, portanto deve ser indenizado sempre que comprovado no pedido formulado pela vítima, analisando o caso concreto. Ele encontra respaldo legal na própria Constituição de 1.988 bem como no Código Civil.

A professora Regina dos Santos, mencionada por Pizetta (2006) afirma, no tocante a aplicação do dano moral no direito de família, que:

[...] aplica-se ao Direito de Família o princípio geral de que diante de ação lesiva é assegurado o direito do ofendido à reparação, o qual inspira a responsabilidade civil e viabiliza a vida em sociedade, com o cumprimento da finalidade do Direito e o restabelecimento da ordem ou equilíbrio pessoal e social. [...]

Diante disso é que os tribunais têm decidido pela aplicação da indenização por danos morais no direito de Família, conforme versa a ementa abaixo:

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL –
PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA

AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. (Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Apelação Cível nº 408.550-5 - 7ª C. Cível - Rel. Juiz Unias Silva – Julgado em: 01.04.2004).

Portanto, o magistrado deve determinar a indenização com fulcro na consecução do espírito da lei e do sistema jurídico como um todo, qual seja, a reparação justa de um dano sofrido injustamente.

3.3.1 Dano moral e dignidade humana

A doutrina, em sua maioria, conceitua o dano moral segundo a lição de Savatier (apud Andreaze de Sousa, 2008), para quem, “o dano moral é qualquer sofrimento que não é causado por uma perda pecuniária”. Para o advogado Andreaze de Sousa (2008) o dano moral é, portanto, “uma perturbação da tranqüilidade psíquica da pessoa, um evento que aflige sua paz emocional, afetiva, sua dignidade, imagem ou honra”.

A CF/88 consagrou como já mencionado, o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do estado Democrático de Direito, mostrando uma evidente preocupação com a proteção da pessoa humana. Nas palavras de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Nery (2006, p.118).

[...] esse reconhecimento principiológico é a mais importante consideração jus-filosófica do conhecimento científico do Direito. [...] é a razão de ser da proteção fundamental do valor da pessoa e, por conseguinte, da humanidade do ser e da responsabilidade que cada homem tem pelo outro.
[...]

Consoante ao princípio da dignidade da pessoa humana, o constitucionalista Alexandre de Moraes (2001, p.48), ao mencionar em sua obra os fundamentos da República Federativa do Brasil, preceitua que:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da

própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas.

Entretanto, ainda não se tem uma definição uniforme, no âmbito doutrinário e jurisprudencial, para a dignidade da pessoa humana. Sendo grande parte de suas concepções embasadas pelo trabalho do grande filósofo Kant (apud MARCELO NOVELINO, 2007, p. 141), para quem, “todos os seres humanos, quaisquer que sejam, são igualmente dignos de respeito, sendo que o traço distintivo do homem, como ser racional, está no fato de existir como um fim em si mesmo”.

No que diz respeito à concepção da dignidade humana, o constitucionalista Marcelo Novelino (2007, p. 141-142) preleciona que, apesar de não ser um direito positivado, mas sim um atributo que todo ser humano possui, não importando o sexo, raça, idade ou qualquer outro requisito, resta ao ordenamento jurídico a função de proteger a dignidade da pessoa humana contra qualquer tipo de violação.

Dessa forma, tem-se um verdadeiro direito, garantido constitucionalmente: a dignidade humana que vem ampliar os horizontes do dano moral, em virtude da concepção dada pela Constituição Federal de 1.988, ao consagrá-la como centro de referência da ordem jurídica.

3.3.2 Violação do princípio da afetividade configurando ato ilícito

Conforme exposto anteriormente, apesar de não encontrar previsão expressa no ordenamento jurídico, é possível extrair o princípio da afetividade de alguns outros princípios constitucionais, a exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como da legislação extravagante, como a Lei nº 8.069/90 (art. 3º) e o próprio Código Civil de 2002 (art. 1.638, III).

Tal princípio vem sendo utilizado por alguns tribunais, a exemplo dos já citados Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e também o de Minas Gerais, para dirimir celeumas formadas no campo das relações familiares. Esta não seria a primeira vez que se utilizaria de princípios normativos, como fundamento para dar fim a uma celeuma jurídica.

Ademais deve-se ressaltar, como bem lembra Novelino (2007), que é possível abstrair princípios constitucionais, que não estejam previstos na Lei Maior e em outras normas, desde que mostre-se compatível com os já existentes e com o regime da mesma, são os chamados princípios constitucionais implícitos. Preceitua Novelino (2007, p.71) que “esses princípios implícitos não são criados pela doutrina ou jurisprudência, mas tão-somente *descobertos e declarados* por elas” (grifo do autor).

É bem verdade que ferir um princípio constitucional é tão grave, senão bem mais, do que ferir uma disposição normativa. Sem fugir dessa linha de raciocínio, o advogado Andreaze de Sousa (2008) escreve que “com os ditames da dogmática jurídica moderna, já há algum tempo, se vem reconhecendo os princípios como normas jurídicas, conferindo-lhes relevo ainda maior nos textos constitucionais”.

E segue ainda dizendo que ao entenderem-se os princípios na qualidade de normas, estes se tornam tão passíveis de violação por ato ilícito quanto as chamadas normas-disposição.

Celso Mello (apud ANDREAZE DESOUSA, 2008), sobre a violação de um princípio afirma o seguinte:

[...] violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais.

Em virtude do ora exposto, pode-se observar ser plausível, e por que não dizer justo, a violação do princípio da afetividade nas relações paterno-filiais concebida como a prática de um ato ilícito e, conseqüentemente, apto a gerar dano moral, que deverá ser reparado.

3.4 Natureza da restituição civil por abandono afetivo

O ordenamento jurídico brasileiro admite duas formas de resposta à responsabilidade civil, a saber, a reparação, quando é possível a recuperação do

estado anterior à ação ou omissão do agente de maneira integral e natural; e a restituição, quando se incide uma recomposição pecuniária visto que a restauração natural resta comprometida.

A indenização, como sabido, é a restituição pecuniária, compreende os lucros cessantes e os danos emergentes. Estes se tratam dos danos que efetivamente ocorreram e aqueles representam o que a vítima deixou ganhar por causa do evento danoso. Compõe também a indenização os juros e a correção monetária, conforme se observa do art. 389, CC.

A Constituição de 1988 prevê o direito à indenização por dano material, moral e à imagem, permitindo ao ofendido a total reparabilidade pelos prejuízos sofridos e, o art. 5º, V, da CF/88, não deixa dúvidas quanto à obrigatoriedade da reparação por dano moral, podendo até, conforme a Súmula 37 do STJ cumular com a indenização por danos materiais, se oriundos do mesmo fato.

Havendo então dano moral, não se busca com a indenização 'pagar' pela dor sofrida, ou pela situação vexatória pela qual passou a vítima. Além disso, como afirma Stolze e Pamplona Filho ao falarem da dupla natureza da reparação do dano moral (2006, p.77):

Na reparação do dano moral, o dinheiro não desempenha função de equivalência, como no dano material, mas, sim, função satisfatória [...] a natureza jurídica da reparação do dano moral é sancionadora (como consequência de um ato ilícito), mas não se materializa através de uma 'pena civil', e sim por meio de uma compensação material ao lesado, sem prejuízo, obviamente, das outras funções acessórias da reparação civil. (grifo do autor)

No que diz respeito ao abandono afetivo especificamente, quanto à natureza que enseja a responsabilização do autor do dano, Caroline Dias (2005) argumenta que o descumprimento dos deveres dos pais perante seus filhos, além de causar danos a estes, podem lhes trazer uma punição, posto que para ela "os prejuízos causados às crianças e adolescentes pelos erros e condutas inadequadas dos pais devem ser evitadas, nem que para isto, o Estado juiz deva intervir, admoestando-os e dando-lhes uma punição".

Para Caroline (2005) falta aos pais a conscientização de que a formação de uma sociedade harmônica e saudável se faz com a criação e desenvolvimento de seres humanos ajustados, amados e bem orientados.

Alguns doutrinadores demonstram entendimento no sentido de que deve ser indenizável o abandono afetivo, mesmo sabendo que o amor paterno não tem preço. Nesta linha de raciocínio temos a opinião da advogada Claudia Maria da Silva, na obra Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho, conforme citado no Recurso Especial 757.411 – MG

Não se trata, pois, de "dar preço ao amor" – como defendem os que resistem ao tema em foco -, tampouco de "compensar a dor" propriamente dita. Talvez o aspecto mais relevante seja alcançar a função punitiva e dissuasória da reparação dos danos, conscientizando o pai do gravame causado ao filho e sinalizando para ele, e outros que sua conduta deve ser cessada e evitada, por reprovável e grave. (Superior Tribunal de Justiça, RESP Nº. 757.411 – MG Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Quarta Turma do STJ, Data de julgamento: 29/11/2005)

Assim temos que a natureza da responsabilidade civil atribuída ao caso do abandono afetivo decorrente da relação paterno-filial é de caráter restitutivo, isto é, busca-se o equilíbrio pela compensação dos danos morais sofridos pelo filho que teve negado o seu direito de ter um pai, devido à atitude negligente deste.

Quanto à indenização nesse caso, pode-se dizer que esta tem o caráter punitivo, para punir o pai que se recusou a conviver harmonicamente com filho, criando laços afetivos com ele, participando do seu crescimento e desenvolvimento pessoal.

Além do caráter punitivo, tem ainda o caráter pedagógico, através do qual busca-se educar a sociedade, coibindo que tal situação volte a se repetir no meio social devido à retaliação dada ao caso semelhante.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A priori, apenas a família instituída pelo casamento, era abarcada pelo ordenamento jurídico. Todavia, mudanças e fatos sociais advieram com o transcurso do tempo, fatos estes que o legislador constituinte pátrio não pôde ignorar que, por sua vez, fizeram com que fossem instituídas novas normas jurídicas que passaram a reger as relações particulares. Ocorrendo, desta feita, a constitucionalização do Direito Civil, ou mais especificamente do direito de família, decorrente da Constituição Federal de 1988.

Apesar das mudanças sofridas ao longo do tempo, a família continua sendo alvo de proteção constitucional, contudo com a nova ordem jurídica, o Estado passa a proteger também, as entidades familiares como um todo, dando margem ao surgimento de outras formas de se constituir família.

Partindo desse pressuposto, observa-se que a família hodierna passou a ser vislumbrada do ponto de vista do afeto. Sendo a mesma, de fundamental importância para o desenvolvimento de seus membros. Em que pese a importância da família na formação do indivíduo como ser humano, ressalta-se que a figura dos pais, isto é, mãe e pai, não um menosprezando o outro, são de grande valor, no tocante ao desenvolvimento dos seus filhos menores.

Sendo, pois, todo ser humano responsável pelas conseqüências de seus atos, desde que atingida a maioridade e, havendo direito violado ou prejuízo (material ou moral) efetivamente causado por ato voluntário, que pode ser comissivo ou omissivo, de determinada pessoa e ainda, constatando-se o nexó entre o dano e a conduta humana, deve o dano ser reparado em virtude do ato ilícito cometido. É o chamado instituto da responsabilidade civil.

O presente estudo monográfico trouxe ainda à baila, questão levantada de algumas decisões recentes envolvendo o tema do abandono afetivo nas relações paterno-filiais ensejando indenização por danos morais.

Diante de tudo o que foi tratado e discutido no decorrer deste trabalho, não foge à razoabilidade dizer que o abandono afetivo, quando devidamente configurado, é situação que enseja a tutela do Judiciário. O infante realmente abandonado e com danos em sua esfera moral e psíquica encontra-se prejudicado em aspectos de sua vida que dificilmente serão apagados. A sociedade como um

todo se ergue diante dessa conjuntura, tendo em vista a iminência desse dano sofrido refletir-se nela, já que essa criança será parte ativa desta comunidade e a sua bagagem moral será determinante para o seu comportamento na mesma.

Há, contudo, corrente doutrinária que pensa diferente. Entendendo, pois, não vislumbrar o abandono moral uma hipótese de responsabilização e, conseqüentemente, de indenização, em virtude da ausência de um pressuposto fundamental a saber, o dano, inexistindo, portanto, responsabilidade civil.

Em virtude do que fora exposto, bem como dos casos trazidos ao presente estudo, filia-se este trabalho à corrente da julgadora Maria Berenice Dias, entendendo que deve incidir a responsabilidade civil por abandono afetivo nas relações paterno-filiais, quando os pais se recusam a cumprir uma função primordial na formação da estruturação psíquica do filho por eles gerado, ferindo dessa forma, o princípio da afetividade decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito

Assim sendo, seria o abandono familiar apto a gerar conseqüências jurídicas no âmbito da responsabilidade civil, devendo o julgador, por óbvio, observar atentamente a presença ou não dos elementos daquela, a fim de provocar justa reparação, e não injusto enriquecimento.

O magistrado, enquanto representante do Estado, é hábil para determinar se a situação enseja ou não reparação e, caso enseje, também o é para fixar a justa indenização. A jurisprudência já se tem manifestado a favor dessa tese, e espera-se que o tema seja mais debatido nos Tribunais brasileiros.

Quanto ao afeto entre pais e filho, não se busca indenização por ele, mas tão somente pelo abalo e o transtorno psíquico sofrido pelo filho quando da ausência dos pais, este sim deverá ser compensado com uma indenização pecuniária.

REFERÊNCIAS

ANGELLUCI, Cleber Afonso. *Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana*. In. Boletim Jurídico – ISSN 1807-9008. Disponível em < <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1066> >. Acesso em: 13 março. 2008.

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

_____. Decreto-lei nº2.848, de 07 de setembro de 1940. Código Penal. Poder Executivo, 1940.

_____. Lei nº. 10.826, de 01 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília: Senado Federal, 2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça, Embargos de Divergência no Recurso Especial 466.329/RS, Relator: Ministro Barros Monteiro, Órgão julgador: Segunda Seção. Brasília. Data de julgamento: 14 set. 2005

_____. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 183.508, Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Órgão julgador: 4ª Turma do STJ. Brasília. Data de julgamento: 05 fev. 2002

_____. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 757.411 - MG, Relator: Ministro Fernando Gonçalves, Órgão julgador: 4ª Turma do STJ. Brasília. Data de julgamento: 29 nov. 2005

_____. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 172.720-9 – RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio, Órgão Julgador: 2ª Turma. Brasília. Data do julgamento: 21 fev. 1997.

_____. Supremo Tribunal Federal, Agravo de Instrumento n. 455846. Relator: Ministro Celso de Mello, Órgão Julgador: 4ª Turma. Brasília. Data do julgamento: 11 out. 2004

_____. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Indenização por danos morais, relação paterno-filial, princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da afetividade. Relator: Juiz Unias Silva. Apelação Cível n. 408.550-5, 01.04.2004.

_____.Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Cível n. 1.0024.00.069513-0/001. Relator: Des. Eduardo Andrade, Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível. Belo Horizonte. Data do julgamento: 25 nov. 2003

_____.Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Cível n. 1.0024.05.570839-0/001. Relatora: Desª Heloisa Combat, Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível. Belo Horizonte. Data do julgamento: 27 nov. 2007

_____.Tribunal de Justiça do Paraná, Apelação Cível n. 108.417-9. Relator: Des. Accácio Cambi, Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível. Curitiba. Data do julgamento: 12 dez. 2001.

_____.Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 70012613139. Relatora: Maria Berenice Dias, Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível. Porto Alegre. Data do julgamento: 16 nov. 2005

CASTRO, Leonardo. O preço do abandono afetivo. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10696>>. Acesso em: 27 ago. 2008.

DIAS, Caroline Said. Os instrumentos jurídicos do Direito Civil disponíveis para fiscalização do cumprimento dos deveres parentais. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 583, 10 fev. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6301>>. Acesso em: 23 mar. 2008.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro: Responsabilidade Civil. v 7. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FACCHINI NETO, Eugênio. Funções e modelos da responsabilidade aquiliana no novo código, Revista Jurídica. Revista Jurídica. Porto Alegre: Notadez, Ano 51, n. 309, jul 2004, p. 29.

FERREIRA, Aurélio Albuquerque de Holanda. 4 ed. rev. ampl. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

FRUTOS, Eugenio Alburquerque. Ética de la familia. Madrid: Editorial CCS, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil. 4 ed. Ver. Atual. e reform. – São Paulo: Saraiva, 2006

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 9 ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Direito civil brasileiro: responsabilidade civil. V 5. 2 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias monoparentais: a situação de pais e mães solteiros, de pais e mães separados, dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2 ed. rev., atual. e ampl.- São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NALINI, José Renato. Ética geral e profissional. 2 ed. rev. e ampl.- São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999.

NERY Junior, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição federal comentada e legislação constitucional. – São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2006.

NOVELINO, Marcelo. Direito constitucional para concursos. – Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PILETTI, Nelson. Psicologia educacional. 17 ed. – São Paulo: Ática, 2003.

POLICARPO, Douglas. A incompatibilidade da dignidade afetiva e o direito à sucessão. Uma abordagem do reconhecimento da paternidade extemporânea. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1256, 9 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9257>>. Acesso em: 27 ago. 2008.

PIZETTA, José. Danos morais na infidelidade conjugal e no direito de família em geral, a garantia constitucional, a doutrinalização e a jurisprudencialização do direito de família. Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?nlink=revistaartigosleitura&artigoid=2535>>. Acesso em: 01 set. 2008.

SOUSA, Andreaze de. O princípio da afetividade no direito brasileiro: Quando o abandono afetivo produz dano moral. 2008. Disponível em <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos>>. Acesso em 31 mai. 2008.

TARTUCE, Flávio. Novos princípios do Direito de Família brasileiro. Disponível em: <

http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_princfam.doc >. Acesso em: 27 ago. 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. V.6. 7 ed. – São Paulo: Atlas, 2007.

_____. Direito civil: responsabilidade civil. v 4. 2 reimpressão. – São Paulo: Atlas, 2006.