

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

ALINE DANTAS FORMIGA

RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA: DANO MORAL POR
ABANDONO AFETIVO

SOUSA
2009

ALINE DANTAS FORMIGA

RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA: DANO MORAL POR
ABANDONO AFETIVO.

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

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

ALINE DANTAS FORMIGA

RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA: DANO MORAL POR
ABANDONO AFETIVO.

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

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

Banca Examinadora:

Data de aprovação: _____

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

Examinador interno

Examinador externo

A Jesus Cristo, minha luz.
Aos meus queridos pais: Geraldo e Gorethe.
Aos meus irmãos Alexandre e Carol.
Aos meus amigos

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, meu refúgio e inspiração, por me guiar sempre para o melhor caminho e por ter me dado a graça de minhas conquistas.

A minha Mãe Maria Gorethe, ser cheio de graça, guerreira, companheira de todas as horas, que me dá força pra tudo em minha vida, responsável pelo que sou. Que sempre me acolhe com o seu melhor sorriso e seu maior abraço.

Ao meu Pai Geraldo Formiga, por todo carinho, por todo apoio e dedicação. E pela educação que me foi dada, ensinando sempre o caminho certo, a ser honesta e sincera e, como o ele mesmo diz: “a ter palavra”.

Aos meus irmãos Alexandre e Carol e a minha cunhada Elaine, pela companhia, apoio e incentivo nos momentos mais difíceis e por me alegrar quando estive triste, muito obrigada! Ah, e obrigada por terem me emprestado o notebook.

A Luís Eduardo, meu priminho e minha paixão, que de forma inconsciente e inocente me ajudou de forma indescritível com o seu lindo sorriso e os seu cheirinhos.

A minha irmãzinha do coração Loreta, pela amizade dedicada, pelas palavras de incentivo, por todo carinho, por me ouvir com toda paciência e por estar sempre ao meu lado.

Ao meu primo querido Lailson, por estar ao meu lado sempre, com toda sua graça e sensatez. Valeu mesmo primo!

A minha família (tios, primos, avós e afins), pelo apoio, pelo estímulo e pelo carinho a mim dispensados nesta árdua tarefa.

Aos meus colegas de sala (meus amores), por quem tenho um inestimável carinho e apreço, pessoas mais que especiais e que estarão para sempre em minha vida:

Chrystina, Jamilla, Juliana, Joseph, Hallana, Lorena, Norayde, Petúcia , Thalita e Tiago Bastos.

Um agradecimento especial as minhas fiéis companheiras de monografia, Izabella, Noélia e Sarah por aguentar minhas lamentações, por tirarem minhas dúvidas, por compartilharem sua sabedoria, por me fazerem rir nos momentos em que eu estava triste, por me segurar quando eu estava prestes a cair. Obrigada, amigas!

A Paulo Henrinque, meu bem, por ter estado ao meu lado em momentos difíceis, por me fazer feliz tornando as dificuldades mais fáceis de serem enfrentadas.

A minha orientadora Maria dos Remédios de Lima Barbosa, por toda atenção e dedicação, me atendendo sempre com todo carinho e paciência.

As professora Giorggia Petrucce, pelo carinho, atenção e pela ajuda. E a professora Marcia Glebyane, pelas aulas de metodologia que tanto contribuíram para a confecção deste trabalho.

Enfim, agradeço a todos os colegas de turma (10º tarde), assim como aos professores, aos funcionários, e aos amigos que fiz na faculdade no decorrer do curso. Em especial a João Gustavo, meu sublime amigo, por quem tenho um inestimável apreço.

És responsável por quem cativas.
(Saint-Exupéry).

RESUMO

O valor da família para a formação do ser humano impõe ao Estado o dever de zelo e proteção como forma de constituir uma sociedade sólida e harmônica. Espera-se deste, as devidas soluções para os conflitos advindos das constantes transformações ocorridas no âmbito das relações familiares, já que o direito deve acompanhar as mudanças e a estas se adequar, dando a solução necessária aos conflitos existentes em cada época. A família é, pois, atingida por essas constantes mudanças o que faz surgir os mais diversos problemas, dentre eles, a questão da responsabilização civil dos pais pelo abandono afetivo para com os seus filhos, fato este que tem gerado grande celeuma no mundo jurídico. Objetiva-se, pois, diante da nova ordem constitucional e civil estudar a aplicabilidade da reparação civil no âmbito das relações de família, especificamente nas relações paterno-filiais, que se constitui na omissão dos pais do dever legal de dar assistência, no que concerne ao convívio e educação aos menores, comprometendo sua formação, ferindo sua dignidade como pessoa humana e trazendo diversos prejuízos para o seu desenvolvimento. A partir desse contexto, objetiva-se ainda, analisar o cabimento da indenização por dano moral decorrente da negligência dos genitores em relação ao abandono dos filhos. Opta-se, pois, pela utilização do método de abordagem dedutivo, analisando-se princípios e leis gerais para argumentos específicos. Utilizando-se ainda do método de procedimento histórico, tendo em vista a necessidade de analisar a família ao longo do tempo, bem como a evolução do instituto da responsabilidade civil, além do exegético jurídico, pelo uso interpretativo de leis e jurisprudência, juntamente com a técnica de pesquisa indireta, fundada na coleta bibliográfica, possibilitando os fins para os quais foram escolhidos. Não obstante a complexidade do tema abordado e, pelo entendimento contrário de parte da jurisprudência que prima pelo não cabimento da indenização nos casos de abandono afetivo, este estudo tem como proposta demonstrar a plausibilidade da existência de um efetivo dano moral e psíquico ao filho desamparado, bem como demonstrar a adequação da aplicabilidade da responsabilidade civil no âmbito das relações de família, em face dos fundamentos da Constituição Federal de 1988, do Código Civil, do Estatuto da Criança e do Adolescente, das decisões judiciais, bem como do Projeto de Lei nº 700/2007.

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

ABSTRACT

The value of the family for the formation of the human being requires the State the duty of care and protection as a way to build a solid and harmonious society. It is expected that the necessary solutions to the conflicts arising out of the constant changes occurring in the context of family relationships, because the right has to monitor the changes and fit them, giving the required solution to conflicts in each time. The family is therefore affected by these constant changes that give rise to various issues, among them the question of civil responsibility of emotional abandonment by parents to their children, a fact that has caused a great stir the legal world. It is intended, therefore, before the new constitutional and civilian order study the applicability of civil reparation in the context of family relationships, specifically the parent-child relationships, which is the failure of the parents of their legal duty to assist, concerning the living and education of children, compromising their education, injuring their dignity as human beings and bringing losses to their development. From this context, the objective is also to analyze the pertinence of compensation for moral damage resulting from the negligence of parents in relation to the abandonment of children. It was chosen therefore to use the method of deductive approach, analyzing the principles and general laws to specific arguments. Using also the historic method of procedure, taking into account the need to examine the family over time, and also the development of the civil responsibility institute beyond the legal-exegetical, interpretive use of the laws and jurisprudence, along with the technique of indirect search, based on literature collection, enabling the purposes for which they were chosen. Despite the complexity of the issue, and the contrary view of the part of jurisprudence that the press is not no place of compensation in cases of emotional neglect, this research aims to demonstrate the plausibility of the existence of an effective moral and psychological damage to the helpless child, and also demonstrate the suitability of the applicability of civil responsibility in the context of family relationships in dealing with the fundamentals of the Federal Constitution of 1988, the Civil Code, the Children and Adolescents Statute, judicial decisions, and of Bill No. 700/2007.

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

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC. – Apelação Cível

art. - artigo

c/c – de acordo com

CC – Código Civil

CF/88 – Constituição Federal de 1988

DJ – Diário da Justiça

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

nº - número

p. – página

Resp. – Recurso especial

STF – Superior Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ/MG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TJ/SP – Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 A FAMÍLIA	15
2.1 Considerações iniciais.....	15
2.2 Lineamento histórico	16
2.3 Conceito	19
2.4 O panorama da família na Constituição de 1988 e no Código Civil.....	20
2.5 O Poder inerente à família	23
2.6 A função social da família	26
2.7 A importância da família na formação dos filhos	29
3 RESPONSABILIDADE CIVIL	31
3.1 Linhas gerais	31
3.2 Concepção e construção histórica	32
3.3 Natureza e função da reparação civil	34
3.4 Espécies de responsabilidade	35
3.5 Previsão legal da responsabilidade civil.....	38
3.6 Requisitos de aplicabilidade	39
3.6.1 Conduta humana	40
3.6.2 Relação de causalidade	43
3.6.3 Dano causado	45
3.7 Indenização, ressarcimento e reparação	48
4 RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA: DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO	50
4.1 Responsabilidade civil nas relações de família.....	50
4.2 O abandono afetivo como elemento ensejador de dano moral	51
4.3 Projeto de Lei nº 700/2007	63
CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS.....	68
ANEXO A – PROJETO DE LEI DO SENADO nº 700/2007	72

1 INTRODUÇÃO

A família é a base fundamental para a formação e desenvolvimento do ser humano, constituindo o alicerce de toda estrutura social, sendo responsável pela instituição da educação e dos preceitos morais dos seus membros, fazendo parte da mais importante estrutura organizacional do Estado, cabendo a este zelar e proteger pela sua integridade.

A entidade familiar tem passado por grandes transformações, e isto gerou diversos conflitos, dentre eles o descumprimento dos pais do dever legal de assistência aos filhos menores no que concerne ao afeto, atenção, educação e convívio, o que se configura no abandono afetivo. Este fato tem sido tema de grande discussão no mundo jurídico, tendo em vista a tendência da aplicação da responsabilização civil aos pais pela prática de tal conduta.

Assim, se buscará por meio deste, verificar a possibilidade de responsabilização civil nas relações de família tendo no abandono afetivo o elemento ensejador de dano moral.

O presente trabalho terá como escopo analisar a família como ente formador da sociedade e a sua importância no desenvolvimento dos seus membros, bem como examinar o instituto da responsabilidade civil como elemento coadjuvante na resolução dos conflitos na esfera do Direito de Família, além de estudar a possibilidade da aplicação da indenização por dano moral como sanção ao abandono afetivo, em face da aplicação do princípio da dignidade humana e da afetividade.

A relevância jurídica do tema consistirá em demonstrar que através da constitucionalização e da interdisciplinaridade dos direitos, é possível se aplicar o instituto da responsabilidade civil ao Direito de Família, assim como reconhecer através da legislação vigente e dos princípios constitucionais a plausibilidade do bom emprego da responsabilidade civil aos pais no caso de abandono afetivo, onde o desamparo aos filhos, que gera diversos transtornos ao seu desenvolvimento, se configura como ato ilícito ensejador do dano moral.

Será utilizado para a concepção deste trabalho o método de abordagem dedutivo, analisando-se princípios e leis gerais para argumentos específicos. Utilizando-se ainda do método de procedimento histórico, tendo em vista a

necessidade de analisar a família ao longo do tempo, bem como a evolução do instituto da responsabilidade civil, além do exegético jurídico, pelo uso interpretativo de leis e jurisprudência, juntamente com a técnica de pesquisa indireta, fundada na coleta bibliográfica, de doutrinas, leis e julgados, onde será possível extrair os conceitos pertinentes à matéria com o fim de delimitar o tema estudado, para que seja feita uma análise de acordo com o que se dispõe, possibilitando os fins para os quais foram escolhidos.

Para uma melhor sistematização, dividir-se-á a pesquisa em três capítulos. No primeiro capítulo será abordada a família, através de uma análise conceitual e evolutiva desta entidade como elemento formador do indivíduo e da sociedade, delineando o seu panorama na Constituição Federal e no Código Civil, bem como o poder que lhe é conferido, a sua importância na formação dos filhos e a sua função social.

Em um segundo momento, será estudado e analisado o instituto da responsabilidade civil como um todo, tendo por escopo fazer uma construção histórica, reconhecer sua natureza e função, bem como o estudo dos elementos necessários a sua aplicação, com o fim de demonstrar a plausibilidade de sua aplicação ao Direito de Família se existentes os elementos que são exigidos para sua configuração.

No terceiro capítulo, será feito o estudo específico da responsabilidade civil nas relações de família, tendo no abandono afetivo o elemento que dá causa a indenização por dano moral. Far-se-á uma análise da configuração do dano moral a vítima de abandono afetivo, bem como os efetivos prejuízos ao desenvolvimento do menor, como também serão apreciadas as consequências do desamparo sofrido pelo menor, assim como a aplicação do princípio da proporcionalidade no caso da incidência de indenização, com base nas posições doutrinárias, na jurisprudência e nos preceitos contidos na Constituição Federal, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Igualmente será feita uma apreciação ao Projeto de Lei nº 700/2007, buscando demonstrar o seu conteúdo e seus objetivos.

Sendo assim, diversos questionamentos jurídicos de relevância podem ser levantados ao longo deste estudo, que tem como fim buscar, através de uma análise da doutrina, das leis e dos julgados pátrios, uma resposta para a questão da aplicabilidade ou não da responsabilização civil nos casos da omissão do dever de assistência afetiva aos filhos por parte dos seus genitores.

2 A FAMÍLIA

A sociedade tem e sempre teve como base a família, esta tida como de fundamental importância para o crescimento e estabilização de uma coletividade estável. Neste contexto, a família é a célula-mãe da sociedade.

Para tanto, as transformações e os problemas que surgiram e vão surgindo ao longo do tempo atingem diretamente a sociedade, suscitando um anseio social que, por sua vez, desperta no Estado a preocupação e o empenho na resolução dos conflitos que norteiam a instituição familiar.

2.1 Considerações iniciais

A família é desde os primórdios a base fundamental para o desenvolvimento do ser humano, seja qual for o modelo de formação que esta tinha ao seu tempo. Sendo assim, como preleciona Rodrigues (2004, p. 05): “dentro dos quadros de nossa civilização, a família constitui a base de toda estrutura da sociedade. Nela se assentam não só as colunas econômicas, como se esteiam as raízes morais da organização social”.

Ao longo de toda evolução da família pode-se perceber as mudanças concernentes às relações entre os indivíduos, fazendo com que o seu conceito fosse mudando constantemente, tendo em vista a verdadeira metamorfose sofrida pela família. Esta mudança se dá em face da transformação social, moral, religiosa, política, que reflete diretamente nas mutações sofridas pelas famílias.

A partir da posição que a família ocupa na sociedade e das constantes transformações advindas, tem-se a necessidade de uma regulamentação das relações. O Estado então, preocupando-se com as relações advindas do seio familiar passa a regulamentá-las, com o precípua objetivo de protegê-las, criando posteriormente um direito próprio para as famílias (MATOS, 2000).

A família vai deixando de ser uma entidade hierarquizada, para cada dia mais se transformar em um pequeno núcleo formado apenas por pais e filhos, com uma relação fundada no afeto e tendo uma função cada dia mais importante para a

sociedade. Com isso, as relações se tornam mais próximas e humanizadas entre os seus membros. Surgem a partir daí novos conflitos com relação a essa aproximação entre os membros, exigindo do direito uma solução para tais problemas.

2.2 Lineamento histórico

Para se ter conhecimento da definição e importância alcançada pela família no contexto atual, é necessário que se faça uma análise da história dessa entidade, para saber como se chegou a tamanha dimensão perante o Estado e a sociedade. Bem como conhecer a causa dos conflitos que surgiram ao longo de sua evolução.

Segundo Cachapuz (2006, p. 95), “A família traz em sua estrutura, aspectos relativos ao momento histórico no qual ela se posiciona, apresentando variações de acordo com os costumes da sociedade na qual ela se insere, transformando-se em cada período”.

A origem da família está na necessidade humana de estabelecer ligações afetivas com o fim de perpetuar a espécie, neste sentido Dias (2006, p. 25), anota que:

Vínculos afetivos não são uma prerrogativa da espécie humana. O acasalamento sempre existiu entre os seres vivos, seja em decorrência do instituto da perpetuação da espécie, seja pela verdadeira aversão que todas as pessoas têm à solidão. Tanto é assim que se considera natural a idéia de que a felicidade só pode ser encontrada a dois, como se existisse um setor da felicidade ao qual o sujeito sozinho não tem acesso. [...]
Mesmo sendo a vida aos pares um fato natural, em que os indivíduos se unem por uma química biológica, a família é um agrupamento cultural. Preexiste ao Estado e está acima do direito. A família é uma construção social organizada de regras culturalmente elaboradas que conformam modelos de comportamento.

De acordo com a obra *A Origem da Família*, de Friedrich Engels, nas civilizações da antiguidade a família era um ente extenso, onde não existiam relações individualizadas, tanto que as relações sexuais existiam entre todos os indivíduos das tribos da época, tendo no seu início o caráter matriarcal, pelo fato de os filhos estarem sempre ao lado da mãe, que os alimentava e educava, só se sabia

também quem era a mãe, o pai diante das relações existentes era bem difícil de se saber quem era (VENOSA, 2007).

Bem depois as famílias passam a existir de forma monogâmica e hierarquizada, onde os membros vivem em volta de um casal, este ligado pelo matrimônio liderados de forma absoluta pela figura do pai. A monogamia teve um papel de fundamental importância no que toca ao exercício do poder paterno.

Em Roma a família vivia sob a autoridade do *pater familias*, onde este exercia sobre os filhos o direito de vida e morte, podendo ainda vendê-los, aplicar-lhes todos os tipos de castigo e matá-los ao seu bel prazer. A mulher era completamente submissa ao marido. O *pater* era a autoridade sobre todos os que estavam sob sua égide, administrava a economia, religião, política. Só com o Imperador Constantino foi amenizado o papel do *pater*, e foi se cristalizando a concepção cristã da família, e com isto os filhos e a mulher ganharam autonomia. Valendo salientar que Roma era exceção à regra do casamento sem conotação afetiva, para os romanos era necessária a afeição, antes e durante a existência do casamento (GONÇALVES, 2008).

Na Idade Média as relações familiares eram regidas pelo direito canônico, onde o casamento religioso era o único conhecido, longe de qualquer vínculo afetivo. Os preceitos do poder exercido pelo chefe de família continuavam com a influência de Roma, sendo acrescentadas a estas as normas de procedência germânica. Essa formação de família restringe-se em quase sua totalidade ao interior das residências, onde existiam as pequenas oficinas, os filhos são aprendizes no interior dessas oficinas, essa situação passa a gerar maior proximidade entre os indivíduos.

Dias (2006, p. 26), retrata com perfeição a situação vivida pela família durante a Idade Média, descrevendo que:

Em uma sociedade conservadora, os vínculos afetivos, para merecerem aceitação social e reconhecimento jurídico, necessitavam ser chancelados pelo que se convencionou chamar de matrimônio. A família tinha uma formação extensiva, verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando unidade de produção, com amplo incentivo a procriação. Sendo entidade patrimonializada, seus membros eram força de trabalho. O crescimento da família ensejava melhores condições de sobrevivência a todos. O núcleo familiar dispunha de perfil hierarquizado e patriarcal.

No entanto essa formação de família não resistiu à Revolução Industrial, esta fase faz surgir uma grande necessidade de mão-de-obra. A partir desse contexto a mulher passa a trabalhar fora de casa, nas indústrias. O homem deixa de ser a exclusiva fonte de sustento, ao passo que a mulher ocupa um lugar de mais destaque na família, esta, se tornou um núcleo composto do casal e seus filhos. Estes agora frequentam a escola, esta cada vez mais foi passando a cuidar da educação das crianças, visto que, os pais tinham menos tempo de convívio e passou para o Estado a função de educá-los (ARIÈS, 2006).

A família deixa o caráter meramente produtivo e reprodutivo. Com a migração do campo para a cidade e morando em lugares bem pequenos, passa existir maior proximidade entre os membros, existindo por consequência a união pautada na afetividade. Existe agora uma família com ligação afetiva de amor e carinho, tanto para o casamento como na relação entre os indivíduos (DIAS, 2006).

As famílias que existem hoje são fruto das profundas mudanças ao longo do tempo, em todos os aspectos, houve uma alteração na estrutura política, econômica e social, refletido diretamente na formação da família.

Com relação aos fatores que levaram a família à formação atual Venosa (2007, p. 06), preleciona que:

Os conflitos sociais gerados pela nova posição social dos cônjuges, as pressões econômicas, a desatenção e o desgaste das religiões tradicionais, fazem aumentar o número de divórcios. As uniões sem casamento, apesar de serem muito comuns em muitas civilizações do passado, passam a ser regularmente aceitas pela sociedade e pela legislação. A unidade familiar, sob o prisma social e jurídico, não tem mais como baluarte exclusivo o matrimônio. A nova família estrutura-se independente das núpcias.

Nesse contexto, as famílias na dimensão atual existem em uma pluralidade de formas, em decorrência de todos os acontecimentos que influenciaram e continuam influenciando de forma direta na formação da família, diga-se, cada vez mais longe do perfil tradicional de que se tinha costume.

2.3 Conceito

Dar ao termo família um único conceito seria inadmissível, tendo em vista a amplitude que este tomou ao longo do tempo, havendo neste sentido uma pluralidade de significados para este vocábulo. O próprio Código Civil não a define. Para tanto, procurar-se-á da forma mais condizente delimitar esse conceito para um melhor entendimento acerca do estudo que será feito.

Com o fim de delimitar o conceito de família, Diniz (2007, p. 09 -10), aduz em sua obra que:

Na seara jurídica encontram-se três acepções fundamentais do vocábulo família: a) a amplíssima; b) a lata e c) a restrita.

a) No sentido amplíssimo o termo abrange todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consaguinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos [...].

b) Na acepção 'lata', além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos, abrange os parentes na linha reta ou colateral, bem como os afins [...].

c) Na significação restrita é a família (CF, art. 226, §§ 1º e 2º) o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole [...].

Para Gonçalves (2008 p. 01) no sentido "*latu sensu*, o vocábulo família abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral em comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção."

A acepção que temos hoje em relação à família é fruto das transformações sociais, havendo neste contexto uma repersonalização em seu significado. A concepção lata ou mais restrita é usada de acordo com a necessidade de cada caso. Onde temos como exemplo, o Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União (Lei n. 8.112/90), que tem como família do funcionário, além do cônjuge e filhos, quaisquer pessoas que vivam as suas custas e constem de seu registro individual. Já para o direito sucessório a família abarca todos os parentes em linha reta (ascendentes e descendentes), cônjuges, companheiros e colaterais até o quarto grau (DINIZ, 2007).

É difícil hoje delimitar uma definição única de família, tendo em vista a diversidade e dimensão que este ente tomou, e vendo as modificações que ocorreram. A doutrina classifica a família em diversas formas, de acordo com a

realidade que se vive. Os tipos mais citados são: a família matrimonial; a informal; a homoafetiva; a monoparental; a anaparental; a eudemonista (GLANZ, 2005).

A família matrimonial é aquela união mais conservadora e tradicionalista consagrada pela Igreja, somente entre homem e mulher com o fim da procriação, como sacramento indissolúvel. A informal, é a entidade formada pelas chamadas uniões estáveis, também ocorre somente entre homem e mulher, sem o vínculo do casamento jurídico-legal. A homoafetiva se trata daquela família formada por duas pessoas do mesmo sexo, espécie não reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro, o que tem se tornado cada vez mais alvo de críticas e discussões. A família monoparental é a constituída por qualquer dos pais e seus descendentes, forma reconhecida pelo Estado e que tem atenção especial. A anaparental é composta por pessoas parentes ou não que convivem em um mesmo lugar com uma finalidade comum. Por sua vez a família eudemonista é instituída com base na afetividade, reconhecendo o afeto como o artefato constitutivo das relações familiares, ou seja, é a família formada com base no amor, na solidariedade, na responsabilidade mútua, deixando de ser aquela família hierarquizada para passar a ser democrática (DIAS, 2006).

Em um sentido mais estrito e usado legalmente no direito pátrio, a família é conceituada de forma mais limitada, sendo, pois, formada pelo pequeno núcleo de pais e sua prole. Neste diapasão, cabe dizer que para fins deste estudo será usado o sentido estrito de família, tendo em vista que os casos de abandono afetivo ocorrem neste contexto.

2.4 O panorama da família na Constituição de 1988 e no Código Civil.

Sem dúvida alguma a família no âmbito da legislação brasileira atual avançou de forma satisfatória, é certo que com algumas lacunas relacionadas a pontos que nem chegaram a ser discutidos e que estão na realidade vivenciada cada vez mais presentes na sociedade, como é o caso da união homoafetiva, dos úteros de aluguel, das cirurgias de mudança de sexo, entre outros assuntos de extrema importância e que têm a necessidade de uma posição por parte do Estado.

Desde a segunda metade do século XX, a família vem sofrendo significativas alterações, mesmo diante de toda resistência. O legislador conseguiu paulatinamente atribuir direitos aos filhos ilegítimos, tornar a mulher plenamente capaz, até o ápice da Constituição de 1988, onde não haveria distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, dentre tantas outras mudanças no que concerne à família. Desta feita, não distingue mais a origem da filiação, bem como deixa de considerar a supremacia do homem no âmbito conjugal (VENOSA, 2007).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a família passa a ter um caráter perceptivelmente afetivo, que norteia sua formação. Neste sentido a família socioafetiva vem ganhando prioridade na doutrina e jurisprudência.

Neste contexto, Cachapuz (2006, p. 81) afirma que: “pode-se visualizar, com o advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe uma total reformulação da família, transformando o paradigma da família patriarcal em afetivo, onde o homem e a mulher se dividem no mesmo espaço”.

A atual Constituição veio privilegiar uma nova ordem de valores, dando ênfase à dignidade da pessoa humana, constituindo novos horizontes para o Direito de Família, sob três aspectos basilares. Neste sentido, Gonçalves (2007, p. 17) aduz em sua obra que:

A Constituição Federal de 1988 “absorveu essa transformação e adotou uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, realizando verdadeira revolução no Direito de Família, a partir de três eixos básicos”. Assim, o art. 226 afirma que “a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição”. O segundo eixo transformador “encontra-se no § 6º do art.227. É a alteração do sistema de filiação, de sorte a proibir designações discriminatórias decorrentes do fato de ter a concepção ocorrida dentro ou fora do casamento”. A terceira grande revolução situa-se “nos artigos 5º, inciso I, e 226, § 5º. Ao consagrar o princípio da igualdade entre os homens e mulheres, derogou mais de uma centena de artigos do Código Civil de 1916.

Com isso pode-se afirmar que hoje existe um Direito Constitucional de família, onde são regulados e assegurados os seus deveres e direitos. Direito este, que se inspirou nas ideias que serviram de base para as Declarações de Direitos do Homem, onde fora enfatizado o princípio da isonomia, reconhecendo a igualdade entre o homem e a mulher, entre os cônjuges no casamento e entre os filhos, proibindo expressamente as discriminações. Essa Constituição alterou de forma

expressa as normas do Código Civil de 1916 e inspirou os preceitos do Código Civil de 2002.

Segundo Lotufo (2002, p.21-22), perante a Lei Magna pode-se visualizar o seguinte panorama das alterações no âmbito da família:

1. A família que se origina do casamento continua prestigiada pelo Estado como formadora de sua base social.
2. Reconhecimento e consequente proteção de outras formas de família, como a monoparental, formada pelo pai ou pela mãe e seus respectivos descendentes e a união estável constituída entre o homem e a mulher.
3. Aceitação do planejamento familiar, onde o homem e a mulher decidem livremente os filhos que terão e como deverão criá-los, objetivando a paternidade e a maternidade responsáveis, cabendo a Estado propiciar os recursos necessários para a obtenção desse fim.
4. Admissão do divórcio como meio de dissolver o vínculo do casamento.
5. Isonomia entre homem e mulher, abolindo as situações discriminatórias e atribuindo-lhes os mesmos direitos e deveres em todos os atos da vida civil, inclusive com relação ao direito matrimonial.
7. Igualdade de direitos entre os filhos, não havendo mais distinção entre os havidos no casamento ou fora dele e os adotivos. A paternidade e a maternidade devem estar ligadas à afetividade, não se permitindo hierarquia entre os filhos.
8. Ampla proteção a criança e ao adolescente, reconhecendo-lhe a prioridade de direitos, com o objetivo de um desenvolvimento seguro, saudável e digno.

Com todas as mudanças sociais da segunda metade do século XX e a promulgação da Constituição de 1988, levou-se à aprovação do Código Civil de 2002, que, diga-se de passagem, já foi aprovado ultrapassado, visto que sua idealização se deu mesmo antes da Lei do Divórcio, tendo por este fato a imensa necessidade de se adequar aos preceitos constitucionais, havendo, pois, que passar por uma grande reforma para que então fosse aprovado. E mesmo diante da reforma anterior a sua aprovação, o Código Civil de 2002 ainda não superou as expectativas e necessidades que se esperava.

Sobre o advento do Código Civil de 2002 Rodrigues (2004, p. 15) afirma que: “[...] poucas foram as inovações significativas no Direito de Família, frustrando a comunidade jurídica e a própria sociedade, que esperava um sistema jurídico mais avançado para acomodar melhor os interesses da família na sua atual dimensão”.

Em relação às inovações trazidas pelo atual Código Civil, Dias (2006, p. 30), afirma que: “o grande ganho tenha sido excluir expressões e conceitos que causavam grande mal estar e não mais podiam conviver com a estrutura jurídica e a moderna formação da sociedade”.

Para tanto, houve alguns avanços, baseados em decisões reiteradas dos tribunais, tais como, não determinar que seja retirado o sobrenome do marido da mulher de pronto após a separação; garantiu o direito a alimentos ao cônjuge mesmo que este seja culpado da separação. Mesmo assim não foram as mudanças tão necessárias e esperadas pela justiça e pela sociedade, visto que deixou de tratar de vários assuntos como as uniões homoafetivas, dentre tantos outros pontos que não foram tratados pelo Código vigente (DIAS, 2006).

Outros progressos podem ser considerados a respeito do Código Civil de 2002, quais sejam, a ampliação do conceito de família; a união estável reconhecida como entidade familiar; reafirmação da igualdade dos filhos; abrandamento da imutabilidade do regime de bens no casamento; traz novas regras para o instituto da adoção, entre outros.

Portanto, em uma análise mais detalhada da Constituição e do Código Civil de 2002 em relação à família, vê-se que estes institutos estão distantes da realidade social e jurídica ora vigente. E bem longe do que era esperado, visto que, se tem a necessidade de um sistema normativo que acomode da melhor forma os interesses da família na estatura em que se encontra. Pois, como preleciona Venosa (2007, p. 15): “novos temas estão hoje a desafiar o legislador [...] a ciência evolui com rapidez e por saltos e hoje se esperam respostas rápidas do Direito, o que não ocorria no passado, quando as alterações eram quase que exclusivamente de ordem sociológica, e, portanto gradativas”. Sendo assim, se terá sempre travada uma batalha entre o legislador e os novos paradigmas que surgem no seio da sociedade, para a obtenção de uma lei equânime aos anseios e necessidades da sociedade e do mundo jurídico.

2.5 O Poder inerente à família

O Poder Familiar ou Autoridade parental implica no exercício dos poderes e deveres dos pais em relação aos filhos, constituindo hoje mais uma gama de deveres do que poderes propriamente ditos. Essa nova denominação foi dada em substituição à antiga, o então chamado Pátrio Poder, este por sua vez dava a conotação apenas de poder inerente ao pai. Essa mudança se dá ao longo do

século XX, onde ocorreram as profundas mudanças nas relações familiares, distanciando assim da função precípua de poder do pai em relação aos filhos.

Um dos institutos mais marcantes na história do direito é sem dúvida o Poder Familiar. Sua origem está no seio das culturas mais remotas, e tem uma presença fundamental hoje, em pleno século XXI. Tendo sido as instituições romanas a base para as legislações modernas. No contexto romano, o pátrio poder era o sustentáculo da família patriarcal, era um poder comparado à propriedade, exercido pelo patriarca sobre todos e tudo que pertencesse à família, tendo o direito de vida e morte sobre os filhos, esposa, escravos e todos que estivessem ligados pela expansão da família por tempo indeterminado. Esse Poder era ao mesmo tempo de sacerdote, juiz, senhor dono dos filhos e dos seus bens, uma espécie de poder ilimitado (GRISARD FILHO, 2006).

Com o passar do tempo, com a influência do cristianismo esse poder foi perdendo sua rigidez e no século VI, muito embora revestido de rigor, as leis justinianas ajuizaram esse poder de maneira menos violenta ao modo que existia em épocas anteriores. No direito germânico o poder atribuído ao *pater* não era tão severo quanto em Roma, tendo em vista que era reconhecido o dever de criar e educar os filhos, e estes ganhavam a liberdade quando adquiriam capacidade. No direito moderno, o pátrio poder vem com o caráter protecionista, onde uma série de deveres ultrapassa os poucos direitos, passando neste contexto a ter o papel de um *múnus público* (LOTUFO, 2002).

Em um conceito moderno do que seja o poder familiar, Diniz (2007, p. 514) aduz:

O poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e deveres, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.

Nesse contexto, Rodrigues (2004, p. 355), afirma que o poder familiar é: “[...] um instituto de caráter eminentemente protetivo em que, a par de uns poucos direitos, se encontram sérios e pesados deveres a cargo de seu titular”

O Código Civil não define o poder familiar, apenas dispõe em seu artigo 1.630 que: “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) delimita a quem compete o seu exercício

em seu artigo 21: “O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma que dispuser a legislação civil, assegurando a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária [...]”. Este artigo do Estatuto foi acentuado graças ao artigo 226 § 5º da Constituição Federal de 1988, que fala dos direitos de igualdade entre o casal, tendo na sua redação que: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Desta feita, vê-se que os pais são os titulares desse poder. Os pais em conjunto, ou na impossibilidade de um o outro, e na ausência de ambos nomeia-se um tutor. Este poder-dever foi conferido da forma que existe hoje pelo Estado aos pais, com fulcro no princípio da proteção integral à criança, onde o Estado fiscaliza, controla e limita esse poder, tendo total interesse na formação social do indivíduo. Tendo em vista, ser primordial a sua formação que exista alguém que lhes eduque, ampare, defenda, dê carinho e cuide dos seus bens.

Dada a importância que o poder familiar tem, é necessário que se diga que este decorre tanto da paternidade natural, como da filiação legal, sendo um instituto irrenunciável, ou seja, os pais não podem abdicá-lo; intransferível, por não poder passar para outrem; inalienável ou indisponível, não se pode transferir para outra pessoa; e imprescritível, pelo fato de não decair com o decurso do tempo, mesmo que não seja exercido pelos pais (DIAS, 2006; DINIZ, 2007).

Assim sendo, cabe aos pais em relação aos filhos uma série de deveres impostos pela lei, bem como anota o artigo 1.634 do Código Civil que:

Compete aos pais, quanto a pessoa dos filhos menores:

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

Para Venosa (2007, p. 294), “[...] a atitude dos pais é fundamental para a formação da criança. Faltando com esse dever, o progenitor faltoso submete-se a reprimendas de ordem civil e criminal, respondendo pelos crimes de abandono

material, moral e intelectual”. Infringindo os deveres impostos pela lei, os pais podem ter o seu poder suspenso, destituído ou extinto.

A suspensão representa uma medida menos grave que a destituição, mesmo porque pode ser revista, ao passo que estejam superados os motivos que levaram a suspensão, sendo, pois, facultativa, visto que o juiz pode ou não aplicá-la. Os motivos que levam a aplicação desta sanção são os abusos de autoridade, que vão desde a falta de cumprimento de deveres, o descuido com os bens do menor e a condenação com pena excedente a dois anos de prisão. Cessado o fato ensejador da suspensão cabe à justiça analisar a viabilidade da volta do menor para o seu guardião (DIAS, 2006).

A destituição é uma sanção mais grave que a suspensão do poder, visto que se dá por sentença judicial, excepcionalmente pode ser restabelecido através de um processo contencioso, tendo desaparecido a causa propulsora. Os motivos que dão causa à destituição, estão dispostos no artigo 1.638 Código Civil, quais sejam, castigar imoderadamente os filhos; deixar o filho em abandono material e ou moral; praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; incidir reiteradamente, no abuso de sua autoridade, na falta dos deveres paterno-maternos, na dilapidação dos bens da prole, entre outros atos que possam dissipar a integridade do menor (DINIZ, 2007).

A extinção se dá de acordo com o artigo 1.635 do Código Civil, no caso de morte dos pais ou do filho; emancipação ou maioridade do filho; adoção e por decisão judicial que decreta a perda do poder nas proposições do artigo 1.638 do Código Civil.

Isto posto, vê-se que o poder dado à família em relação a seus filhos é de suma importância para que estes sejam criados e educados para a sociedade que os espera, fato que leva o Estado à constante vigilância dos que formam o seu ente, com o intuito de zelar e preparar para um futuro sólido e sadio.

2.6 A função social da família

A Constituição Federal afirma no *caput* de seu artigo 226 que “a família é a base da sociedade, tendo especial proteção do Estado”. Neste prisma, o Estado

passa a ter especial atenção no que diz respeito à família, fato que leva ao firme cuidado de regulamentar a entidade familiar, hoje de fundamental importância na formação da sociedade.

O formato que a família alcançou ocorreu por meio de muitas transformações em sua estrutura, em seus valores, e, primordialmente, em sua função frente à formação do indivíduo. Isto influenciou diretamente na formação das normas que regem o Direito de Família. Esta tem uma fundamental função perante a sociedade, o Estado então passa a ver cada vez mais o ente familiar como essencial a sua formação, e neste contexto precisa ser constantemente vigiada e cuidada, através de um ordenamento que permita sua proteção e regulamentação.

A família atual tem uma função social, influenciada pela posição que ocupa frente à Constituição e as leis infraconstitucionais que a regulam, pela dimensão alcançada no seio social. Neste sentido, Almeida (2007), afirma que:

A família contemporânea sofreu impactos e foi alterada em sua estrutura, função e valores, abandonando o modelo patriarcal e patrimonialista, fundado exclusivamente no casamento, para abrir-se a novas formas de constituição, mais flexíveis, democráticas, igualitárias e plurais, baseadas no amor e nos laços de afetividade entre seus membros. Tal mudança acabou por determinar as feições principiológicas da norma constitucional e infraconstitucional, mais recentemente, passando o Direito a reconhecer como entidade familiar outros agrupamentos, construindo hermeneuticamente o princípio da afetividade, especialização do princípio da dignidade da pessoa humana, como principal elemento definidor do conceito de família. Nesse cenário, surge o instituto da função social da família como reflexo dessa mudança de paradigmas.

Sabe-se que a maioria das alterações relacionadas ao Direito de Família, no Código Civil, são providas da Constituição de 1988, a qual determina a igualdade absoluta dos cônjuges e dos filhos, não existindo mais diferenças de direitos e deveres entre o marido e a mulher, bem como entre os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, tendo os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer denominações discriminatórias atinentes à filiação.

Assim sendo, a função social da família é um meio de inserir valores sociais ao ordenamento, no que concerne ao modo de interpretar a lei no momento de serem tomadas as decisões perante a justiça. Posto que, a família passou a ser reconhecida de forma extensiva pela Constituição Federal (REALE, 2003)

Com o advento da Constituição de 1988 se passa a ter uma nova concepção de família, onde esta ocupa o núcleo do ordenamento jurídico, consolidando o

princípio da dignidade humana, como propriedade fundamental, desencadeando desta forma uma revisão e adaptação do direito de família. Neste sentido, Cachapuz (2006, p.98) afirma que: “novos paradigmas passam a influenciar o núcleo familiar, que deixa de ser hierarquizado, para se tornar igualitário à medida que pais e filhos passam a ter posições do mesmo nível”.

Assim a função social da família é importante mecanismo a permitir a incorporação de valores éticos e sociais para o interior das normas existentes hoje quando da interpretação e aplicação do Direito. Tendo em vista que as normas mudaram em virtude da inserção de novos valores, a forma de julgar também mudou, para que se acompanhe as necessidades da sociedade ora existente. Sendo, pois, a dignidade humana o centro da função da entidade familiar (ALMEIDA, 2007).

Neste sentido, a noção de função social traz à baila verdadeiras necessidades do ser humano em sua realidade, sendo considerado em duas dimensões que são pertinentes, quais sejam, sua condição individual e, por conseguinte, sua condição social. Nesta acepção preleciona Reale (2003) em artigo publicado que: “Estabelecido esse critério social, não se deixa, porém, de atender a razões de equidade [...]”. Ou seja, quando o juiz for tomar uma decisão em um caso concreto deve-se levar em conta todas as situações que o norteiam, para que assim, sua decisão seja vestida de ética e retidão.

Para tanto, é de essencial importância por parte do Estado a função de nova instrumentalização do direito, na tentativa de equilibrar as relações sociais, levando a funcionalização do instituto jurídico, evitando assim, que se tenha a satisfação apenas de caráter individual em detrimento do geral. Sendo assim, a própria jurisprudência reconhece a necessidade de interpretação dos institutos privados frente ao contexto social, tendo em vista que não reconhecer função social à família e à interpretação do ramo jurídico que a estuda é como não reconhecer função social à própria sociedade (TARTUCE, 2006).

2.7 A importância da família na formação dos filhos

A família tem o papel precípua de formar o ser humano, de dar a orientação e carinho necessário ao seu desenvolvimento. Os pais na vida dos filhos são o seu norte, o ponto de apoio para sua construção como indivíduo apto para a vida e para a sociedade que o espera. Para tanto, a participação na formação e desenvolvimento dos filhos é de suma importância. Sabe-se que a personalidade do indivíduo é formada quando ainda criança, incluindo-se os traços de caráter. Assim, a ausência do pai ou da mãe retira um fator de referência na vida da criança e do adolescente.

A relação entre pais e filhos mudou muito ao longo do tempo, principalmente a relação entre pai e filho. A mãe sempre esteve ao lado do filho tendo quase toda responsabilidade na criação, o contexto atual pede a ajuda mútua dos pais na educação, que como já se pensou não é um papel unicamente da mãe com a mínima participação do pai. Sendo hoje a presença do pai vital para a construção sadia do filho, visto que, sua ausência causa problemas para a vida inteira (VEIGA, 2008).

Shinyashiki (2009) em um estudo acerca do papel do pai na formação do filho cita que:

São vários os pontos na atuação do pai que determinam a criação de uma base firme para a vida futura de seus filhos. Entre eles, o compartilhar do tempo livre para brincadeiras e atividades conjuntas, a abertura ao diálogo e a extinção dos tabus, a atenção ao mundo da criança e, finalmente, a maneira como o pai responde as exigências e comportamentos do seu filho. Quando colocadas em prática de forma equilibrada, esses pontos destacados solidificam a base emocional sobre a qual a criança irá se desenvolver, para se transformar em um adulto emocionalmente bem estruturado e de bem consigo mesmo.

Diante de uma separação, os pais devem manter a mesma relação de convivência com os filhos, posto que, a união entre o casal pode ter acabado mas o vínculo com os filhos não. É de se ressaltar que após a separação, os filhos menores ficam com quem a guarda lhe for atribuída, em função da melhor conveniência para a criança. Nesse momento é onde ocorre a quebra da relação de um dos pais com o filho, que em sua maioria incide na ausência do pai.

No entanto, é de entendimento majoritário que mesmo após a separação do casal a necessidade da proximidade do pai é de suma importância, tendo em vista os reflexos que sua falta irá trazer para o filho que ficou sem o seu apoio. Pode-se ver que a omissão das funções paternas já se apresentam hoje, inclusive, como um fenômeno social espantoso, gerando as péssimas sequelas conhecidas por toda sociedade, como o aumento da delinquência juvenil, dos distúrbios de ansiedade, ou seja, um indivíduo que não está preparado para a vida (PEREIRA, 2004).

Portanto, fica evidente a importância da presença paterna no período compreendido pela infância e adolescência. Estas fases necessitam da constante orientação, carinho, presença dos pais, para que os filhos cresçam seres humanos preparados para a vida

3 RESPONSABILIDADE CIVIL

Os conflitos vivenciados pela sociedade contemporânea trazem à tona a grande questão da persecução do direito ao ressarcimento pelos danos que lhe são causados na esfera da responsabilidade civil, o que traz um grande reflexo no mundo jurídico, tornando-se esta parte do Direito Civil um tema bastante desafiador aos juristas, no que diz respeito às novas fronteiras que este assunto vem tomando.

3.1 Linhas gerais

O momento vivido pela atual situação concernente à responsabilidade civil é fruto das intensas mudanças no âmbito do direito como um todo. Todos os dias aparecem novas situações a serem abarcadas por este ramo, exatamente por este ser um meio pelo qual o indivíduo que se sente prejudicado em virtude da quebra de um acordo, de uma ação ou omissão praticada contra si, que veio a lhe trazer prejuízos, no âmbito patrimonial ou moral, seja efetivamente compensado pelo dano que lhe foi causado.

Diante das circunstâncias enfrentadas pelos fóruns e tribunais de todo o país podemos ver o quanto vem crescendo a busca pela tutela da responsabilidade civil, fato este, que implica aos julgadores a imensa cautela diante da análise de cada caso, com o fito de que ocorra ao final da ação uma coerente resolução do fato concreto. Posto que, cada vez mais esta matéria vai tomando novos horizontes que devem ser abarcados pela legislação vigente.

É de se ter atenção especial à tendência que a responsabilidade civil toma, pois, amplo é o interesse do estudo das novas situações que aparecem todos os dias diante dos juízes. Neste contexto, Gonçalves (2007a, p. 01) afirma que: “o tema é, pois, de grande atualidade e de enorme importância para o estudioso e para o profissional do Direito”. Visto que, é a partir do domínio do assunto que serão resolvidas as celeumas a todo momento postas em questão.

3.2 Concepção e construção histórica

A noção de responsabilidade civil vem da ideia de ressarcimento, restauração, reparação de um dano injustamente causado. Sendo que para se chegar a esta aceção houve toda uma evolução ao longo de nossa história, tendo em vista que a responsabilidade quando surgiu era pautada na vingança privada.

A palavra responsabilidade deriva do verbo latino *respondere*, indicando o fato de ter alguém sido garantidor de algo, termo este que contém a raiz latina *spondeo* escrita romana que liga ao devedor nos contratos verbais (DINIZ, 2007).

A responsabilidade surge nas civilizações antigas com as raízes cravadas na vingança pessoal, sendo na época uma solução comum para reparação do mal sofrido, não se tinha neste momento a concepção de culpa. Neste contexto, surge a Lei de Talião, ou seja, “olho por olho, dente por dente” como forma de regulamentar a vingança privada. Nesse momento o Direito Romano passa a aplicar a pena de Talião de forma proporcional, onde propunha a composição entre a vítima e o ofensor, ou como escrevem Stolze e Pamplona Filho (2007, p. 10), “[...] em vez de impor que o autor de um dano a um membro do corpo sofra a mesma quebra, por força de uma solução transacional, a vítima receberia, a seu critério e a título de *poena*, uma importância em dinheiro ou outros bens”.

A intervenção da autoridade estatal foi sendo inserida aos poucos, tanto que a transação de início era opcional, logo depois passou a ser obrigatória, tendo em vista que houve uma necessidade de o Estado intervir nesses conflitos. Valendo salientar que neste momento ainda não se diferenciava a responsabilidade civil da penal, sendo a pena a forma de reparar todas as ofensas, fato que leva o Estado a separar os delitos públicos dos privados (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2007).

Após esses acontecimentos surge a *Lex Aquilia* ou lei aquiliana, verdadeira revolução no âmbito da responsabilidade civil, onde primava pela substituição das multas fixas pela pena proporcional ao dano causado, considerando o ato ilícito autônomo, fazendo surgir a partir desse fato o conceito atual de responsabilidade extracontratual. É retirada desse preceito a ideia de se punir a culpa pelos danos injustamente provocados, mesmo que não exista relação obrigacional anterior (VENOSA, 2007).

Somente no século XXI que o conceito de culpa vem ser desenvolvido, onde se passa a compreender a teoria da reparação dos danos, como afirma Venosa (2007, p.17): “a teoria da reparação dos danos começou a ser perfeitamente compreendida quando os juristas equacionaram que o fundamento da responsabilidade civil situa-se na quebra do equilíbrio patrimonial provocado pelo dano”. Sendo que foi o direito francês que aprimorou os conceitos romanos, passando a estabelecer princípios gerais da responsabilidade civil, bem como sua incorporação ao Código de Napoleão, tendo em vista que este serviu de base para várias legislações, inclusive para o Código Civil brasileiro de 1916.

No entanto, com o avanço e desenvolvimento da sociedade, especificamente após a Primeira Guerra Mundial houve uma necessidade de adequação à realidade ora existente, ou seja, os conflitos exigiam soluções novas do sistema jurídico, que teve que se adequar para atender a tais casos. Visto que, o desenvolvimento trouxe à baila novas diretrizes que fizeram com que o sistema de aplicabilidade da responsabilidade civil fosse moldado à necessidade que se apresentava àquele momento. Neste contexto se passa a aceitar novas teorias, que por sua vez rezavam pela reparação do dano decorrente ou somente em face do risco criado, situação que até então não era prevista, onde essas novas teorias foram abarcadas pelas legislações modernas, incluindo o Código Civil de 2002 (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2007).

Neste diapasão, pode-se observar todo o processo pelo qual passou a responsabilidade civil para chegar aos parâmetros e concepção em que se encontra hoje. Pois, os sentidos que são dados atualmente a esse ramo do direito civil é resultado de sua construção ao longo do tempo. Neste sentido Cavalieri Filho (2008, p. 02) traz em sua obra a concepção etimológica e jurídica de responsabilidade civil, onde escreve:

Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

Em sentido mais usual e baseado no Código Civil, Diniz (2007, p. 34) define que:

[...] a responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

Assim sendo, diante da dinâmica evolutiva da sociedade, a responsabilidade civil toma novas dimensões todos os dias, ampliando seu alcance, renovando o seu conceito, com o fim de dirimir os conflitos que surgem constantemente. A partir disso é que são modificadas as normas, que a jurisprudência vai criando novos posicionamentos no sistema jurídico, tendo em vista a infinidade de casos que aparecem diariamente nos tribunais de todo o país e que necessitam da renovação constante do direito.

3.3 Natureza e função da reparação civil

A responsabilidade civil decorre sempre da prática de um ato ilícito, ação ou omissão, ou seja, quando se viola uma norma jurídica, este fato por sua vez gera um desequilíbrio na ordem social, sendo consequência deste ato a aplicação de uma sanção, em decorrência do não cumprimento de um dever juridicamente tutelado. A sanção neste caso é o resultado de um ato ilícito praticado, fazendo com que a natureza da responsabilidade seja em qual for a esfera, cível, criminal, administrativa, terá sempre cunho sancionador (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2007)

Neste sentido, a responsabilidade civil que se origina de norma jurídica, pelo fato de culminar em uma indenização, não deixa de ser uma sanção. Pois, esta indenização se origina não do fato ilícito em si, e sim em decorrência de normas jurídicas positivadas que previam que se os atos fossem praticados, estes eram punidos por este tipo de sanção.

Para tanto, tem-se que a responsabilidade civil tem natureza sancionadora, mesmo que se materialize como pena, indenização ou compensação pecuniária, tendo em vista a violação de um direito positivado.

A função da reparação civil consiste em fazer com que o transgressor repare o dano causado, para que o equilíbrio que foi quebrado entre a vítima e o causador do dano seja devolvido, é o que se chama de *statu quo ante*. Se não mais é possível

voltar ao estado de antes, procura-se na medida do possível reparar a vítima na medida do dano que lhe foi causado, indeniza-se na dimensão do dano (CAVALIERI FILHO, 2008).

Pode-se perceber que as funções primordiais da reparação são: a de compensar o dano à vítima, ou seja, retornar as coisas ao estado de antes; punir o ofensor pelo ato praticado e desmotivar a prática da conduta lesiva, com o fito de mostrar a sociedade que aquele ato é punido pelo Estado. Neste sentido, Diniz (2007, p. 05) afirma que: “o interesse em restabelecer o equilíbrio violado pelo dano é a fonte geradora da responsabilidade civil”.

Com isso, note-se que a função precípua da responsabilidade civil é a de restaurar o equilíbrio jurídico-econômico na ordem social.

3.4 Espécies de responsabilidade

No que diz respeito às espécies de responsabilidade pode-se dividir de acordo com o fato que a ocasiona, ou seja, de onde advém, levando em conta o elemento subjetivo ensejador da conduta omissiva ou comissiva praticada. A partir desse contexto temos as seguintes espécies de responsabilidade, quais sejam, a responsabilidade civil e penal; a responsabilidade contratual e extracontratual e a responsabilidade objetiva e subjetiva.

No que concerne à responsabilidade civil e penal, se parte da seguinte premissa: o fator ilicitude, ou seja, de onde ele vem é que define o tipo de responsabilidade. Visto que, a ilicitude civil ocorre quando o autor do ato viola norma civil, no âmbito do Direito Privado. Enquanto que, a responsabilidade penal provém da infringência de norma penal, no âmbito do Direito Público. Ou seja, leva-se em conta a origem da norma jurídica violada (CAVALIERI FILHO, 2008).

Pode-se dizer que a punição ou reparação a ser aplicada para efeitos civis ou penais depende do interesse perante a sociedade, sendo que esta se encarrega daquilo que a atinge diretamente e deixa ao particular o ato de restauração própria, através da busca da restauração à custa do ofensor. Neste sentido, vale dizer que outro aspecto que distingue essas duas espécies de responsabilidade é o fato de que a pena é pessoal, intransferível, o réu responde com privação de sua liberdade,

cabendo ao Estado o ônus da prova, enquanto que na civil o ofensor responde com o seu patrimônio e a vítima tem o ônus da prova, tendo que enfrentar uma gama de entraves em sua persecução, correndo o risco de ficar irressarcida caso o condenado a indenizar não possua bens para tal feito (GONÇALVES, 2007a).

Ainda existe a possibilidade de um ato ser responsabilizado civil e penalmente ao mesmo tempo, neste caso se pune na proporcionalidade das ações praticadas, sendo a primeira exercitada pela vítima, onde se almeja a reparação e a segunda pela sociedade, visando à punição. Aqui a ação civil sofre uma grande influência da ação penal no que tange a sua efetiva reparação.

A responsabilidade contratual e extracontratual existe em função da relação jurídica obrigacional estabelecida anteriormente, de um contrato, por exemplo, ou por fato que gera uma obrigação imposta por lei. Com base nisso, é que se resolveu dividir a responsabilidade civil em contratual e extracontratual, neste sentido Cavalieri Filho (2008, p.15) escreve que:

[...] a doutrina divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual, isto é, de acordo com a qualidade da violação. Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamado de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamado de ilícito aquiliano ou absoluto.

A responsabilidade contratual como afirma o próprio nome, tem origem em um contrato, seja qual for o tipo, assim sendo, quem transgredir as obrigações contratadas fere diretamente o dever jurídico do negócio acordado, configurando um ilícito contratual, acarretando com isso a obrigação de indenizar a vítima pelos danos causados. Neste caso o credor está obrigado a demonstrar que houve a quebra do contrato, enquanto o devedor só não arcará com o pagamento da indenização se provar que está acobertado por uma das excludentes de ilicitude, quais sejam, culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior (CAVALIERI FILHO, 2008; GONÇALVES, 2007a).

Quando um indivíduo transgride um dever legal, configurando assim um ilícito extracontratual, ou seja, provocado fora dos negócios jurídicos, é o que caracteriza a responsabilidade extracontratual, tendo esta origem na inobservância de um dever jurídico de não prejudicar outrem, desta forma inexistente vínculo jurídico entre a vítima

e o ofensor, quando este pratica o ato danoso. Ficando o transgressor neste caso obrigado a reparar os danos causados à vítima na proporção em que houve o efetivo prejuízo. Implicando no fato de o autor da ação ter o ônus de provar que o dano se deu por culpa do agente, o que de certa forma dificulta a reparação do dano comparando-se com a responsabilidade contratual, onde basta provar que houve a quebra do contrato (GONÇALVES, 2007a).

No entanto existe uma tendência à unificação da responsabilidade contratual e extracontratual, fundada na teoria monista, levando em conta os doutrinadores que tanto uma como a outra se fundam na culpa como elemento ensejador da reparação ou indenização, havendo neste sentido uma espécie de culpa genérica, como forma de facilitar a compreensão e a aplicação do direito. O Brasil continua adotando a teoria dualista como se verifica nas legislações e na doutrina (VENOSA, 2007).

No que concerne à responsabilidade subjetiva e objetiva, tem-se que o elemento culpa será ou não o que irá definir o tipo de responsabilidade que o transgressor responderá.

Na responsabilidade subjetiva a culpa é o seu principal pressuposto no momento de se aplicar a sanção. Nas palavras de Gonçalves (2007a, p. 30), “diz-se, pois, ser ‘subjetiva’ a responsabilidade quando se esteia na idéia de culpa. A prova de culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável”. Neste contexto vale dizer que só se caracteriza a responsabilidade se o ofensor agiu com dolo ou culpa, trata-se da concepção clássica de que a vítima só terá o dano sofrido reparado se comprovada a culpa do agente, o que muitas vezes dificulta a reparação.

O Código Civil brasileiro adota a teoria clássica da responsabilidade fundada na culpa, conforme prescreve o seu artigo 186, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Ou seja, o Código brasileiro se filiou como regra à teoria subjetiva.

Embora o Código Civil brasileiro tenha adotado a teoria subjetivista, este regula uma infinidade de casos especiais, casos estes, baseados na responsabilidade objetiva que se fundamenta na chamada teoria do risco, como está disposto no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil que: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua

natureza, risco para os direitos de outrem.” Sendo que a responsabilidade objetiva pode ser encontrada em várias leis esparsas, tais como o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Acidentes de Trabalho, entre outras.

Para a responsabilidade objetiva não é exigida a culpa para que o dano seja reparado, em certos casos a culpa é prevista em lei, e em outros não se faz necessária, bastando que exista o dano e o nexo de causalidade, ou seja, pela responsabilidade objetiva todo dano é indenizável, devendo ser compensado por quem a ele está ligado por um nexo de causalidade entre a ação e o dano independente de culpa. Posto que, na teoria do risco a pessoa que desenvolve qualquer atividade que oferece risco a terceiro está obrigado a arcar com os possíveis danos que venham ocorrer (GONÇALVES, 2007a).

Nesse diapasão, pode-se constatar que as duas formas de responsabilidade se compatibilizam e se completam, visto que, a responsabilidade subjetiva como regra responsabiliza o indivíduo por ação ou omissão, culposa ou dolosa que veio a ocasionar dano a outrem. E no contexto dos negócios jurídicos que se leve em conta a responsabilidade objetiva, atendendo desta forma ao dinamismo dos casos que são encontrados no ordenamento jurídico brasileiro.

Para os fins deste estudo, se faz necessário o enfoque na responsabilidade civil extracontratual subjetiva, tendo em vista que a reparação no âmbito do abandono afetivo se funda na culpa como elemento que enseja a reparação civil do indivíduo que alega o dano sofrido.

3.5 Previsão legal da responsabilidade civil

Dentro da legislação brasileira, a responsabilidade civil está disposta no Código Civil, na Constituição Federal, bem como em diversas leis esparsas.

No Código Civil a responsabilidade se apresenta de acordo com a ideia de responsabilidade objetiva e subjetiva. Assim sendo, os artigos 186 e 927 dispõem sobre a responsabilidade subjetiva, tendo-se que, se faz necessário que haja culpa para a reparação do dano, sendo este imprescindível para que se qualifique o ilícito, posto que, inexistindo culpa inexistente o dever de reparar.

Com o surgimento da necessidade de reparação dos danos independente de culpa e de culpa presumida, surge a responsabilidade objetiva, podendo-se encontrar fundamento nos artigos 936 e 937 do Código Civil, onde tratam da responsabilidade do dono de animal e do dono do edifício em ruína; nos artigos 938, 927, parágrafo único, 933 e 1.299, que responsabilizam respectivamente o dono ou responsável de casa de onde caírem ou forem lançados objetos que venham causar dano a outrem, assim como responsabiliza quem exercita uma atividade em que haja um potencial de periculosidade, os pais, os empregadores e os proprietários em geral pelos efetivos danos causados aos seus vizinhos (GONÇALVES, 2007a).

A Constituição Federal traz em seu corpo a responsabilidade objetiva do Estado e dos servidores públicos, em seu artigo 37 § 6º. Outras leis especiais também a respeito dessa responsabilidade, quais sejam, o Código Brasileiro de Aeronáutica, a Lei dos Acidentes de Trabalho, o Código de Defesa do Consumidor, entre outras.

A principal inovação do Código Civil de 2002 no campo da responsabilidade civil, na ótica de Gonçalves (2007a, p. 12) foi o fato do parágrafo único do artigo 927 “[...] não revogar as leis especiais existentes, e de ressaltar as que vierem a ser promulgadas, permitindo que a jurisprudência considere determinadas atividades já existentes, ou que vierem a existir, como perigosas ou de risco”. Visto que, as atividades tidas como perigosas eram apenas as descritas em lei especial, sendo que, se não fossem assim consideradas eram enquadradas na regra geral do Código Civil, qual seja, a da responsabilidade subjetiva.

3.6 Requisitos de aplicabilidade

Partindo-se da premissa de que a ninguém é dado causar prejuízo a outrem (*neminem laedere*). E em análise ao artigo 186 do Código Civil, *in verbis*: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Pode-se concluir que os pressupostos para aplicação da responsabilidade civil são: a conduta humana, o nexo de causalidade e o dano oferecido à vítima.

3.6.1 Conduta humana

Ao tratar da conduta humana será dada relevância à culpa como elemento integrante desta, visto que, seu valor jurídico juntamente com a conduta trará uma melhor compreensão do tema ora estudado.

Conceituando conduta humana Cavalieri Filho (2008, p. 24), prescreve que:

“entende-se, pois, por conduta o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas. Ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico ou subjetivo”.

Neste sentido, tem-se que ação humana divide-se em positiva ou comissiva e negativa ou omissiva.

A ação positiva manifesta-se quando se pratica um ato, uma conduta ativa, a exemplo de uma pessoa que colide o seu veículo no muro de uma outra. Já a ação negativa é o não fazer algo, o sujeito se abstém, se omite em relação a uma situação, fato este que gera um dano se este comportamento for de relevância jurídica, como exemplo um médico que deixa de socorrer um paciente, que por este motivo veio a ter complicações em seu quadro clínico (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2007).

É de se notar que a omissão só deverá ser punida quando a pessoa tem o dever jurídico de agir, ou seja, em uma situação jurídica que o sujeito a impedir o efeito danoso.

Um outro ponto que vale a pena ser citado é o fator ilicitude do ato, no que diz respeito à conduta praticada, tendo em vista que a ilicitude é o elemento necessário a composição do dano, traduzindo-se este comportamento na transgressão de um dever (VENOSA, 2007).

No que concerne à responsabilidade subjetiva é mister expor que não apenas a prática de um ato, nem tampouco a condição lesiva gera reparação, tendo em vista que a conduta deverá ser culpável, ou seja, passível de um juízo de censura. No entanto, este juízo de repreensão tem que ser reconhecido pelo ofensor, posto que, não o sendo reconhecido, se está diante de um caso de inimputabilidade. Visto que, o agente não tem capacidade de discernir o reprovável do certo, enquanto o

imputável tem a noção exata da conduta praticada, devendo, desta forma, responder pelo ato cometido.

A culpa como já foi dito é um fator de suma importância no momento de imputar responsabilidade de cunho subjetivo a alguém. Faz-se necessário, neste caso, um estudo mais aprofundado da noção de culpa no âmbito de sua aplicabilidade na responsabilidade subjetiva.

Sendo a culpa um dos elementos da responsabilidade civil é mister que a conduta positiva ou negativa seja voluntária, ou então, que haja negligência ou imprudência por parte do agente. Nas palavras de Gonçalves (2007a, p. 295):

Para que haja obrigação de indenizar, não basta que o autor do fato danoso tenha procedido ilícitamente, violando um direito (subjetivo) de outro ou infringindo uma norma jurídica tuteladora de interesses particulares. A obrigação de indenizar não existe, em regra, só porque o agente causador do dano procedeu objetivamente mal. É essencial que ele tenha agido com culpa: por ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência, como se exige o art. 186 do Código Civil.

Age com culpa o sujeito que podia e devia agir de outro modo, ou seja, o agente atua de modo reprovável pelo direito, só podendo ser pessoalmente censurado pela sua conduta.

Diz-se neste sentido que quando a conduta é buscada pelo agente e voluntariamente alcançada, se está falando da culpa em sentido *latu sensu* ou dolo. No entanto se o dano sofrido decorre de negligência ou imprudência por parte do agente, se fala então em culpa em sentido *stricto sensu* ou culpa aquiliana. Implica tais danos, seja em virtude do dolo ou da culpa propriamente dita na violação do dever de previsibilidade da ocorrência dos fatos danosos e na falta de medidas eficazes a evitá-los (GONÇALVES, 2007a).

A culpa *strictu sensu* ou aquiliana tem em sua essência a falta de execução de um dever de cuidado. Como preleciona Cavalieri Filho (2008, p. 32):

“[...] o agente podia conhecer ou observar, ou, como querem outros, a omissão de diligencia exigível, a dificuldade da teoria da culpa está justamente na característica precisa da infração desse dever ou diligência, que nem sempre coincide com a violação da lei”.

Existe neste caso um dever de cuidado objetivo, ou seja, a cautela necessária para não gerar violação a bens jurídicos de outrem. Com base nisto chega-se à

conclusão de que são imprescindíveis para que haja culpa a conduta voluntária do agente e que o resultado seja involuntário; o fato de se ter previsão ou previsibilidade do fato; e a falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção por parte do ofensor (CAVALIERI FILHO, 2008).

A falta de cautela gera a imprudência, imperícia ou a negligência, sendo estas, um modo de externar a conduta culposa. O indivíduo que falta com o dever de cuidado e comete um ato comissivo ilícito, está agindo com imprudência. O que age da mesma forma, cometendo um ato omissivo ilícito, atua com negligência. Já o sujeito que pratica uma falha que decorre da falta de habilidade técnica que deveria ter, para exercitar certa atividade, atua com imperícia.

Por ser a culpa sempre a violação de um dever de cuidado, a sua intensidade não se distingue no momento de condenar o agente causador do dano nos termos adotados pelo Código Civil, este não faz distinção entre dolo e culpa, nem tampouco a intensidade desta. Ou seja, por mais leve que seja a culpa, existe a obrigação de indenizar, pois, o que importa na verdade é a extensão do dano, e não o grau de culpa do agente (GONÇALVES, 2007a).

Ainda se especifica a culpa em *in eligendo*, *in vigilando* e *in custodiendo*, bem como a culpa *in comitendo* e *in omittendo*. Gonçalves (2007a, p. 301), sobre essas espécies prescreve que:

A culpa *in eligendo* é a que decorre da má escolha do representante ou preposto. *In vigilando* é a que resulta da fiscalização sobre pessoa que se encontra sob responsabilidade ou guarda do agente. E *in custodiendo* é a que decorre da falta de cuidados na guarda de algum animal ou objeto.

[...]

A culpa *in comitendo* ou *in faciendo* resulta de uma ação, de um ato positivo do agente. A culpa *in omittendo* decorre de uma omissão, só tendo relevância para o direito quando aja o dever de não se abster.

Pode-se falar ainda em culpa presumida e culpa contra a legalidade; culpa exclusiva e a culpa concorrente.

Fala-se em culpa presumida quando a lei estabelece presunção relativa (*juris tantum*), ou seja, existem situações em que a lei prevê em alguns casos a presunção de culpa, facilitando para a vítima a busca da reparação do dano sofrido. Assim sendo, acontece a inversão do ônus da prova, não tendo que provar a culpa do agente, posto que, por norma cogente ela é presumida e o agente que prove que não agiu com culpa (CAVALIERI FILHO, 2008).

A culpa contra a legalidade é entendida quando um indivíduo transgride, inobserva, um dever imposto por lei ou regulamento, ou seja, a falta de atenção à norma positivada passar a configurar culpa do agente. A exemplo dos motoristas que violam as leis de trânsito (VENOSA, 2007)

Pode-se falar em culpa exclusiva quando o fato ocorre por culpa somente da vítima, sendo o agente apenas um mero objeto do fato, não existe neste caso relação de causalidade entre o ato e o dano ocorrido, nem tampouco responsabilidade do agente. É o caso de uma pessoa que se atira na frente de um veículo de uma rodovia de alta velocidade com o intuito de suicidar-se (GONÇALVES, 2007a).

Já a culpa concorrente existe “[...] quando, paralelamente à conduta do agente causador do dano, há também a conduta culposa da vítima, de modo que o evento danoso decorre do comportamento culposos de ambos”, (CAVALIERI FILHO, 2008, p.41). Ou seja, haverá uma concorrência de culpa, onde, no momento da reparação cada um responde pela sua parcela de culpa na medida de sua participação.

Portanto, pode-se perceber que o elemento culpa tem uma imensa ligação com a conduta que vem a causar um dano, seja qual for a espécie, o grau ou dimensão, o que se sabe é que ela interfere diretamente no momento de interpretar a conduta e de dizer se ela foi ou não danosa, e se foi, qual a proporção do dano e sua respectiva reparação.

3.6.2 Relação de causalidade

O nexos de causalidade, ou seja, a relação de causalidade é a ligação ou vínculo de causa e efeito entre a conduta praticada e o consequência do ato.

A priori a primeira questão que deve ser analisada antes mesmo de analisar quem atuou ou não com culpa é se o sujeito deu causa ao resultado. Na lição de Cavalieri Filho (2008, p. 46), prescreve-se que:

Não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos

uma relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato.

Sendo assim, o nexo de causalidade é o que estabelece o liame entre uma ação ou omissão e determinado fato, e a partir disso pode-se concluir quem deu causa ao dano.

Surge neste momento a dúvida de qual o critério a ser usado para definir se determinado fato foi ou não definitivo para a composição do dano. Nesse contexto, existem três teorias que definem se a conduta contribuiu ou não para o resultado, quais sejam: a teoria da equivalência das condições, a da causalidade adequada e a dos danos diretos e imediatos (GONÇALVES, 2007a).

A primeira teoria, diz respeito à equivalência das condições, ou seja, todo fato antecedente que tenha concorrido para causar o dano é considerado como causa, partindo da premissa de que não ocorrendo pelo menos uma delas o dano não existiria. Esse preceito também é chamado de teoria da condição *sine qua non*, pelo fato de a conduta praticada ser a condição sem a qual o dano não ocorreria.

Na teoria da causalidade adequada, somente o ato que por si só é capaz de produzir o dano é considerado como causa. Neste caso, a causa não é só o precedente que se necessita, mas, o requisito adequado à consequência do ato. “Logo, se várias condições concorrem para determinado resultado, nem todas serão causas, mas somente aquela que for mais adequada à produção do evento”, (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 49).

A terceira e última teoria é chamada dos danos diretos e imediatos, citada por Gonçalves (2007a, p. 331), onde se tem que esta teoria, “[...] nada mais é do que um amálgama das anteriores, uma espécie de meio termo, mais razoável. Requer ela que haja, entre a conduta e o dano, uma reação de causa e efeito direta e imediata”, ou seja, não será indenizado um dano remoto, sendo este, consequência indireta do fato, envolvendo neste caso a questão dos lucros cessantes, onde se tem que para estes existirem passaria a concorrer outros fatores, o que não seria justo para quem irá reparar um dano.

No entanto, existe uma celeuma quanto a essas teorias. Posto que, para Cavalieri Filho, a teoria acolhida pelo direito civil brasileiro é a da causalidade adequada. Já Gonçalves afirma que a teoria adotada pelo Código Civil foi a teoria

dos danos diretos e imediatos, que melhor analisa o fato ao resultado, isso com base no artigo 403 do referido Código, *in verbis*: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.”

Discussões à parte, e independente da teoria adotada, o que deve importar na verdade que o juiz faça uma análise concreta de cada caso, para que o agente seja obrigado a reparar um dano de acordo com o prejuízo efetivo a que deu causa, e pela conduta que praticou.

Para tanto, o sujeito fica isento de responsabilidade se estiver acobertado por uma das excludentes de responsabilidade. Posto que, estas interferem nas condutas ilícitas e desfazem o nexo de causalidade. São excludentes de ilicitude: o estado de necessidade, a legítima defesa, a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito ou de força maior e a cláusula de não indenizar (GONÇALVES, 2007a).

Com relação às causas preexistentes, supervenientes e concomitantes, estas não interferem na relação de causalidade, o que se leva em conta na verdade é o fato principal que deu causa ao resultado final.

3.6.3 Dano causado

Como pressuposto para que se responsabilize alguém no âmbito civil é mister que haja um dano a ser reparado, visto que, não haverá reparação sem que exista um efetivo prejuízo.

Tem-se, pois, que dano é o prejuízo a qualquer bem jurídico, abrangendo desde o patrimônio até a honra, bem como outros bens tutelados. Só se responsabiliza alguém havendo um dano efetivo à vítima, desta feita, será necessária a prova real e concreta do prejuízo sofrido. Tendo em vista que, para que seja reparado um dano, este tem que ser comprovado que ocorreu, no âmbito patrimonial ou moral, com base nos bens jurídicos efetivamente violados (DINIZ, 2007).

Os danos são, pois, divididos em material ou patrimonial e moral ou extrapatrimonial. Onde o dano patrimonial compreende o dano emergente e o lucro

cessante, ou seja, o que a vítima perdeu e deixou de ganhar em decorrência do dano a seu patrimônio. Já o dano moral, envolve a reparação pelas consequências sofridas em virtude da lesão a sua honra, a sua dignidade, a seu nome. Não se paga pela dor sofrida, no entanto se procura atenuar as consequências sofridas, buscando uma função satisfatória e de pena, havendo, pois, uma compensação.

Neste estudo, se faz necessário um aprofundamento maior quanto ao dano moral, tendo em vista que o tema abordado neste trabalho, o abandono afetivo, está inserido no âmbito do dano moral, fato este, que faz necessária uma análise mais profunda do assunto.

Fazendo-se um breve apanhado do dano patrimonial para fins didáticos, tem-se nas palavras de Cavalieri Filho (2008, p.71), que o dano patrimonial é aquele que: “[...] atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro”. Sendo tal dano capaz de ser recuperado ao seu estado de antes, ou quando não se tem essa possibilidade, parte para a reparação por meio de um bem de igual valor ou indenização.

Pode-se dividir o dano patrimonial em dano emergente e lucro cessante. Sendo que, o dano emergente ou positivo é aquele que causa a deficiência real e efetiva do patrimônio da vítima, ou seja, imediata diminuição do seu patrimônio, sendo, pois, a diferença entre o que existia antes e depois do fato que ocasionou o dano, não ensejando maiores dificuldades no momento da fixação da indenização (DINIZ, 2007).

O lucro cessante ou dano negativo pode ser entendido como a perda de um ganho esperável, como reflexo posterior do ato ilícito praticado. Ou seja, é a privação de um ganho que se teria caso o ato ilícito não tivesse sido praticado. Nesse sentido Stolze e Pamplona Filho (2007, p. 41), escreve que os lucros cessantes correspondem: “[...] àquilo que a vítima deixou razoavelmente de lucrar por força do dano, ou seja, ‘o que ela perdeu’ ”. Neste momento há que ter se atenção para que não se confunda lucro cessante com lucro imaginável, para isto, os juízes devem fazer uso da razoabilidade para definir se existe ou não o lucro cessante, para assim com cautela se fixar o valor da indenização.

Visto o arcabouço do dano patrimonial, é mister agora o estudo do dano moral.

Tem-se, pois, por dano moral ou extrapatrimonial a lesão de bens de conteúdo não patrimonial, ou seja, que atinge bens no âmbito da personalidade do lesado.

Para Diniz (2007, p. 88), “o dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica [...]”.

Na visão de Gonçalves (2007a, p. 358), “o dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando o seu patrimônio. É a lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, o bom nome [...]”.

Hoje o dano moral tende a ser revisto sob a ótica constitucionalista, onde o ser humano e as questões sociais são colocados no ápice da pirâmide da Constituição. Fazendo com que estas questões sejam aplicadas diretamente por qualquer ramo jurídico, desde que, aplicadas em harmonia com a Constituição. Numa visão constitucional, o dano moral pode ser visto como uma violação à dignidade. Resultando que os direitos da personalidade podem ser violados em várias dimensões e diferentes níveis, envolvendo assim, todas as ofensas à pessoa, sendo estas consideradas nas dimensões individual e social no momento de aplicar a reparação do dano (CAVALIERI FILHO, 2008).

Neste sentido, cabe dizer que hoje o dano moral não está adstrito apenas à dor, tristeza e sofrimento, sendo de sua tutela todos os bens personalíssimos de ordem ética.

Pelo fato da imaterialidade do dano moral, este não é suscetível de avaliação pecuniária, sendo, pois, a vítima compensada pela indenização imposta ao ofensor, de forma satisfativa e sancionadora, em virtude da lesão ocasionada. Desta feita, passa a existir uma compensação, que vem a atenuar as conseqüências do dano sofrido. “A indenização funcionará também como uma espécie de *pena privada* em benefício da vítima”, como aponta Cavalieri Filho (2008, p. 81, grifo do autor)

Afora as divergências encontradas quanto à natureza da reparação do dano moral, Gonçalves (2007a, p. 257) escreve que:

Tem prevalecido, no entanto, o entendimento de que a reparação pecuniária do dano moral tem duplo caráter: compensatório para a vítima é punitivo para o ofensor. Ao mesmo tempo que serve de lenitivo, de consolo, uma espécie de compensação para atenuação do sofrimento havido, atua como sanção ao lesante, como fato de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem.

Para tanto, os juízes diante de todas as demandas que surgem cada vez mais ficam sem ter parâmetros específicos para a quantificação da indenização, posto que, não existem critérios que definam um valor proporcional a cada situação, tendo em vista que, após o advento da Constituição de 1988 não se estabelece mais limite prefixado para ser consultado pelo juiz, como prelecionava o Código de Telecomunicações e a Lei de Imprensa. Neste contexto, deve o juiz se ater ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade, como norte para a fixação da indenização. E após uma análise criteriosa dos fatos, arbitrar o *quantum* a ser pago de acordo com o bom senso (DINIZ, 2007; CAVALIERI FILHO, 2008).

No momento de se fixar o valor da indenização deve-se levar vários fatores que interferem diretamente na dimensão do dano ocasionado, tais como: a condição social, educacional e econômica do ofendido; a intensidade do sofrimento; a condição econômica do ofensor; a amplitude da culpa; o peso e repercussão da ofensa; bem como as circunstâncias que nortearam a prática do ilícito (GONÇALVES, 2007a).

Portanto, o valor arbitrado não pode ser maior que a extensão do dano, nem superior ao que o ofensor possa pagar, tendo em vista, este ter seu patrimônio tão comprometido ao ponto de não poder mais prover seu próprio sustento. Nem tampouco, o valor pode ser tão irrisório que se torne inócuo e sem efeito para o fim estabelecido.

3.7 Indenização, ressarcimento e reparação

Comumente na seara da responsabilidade civil encontram-se os termos indenização, ressarcimento e reparação dos danos. É necessário, portanto, que se faça a distinção entre tais termos.

Indenizar é o mesmo que reparar o dano que se causou à vítima, em sua integralidade. Sendo possível é restabelecido o bem ao estado de antes, não o sendo, se busca então uma compensação em forma de indenização.

Tem-se, pois, que ressarcimento é o pagamento do dano material sofrido, abrangendo o dano emergente e o lucro cessante. Enquanto que a reparação é a

compensação pelo dano moral. Tendo a indenização se tornado um gênero das espécies ressarcimento e reparação, em virtude de sua utilização neste sentido pela Constituição, onde assegura em seu artigo 5º, incisos V e X, indenização por dano moral e material. Tendo em vista, que o termo indenização era de início utilizada para designar a compensação do dano proveniente da prática de ato ilícito por parte do Estado (GONÇALVES, 2007a).

Desta feita, o termo indenização pode ser utilizado para designar tanto o ressarcimento como a reparação de um dano.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA: DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO

Em face do Direito de Família ter se tornado cada vez mais humanizado, e pela importância que a família ocupa na sociedade, as relações no âmbito familiar apresentam ampla proteção por parte do Estado, fato este, que leva o Direito de Família a buscar respaldo em outros ramos para a solução dos conflitos que surgem no campo de suas relações, fazendo com que haja uma expansão da proteção inerente às relações familiares com o objetivo precípua do seu resguardo.

Para tanto, a responsabilidade civil tem sido de fundamental importância na resolução dos conflitos no seio das relações familiares, auxiliando desta forma o Direito de Família no que concerne à reparação de danos injustos sofridos em meio a uma relação familiar.

4.1 Responsabilidade civil nas relações de família

As constantes transformações ocorridas na sociedade e conseqüentemente na família vêm exigindo do Estado a responsabilidade de dirimir os conflitos que passaram a surgir.

Com o propósito de proteger a dignidade humana nas relações de família, são instituídos deveres e assegurados direitos aos seus membros por meio de normas de ordem pública, desta forma contribuindo para a manutenção harmoniosa do vínculo familiar.

Por outro lado, quando esses deveres são descumpridos, a pessoa que foi lesada pode vir a sofrer graves danos, tendo nesta condição o direito à reparação, como ocorre diante da prática de ato ilícito nas demais relações jurídicas (SILVA, 2006).

Nesse contexto, a responsabilidade civil nas relações de família surge pela necessidade de se tutelar valores inerentes à família, deveres estes, que ao serem descumpridos geram a responsabilização civil como resposta aos danos causados,

e que podem ser abarcados pela responsabilidade civil como coadjuvante de um outro direito, neste caso o Direito de Família.

Não há, pois, que se confundir a culpa nas relações de família com o simples desamor. Tendo em vista que, a falta de amor, por si só, não gera uma consequência no âmbito jurídico. No entanto, se esse desamor provoca o descumprimento de um dever, seja no âmbito do casamento, na relação com os filhos, aí sim, surge o ato ilícito e o direito à reparação por parte do ofendido (SILVA, 2006).

Não há dúvida de que a causa do insucesso em uma relação familiar seja de difícil apuração, o que não exime o judiciário de uma devida apreciação, tendo em vista, esta possuir apoio legal. Posto que, os conflitos na esfera familiar devem ser vistos com muito mais cuidado e cautela.

Neste diapasão é de se salientar que existe um grande conflito na aplicação da reparação civil por dano moral nos casos em que está em pauta a falta de amor como fato gerador de um ato ilícito. Como é o caso do abandono afetivo objeto de do presente estudo.

4.2 O abandono afetivo como elemento ensejador de dano moral

A questão do abandono afetivo em decorrência do desamparo dos pais em relação aos filhos tem sido palco de grande discussão no cenário do direito brasileiro, pelo fato de este abandono estar gerando reparação civil por dano moral e pela questão do uso da responsabilidade civil no Direito de Família.

Em muitos casos a separação dos pais gera dentre outros problemas o distanciamento entre estes e seus filhos, fazendo com que haja uma quebra de deveres e direitos. E é nessa quebra de deveres, ou seja, no descumprimento voluntário de uma conduta que aparece o direito do filho de ser indenizado pelo dano sofrido.

A reparação pelo desamparo emocional de um dos pais ou de ambos está gerando a pretensão de indenizações, tendo como fundamento a falta de amparo dos pais na criação dos filhos.

Cabe, neste contexto, definir o que vem a ser o abandono afetivo, a fim de se ter um melhor entendimento acerca do assunto. Nesse sentido Hironaka (2007, grifo do autor) escreve que:

O abandono afetivo se configura, desta forma, pela omissão dos pais, ou de um deles, pelo menos relativamente ao *dever de educação*, entendido este na sua acepção mais ampla, permeada de afeto, carinho, atenção, desvelo. Esta a fundamentação jurídica para que os pedidos sejam levados ao Poder Judiciário, na medida em que a Constituição Federal exige um tratamento primordial à criança e ao adolescente e atribui o correlato dever aos pais, à família, à comunidade e à sociedade.

A partir deste conceito pode-se observar que o abandono afetivo é a falta dos deveres fundamentais dos pais para com os seus filhos, ou seja, a falta de atenção necessária ao sadio desenvolvimento da criança e do adolescente, onde se inclui o afeto, o carinho, a participação na educação. Tudo isso como fator essencial de formação do ser humano, para que este seja um adulto plenamente capaz para o convívio social.

A questão do abandono afetivo ganhou repercussão a partir do julgamento da apelação cível 408.550-5 proferida pela 7ª Câmara Cível do extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais no ano de 2004, apelação esta, que reconheceu o dano moral por abandono afetivo, negado em primeira instância, condenando o pai pelo desamparo a uma indenização no valor de 200 (duzentos) salários mínimos. Segue parte da ementa:

EMENTA - 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 (dano - art.186), que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável (responsabilidade civil subjetiva - art. 927), com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. (Apelação Cível 2.0000.00.408550-5/000(1), da Sétima Câmara Cível. TJ/MG. Relator Des. Unias Silva. DJ 29 abr. 2004)

A ação que deu resultado à apelação supracitada trata-se do caso de um menor de quinze anos de idade que representado por sua mãe promoveu uma ação de reparação dos danos morais sofridos em decorrência da ausência do pai nos momentos mais importantes de sua vida, como assim ele alega que, após várias tentativas frustradas de reaproximação com o seu genitor desde os seis anos a única coisa que recebeu foi o desprezo (SILVA, 2006).

Esse julgado foi o primeiro a conceder a indenização por abandono afetivo, sendo, pois, de grande importância, ao passo que a partir dele se passou a aplicar a responsabilidade civil por abandono afetivo em outras decisões. Apesar de ter sido reformado no recurso perante o Superior Tribunal de Justiça, essa apelação serve de base para outras decisões favoráveis à indenização. Este fato gerou grande discussão entre os juristas quanto à aplicação ou não da indenização por abandono afetivo.

O recurso especial interposto perante o STJ pelo pai foi reconhecido e provido, em face da alegação de que a indenização só foi pedida pelo fato de ter sido promovida uma ação revisional de alimentos, o que segundo o proponente teria sido o motivo do pedido da ação de indenização por danos morais. No entanto, o jovem foi avaliado psicologicamente onde se constatou o efetivo dano psicológico o que parece não ter sido levado em conta pelo egrégio Tribunal. Observe-se a ementa da decisão do recurso:

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 [...].

Ainda outro questionamento deve ser enfrentado. O pai, após condenado a indenizar o filho por não lhe ter atendido às necessidades de afeto, encontrará ambiente para reconstruir o relacionamento ou, ao contrário, se verá definitivamente afastado daquele pela barreira erguida durante o processo litigioso?

Quem sabe admitindo a indenização por abandono moral não estaremos enterrando em definitivo a possibilidade de um pai, seja no presente, seja perto da velhice, buscar o amparo do amor dos filhos [...]. (REsp 757.411-MG, da Quarta Turma. STJ. Relator Ministro Fernando Gonçalves. DJ 27 mar. 2006).

O recurso foi provido por quatro votos a um, pelo fundamento de ser o abandono afetivo incapaz de reparação pecuniária. Com voto desfavorável ao recurso o Ministro Barros Monteiro (REsp 757.411-MG, 2006) baseado no fundamento de que: “cabe ao pai não só o dever de alimentar, mas também o dever de assistência moral e afetiva”, estando livre de indenizar o filho somente se comprovasse motivo relevante para o abandono.

Este caso do jovem Alexandre encontra-se no Supremo Tribunal Federal à espera do julgamento do recurso extraordinário, espera-se que o insigne Tribunal atente para a importância da questão que está para ser decidida, tendo em vista que

sendo julgado desfavorável o recurso, estar-se-á renegando inúmeros princípios constitucionais, bem como eximindo os pais da responsabilidade de cuidar dos filhos. Posto que, o afeto não é apenas um sentimento. É também uma ação em relação aos filhos, vindo a indenização contemplar exatamente aquilo que não se pode obrigar. Cabe, pois, ao STF, a partir do julgamento deste caso particular abrir portas para um novo pensamento jurídico, para haver uma conduta da família com base na responsabilidade, inclusive afetiva (PEREIRA, 2009).

Desse modo, o ajuizamento deste tipo de ação de indenização cada vez mais comum demonstra a realidade social que vive a família em face das inúmeras separações entre os casais que dão ensejo ao abandono dos filhos que ficam a mercê da falta de assistência do pai que se foi, deixando para a mãe a função que deveria ser sua.

Neste sentido, Pereira (2008, grifo nosso) em artigo publicado observa em relação ao julgamento pelo STJ do REsp 757.411-MG que:

No caso julgado pelo STJ em 2005, o abandono era apenas afetivo. O pai sempre pagou pensão alimentícia ao menor. *Faltou alimento para a alma*, afinal de contas, nem só de pão vive o homem. O pai, por seu lado, apresentou suas razões, dizendo que sua ausência se justificava por ter-se casado novamente e que moravam em cidades diferentes, etc. Será que há alguma razão/justificativa para um pai deixar de dar assistência moral e afetiva a um filho? A ausência de prestação de uma assistência material seria até compreensível, se tratasse de um pai totalmente desprovido de recursos. Mas deixar de dar amor e afeto a um filho... não há razão nenhuma capaz de explicar tal falta.

Neste contexto, pode-se notar que o abandono não é só a falta de carinho, este é apenas um dos componentes deste. O que se está em pauta é a completa falta de assistência quanto à criação, educação, convívio, ou seja, são vários fatores que estão inseridos no desamparo da vítima.

Não basta, pois, a prestação de alimentos por parte dos genitores, isto não os exime das tantas outras responsabilidades que um pai e uma mãe devem ter. Como declara a Constituição Federal os pais têm o dever e não uma faculdade de dar assistência aos filhos.

A corrente que é contrária a aplicação da reparação civil por abandono afetivo afirma que não se pode quantificar o amor, nem tampouco obrigar alguém que ame outro, e que o Direito de Família tem normas próprias para punir este tipo de situação, como a perda do poder familiar se comprovada a falta de assistência dos

pais, não se devendo fazer uso da responsabilidade civil para dirimir esse tipo de conflito (PEREIRA, 2008).

Em análise à questão Souza (2009), em artigo publicado escreve que: “Será que, na maioria das vezes, a perda do poder familiar, não alivia o pai ou mãe que não deseja cumprir com seu dever para com o filho”. Destarte, a decisão proferida no acórdão do TJ/MG embora cite a afetividade que deve existir nas relações entre pais e filhos, não firmou o julgamento com base nisto, e sim, de maneira acertada no descumprimento do dever de convívio e educação do filho, o que corresponde ao direito do filho em estar na companhia do pai e ser por ele educado, configurando assim o ato ilícito que ensejou a decisão, ou seja, o desrespeito do pai à dignidade do filho. Tendo em vista que, não existe a obrigação de amar ou de nutrir afeto, nem mesmo em relações familiares (SILVA, 2006).

Neste sentido, o juiz da 31ª Vara Cível do Estado de São Paulo decidiu pela condenação do pai que abandonou a filha a pagar indenização por danos morais, nos seguintes termos:

DECISÃO MONOCRÁTICA QUE CONDENOU UM PAI A PAGAR INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS À SUA FILHA POR ABANDONO. A par da ofensa à integridade física (e psíquica) decorrente de um crescimento desprovido do afeto paterno, o abandono afetivo se apresenta também como ofensa à dignidade da pessoa humana, bem jurídico que a indenização do dano moral se destina a tutelar. Para que o réu seja condenado a indenizar o dano moral por ele causado à autora não seria necessário que se demonstrasse que o requerido é o único culpado pelos dramas e conflitos atuais da autora, embora afinal não haja prova de nenhuma outra explicação para o estado psicológico atual da requerente além do abandono afetivo de que foi vítima por culpa do réu. Basta que se constate, como se constatou, o abandono de responsabilidade do requerido. Os autos não contêm apenas demonstração de problemas psicológicos de uma filha. Mostram também uma atitude de alheamento de um pai, com o que o réu não está sendo condenado apenas porque sua filha tem problemas, e sim porque deliberadamente se esqueceu da filha. (31ª Vara Cível Central de São Paulo. Autos nº 01.036747-0. Juiz Luis Fernando Cirillo. São Paulo, 05 de junho de 2004. Publicado em 26 de junho de 2004).

A aplicação da indenização não se trata, pois, de dar preço ao amor, ou compensar a dor, se tem uma função muito mais importante que é a punição de caráter pedagógico, que tem por fim conscientizar os pais de que o seu papel na vida do filho é de extrema importância, e o descumprimento deste gera um dano grave ao filho, devendo sua conduta ser cessada ou evitada (SOUZA, 2009).

Neste mesmo sentido, Pereira (2008, grifo nosso) assevera que:

As razões apresentadas estão apoiadas em que não se pode coagir um pai a amar seu filho, pois, afinal, o amor não tem preço e não há como obrigar alguém a amar outrem, nem mesmo pais aos filhos, ou vice-versa. Tudo isso é bem compreensível, claro: não é possível obrigar ninguém a amar. No entanto, *a esta desatenção e a este desafeto devem corresponder uma sanção*, sob pena de termos um direito acéfalo, um direito vazio, um direito inexigível. Se um pai ou uma mãe não quiserem dar atenção, carinho e afeto àqueles que trouxeram ao mundo, ninguém pode obrigá-los, mas à sociedade cumpre o papel solidário de lhes dizer, de alguma forma, que isso não está certo e que *tal atitude pode comprometer a formação e o caráter dessas pessoas abandonadas, afetivamente*.

O direito tem de estar em consonância com a realidade jurídico-social ao passo que o Direito de Família passa por transformações paradigmáticas que necessitam de uma solução, trazendo uma nova reflexão para o direito, tal como é o caso da adoção por casais homossexuais, do reconhecimento da união homoafetiva, das barrigas de aluguel e a indenização por abandono afetivo.

O abandono afetivo desatende o que preceitua o art. 227 da CF/88, e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei nº 8.069/90) no que concerne ao direito à dignidade e à convivência familiar que deve ser assegurada pela família, o que fere o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como o princípio da afetividade que está inserido no da dignidade humana. Além de outros princípios tais como o da proteção integral da criança e da paternidade responsável.

O descumprimento do dever de assistência fere diretamente o preceito constitucional assegurado no artigo 227 da Constituição Federal (grifo nosso), *in verbis*:

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

Desse modo, os pais que deixam de prestar assistência à prole estão indo de encontro não só aos princípios constitucionais, como também às diversas normas infraconstitucionais.

No Código Civil, o artigo 1.634 I e II, estabelece que: “compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I – dirigir-lhes a criação e educação; II – tê-los

em sua companhia e guarda”. E ainda preceitua no artigo 1.632 que a separação dos pais ou a dissolução da união estável “[...] não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

A Constituição Federal e o ECA adotaram o princípio da proteção integral, onde as crianças e adolescentes passaram a ter um número imenso de garantias e direitos, e através dessas garantias elencou quem são os responsáveis pela efetivação desses direitos, quais sejam, a família, a sociedade e o Estado (art. 227 da CF/88 e art. 4º do ECA).

Em comentário ao artigo 4º do ECA, Dallari (2008, p. 42) escreve que:

É lógica e razoável a atribuição de responsabilidade à família. Esta é juridicamente responsável perante a criança e o adolescente, mas, ao mesmo tempo, tem responsabilidade também perante a comunidade e a sociedade. Se a família for omissa no cumprimento de seus deveres ou se agir de modo inadequado, poderá causar graves prejuízos à criança e ao adolescente, bem como a todos que se beneficiariam com o seu bom comportamento e que poderão sofrer os males de um eventual desajuste psicológico ou social.

O ECA estabelece em seus artigos 7º, 15 e 19, entre outros direitos o desenvolvimento sadio e harmonioso, o direito ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e sujeitos de direitos civis, humanos e sociais, bem como o direito de serem criados e educados no seio de sua família.

A dignidade é o maior valor do ser humano, assim como a importância da afetividade na construção da personalidade humana, ou seja, o afeto, a atenção, o carinho são fatores determinantes na formação do indivíduo. Por isso que a afetividade passou a fazer parte do macroprincípio da dignidade humana contemplado pela Constituição (GULHERME, 2006).

As famílias de hoje estão cada vez mais centradas no afeto, exigindo dos pais o dever de criar e educar os filhos dando-lhes o carinho indispensável para a formação de sua personalidade, sendo este um dever concernente ao poder familiar, a quebra deste dever implica na quebra do princípio da paternidade responsável. Posto que, o pai tem o dever de conviver com o filho, assim como de visitá-lo. (DIAS, 2006).

Com base no princípio da dignidade humana foi julgada a apelação cível do TJ/MG, sendo a justificativa do desembargador Unias Silva que: "A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana"(AC nº 408.550-5. TJ/MG, 2004).

Sendo assim, o desembargador mineiro sob o prisma do princípio da dignidade humana, estruturado este pelo princípio da afetividade, analisa que o dano sofrido pelo filho, em relação à sua dignidade e a conduta ilícita praticada pelo pai estão em consonância com o artigo 186 c/c o artigo 927 do CC, ou seja, ao se omitir de cumprir seu dever familiar de convívio e educação, por meio da afetividade e ter uma relação paternal com o seu filho, o pai faz com essa atitude que se configure o nexo causal entre a omissão e o dano sofrido (GUILHERME, 2006).

A partir desse julgado o Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu o recurso de apelação em favor da vítima de abandono moral e material, com a seguinte ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. AUTOR ABANDONADO PELO PAI DESDE A GRAVIDEZ DE SUA GENITORA E RECONHECIDO COMO FILHO SOMENTE APÓS PROPOSITURA DE AÇÃO JUDICIAL. DISCRIMINAÇÃO EM FACE DOS IRMÃOS. ABANDONO MORAL E MATERIAL CARACTERIZADOS. ABALO PSÍQUICO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO PARA ESTE FIM. Se o pai não alimenta, não dá amor, é previsível a deformação da prole. Isso pode acontecer, e acontece, com famílias regularmente constituídas. Não se trata de aferir humilhações no decorrer do tempo. Ninguém é obrigado a amar o outro, ainda que seja o próprio filho. Nada obstante, a situação é previsível, porém, no caso da família constituída, ninguém, só por isso, requer a separação; ocorre que, na espécie, o abandono material e moral, é atitude consciente, desejada, ainda que obstada pela defesa do patrimônio, em relação aos outros filhos - o afastamento, o desamparo, com reflexos na constituição de abalo psíquico, é que merecem ressarcidos, diante do surgimento de nexo de causalidade. (Apelação 552.574-4/4-00, da Oitava Câmara de Direito Privado. TJ/SP. Relator Des. Caetano Lagrasta. DJ 17 mai. 2008)

Deste modo, é necessário que existam os pressupostos para a configuração do dano moral e a consequente reparação civil como foi visto no capítulo anterior.

No caso do abandono afetivo o dano deve ser evidente e atingir a personalidade do indivíduo, devendo também que o pai saiba da existência do filho e este do seu pai, havendo a omissão no dever de assistência de forma consciente.

Ou seja, o juiz diante do caso concreto avaliará a existência ou não dos pressupostos para a partir disso aplicar da melhor maneira a sanção.

Assim, há que se avaliar a existência da omissão, do nexo de causalidade e do efetivo dano. Avaliam-se então os autos, ouvem-se as partes, testemunhas, e o menor passa por uma análise técnica-psicológica para se saber através desta avaliação a ocorrência dos danos ora alegados e sua extensão, posto que, a aplicação do dano moral por abandono afetivo não se trata de mera arbitrariedade do julgador e sim de uma extensa avaliação de cada caso (HIRONAKA, 2007).

Em análise aos pressupostos da responsabilidade civil para a aplicação da sanção pelo dano causado, Hironaka (2007) em artigo publicado escreve que:

O dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo [...] A ausência injustificada do pai origina – em situações corriqueiras – evidente dor psíquica e conseqüente prejuízo à formação da criança, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção (função psicopedagógica) que a presença paterna representa na vida do filho, mormente quando entre eles já se estabeleceu um vínculo de afetividade.

[...] torna-se necessária a comprovação da culpa do genitor não-guardião, que deve ter se ocultado à convivência com o filho, e deliberadamente se negado a participar do desenvolvimento de sua personalidade, de forma negligente ou imprudente.

Avulta, assim, a importância da perícia a fim de se estabelecer não só a existência do dano, como a sua causa. Necessário, portanto, a fixação, em caráter retrospectivo, da época em que os sintomas do dano sofrido pela criança começaram a se manifestar, pois não se poderá imputar ao pai um dano que tenha se manifestado em época anterior ao abandono.

Há aqui que se abrir um parêntese para se falar dos fatores que impedem a convivência dos pais com os filhos, eximindo de culpa o genitor não guardião, como é o caso do pai que fixa residência em local de grande distância e não tem recursos para fazer visitas frequentes ao filho; em caso de doença que o impeça de ter participação efetiva na vida do filho; ou entre outros casos, o de impedimento ou dificuldade imposta pelo genitor guardião a fim de impedir as visitas e participação que o outro tem direito, o que não é incomum na realidade vivida (HIRONAKA, 2007).

Neste sentido, ressalte-se que a análise do caso concreto é o que determina a existência ou não de culpa, e esta assim como os outros pressupostos estando presentes é que cabe a aplicação da reparação civil à vítima. Posto que, há que se ter o cuidado de evitar o uso do motivo: abandono afetivo, para propor ações de indenização pela desavença entre casais, que usam o filho menor como escudo de

suas intrigas e discórdias. Neste caso cabe ao genitor ofendido também exigir reparação civil do genitor guardião que deu causa à litigância de má fé. Desta forma, evita-se a banalização das indenizações por abandono afetivo.

Para o genitor guardião que impõe obstáculos de forma dolosa ou culposa a visita e convivência do filho com o outro genitor por determinação judicial, o ECA em seu artigo 249 impõe: “pena – multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência”.

Existem vários meios de se prevenir o abandono afetivo, dentre eles a efetiva participação dos juízes e dos representantes do ministério público quando do momento da audiência de separação que envolva menores, observando, por exemplo, como está a convivência da criança com os pais, se há acordo homologado de visitas, não o havendo que este seja proposto e conseqüentemente fixado, mesmo que não acordado entre as partes, podendo neste caso o juiz fazer uso dos princípios da proteção integral da criança, da dignidade humana e do melhor interesse da criança para determinação de ofício da fixação de visitas (MOURA, 2006).

No entanto, talvez a maneira mais eficaz de evitar os transtornos causados pelo abandono afetivo esteja no instituto da guarda compartilhada que foi regulamentada pela Lei 11.698/08.

A guarda dos filhos pode ser unilateral ou compartilhada, sendo a primeira atribuída a um só dos genitores, que detém a guarda por apresentar melhores condições de exercitá-la, e o outro tem apenas o direito a visitas e a supervisionar os interesses dos filhos, ou seja, não tem uma participação direta na vida do filho, fato este que vinha gerando muitas discórdias entre os pais e prejudicando os menores em sua formação. Já na guarda compartilhada, os pais dividem a responsabilidade legal sobre os filhos ao mesmo tempo, compartilhando as obrigações e decisões no que concerne aos filhos, sendo os pais tratados desta forma com mais igualdade, uma dos pais pode deter a guarda física ou material do filho, no entanto, fica ressaltado o fato de ambos terem todos os direitos e deveres relativos ao poder familiar. (ANGELUCI, 2006).

Posto que, como afirma Dias (2006, p. 107) por muitas vezes “[...] o guardião impedia o direito de visita do outro genitor, por vingança, não raro pelo inadimplemento da obrigação de alimentar.”

A guarda compartilhada é, pois, uma maneira coerente e justa de resolver o problema da convivência dos pais separados com os filhos, com isso evitando os inúmeros conflitos advindos da relação pós-divórcio, ressaltando os casos especiais que não devem fazer parte deste instituto.

Neste caso não haveria um único detentor da guarda, evitando as regras muitas vezes abusivas e humilhantes do genitor guardião, que fazem com que a relação entre a família desconstituída se torne traumática, onde o menor fica exatamente entre os conflitos dos pais, fato que gera trauma e revolta, e o conseqüente afastamento do outro genitor que não detém a guarda e é também vítima neste caso. E a conseqüência disto é o afastamento entre pais e filhos, privando estes da convivência que tem direito e necessidade para a sua formação (ANGELUCI, 2006).

No entanto, quando nenhuma dessas soluções apresentadas surtirem efeito e os filhos forem desamparados por quem tem o dever de amparar, cuidar, educar e dar a atenção necessária ao seu desenvolvimento, não demonstrando nenhum interesse em reatar uma relação com o menor, e através dessas atitudes causar danos ao filho, resta a aplicação dentro do estudo de cada caso da responsabilidade civil pelo abandono dos genitores que não cumprem o seu papel.

Com o fito de defender a aplicabilidade da responsabilidade civil por abandono afetivo Dias (2006, p.107) assevera que:

A lei obriga e responsabiliza os pais no que toca aos cuidados com os filhos. A ausência desses cuidados o abandono moral, viola a integridade psicofísica dos filhos, bem como o princípio da solidariedade familiar, valores protegidos constitucionalmente. Esse tipo de violação configura o dano moral. Quem causa dano é obrigado a indenizar. A indenização deve ser em valor suficiente para cobrir as despesas necessárias para que o filho possa amenizar as sequelas psicológicas mediante tratamento terapêutico.

Assim sendo, o descaso dos genitores que deixam de conviver com os seus filhos descumprem um papel preponderante no sadio desenvolvimento destes, acarretando danos irreparáveis e graves conseqüências à vida dos filhos. Neste sentido Silva (2006, p.96) escreve que:

Se o genitor não cumpre esse dever recusando-se sistemática e injustificadamente a visitar o filho, tal omissão é verdadeiro abandono emocional, que acarreta danos morais graves ao menor, sujeitando o lesante à condenação no pagamento da indenização cabível.

Destarte, sabe-se que os maus tratos contra a pessoa dos filhos podem acontecer de várias formas, como a violência física, sexual e psicológica ou emocional, o que vem a ocasionar danos que vão desde transtornos no desenvolvimento psíquico à sequelas físicas, fatos estes que podem levar os menores à delinquência, o que deve assegurar ao lesado a reparação civil cabível, em virtude de os pais pelo poder familiar que lhes é conferido, têm deveres, e estes geram consequências no âmbito jurídico (DIAS, 2006).

Tendo em vista ser o assunto da reparação civil pelo abandono moral bastante difícil de ser analisado pelo julgadores, Gonçalves (2007b, p.700) destaca que:

A questão é delicada, devendo os juízes ser cautelosos na análise de cada caso, para evitar que o Poder Judiciário seja usado, por mágoa ou outro sentimento menos nobre, contra os pais ausentes e negligentes no trato com os filhos. Somente em casos especiais em que fique cabalmente demonstrada a influência negativa do descaso dos pais na formação e no desenvolvimento dos filhos, com rejeição pública e humilhante, justifica o pedido de indenização por danos morais. Simples desamor e falta de afeto não bastam.

A indenização por abandono afetivo, se bem empregada e configurada pela cautela e bom senso, não sendo transformada em um palco de brigas e vaidades, e nem como fonte de enriquecimento ilícito, se converterá em um artifício de grande relevância para a configuração de um Direito de Família muito mais de acordo com a realidade em que se vive, desempenhando um importante papel de cunho pedagógico na esfera das relações familiares.

O valor da indenização deve ser analisado em cada caso, visto que, deve ser em valor suficiente para cobrir as custas de um tratamento psicológico adequado a vítima e ao mesmo tempo que este sirva de sanção ao genitor relapso e irresponsável.

Quando o dano for efetivamente constatado, diante de toda uma análise do caso e a realização da perícia psicológica da vítima, restando a configuração do dano. Há que se fazer uso do princípio da razoabilidade e proporcionalidade para a fixação do *quantum* da indenização, levando-se em conta a situação socioeconômica do ofensor e a extensão do dano causado.

A partir dessa configuração o juiz pode avaliar e posteriormente se chegar a um valor razoável da indenização a ser aplicada.

4.3 Projeto de Lei nº 700/2007

As consequências do desamparo dos pais podem causar danos intransponíveis ao menor no futuro e que já podem ser observados no presente, tais como, a depressão, a revolta, o abandono do lar e a delinquência, entre outras consequências. Tendo em vista que, os inúmeros problemas sociais que se vivencia hoje têm sua causa originária na falta de estrutura familiar, o que serve de alerta para a solução do problema.

Com o intuito de acabar com as inúmeras controvérsias existentes em relação ao julgamento das causas relativas ao abandono afetivo ou moral e a insegurança jurídica gerada por essa situação, o Senador Marcelo Crivella (PRB-RJ) elaborou o Projeto de Lei nº 700/2007. Onde caracteriza o abandono afetivo como ilícito civil e penal.

Propõe-se com este projeto a modificação no Estatuto da Criança e do Adolescente, acrescentando ao estatuto a obrigação dos pais de assistência moral, que possibilite o acompanhamento da formação psíquica, moral e social do menor, podendo os pais em caso de negligência serem condenados à prisão e ao pagamento de indenização.

O Projeto de Lei 700/2007 tem por finalidade modificar a Lei nº 8.069/90 (ECA) com a seguinte ementa: “Modifica a Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990 (‘Estatuto da Criança e do Adolescente’) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências.”

Tem-se como justificativa ao projeto a prevenção e solução dos intoleráveis casos de negligência dos pais para com os filhos, tendo como fundamento o artigo 227 da CF/88, zelando pelo direito do menor à dignidade e ao respeito (BRASIL, 2007).

O Senador Marcelo Crivella (BRASIL, 2007, grifo do autor), em justificativa ao projeto escreve que:

Amor e afeto não se impõem por lei! Nossa iniciativa não tem essa pretensão. Queremos, tão-somente, esclarecer, de uma vez por todas, que os pais têm o DEVER de acompanhar a formação dos filhos, orientá-los nos momentos mais importantes, prestar-lhes solidariedade e apoio nas situações de sofrimento e, na medida do possível, fazerem-se presentes quando o menor reclama espontaneamente a sua companhia.

O que se pretende com este projeto é dar aos menores desamparados o respeito e a dignidade que não recebem dos seus pais.

Este projeto encontra-se desde 18/05/2009 na relatoria da Câmara de Constituição e Justiça do Senado Federal, devendo entrar em pauta para discussão nos próximos meses.

Destarte, esse projeto vem para proporcionar às vítimas de abandono afetivo a segurança de que o julgador não irá indeferir o seu pedido por falta de norma regulamentadora, tendo em vista que muitos casos não são julgados favoráveis pelo fato de os juízes entenderem que não existe norma que regule este tipo de conduta, ou seja, estes entendem que apenas os preceitos existentes no Direito de Família são os cabíveis para a resolução desses conflitos.

Portanto, a segurança jurídica, assim como o amparo aos menores que são vitimadas pelo descaso dos pais, será de grande valor para o fim a que se destina o projeto de lei.

CONCLUSÃO

Diante do estudo realizado, pôde-se observar as transformações da família e de suas respectivas relações ao longo do tempo, bem como o resultado do fruto da evolução da instituição familiar, assim como o surgimento de conflitos em face dessas transformações, o que exigiu do direito que se adaptasse às necessidades da realidade social de cada época.

Observou-se também a preocupação constante do Estado em proteger a família, tendo em vista ser esta a base de qualquer sociedade, merecendo todo o zelo e proteção, para que assim tivesse através de uma família bem estruturada o alicerce para a construção de um Estado equilibrado.

Constatou-se a importância da família na formação do indivíduo, sendo esta o elemento fundamental para a formação e desenvolvimento do ser humano, bem como se verificou os prejuízos ao indivíduo em virtude da falta de estrutura no seio familiar, tais como as sequelas sofridas causando danos irreparáveis.

Verificou-se que a partir da preocupação do Estado em proteger a família advieram várias leis que trataram de forma bem mais específica, constitucionalizada e humanizada a entidade familiar, com o fim precípuo de protegê-la. Assim sendo, a proteção integral do Estado à família aconteceu com o advento da Constituição Federal de 1988, que se preocupou de forma extensiva em zelar pela família.

Viu-se que foi com base na Constituição de 1988 que foram feitas as alterações para promulgação do Código Civil de 2002, baseado nos princípios constitucionais, trazendo para o Direito de Família importantes soluções para vários conflitos que tinham a necessidade de uma posição por parte de Estado. No entanto, ainda restaram e restam muitas situações que não foram abarcadas pelo direito pátrio e que necessitam com urgência serem resolvidas, tendo em vista as lacunas que ainda existem.

Diante do atual panorama ocupado pela família e da função social por ela exercida, esta passou a ter sua base no afeto e na dignidade, tendo suas relações pautadas na afetividade, ou seja, no dever de cuidar, educar e conviver com os filhos, para que estes se desenvolvam de forma sadia e harmoniosa, evitando os males advindos do descumprimento destes deveres. Estes assegurados na

Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, como dever dos pais e direitos dos filhos.

Viu-se que a quebra desses deveres configura o abandono afetivo, gerando através de decisões judiciais, apoiada por grande parte da doutrina, a responsabilização civil culminando em indenização por dano moral, em virtude do desamparo dos genitores para com os seus filhos. O que fez com que houvesse a necessidade de se fazer o uso da interdisciplinaridade dos direitos, no caso em questão foi feito uso do instituto da responsabilidade civil para resolução de um conflito na esfera do Direito de Família.

A responsabilidade civil nas relações de família é cabível quando efetivamente constatado o dano, e verificado os elementos que o constituem, tendo como objetivo precípuo a reparação do dano causado à vítima e a punição aos genitores, tendo esta, um papel de caráter pedagógico que serve como exemplo e forma de desestimular a prática de tal ato tão prejudicial aos filhos que passam pelo constrangimento do abandono. Muito embora a corrente contrária à aplicabilidade do dano moral pelo abandono afetivo alegue que o Direito de Família tem princípios próprios para a resolução desse tipo de conflito, no estudo feito foi constatado que a sanção prevista pelos defensores dessa causa é a perda do poder familiar, o que beneficiava os pais relapsos e vitimava duplamente o menor lesado.

Para tanto, a responsabilização civil por abandono afetivo se mostrou condizente aos casos em que realmente configure o dano à vítima pela quebra dos deveres paterno-filiais, bem como do princípio da dignidade humana, da afetividade e da paternidade responsável, o que configura o ato ilícito que enseja a indenização.

Com isso se pôde mostrar que não se pretende quantificar o amor, nem tampouco monetarizá-lo, e sim punir e reparar o dano à vítima pelo descumprimento do dever de cuidar, educar e conviver com o filho, o que fere diretamente a dignidade e o respeito ao filho. E desta forma o judiciário demonstra que os genitores não têm uma faculdade de dar atenção aos filhos e sim um dever, assegurado constitucionalmente.

Neste contexto, se faz necessário a criação de normas específicas para este caso, tendo em vista a resolução do problema da insegurança jurídica gerada pelas decisões que nem sempre condizem com a realidade do caso, tendo todos os elementos que configuram a aplicação da indenização e que, no entanto não são

assim julgados pelos magistrados ainda entenderem que não exista uma fundamentação consistente.

Neste diapasão, apresenta-se como solução plausível a este problema o Projeto de Lei nº. 700/2007, que modifica o ECA caracterizando o abandono afetivo como ilícito civil e penal. É mister que este projeto seja visto com bons olhos, e que seja logo analisado e feitas as alterações se estas forem necessárias, para que assim seja aprovado e venha a beneficiar as inúmeras vítimas deste tipo de atitude de quem se espera carinho e atenção e que, no entanto, demonstra indiferença e desprezo.

Desta forma, após uma análise do caso concreto e pelos preceitos que resguardam os direitos dos filhos em relação aos pais, este estudo prima pela aplicabilidade da indenização pelo dano afetivo, desde que configurado o abandono e os respectivos danos, tendo como objetivo a responsabilização dos pais pelo desamparo aos filhos em uma fase em que o que mais se necessita é o amparo, o convívio, o carinho e a atenção, e como forma de proteger o sadio desenvolvimento das tantas crianças vítimas dos próprios pais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Lara Oleques de. **A função social da família e a ética do afeto: transformações jurídicas no direito de família**, 27 out. 2007 Disponível em: <http://galileu.fundanet.br/revista/index.php/REGRAD/article/viewArticle/43>. Acesso em: 15 set. 2009.

ANGELUCI, Cleber Affonso. **Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade humana**, 13 fev. 2006 Disponível em: <http://www.boletimjudidico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1066>. Acesso em: 12 set. 2009.

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e do adolescente**. 2 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2006. Atlas, 2007.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Vade Mecum. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Código Civil Brasileiro**. Vade Mecum. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Vade Mecum. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Senado. Projeto de Lei nº 700/2007. Dispõe sobre o abandono afetivo como ilícito civil e penal. **Senado Federal**. Disponível em: http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83516. Acesso em: 02 out. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 757.411-MG, da Quarta Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, 29 de novembro de 2005. **Diário da Justiça**, 27 mar. 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>. Acesso em: 10 out. 2009.

CACHAPUZ, Rozane da Rocha. **Mediação nos conflitos & Direito de Família**. 1 ed (ano 2003), 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8 ed – 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Garantia de prioridade. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado** – Comentários jurídicos e sociais. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 5 v. 22 ed., ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 7 v. 21 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 2 v. 5 ed. rev e atual. São Paulo: 2007.

GLANZ, Semy. **A família mutante: sociologia e o direito comparado**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 6 v. 5 ed., ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 4 v. 2 ed. ver., e atual. São Paulo: Saraiva, 2007a.

_____. **Responsabilidade civil**. 10 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007b.

GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda compartilhada: um modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GUILHERME, Luíz F. do Vale de Almeida. A mediação interdisciplinar como tuteladora da afetividade e personalidade. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo.(Coord.). **Questões Controvertidas do Novo Código Civil**. 3 v. São Paulo: Método, 2006.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**, 22 abr. 2007. Disponível em: http://www.jusnews.com.br/portal/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=40. LOTUFO, Maria Alice Zaratini. **Curso avançado de direito civil**. 5 v: Direito de Família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MATOS, Ana Carla. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível 2.0000.00.408550-5/000(1), da Sétima Câmara Cível. Relator: Des. Unias Silva. Belo Horizonte, 01 de abril de 2004. **Diário da Justiça**, 29 abr. 2004. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/. Acesso em: 10 out. 2009.

MOURA, Daniele Gomes de. **Abandono Afetivo - descumprimento do artigo 227 da CF/88**. 13 nov. 2006. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3000/Abandono-Afetivo-descumprimento-do-artigo-227-da-CF-88>. Acesso em: 11 ago. 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, Por que me Abandonaste?. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas Atuais de Direito e Processo de Família**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

_____. **Afeto, responsabilidade e o STF**, 07 out. 2009. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1954983/afeto-responsabilidade-e-o-stf>. Acesso em: 26 out. 2009.

_____. **Nem só de pão vive o Homem: Responsabilidade civil por abandono afetivo**, 17 mar. 2008. Disponível em: www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=392. Acesso em: 11 ago. 2009.

REALE, Miguel. **Função social da família no código civil**, 11 out. 2003. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoc.htm>. Acesso em: 18 ago. 2009. RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. 6 v. 28 ed., rev e atual. São Paulo : 2004.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo Apelação 552.574-4/4-00, da Oitava Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Caetano Lagrasta. São Paulo,

12 de março de 2008. **Diário da Justiça**, 17 mai. 2008. Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br/consulta/Jurisprudencia.aspx> . Acesso em: 10 out. 2009.

_____. 31ª Vara Cível Central de São Paulo. Autos nº 01.036747-0. Juiz Luis Fernando Cirillo. **São Paulo**, 05 de junho de 2004. Publicado em 26 jun. 2004. <http://www.tj.sp.gov.br/consulta/Processos.aspx>. Acesso em: 10 out. 2009

SHINYASHIKI, Eduardo. **O Papel do pai no século 21**. Disponível em: <http://www.redenoticia.com.br/noticia/?p=9171>. Acesso em: 26 ago. 2009.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. A Culpa nas Relações de Família. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo.(Coord.). **Questões Controvertidas do Novo Código Civil**. 3 v. São Paulo: Método, 2006.

SOUZA, Patrícia de. **Não cabe indenização por danos morais resultantes do abandono moral e afetivo**, 11 mai. 2009. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1054080/nao-cabe-indenizacao-por-danos-morais-resultantes-do-abandono-moral-e-afetivo>. Acesso em: 11 ago. 2009.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro**, mai. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8468>. Acesso em: 13 set. 2009.

VEIGA, Aida. **Precisam-se: pais**, 14.mar. 2008. Disponível em: http://veja.abril.com.br/011299/p_100.html. Acesso em: 12 de julho de 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Direito civil: responsabilidade civil**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ANEXO A – PROJETO DE LEI DO SENADO nº 700/2007

Modifica a Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990 (“Estatuto da Criança e do Adolescente”) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O art. 4º da Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 2º e 3º, renumerado o atual parágrafo único como § 1º:

“Art. 4º

§ 1º.

§ 2º. Compete aos pais, além de zelar pelos direitos de que trata o art. 3º desta Lei, prestar aos filhos assistência moral, seja por convívio, seja por visitação peridica, que permitam o acompanhamento da formação psicológica, moral e social da pessoa em desenvolvimento.

§ 3º. Para efeitos desta Lei, compreende-se por assistência moral devida aos filhos menores de dezoito anos:

- I – a orientação quanto às principais escolhas e oportunidades profissionais, educacionais e culturais;
- II – a solidariedade e apoio nos momentos de intenso sofrimento ou dificuldade;
- III – a presenç a física espontaneamente solicitada pela crianç a ou adolescente e possível de ser atendida.(NR)”

Art. 2º Os arts. 5º, 22, 24, 56, 58, 129 e 130 da Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990 passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 5º.

Parágrafo  nico. Considera-se conduta ilícita, sujeita a reparação de danos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, a a o ou a omissão que ofenda direito fundamental de crianç a ou adolescente previsto nesta Lei, incluindo os casos de abandono moral. (NR)”

“Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda, convivência, assistência material e moral e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais (NR).”

“Art. 24. A perda e a suspensão do pátrio poder serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que aludem o art. 22. (NR)”

“Art. 56.

IV –negligência, abuso ou abandono na forma prevista nos arts. 4º e 5º desta Lei. (NR)”

“Art. 58. No processo educacional respeitar-se-ão os valores culturais, morais, éticos, artísticos e históricos próprios do contexto social da criança e do adolescente, garantindo-se a estes a liberdade da criação e o acesso às fontes de cultura. (NR)”

“Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável
.....

Parágrafo único. Na aplicação das medidas previstas nos incisos IX e X deste artigo, observar-se-á o disposto nos arts. 22, 23 e 24. (NR)”

“Art. 130. Verificada a hipótese de maus-tratos, negligência, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judiciária poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor ou responsável da moradia comum. (NR)”

Art. 3º A Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 232-A:.....

“Art. 232-A. Deixar, sem justa causa, de prestar assistência moral ao filho menor de dezoito anos, nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 4º desta Lei, prejudicando-lhe o desenvolvimento psicológico e social.

Pena – detenção, de um a seis meses.”

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

J U S T I F I C A Ç Ã O

A Lei não tem o poder de alterar a consciência dos pais, mas pode prevenir e solucionar os casos intoleráveis de negligência para com os filhos. Eis a finalidade desta proposta, e fundamenta-se na Constituição Federal, que, no seu art. 227, estabelece, entre os deveres e objetivos do Estado, juntamente com a sociedade e a família, o de assegurar a crianças e adolescentes – além do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer – o direito à dignidade e ao respeito.

Mas como conferir dignidade e respeito às crianças e adolescentes, se estes não receberem a presença acolhedora dos genitores? Se os pais não lhes transmitem segurança, senão silêncio e desdém? Podem a indiferença e a distância suprir as necessidades da pessoa em desenvolvimento? Pode o pai ausente - ou a mãe omissa - atender aos desejos de proximidade, de segurança e de agregação familiar reclamados pelos jovens no momento mais delicado de sua formação? São óbvias as respostas a tais questionamentos.

Ninguém está em condições de duvidar que o abandono moral por parte dos pais produz sérias e indelévels conseqüências sobre a formação psicológica e social dos filhos.

Amor e afeto não se impõem por lei! Nossa iniciativa não tem essa pretensão. Queremos, tão-somente, esclarecer, de uma vez por todas, que os pais têm o DEVER de acompanhar a formação dos filhos, orientá-los nos momentos mais importantes, prestar-lhes solidariedade e apoio nas situações de sofrimento e, na medida do possível, fazerem-se presentes quando o menor reclama espontaneamente a sua companhia.

Algumas decisões judiciais começam a perceber que a negligência ou sumiço dos pais são condutas inaceitáveis à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Por exemplo, o caso julgado pela juíza Simone Ramalho Novaes, da 1ª Vara Cível de São Gonçalo, região metropolitana do Rio de Janeiro, que condenou um pai a indenizar seu filho, um adolescente de treze anos, por abandono afetivo. Nas palavras da ilustre magistrada, “se o pai não tem culpa por não amar o filho, a tem por negligenciá-lo. O pai deve arcar com a responsabilidade de tê-lo abandonado, por não ter cumprido com o seu dever de assistência moral, por não ter convivido com o filho, por não tê-lo educado, enfim, todos esses direitos impostos pela Lei”. E mais: “O poder familiar foi instituído visando à proteção dos filhos menores, por seus pais, na salvaguarda de seus direitos e deveres. Sendo assim, chega-se à conclusão de ser perfeitamente possível a condenação por abandono moral de filho com amparo em nossa legislação.”

Por outro lado, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça não demonstrou a mesma sensibilidade, como deixa ver a ementa da seguinte decisão: “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.” (Recurso Especial nº. 757.411/MG, Relator Ministro Fernando Gonçalves, julgamento em 29/11/2005).

Entretanto, com o devido respeito à cultura jurídica dos eminentes magistrados que proferiram tal decisão, como conjugá-la com o comando do predito art. 227 da Constituição?

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

Ou, ainda, com o que determina o Código Civil:

Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 Institui o Código Civil

“Art. 1.579. O divórcio não modificará os direitos dos pais em relação aos filhos. Parágrafo único. Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar em restrição aos direitos e deveres previstos neste artigo.

.....

Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quando ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

.....

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

.....

II - tê-los em sua companhia e guarda;”

Portanto, embora consideremos que a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e o Código Civil contemplem a assistência moral, entendemos por bem estabelecer uma regra inequívoca que caracterize o abandono moral como conduta ilícita passível de reparação civil, além de repercussão penal.

Fique claro que a pensão alimentícia não esgota os deveres dos pais em relação a seus filhos. Seria uma leitura muito pobre da Constituição e do ECA. A relação entre pais e filhos não pode ser reduzida a uma dimensão monetária, de cifras. Os cuidados devidos às crianças e adolescentes compreendem atenção, presença e orientação.

É verdade que a lei assegura o poder familiar aos pais que não tenham condições materiais ideais. Mas a mesma lei não absolve a negligência e o abandono de menores, pessoas em formação de caráter, desprovidas, ainda, de completo discernimento e que não podem enfrentar, como adultos, as dificuldades da vida. Portanto, aceitam-se as limitações materiais, mas não a omissão na formação da personalidade.

Diante dessas considerações, propusemos modificações em diversos dispositivos do ECA, no sentido de aperfeiçoá-lo em suas diretrizes originais. Ao formular o tipo penal do art. 232-A, tivemos a preocupação de dar contornos objetivos ao problema, exigindo o efetivo prejuízo de ordem psicológica e social para efeito de consumação.

Lembramos que compromissos firmados por consenso internacional, e ratificados pelo Brasil, também apontam para a necessidade de aprimoramento das normas legais assecuratórias dos direitos das nossas criança e adolescentes, vejamos:

Declaração dos Direitos da Criança

Adotada pela Assembléia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº. 99.710/1990.

PRINCÍPIO 2º

A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidade e facilidades, por lei e por outros meios, **a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social**, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. **Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança.**

.....

PRINCÍPIO 6º

Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. (...)

PRINCÍPIO 7º

(...)

Ser-lhe-á propiciada uma educação capaz de promover a sua cultura geral e capacitá-la a, em condições de iguais oportunidades, desenvolver as suas aptidões, sua capacidade de emitir juízo e seu senso de responsabilidade moral e social, e a tornar-se um membro útil da sociedade.

Os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais.

CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA

Adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 1990

.....

ARTIGO 9

3. Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança.

Assim, crendo que a presente proposição, além de estabelecer uma regra inequívoca que permita a caracterização do abandono moral como conduta ilícita, também irá orientar as decisões judiciais sobre o tema, superando o atual estágio de insegurança jurídica criado por divergências em várias dessas decisões, é que confiamos em seu acolhimento pelos nobres Congressistas, de sorte a permitir a sua rápida aprovação.