

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

ÍTALA ROBERTA DE ALBUQUERQUE MELO SILVEIRA

**RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO:
OS CONTORNOS JURÍDICOS DA MONETARIZAÇÃO POR DANO AFETIVO NAS
RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS**

Recife
2013

ÍTALA ROBERTA DE ALBUQUERQUE MELO SILVEIRA

**RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO:
OS CONTORNOS JURÍDICOS DA MONETARIZAÇÃO POR DANO AFETIVO NAS
RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Ciências Jurídicas

Orientador: Profa. Ms. Renata Cristina
Othon Lacerda de Andrade

Recife
2013

Silveira, I. R. A. M.

Responsabilidade civil por abandono afetivo: os contornos jurídicos da monetarização por danos afetivos nas relações paternos-filiais. / Ítala Roberta de Albuquerque Melo Silveira : O Autor, 2013.

65 folhas

Orientador(a): Profª Ms. Renata Cristina Othon Lacerda de Andrade.

Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã. Trabalho de conclusão de curso, 2013.

Inclui bibliografia.

1. Direito 2. Responsabilidade civil 3. Abandono afetivo 4. Compensação

I. Título.

**340 CDU (2.ed.)
340 CDD (22.ed.)**

**Faculdade Damas
TCC 2014-204**

Ítala Roberta de Albuquerque Melo Silveira

**RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO: OS CONTORNOS
JURÍDICOS DA MONETARIZAÇÃO POR DANO AFETIVO NAS RELAÇÕES
PATERNO-FILIAIS**

DEFESA PÚBLICA em Recife, ____ de _____ de 2013.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Orientador: Profa. Ms. Renata Cristina Othon Lacerda de Andrade (FADIC)

1º Examinador: Prof(a). Ms./Dr.

2º Examinador: Prof(a). Ms./Dr.

A memória do meu querido e amado pai José Roberto Coêlho da Silveira (Beto), que não terá a oportunidade de viver este momento comigo. Dedico também às duas mulheres mais importantes da minha vida, minha querida avó Lia Mello e a minha mãe Ítala Luziara de A. Melo por dedicarem a mim amor incondicional, sempre preocupadas em me passar valores morais e éticos dos quais me orgulho de ter aprendido.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço ao meu Deus, pelo imensurável amor, pois sem Ele, nada seria possível e a minha doce mãe que sempre estive comigo nos momentos mais difíceis da minha vida, que me viu como uma guerreira, e assim me deu forças para não desistir e continuar lutando por meus objetivos, que sempre apoiou minha decisão em fazer Direito, assim como qualquer outra decisão que venha a tomar. A minha avó Lia Melo que sempre demonstrou muito amor e carinho, que sempre acreditou na minha capacidade e potencial de ser uma boa profissional. A ela devo um muito obrigada, pela força, pelas orações. Eu a amo, de todo o meu coração.

Também não poderia deixar de agradecer ao meu irmão Lucas, que sempre esteve me apoiando, me passando confiança. A minha sobrinha Láysa Roberta, que me dá alegria de vê-la a crescer, sou louca de amor por ela. Agradeço também a minha tia Regina, a melhor tia do mundo e também as minhas primas Yasmine e Rayane, que cresceram ao meu lado.

A meu padrasto Adelmo Marcolino da Silva (Dida) que se tornou uma figura paterna para mim, sempre me protegendo e ajudando.

Agradeço ao meu namorado Edelson Lourenço da Silva Filho (Delzinho) por todos os momentos de felicidade, ainda que nos momentos mais difíceis, pela paciência que teve comigo nas vezes que fui “chatinha” durante a produção deste trabalho e por sempre me fazer acreditar que tudo é possível. Eu amo todos vocês!

Agradeço ao meu grande amigo Genildo Carvalho, pela espontaneidade e disponibilidade em compartilhar sua sabedoria e tão rica experiência jurídica, com apontamentos que permitiram o enriquecimento e aperfeiçoamento desta monografia. Sou feliz por ter ganhado um amigo encantador. Sei que a ele já dei muito trabalho, mas que também, já dei e continuarei dando muito reconhecimento. Você é demais!

A minha *amiga-irmã* Anna Queiroz, que sempre desejou o meu bem, agradeço de verdade todos os momentos que passamos juntas. Sei que nossa amizade é forte e verdadeira, sou feliz por tê-la na minha vida. A Nayane Karla pelo incentivo e presença constantes nos momentos difíceis. A Raquel Soares, que logo quando cheguei na Faculdade me acolheu em sua casa sempre que eu precisava, amiga maravilhosa. Obrigada pela confiança de vocês!

Agradeço de todo o coração a Faculdade Damas pelo seu maravilhoso grupo docente por partilharem seus conhecimentos, em especial aos professores Eliezer Queiroz, Leonardo Siqueira, Nair Leone, e ainda a Aurélio Bôaviagem, pela amizade e

profissionalismo. Grata também sou a Direção, a Coordenação e a Secretaria pelo bom relacionamento que possuí com os alunos.

A minha orientadora Renata Andrade, sempre me dando espaço para expor minhas ideias, pela orientação, pelo incentivo e presteza no auxílio às atividades e discussões no processo de elaboração desta monografia, com a troca de informações e materiais. Agradeço a toda turma 2013.2, a todos aqueles que me ajudaram, me apoiaram, me ensinaram, momentos de lutas, dores e alegria, principalmente a Suemay Laranjeira, Rosa Maria, Daniela Calábria e Karina Lustosa.

Enfim, a todos que de um modo ou de outro, participaram desta caminhada contribuindo de forma significativa na realização deste sonho.

Obrigada por Tudo, que Deus abençoe todos nós!

É preciso amor pra poder pulsar, é preciso paz
pra poder seguir, é preciso a chuva para florir.
Cada um de nós compõe a sua história. Cada
ser em si carregar o dom de ser capaz, e ser
feliz.

(Almir Sater e Renato Teixeira)

RESUMO

A presente monografia trata da responsabilidade civil por abandono afetivo, uma vez que o Judiciário passou a receber ações a respeito, onde se discutem se há a possibilidade de indenizar os pais que abandonam seus filhos afetivamente. O principal objetivo é abordar o instituto da responsabilidade civil e da sua aplicabilidade nas relações familiares, direcionada ao abandono afetivo no âmbito familiar, evidentemente entre pais e filhos. Procura-se abordar primeiramente a evolução, conceito e elementos da responsabilidade civil. Em uma segunda etapa faz-se um estudo dos pressupostos que caracterizam o dano moral na seara do Direito de família, principalmente no que diz respeito na relação paterno-filial. Por fim, é realizada uma análise de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e também do Supremo Tribunal Federal, para examinar qual posicionamento vem predominando nesses órgãos, no qual se constata que há entendimentos em ambos os sentidos, entretanto existe uma tendência do dever de indenizar por dano moral os pais que abandonam afetivamente seus filhos.

Palavras-chaves: Responsabilidade Civil. Abandono afetivo. Compensação.

RÉSUMÉ

Cette monographie se propose d'étudier la responsabilité civile par l'abandon affectif, parce que le Pouvoir Judiciaire reçoit actions sur ce sujet, où se discute sur la chance de compenser les pères qui abandonnent leurs enfants affectivement. L'objectif principal de cette recherche c'est d'investiguer l'institut de la responsabilité civile et son applicabilité au sein familial, dirigée à l'abandon affectif au coeur de la famille, évidemment entre pères et fils. D'abord on traite de l'évolution, concepts et éléments de la responsabilité civile. Ensuite on analyse les éléments qui caractérisent le dommage moral à la portée du Droit de famille, en particulier en ce qui concerne la relation paternelle-filiale. Enfin, on étudie la jurisprudence du Superior Tribunal de Justiça, du Tribunal de Justiça de Minas Gerais et aussi du Supremo Tribunal Federal, afin d'examiner quel positionnement en predomine, dans lequel on constate qu'il y a des positions des les deux sens, toutefois il y a une tendance du devoir de compenser pour dommage moral les pères qui abandonnent affectivement leurs fils.

Mots-clés: Responsabilité Civile. Abandon affectif. Compensation.

LISTA DE SIGLAS

CF– Constituição Federal

CC – Código Civil

STJ – Superior Tribunal de Justiça

ART- Artigo

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

INC – Inciso

RESP – Recurso Especial

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	CAPÍTULO 1 O SURGIMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA ABRANGÊNCIA. SIGNIFICAÇÃO E PECULIARIDADES	14
2.1	Origem e fixação do conceito da responsabilidade civil	14
2.2	Os elementos constituintes do dever jurídico sucessivo	17
2.2.1	Subjetividade	17
2.2.2	Nexo causal	21
2.2.3	Conduta humana	25
2.2.4	Dano	27
2.3	Responsabilidade contratual e extracontratual. Adjetivando as transgressões a deveres jurídicos	29
2.4	A configuração do dano moral sob a ótica Civil-Constitucional	31
3	CAPÍTULO 2 AS ESPECIFICIDADES DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DAS FAMÍLIAS. O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A INTERAÇÃO ENTRE PAIS E FILHOS	34
3.1	Os princípios norteadores na relação paterno-familiar. O afeto como elemento estruturante da família hodierna	34
3.2	Adimplir para ser: a dignidade da pessoa humana como <i>celula mater</i> para o desenvolvimento dos filhos	40
3.3	Os pressupostos essenciais para a caracterização do dano moral nas relações familiares	42
3.4	A viabilidade de se responsabilizar os pais em meio aos lineamentos jurídicos contemporâneos. O abandono afetivo é indenizável?	45
4	CAPÍTULO 3 O ABANDONO AETIVO E A PRÁXIS. AS POSIÇÕES JURISPRUDENCIAIS	54
4.1	O aresto paradigmático: o ponto de partida para a monetarização	54
4.2	Indenizar sublima uma existência privada do outro? A lide e o efeito de patrimonializar valores existenciais	56
4.3	Entre o amor e o dever de cuidar: uma posição do Superior Tribunal de Justiça	57
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	60
	REFERÊNCIAS	62

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo realizar uma análise acerca da responsabilidade civil por abandono afetivo, uma vez que o judiciário passou a receber ações onde se discute a responsabilidade dos pais que abandonam os seus filhos.

Sabe-se que o Direito de Família, foi o ramo que mais sofreu transformações, e uma delas diz respeito à relação entre os pais e filhos, uma vez que apontam as obrigações dos pais, e os direitos que os filhos possuem. Nesta ideia, indo de encontro com o entendimento de antigamente, que era voltado para a entidade familiar. Hoje o vínculo que se configura é o afetivo, capaz de proporcionar, não só a um, mas a todos os que fazem parte de uma família, o dever do respeito e reconhecimento, entre estes e de toda a sociedade.

Esta monografia é constituída de três capítulos, objetivando, assim, facilitar o desenvolvimento do trabalho e conferir maior organização estrutural ao estudo.

No primeiro capítulo, aborda-se breve histórico do surgimento e conceito da responsabilidade civil, os elementos que caracterizam esta responsabilidade, sendo eles: a subjetividade, o nexos causal, a conduta humana e o dano, tendo em vista que a responsabilidade civil apresenta o dever de alguém reparar um dano causado a outrem. Posteriormente, foi feito um estudo da responsabilidade contratual e extracontratual, e ainda a configuração do dano moral sob a ótica Civil-Constitucional.

Por sua vez, no segundo capítulo, tem-se como objetivo apresentar a responsabilidade civil no âmbito do Direito das famílias, onde se discutem os princípios norteadores na relação paterno-familiar, tendo como elemento estruturante da família hodierna o afeto. Na sequência, analisam-se os aspectos gerais da dignidade humana, destacando os pressupostos essenciais que caracterizam o dano moral nas relações familiares.

Finalmente, no terceiro capítulo, busca-se analisar decisões judiciais, julgadas procedentes e improcedentes, diante da possibilidade de indenizar os pais que abandonam afetivamente seus filhos.

O principal objetivo do presente trabalho é abordar o instituto da responsabilidade civil e da sua aplicabilidade às relações familiares, direcionada ao abandono afetivo no âmbito familiar, evidentemente entre pais e filhos.

Tratando-se dos objetivos específicos, esta pesquisa procura buscar argumentos em virtude da responsabilidade civil por abandono afetivo, explorando, desta forma, os aspectos familiares, principalmente aqueles que se referem aos direitos e deveres específicos à filiação

e, se de acordo com os entendimentos das decisões jurisprudencial e doutrinárias, se há o dever de indenizar no caso em que não exista o elo afetivo. Portanto, para esta pesquisa, são levantados os seguintes comentários:

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 227 dispõe que é dever da família de assegurar aos filhos não só os direitos básicos (direito à saúde, à educação, à alimentação, ao lazer, etc;), esclarece também de forma clara a responsabilidade em proporcionar à criança e ao adolescente a convivência familiar, uma vez que tais obrigações desdobram-se da proteção Constitucional dos direitos à personalidade, com base no artigo 5º do diploma legal acima mencionado, sendo estes invioláveis, em virtude do princípio da dignidade humana, artigo 5º, inciso III da CF/98.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê no seu artigo 3º que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Neste sentido, levantam-se as seguintes questões: A negativa de afetividade do pai pode gerar o dever de indenizar? A indenização seria uma maneira de reparar a dor sofrida pelo filho? Qual a melhor solução para a criança?

A convivência familiar é bastante importante para o desenvolvimento saudável humano, com a intenção que a criança passe a receber orientação, psicológica, educacional e afetiva dos pais. O acompanhamento dos pais é fundamental na formação dos seus filhos. Portanto, é nesta ideia que as assistências afetiva e moral exercem um valor importante para o desenvolvimento dos filhos.

Quanto à metodologia empregada neste estudo acadêmico o procedimento, por sua vez é o de análise e interpretação com objetivo de facilitar a compreensão do assunto abordado, tendo como material a pesquisa bibliográfica e textos disponíveis em sites da rede. Também é descritiva e explicativa, que pretende analisar a responsabilidade dos pais e o dever de compensar o dano causado aos filhos pelos sofrimentos relacionados à falta de afetividade.

No que se refere à natureza de dados, o presente estudo monográfico é qualitativo, pois se propõe a estudar as relações que envolvem pais e filhos, decorrentes da ausência da afetividade. Ainda quanto ao método de procedimento, será o dogmático jurídico, haja vista que se utiliza basicamente a lei, a doutrina e a jurisprudência.

Por fim, faz-se mister salientar que a metodologia empregada no presente estudo monográfico é dedutiva, posto que, tem por base a Legislação Brasileira. Com efeito, o

Direito Brasileiro, calcado no *Civil Law*, depara-se com a lei, cuja característica primordial é ser abstrata e genérica e incidir em situações particulares. Daí a razão deste estudo ser dedutivo, porquanto observa situações gerais e alcança os casos concretos.

2 CAPÍTULO 1 O SURGIMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA ABRANGÊNCIA. SIGNIFICAÇÃO E PECULIARIDADES

2.1 Origem e fixação do conceito da responsabilidade civil

A responsabilidade civil surgiu há muito tempo, encontrando o seu cume no Direito Romano onde primitivamente só interessava a existência e a apuração do dano. Esta responsabilidade teve maior desenvolvimento nos últimos anos, sofrendo uma evolução pluridimensional, tendo em vista que sua expansão se deu quanto ao seu fundamento, a sua história, sua área de incidência e a sua profundidade. Nessa época predominava o sistema de vingança privada, ou seja, era considerada uma época da reparação do mal pelo mal. Gagliano e Pamplona Filho dizem:

A origem do instituto da responsabilidade civil por parte do Direito Romano, e esta calcada na concepção de vingança pessoal, sendo uma forma por certo rudimentar, mas compreensível do ponto de vista humano como lídima reação pessoal contra o mal sofrido (GAGLIANO; PAMPOLONA FILHO, 2003, p. 11).

O desenvolvimento do homem e sua nova forma de organização civilizatória foram necessários uma organização que colocaria fim nos conflitos gerados na sociedade, sem permitir interesses particulares. O nomadismo foi acabando e a sociedade sentiu a necessidade de passar a ter um domicílio fixo, surgindo, assim, os conflitos de interesses. Com o intuito de solucionar os conflitos gerados pela sociedade, surgiu o Código de Hamurabi, que foi elaborado pelo imperador babilônico, composto por artigos que protegem a propriedade, a família, o trabalho e a vida humana.

Assim, o Poder Público institucionalizou uma ideia de vingança para com o agressor, ou seja, a justiça era feita na mesma proporção do dano causado, limitando-se à retribuição do mal pelo mal, como pregava a Lei de Talião. Fórmulas e famosas frases como “olho por olho, dente por dente” ou “com o ferro fere com ferro será ferido”. Segundo, Diniz, (2007, p. 11) “a responsabilidade era objetiva, não dependia da culpa, apresentando-se apenas como uma reação do lesado contra a causa aparente do dano”. Neste mesmo sentido, Diniz (2010, p. 10) destaca: “[...] os homens faziam justiça pelas próprias mãos, sob égide da Lei de Talião, ou seja, da reparação do mal pelo mal, sintetizada nas fórmulas “olho por olho, dente por dente, quem com ferro fere, com ferro será Ferido”.

Em consequência disso, passou a existir uma nova ideia de responsabilidade, a qual vem a ser a proporcionalidade, ou seja, a pessoa responde exatamente por aquilo que causou, não podendo responder nem mais e nem menos, e sim, justamente, o que ocasionou. Com isso, passou a existir a questão da ponderação para que o indivíduo seja reparado.

Urge ressaltar ainda que o Direito Romano tratou da *Lex Aquilia*, que inaugura a regulação da reparação do dano. A *Lex Aquillia de damno*, em resumo, é a forma pecuniária de indenização dos prejuízos causados por alguém a outra pessoa. Maria Helena Diniz aponta:

A *Lex Aquillia de damno* “veio a cristalizar a idéia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse ônus da reparação, em razão do valor da *res*, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem culpa. Passou-se a atribuir o dano à conduta culposa do agente. A *Lex Aquillia de damno* estabeleceu as bases da responsabilidade extracontratual, criando uma forma pecuniária de indenização do prejuízo, com base no estabelecimento de seu valor (DINIZ, 2007, p. 11).

Nessa linha de raciocínio, a responsabilidade apenas só se baseava na ideia de conduta, nexos causal, o dano e a culpa, sendo assim considerada a responsabilidade subjetiva. Posteriormente, surgiu a ideia baseada no risco, onde a culpa era irrelevante, considerada assim, a responsabilidade objetiva.

Em relação ao seu fundamento, a evolução da responsabilidade civil se deu no sentido de que se baseia “o dever de reparação não só na culpa, hipótese em que será subjetiva, como também no risco, caso em que passará a ser objetiva, ampliando-se a indenização de danos sem a existência de culpa” (DINIZ, 2007, p. 12).

Portanto, existem dois fundamentos da responsabilidade civil: a culpa e o risco. Pode-se dizer que a culpa é um dever em que o agente podia conhecer e observar, sendo, assim, um dever violado, considerado um elemento objetivo e a imputabilidade do agente, um elemento subjetivo. Em relação ao risco, tem-se a responsabilidade objetiva, na qual a atividade que gerou o dano é ilícito, porém, causou prejuízo a outrem.

Quanto à extensão área de incidência, evolutivamente, a responsabilidade civil passou a abranger mais pessoas, ou seja, houve aumento do número de responsabilizados pelos danos causados, pois, além daqueles que diretamente causam o dano, agora, também são responsabilizados aqueles que, indiretamente, contribuíram para a ocorrência do dano.

Em relação à densidade ou profundidade, vigora o princípio da responsabilidade patrimonial: “a pessoa deverá responder com o seu patrimônio pelos prejuízos causados a terceiros, exceto nos casos em que disponha a proceder, ou seja possível a execução pessoal e

nos de intervenção de terceiro para a realização devida, especialmente no campo contratual”. (DINIZ, 2007, p. 16).

Quanto ao seu conceito, a responsabilidade Civil trata da investigação da presença ou não do ato ilícito, está vinculada ao dever de alguém reparar o dano, seja ele material ou moral, causado a outrem. Dessa forma, com a responsabilidade tem-se a ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano. Sérgio Cavalieri Filho denota a ideia de responsabilidade civil da seguinte forma:

Em 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 outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 2).

Ainda no entendimento de Cavalieri Filho (2008), a responsabilidade civil está junto a dever jurídico, com base na conduta de uma pessoa, imposta pelo direito positivo, por exigência da convivência social. A violação de um dever jurídico originário que venha ocasionar um dano a alguém, vai gerar um novo dever jurídico sucessivo, ou seja, o de reparar o dano.

O objetivo da responsabilidade civil é parte adicional do direito obrigacional, pois a principal consequência de um ato ilícito é a obrigação que acarreta, para o seu autor, de reparar o dano, obrigação esta que vem a ser de natureza pessoal, que soluciona em perdas e danos. Carlos Roberto Gonçalves afirma que:

Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil (GONÇALVES, 2013, p. 19).

O tema abordado ganha importância nos tempos atuais, com o objeto de reparar os danos injustos, com a finalidade de ressarcir o direito violado. Diniz afirma (2004, p. 7) que “a responsabilidade civil cinge-se à reparação do dano causado a outrem, desfazendo, tanto quanto possível, seus efeitos, e restituindo o prejudicado ao estado anterior”.

Com efeito, conclui-se que, em qualquer atividade realizada pela o homem, surge a necessidade de responsabilizá-lo pelas as suas ações praticadas. Diante de tais conceitos, verifica-se a infração de um dever de conduta como fundamento da responsabilidade civil, por

isso que cabe ao ser humano o quanto é responsável por sua conduta, e que em sua vida deve-se comportar de maneira que não possa causar prejuízo aos outros.

Neste sentido, insta salientar que as pessoas têm direito de não ter seus interesses invadidos injustamente, por força de comportamento de outrem, ou seja, da conduta de determinada pessoa. Pois, caso isso venha acontecer, elas passarão a ter direito de ser indenizadas na proporção do dano sofrido.

Deste modo, para que exista responsabilidade civil é necessário que sejam identificados quatro elementos, quais sejam: a subjetividade, a conduta, o nexos causal e o dano, examinados, um a um, no tópico seguinte.

2.2 Os elementos constituintes do dever jurídico sucessivo

Como já foi mencionado anteriormente, para que haja responsabilidade civil, é preciso identificar os quatro elementos: subjetividade, conduta, nexos causal e dano. A subjetividade é um ponto bastante discutido. Pois, aquilo que o agente causador do dano pensa é importante para que haja a responsabilidade em alguns casos. Em outras circunstâncias, aquilo que ele pensou não tem importância nenhuma para a responsabilidade ocorrer. E em outros, há situações em que a diferença de ser culpa ou ser dolo vai influenciar tão somente na majoração do dano, ou seja, no valor que se vai pagar.

2.2.1 Subjetividade

A responsabilidade civil subjetiva é aquela que decorre de dano causado em função de ato culposos ou dolosos. Logo, a culpa se caracteriza quando existem a negligência, imprudência ou imperícia. Dentro desta responsabilidade, é o princípio em que cada um responde pela própria culpa. Entretanto, há hipóteses em que a culpa é irrelevante, é o caso da responsabilidade objetiva. Estas teorias objetivas estão ligadas à questão da reparação de danos, relacionada ao risco da atividade praticada pelo agente. Sobre o tema, Orlando Gomes diz:

O direito pátrio baseia na culpa a responsabilidade delitual. Nenhuma dúvida se pode ter, com a leitura do artigo 159, do cód. Civil, de que aceitou a teoria

subjetivista. Contudo, alguns escritores sustentam que, em certas disposições, acolheu a doutrina objetiva. O fato de ter sido consagrado o princípio da responsabilidade baseada na culpa não significa que, em nosso direito positivo, inexistam regras consagradoras da responsabilidade fundada no risco. Leis especiais, como dentre outras a de acidente de trabalho, adotaram a concepção objetiva (GOMES, 1922, p. 344).

Assim, o novo Código Civil, aplicou a teoria do risco, ou seja, a teoria objetiva, ao lado da teoria subjetiva (calcada na culpa). Entretanto, a responsabilidade que será discutida adiante, será a subjetiva, a qual se caracteriza pela culpa e o dolo. Para que haja responsabilidade civil, como já foi dito, é necessário que sejam identificados os quatro elementos: subjetividade, conduta, nexos e dano. Neste primeiro momento, será trabalhada a questão da subjetividade. Para a responsabilidade civil, aplicam-se as categorias da subjetividade, são elas: culpa por negligência, imprudência e imperícia.

No Direito civil, para o dolo, apenas basta a intenção (o indivíduo quis fazer, ele quis o resultado), se o indivíduo sabia que o resultado era lícito ou ilícito, é problema dele, a intenção já basta para que o dolo esteja presente. Há uma diferença em relação à questão penal, pois, quando se exige dolo no âmbito penal, geralmente o dolo, é elemento constitutivo do tipo. Se não tiver presente o dolo, não terá responsabilidade penal. Já no civil não é assim. O que se exige é a subjetividade (dolo ou culpa); qualquer um dos dois estando presente, terá a responsabilidade. O dano é o elemento mais relevante da responsabilidade civil, uma vez que não se pode falar em indenização sem sua ocorrência.

Dessa forma, no direito civil, estando presente qualquer um dessas quatro categorias (subjetividade, conduta, nexos e dano), vai haver a responsabilidade. A diferença no direito civil é a gravidade da conduta e, proporcionalmente à gravidade da conduta, o valor que será reparado.

O dolo civil vem do conceito romano *dolus bonus*, que é a intenção de fazer alguma coisa (não necessariamente mal aos outros). Já o *dolus malus* é a intenção de prejudicar e o dolo penal deriva do *dolus malus*. Assim, no dolo civil não se necessita da consciência da ilicitude, não se faz necessário o querer de fazer o mal, basta o querer da conduta. A respeito Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, dizem:

Na responsabilidade civil, o agente que cometeu o ilícito tem a obrigação de reparar o dano patrimonial ou moral causado, buscando restaurar o *status quo ante*, obrigação esta que, se não for mais possível, é convertida no pagamento de uma indenização (na possibilidade de avaliação pecuniária do dano) ou de uma compensação (na hipótese de não ser poder estimar patrimonialmente este dano), enquanto, pela responsabilidade penal ou criminal, deve o agente sofrer a aplicação

de uma cominação legal, que pode ser privativa de liberdade (ex.:prisão), restritiva de direitos (ex.: perda de uma carta de habilitação de motorista) ou mesmo pecuniária (ex.: multa) (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 46).

Logo, o dolo civil não é igual ao penal, embora haja uma construção teórica no direito civil a que a legislação chama de dolo, que é justamente o querer o resultado, o querer a conduta, ou seja, a intenção relativa a um dos elementos inerentes à responsabilidade civil.

Em relação à questão dos elementos subjetivos – negligência, imprudência e imperícia, quando se tratar desses elementos, é muito comum, que o legislador civil se refira a eles como culpa simples, ou seja, responsabilidade civil com base em negligência, imprudência ou imperícia.

Há situações em que nenhum dos quatro elementos acima mencionados interessa, existem hipóteses de responsabilidade sem culpa, em que basta o dano. Tem-se a questão da culpa presumida, que o STJ põe a expressão entre aspas, porque ela não é presumida; na verdade, ela é deduzida a partir da conduta, já que a culpa está presente e não precisa prová-la, pois, o grande trabalho da culpa simples é a intenção, a negligência, a imperícia e a imprudência.

Por conseguinte, na responsabilidade civil, os elementos são autônomos, bastando deles estar presentes para configurar a subjetividade. Quando se fala em responsabilidade por culpa simples, tem-se a situação de culpa ou de dolo. Se a culpa (negligência, imprudência e imperícia), ou dolo estiver presente, o elemento subjetivo está no âmbito privado.

Urge salientar que para haver indenização, é preciso haver a soma da subjetividade, da conduta, nexa e dano. Na regra geral, que é da responsabilidade por culpa simples, basta a presença de um dos quatro elementos da culpa. Maria Helena Diniz, afirma:

O dolo civil é a vontade consciente de violar o direito, dirigida à consecução do fim ilícito, e a culpa abrange a imperícia, a negligência e a imprudência. A imperícia é falta de habilidade ou inaptidão para praticar o certo ato; a negligência é a inobservância de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade, solicitude e discernimento; e a imprudência é a precipitação ou o ato de proceder sem cautela. Não há responsabilidade sem culpa, exceto disposição legal expressa, caso em que terá responsabilidade objetiva (DINIZ, 2007, p. 41).

Portanto, o elemento negligência vem a ser a omissão quanto aos cuidados necessários. Significa que, ao se falar de negligência no sentido civil da palavra, inclusive algumas legislações de natureza privada chamam de negligência tudo (culpa e dolo). O Código Civil de 1916 usava uma expressão só negligência, que abrangia as três situações. Já o

Código Civil de 2002 não, ele até separa, mas, no fundo, não faz diferença qual dos três presente, já que o resultado vai ser exatamente o mesmo. Na omissão, era esperado do agente um certo comportamento, era esperado de você cuidados, alguma conduta e o agente não fez e por não ter feito, o resultado aconteceu.

A omissão assume o risco do resultado. É diferente do dolo (tanto o direto, quanto o eventual), onde o indivíduo assume a consequência. Na negligência, ocorre uma situação em que o indivíduo se omite, e por ter se omitido, há uma possibilidade, real ou não, de acontecer o resultado danoso. Portanto, no dolo quer-se o resultado, já na negligência, não se tem cuidado.

A imprudência vem a ser o excesso. No excesso, está-se indo além do que deveria ter feito, eu ultrapassam-se os limites de segurança, os limites preestabelecidos e se arriscou. O dano poderia ou não acontecer, mas, com certeza, só aconteceu porque a pessoa foi além de certos limites preestabelecidos. Assim, na negligência, se fez menos do que era esperado, na imprudência, vai-se além do que era esperado.

A imperícia está relacionada à falta de conhecimento. Pratica-se um ato para o qual não se está preparado. Pratica-se um ato para o qual não se tem os conhecimentos mínimos necessários. Ao fazer isso, está-se assumindo a possibilidade de causar um prejuízo a alguém.

Deste modo, o que diferencia o dolo civil da imprudência, negligência ou imperícia é apenas o valor da indenização. No dolo civil a indenização é mais grave porque o agente teve uma subjetividade direta para que o dano acontecesse. Na culpa por negligência, imprudência ou imperícia, a subjetividade é indireta. Responsabilidade civil em sentido abrangente, significa atribuir a um sujeito as consequências de uma ação lesiva ou de um evento a outrem. O autor Carlos Roberto Gonçalves conceitua culpa como:

A culpa em sentido amplo, é a violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela, compreende: o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever (GONÇALVES, 2009, p. 296).

Neste diapasão, para que haja o dever de indenizar, é preciso que o agente tenha agido com culpa, podendo esta ser por ação ou omissão, como dispõe o artigo 186 do Código Civil. Agir com culpa significa atuar o agente pessoalmente, merecendo a censura ou reprovação do Direito. Sérgio Cavalieri Filho dispõe:

A caracterização da culpa importa maior dificuldade. Tendo por essência o descumprimento de um dever de cuidado, que o agente podia conhecer e observar, ou, como querem outros, a omissão de diligência exigível, a dificuldade da teoria da culpa está justamente na caracterização precisa da infração desse dever ou diligência, que nem sempre coincide com a violação da lei (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 32).

Contudo, a censura e a reprovação só poderão acontecer nos casos em que, diante as circunstâncias, pode-se afirmar que o agente poderia ou até mesmo deveria ter agido de outra maneira. Na culpa, essencialmente, está o dever de cuidado, ou seja, o homem deve cuidar e ter prudência, para que a sua conduta não cause nenhum danos a outrem.

Como já foi dito anteriormente, a culpa tem como elemento objeto a violação de um dever, ou seja, a inexecução de um dever que o agente poderia conhecer e observar. A violação poderá se dar de maneira contratual, onde o dever jurídico consiste na relação contratual ou na relação extracontratual, onde a infração a um dever ocorre no momento em que há um descumprimento da lei ou de um regulamento, é a responsabilidade civil por atos, que não tem nada a ver com o contrato. Essas duas dimensões serão abordadas mais na frente.

Para a caracterização da culpa, é preciso que haja a comparação de seu comportamento como o do *homo medius*, do homem ideal, que prontamente prevê o mal, evitando o perigo. Pois, se o evento for imprevisível, não há em que se falar em culpa, tendo em vista que nenhum homem pode evitar aquilo que não era previsível, passando, assim, para o campo do caso fortuito ou força maior.

Neste contexto, a culpa se classifica em três graus, sendo: grave, leve e levíssima. Culpa grave se aproxima do dolo, será grave se o agente se manifestar de forma grosseira, sem existir desculpas para um homem normal, é a chamada culpa consciente, culpa que prevê o resultado ,em que se pode afirmar que é uma negligência ao extremo. A culpa leve existe quando a falta pode ser evitada com atenção ordinária, conhecida como conduta relativa ao homem médio, o bom pai de família. Já a culpa levíssima é a falta de atenção extraordinária, onde há a falta de habilidade ou conhecimento, em que somente uma pessoa muito atenta, dotada de um conhecimento especial, poderia ter.

2.2.2 Nexo causal

Um dos elementos da responsabilidade civil, como já foi mencionado, é a existência de um nexo causal entre o fato ilícito e o dano produzido, pois, não será possível a indenização, sem essa relação de causalidade. No Código Civil de 2002, seu artigo 186 a

exige expressamente: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Carlos Roberto Gonçalves dispõe:

É a relação de causa e efeito entre ação ou omissão do agente e o dano verificado. Vem expressa no verbo “causar”, utilizado no art. 186. Sem ela, não existe a obrigação de indenizar. Se houve o dano, mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar (GONÇALVES, 2009, p. 36).

O dano só vai ocasionar responsabilidade quando for possível estabelecer um nexo causal entre ele e o seu autor. Entretanto, verifica-se que não basta que o agente tenha praticado uma conduta ilícita, tampouco que a vítima tenha sofrido um dano; é necessário que tenha uma relação de causa e efeito entre eles.

O nexo de causalidade é uma expressão concreta, da ciência empírica e não do direito. Assim, o nexo de causalidade é a noção de que determinado fato seja capaz de produzir determinado resultado. A sua principal ideia é a respeito de identificar o fato, identificar o desenvolver do fato e identificar quais as consequências possíveis desse fato.

Importante lembrar que ser a consequência possível não significa, necessariamente, que ela vai ocorrer. Para efeitos da ocorrência do requisito formal do nexo de causalidade, basta a probabilidade, ainda que alta do nexo de causalidade. Falar em causalidade, é falar em causa e efeito. Será que aquele determinado fato é capaz de produzir tal consequência? Essa pergunta encontra sua resposta no Direito, sendo o nexo de causalidade o elemento que mais depende de instrução probatória.

Quando se começa a estudar responsabilidade civil, só se pensa em duas coisas: culpa e dano. Assim, pode-se ter culpa, pode-se ter um dano caracterizado, mas, se não houve nexo, não há indenização. Pois, mesmo se o dano estiver caracterizado, se não houver o vínculo entre a conduta realizada e o resultado verificado, não há indenização. E isso é válido para qualquer espécie de dano.

Com relação ao tema, Serpa Lopes expõe:

Uma das condições essenciais à responsabilidade civil é a presença de um nexo causal entre o fato ilícito e o dano ele produzido. É uma noção aparentemente fácil e limpa de dificuldade. Mas se trata de mera aparência, porquanto a noção de causa é uma noção que se reveste de um aspecto profundamente filosófico, além das dificuldades de ordem prática, quando os elementos causais, os fatores de produção de um prejuízo, se multiplicam no tempo e no espaço (LOPES, 2001, p. 218).

Com efeito, somente poderá existir responsabilidade civil, caso o comportamento da pessoa humana vier a provocar prejuízo. Assim, a responsabilidade civil não existe sem a relação de causalidade.

Salienta-se que tirando a hipótese de risco integral, em que basta o dano para a responsabilização, em todas as outras circunstâncias é necessária a explicação de como a conduta culposa pôde contribuir para a existência do dano, é a conduta que tem condições de produzir determinada consequência.

Em alguns casos, no Direito do Consumidor, o nexo de causalidade é presumido, para facilitar a vida do consumidor. Neste caso não é necessário demonstrar o nexo de causalidade. Só se precisa explicar que comprou o produto, o serviço e sofreu-se o dano. Quem tem o ônus de mostrar que o nexo não aconteceu é o réu, e isso é válido apenas para o Direito do Consumidor. Para todos os outros casos de responsabilidade civil, o autor é que tem o ônus de demonstrar a ocorrência do nexo.

Atentar, por outro lado, em algumas situações, o nexo de causalidade demanda a prova pericial. Portanto, em certas situações, a questão do nexo é tão complexa que apenas o bom senso das partes, do juiz não é suficiente para demonstrá-lo. Nesses casos, pela complexidade da situação envolvida, o nexo não puder ser explicado pela parte, a decisão do juiz vai ter que contar com o apoio da prova pericial.

Sergio Cavalieri (2008) apresenta a teoria da equivalência dos antecedentes e a teoria da causalidade adequada, em relação ao nexo de causalidade. Com relação à teoria da equivalência dos antecedentes, afirma que não se pode distinguir entre causa, ou seja, aquilo de que algo dependa para existir, e condição, isto é, o que lhe dá causa para produzir seus efeitos. Logo, se várias condições obtém o mesmo resultado, considera-se que todas elas há o mesmo valor, ou seja, que se equivalem para a produção do dano. Neste mesmo sentido, esta teoria também é chamada da *conditio sine qua non*, ou da equivalência das condições. Caio Mário, citado por Rodolfo Pamplona e Pablo Stolze Gagliano, preleciona:

Em sua essência, sustenta, que, em havendo culpa, todas as “condições” de um dano são “equivalentes”, isto é, todos os elementos que” de uma certa maneira concorreram para a sua realização, consideram-se como “causas”, sem a necessidade de determinar, no encadeamento dos fatos que antecederam o evento danoso, qual deles pode ser apontado como sendo o que de modo imediato provocou a efetivação do prejuízo (PEREIRA, 2000 *apud* GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 128).

Assim, percebe-se que, nesta teoria, tem-se um aspecto amplo, considerando elemento causal todos aqueles que vieram a participar dos fatos que terminaram no dano. Esta

teoria é, inclusive, adotada pelo Código Penal brasileiro, segundo o que expõe em seu artigo 13. “Artigo 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se a causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido” (BRASIL, Código Penal, 1940).

Deste modo, a respeito do exposto, grande parte dos penalistas adotaram esta teoria, sustentando que poderia limitar a análise do dolo ou da culpa do infrator. Ou seja, os agentes que de forma indireta interferisse na cadeia causal por não terem a necessária previsibilidade (dolo ou culpa) da ocorrência do dano, não seriam responsabilizados.

Já a Teoria da causalidade adequada estabelece que a causa, é aquele antecedente mais apropriado à produção do resultado, ou seja, de todas as condições que sejam válidas à produção do evento, destaca-se aquela que é mais apta, a causa. De acordo com Cavalieri Filho (2008), é a experiência comum que informa qual, dentre todas as condições concorrentes é a mais idônea a produzir o evento. Esta é a teoria que o nosso direito civil adotou.

O nexo de causalidade é bastante importante entre o evento danoso e o ato ou fato do agente, o dano não precisa ser na hora, mas precisa ser demonstrado o vínculo o dano e o fato gerador. O nexo causal pode haver várias causas e agentes. De maneira que, se ambos os pais contribuírem para o dano, ambos devem ser responsabilizados. Antunes Varela, citado por Stolze e Gagliano, exemplifica:

Se alguém retém ilicitamente uma pessoa que se apressava para tomar certo avião, e teve, afinal, de pegar um outro, que caiu e provocou a morte de todos os passageiros, enquanto o primeiro chegou sem incidente ao aeroporto de destino, não se poderá considerar a retenção ilícita do indivíduo como causa (jurídica) do dano ocorrido, porque em abstrato, não era adequada a produzir tal efeito, embora se possa asseverar que este (nas condições em que se verificou) não se teria dado se não fora o ilícito. A ideia fundamental da doutrina é a de que só há uma relação de causalidade adequada entre o fato e o dano quando o ato ilícito praticado pelo agente seja de molde a provocar o dano sofrido pela vítima, segundo o curso normal das coisas e a experiência comum da vida (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 131).

Percebe-se, desta maneira que, para que seja considerado uma causa adequada, esta deverá, abstratamente, e segundo uma visão probabilística, ser apta à efetivação do resultado.

Nessa linha de análise, para que exista a responsabilidade civil e a imputação do dever de indenizar, como se viu, há a necessidade da omissão e ação da conduta humana, e

que estes venham a causar danos. Entretanto, não há imputação do dever de indenizar se não houver a comprovação do nexo de causalidade entre conduta e o nexo causado. Todavia, o Código Civil de 2002 traz algumas exceções com relação à imputação do dever de indenizar; são as excludentes da responsabilidade civil: a legítima defesa, o estado de necessidade, a culpa da vítima, o caso fortuito ou força maior, fato de terceiro e a cláusula de não indenizar.

Portanto, dos quatro elementos (subjetividade, conduta, nexo e dano), não é preciso explicar a conduta, pois ela é meramente fato. Agora, provar que o fato, além de ter acontecido, foi capaz de gerar o resultado, é tratar do elemento nexo. Dos quatro elementos, o único que não requer explicação é a conduta, pois ela é simples de provar; o difícil é provar que a conduta foi capaz de gerar o resultado.

2.2.3 Conduta humana

Faz-se mister que a responsabilidade civil é o termo obrigacional mais perceptível da atividade humana. O mais importante da noção da conduta humana é a voluntariedade, que decorre justamente da liberdade de escolha do agente imputável, com percepção necessária para ter a consciência daquilo que faz. Cavalieri Filho (2008, p.24) aponta: “entende-se, pois, por conduta o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas. A ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico, ou subjetivo”.

Portanto, a ação (ou omissão) humana voluntária, é hipótese necessária para a conformação da responsabilidade civil. Ou seja, a conduta humana, positiva ou negativa (omissão), acompanhada pela vontade do agente, que resulte no dano ou prejuízo. Neste sentido, continua afirmando Cavalieri:

A ação é a forma mais comum de exteriorização da conduta, porque fora do domínio contratual, as pessoas, estão obrigadas a abster-se da prática de atos que possam lesar seu semelhante, de sorte que a violação desse dever geral de abstenção se obtém através de um fazer. Consiste, pois, a ação em um movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo, como a destruição de uma coisa alheia, a morte ou lesão corporal causada em alguém, e assim, por diante. Já, a omissão, forma menos comum de comportamento, caracteriza-se pela inatividade, abstenção de alguma conduta devida. Vieira dizia, com a absoluta propriedade, que omissão é aquilo que se faz não fazendo (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 24).

É preciso, pois, existir na conduta humana, a prática de uma conduta culposa, sendo esta positiva ou negativa (ação ou omissão), senão, não existirá o dever de reparação. Assim, esta conduta precisa ser voluntária, e como já foi mencionado, o agente tem que ter a consciência do que está fazendo. Salienta-se que para que haja o dever de indenizar sua conduta, a princípio pode ser lícita; porém, pode existir também a responsabilidade civil decorrente de ato ilícito.

A conduta humana é classificada em: positiva e negativa. Com relação a primeira, relaciona-se a prática de um comportamento ativo, positivo. Já a segunda, traduz-se pela omissão ou negação, geradora do dano. Porém, deve-se ressaltar que na ação omissiva, a voluntariedade da conduta encontra-se presente, pois, caso vier a faltar este requisito, existirá ausência de conduta ou omissão, fazendo com que a responsabilidade civil não seja visível. Nesse sentido, Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangelli afirma:

Nas omissões, por vezes, a pessoa não pratica a ação devida por causa de uma incapacidade de conduta: é o caso de quem se acha em meio a uma crise de histeria e não pode gritar para uma pessoa cega que está caminhando para um precipício; daquele que fica paralisado em razão de um choque emocional num acidente e não pode prestar socorro às pessoas etc (ZAFFARONI; PIERANGELLI, 1997 *apud* GAGLIANO; PAMPLONA, 2010, p. 71).

Em resumo, só pode ser responsabilizado por omissão, aquele quem tiver o dever jurídico de agir, ou seja, aquele que estiver numa situação jurídica que obrigue a impedir a ocorrência do resultado. Caso assim não fosse, toda omissão seria relevante, e de modo consequente todos teriam que prestar à justiça.

Outro aspecto que merece ser abordado, é a conduta humana e a ilicitude. A doutrina aponta como aspecto necessário da ação humana a ilicitude. Nesse sentido, Sílvio de Salvo Venosa, dispõe:

O ato de vontade, contudo, no campo da responsabilidade deve revestir-se de ilicitude. Melhor diremos que na ilicitude há, geralmente, uma cadeia de atos ilícitos, uma conduta culposa. Raramente, a ilicitude ocorrerá com um único ato. O ato ilícito traduz-se em um comportamento voluntário que transgredir um dever (VENOSA, 2003 *apud* GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 72).

Na mesma linha, Caio Mário preleciona:

Do conceito de ato ilícito, fundamento da reparação do dano, tal como enunciado no art 159 do Código Civil, e como vem reproduzindo no art. 186 do Projeto n.º 634-B de 1975, pode-se enunciar a noção fundamental da responsabilidade civil, em termos consagrados, *mutatis mutandis*, na generalidade dos civilistas: obrigação de reparar o

dano, imposta a todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem (PEREIRA, 2000 *apud* GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 73).

Portanto, de modo que a responsabilidade civil nos dá a ideia de atribuição das consequências danosas da conduta ao agente infrator, é evidente que, para que haja o dever de indenizar, a atuação lesiva deve ser contrária ao direito, ilícita ou antijurídica.

2.2.4 Dano

A responsabilidade civil se justifica pela lesão a um determinado bem da vida por uma conduta praticada pelo agente. Essa consulta pode ser subjetiva ou não, dependendo do caso.

Originalmente, o dano civil decorre da noção de patrimônio. Então a ideia, a princípio é que a sua conduta afetou o patrimônio de alguém. Portanto, pode-se afirmar que a noção geral de dano na responsabilidade civil representa situações em que a conduta do agente, independentemente da subjetividade, foi capaz de provocar, ao menos, desvalorização, decréscimo, ou deixou de aumentar o patrimônio. Os dois primeiros mencionados são o dano emergente; já o último vem a ser o lucro cessante.

Considera-se dano todo prejuízo sofrido pelo ofendido em seu patrimônio juridicamente tutelado, podendo este ser material ou moral. O dano material é aquele que está relacionado apenas ao patrimônio do ofendido; já o dano moral é aquele que ofende o ser humano, não atingindo seu patrimônio. Carlos Aberto Bittar, ao tratar do dano, alude que:

O dano é prejuízo ressarcível experimentado pelo lesado, traduzindo-se, se patrimonial, pela diminuição patrimonial sofrida por alguém em razão de ação deflagrada pelo agente, mas pode atingir elementos de cunho pecuniário e moral. O dano pode referir-se à pessoa ou aos bens de terceiro (inclusive direitos), nos dois sentidos enunciados, patrimonial e moral – e em ambos- mas, especialmente nessa última hipótese, deve ser determinado consoante critério objetivo, como pondera Barassi, e provocado em concreto (BITTAR, 1964 *apud* DINIZ, 2007, p. 62).

Em suma, o dano é considerado o “maior vilão” da responsabilidade civil. Pois, não há como falar em indenização, e nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Então, é importante esclarecer que pode existir responsabilidade sem culpa, porém, não pode haver responsabilidade sem dano.

O dano pode ser caracterizado como direto e indireto. O primeiro atinge diretamente o patrimônio da vítima, ou seja, é imediato, o dano é resultado da conduta lesiva. Já o segundo, ocorre quando a vítima vem a ser atingida pelo reflexo do dano causado a outrem.

Neste sentido, pode-se afirmar que o dano está ligado à palavra prejuízo. Assim, quando não houver prejuízo, não caberá a indenização, pois este último tem o objetivo de restituição para que a vítima retorne ao seu *status quo ante*.

Porém, no dano moral, não será possível a vítima que sofreu o prejuízo voltar ao seu *status quo ante*, pois se trata de bens imateriais, em que se enquadram a subjetividade. Logo, pode-se afirmar que o prejuízo no dano moral é compensado e não repostado. Neste sentido, dispõe Cavalieri Filho:

[...] Indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da indenização, sabemos todos, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito. E, se a vítima não sofreu nenhum prejuízo, a toda evidência, não haverá o que ressarcir. Daí a afirmação, comum praticamente a todos os autores, de que o dano não é somente o fato constitutivo mas, também, determinante do dever de indenizar (CAVALIERI, 2008, p. 71).

Portanto, diante as explicações dos autores, pode até existir uma responsabilidade sem culpa, mas não tem como existir sem o dano. Pois, para que o sujeito da conduta danosa seja responsabilizado deve ser provada a ocorrência destes, tendo ou não agido com culpa. Clayton Reis acentua:

A concepção normalmente aceita a respeito do dano envolve uma diminuição do patrimônio de alguém, em decorrência da ação lesiva de terceiros. A conceituação, nesse particular, é genérica. Não se refere, como é notório, a qual o patrimônio é suscetível de redução (REIS, 1995 *apud* GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 78).

Como já foi dito anteriormente, a doutrina classifica o dano em patrimonial e moral. Logo, o dano patrimonial, também chamado de material, vem a ser lesão concreta, que afeta ao patrimônio da vítima. Falar em dano material é dizer que o patrimônio desvalorizou, foi reduzido (decréscimo) ou deixou de aumentar. Nos três casos, têm-se a figura do dano material e a recomposição pode ocorrer por meio de indenização. Na hipótese da desvalorização, o patrimônio perdeu valor pela sua conduta. A indenização, vai cobrir a diferença entre o valor original e o valor desvalorizado.

Se houve decréscimo, o patrimônio perdeu alguma coisa. A indenização vai cobrir o valor equivalente àquilo que foi retirado do patrimônio (pode ser dinheiro, bem, direito). É qualquer coisa que seja economicamente mensurável.

Por sua vez, há a hipótese em que deixou de ser ampliado o patrimônio em virtude da conduta da outra parte. Então, tinha-se uma expectativa de lucro ou tinha expectativa de receber um faturamento, ou se tinha a expectativa de poder trabalhar aqueles dias e não se vai poder trabalhar (noção de lucro cessante).

Por essa razão, os três tipos de prejuízo configuram dano material e a expressão perdas e danos, presente no Código Civil de 2002, refere-se a dano material. Perdas e danos é a situação de cobrir o prejuízo ao patrimônio físico, material. Nestes casos, a parte tem que provar que o dano aconteceu.

Assim, este dano, mede-se pela diferença que teria no momento, caso não houvesse a lesão. Portanto, o dano estabelece entre o patrimônio existente após o prejuízo e o que provavelmente existiria se não houvesse a lesão produzida. Já em relação ao dano moral, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona dizem:

O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutíveis a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violado, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 97).

Deste modo, o dano moral, que está relacionado aos aspectos da personalidade humana, seria aquele que não tem caráter patrimonial, ou seja, é qualquer sofrimento que não é causado por uma perda pecuniária. O dano moral traz consequências negativas para a vítima, pois seu bem-estar social e pessoal será abalado. Este dano que será abordado no assunto em pauta.

2.3 Responsabilidade contratual e extracontratual. Adjetivando as transgressões a deveres jurídicos

Como já foi esclarecido, a responsabilidade contratual foi a primeira a surgir, desde o direito romano. Já a responsabilidade extracontratual, conhecida também como aquiliana, é a responsabilidade civil por atos que não tem nada a ver com o contrato. Nesta última, pode-

se responder civilmente quando alguém vier praticar em relação a outrem e não há nenhuma relação contratual entre os sujeitos.

No entanto, se não houvesse essa ideia de relação jurídica extracontratual para a esfera da responsabilidade civil, nunca poderia existir, por exemplo, a responsabilidade moral. Deste modo, pode-se ter uma responsabilidade por dano moral entre dois conhecidos que acabaram de se conhecer, e que nunca celebraram nenhum negócio jurídico entre si, mas basta sua conduta para que fique caracterizado o dano.

O Código Civil de 2002 distingue os dois tipos de responsabilidade. No artigo 186 a 188 e 927 a 954 encontra-se a responsabilidade extracontratual, e nos seus artigos 389 e s. e 395 e s, têm-se a responsabilidade contratual. Carlos Roberto Gonçalves expõe:

Na responsabilidade extracontratual, o agente infringente um dever legal, e, na contratual, descumpe o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta, existe uma convenção prévia entre as partes que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito (GONÇALVES, 2013, p. 44).

Desta forma, a responsabilidade extracontratual vem ser aquela que não deriva de contrato; logo, considera-se responsabilidade contratual aquela em que existe a violação direta de uma norma legal. A contratual vem a ser a violação de um contrato estabelecido anteriormente pelas partes. Sergio Cavalieri Filho diz

Essa presunção de culpa não resulta do simples fato de estarmos em sede de responsabilidade contratual. O que é decisivo é o tipo de obrigação assumida no contrato. Se o contratante assumiu a obrigação de alcançar um determinado resultado e não conseguiu, haverá culpa presumida, ou, em alguns casos, até a responsabilidade objetiva; se a obrigação assumida no contrato foi de meio, a responsabilidade, embora contratual, será fundada na culpa privada (CAVALIERI FILHO, 2000, p. 198).

Urge ressaltar que na prática, tanto a responsabilidade extracontratual, como a contratual, as duas apresentam a mesma consequência jurídica, a obrigação de reparar o dano. Deste modo, se alguém de forma voluntária, violar um dever jurídico, havendo ou não um negócio jurídico, provocando dano a outrem, deverá repará-lo.

Com relação ao ônus da prova da responsabilidade contratual, o credor apenas é obrigado a demonstrar que a prestação não foi cumprida. Portanto, o devedor só não será preciso a reparar ao dano, se provar a ocorrência de algumas das excludentes aceitas na lei, são elas: culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. Assim, cabe-lhe o *ônus probandi*.

Caso a responsabilidade seja extracontratual, o ônus de provar que o fato só veio a ocorrer por culpa do agente, é do autor da ação. Deste modo, a vítima tem maiores chances de obter a condenação do agente ao pagamento da indenização, quando a sua responsabilidade deriva de um descumprimento de um contrato, ou seja, da responsabilidade contratual, pois, neste caso, não será preciso provar a culpa, apenas será necessário provar que o contrato não foi cumprido, e como consequência disto, existiu o dano. Nessa linha, Antunes varela, expõe:

A responsabilidade contratual abrange também o inadimplemento ou mora relativos a qualquer obrigação, ainda que proveniente de um negócio unilateral (como o tratamento, a procuração, ou a promessa de recompensa) ou da lei (como a obrigação de prestar alimentos). E a responsabilidade extracontratual compreende, por seu turno, a violação dos deveres gerais de abstenção ou omissão, como os que correspondem aos direitos reais, aos direitos da personalidade ou aos direitos de autor (à chamada propriedade literária científica ou artística, aos direitos de patente ou de invenções e às marcas) (VARELA, 1982 *apud* Gonçalves, 2013, p. 45).

Com efeito, essencialmente as soluções são as mesmas para os dois aspectos. Na verdade, o que se deseja para a configuração da responsabilidade são as três condições: o dano, o ato ilícito e a causalidade. Portanto, o que interessa é a responsabilidade extracontratual, responsabilidade esta baseada na culpa, em que o lesado é obrigado a provar que o agente agiu com negligência, imprudência, e imperícia, para que haja a reparação. Porém, esta mesma responsabilidade pode não existir a culpa, baseada no risco. Deste modo, quanto ao seu fundamento, pode ser a subjetiva, ligada a culpa, e a objetiva fundada ao risco.

2.4 A configuração do dano moral sob a ótica Civil-Constitucional

Na responsabilidade civil, o dano moral passou a ser um tema com muita complexidade. Costa (2011, p. 199) diz que: “grande parte dessa problemática, no entanto, poderia ser minimizada se o tema passasse a ser estudado com o enfoque objetivo que lhe empresta o Direito Civil Constitucional”.

Para alguns doutrinadores, o conceito de dano é diferente. Porém, todos estes conceitos têm o mesmo sentido de prejuízo. Salienta-se, ainda, a questão do dano patrimonial, pois, com relação ao dano moral, não se deve confundir, pelo fato de o bem jurídico protegido em ambos serem completamente distinto, além do mais, apresentando uma diferença na reparação. Diniz (2003, p. 51) posiciona “ dano é a lesão (diminuição ou destruição) que,

devido a certo evento sofre uma pessoa contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral”. Neste mesmo sentido Maria Celina Bodin de Moraes expõe:

Aquele que sofre um dano moral deve ter direito a uma satisfação de cunho compensatório. Diz-se compensação, pois o dano moral não é propriamente indenizável: indenizar é palavra que provém do latim, *in dene*, que significa devolver (o patrimônio) ao estado anterior, ou seja, eliminar o prejuízo e suas conseqüências o que, evidentemente, não é possível no caso da lesão de ordem extrapatrimonial. Prefere-se, assim, dizer que o dano moral é compensável, embora o próprio texto constitucional, em seu artigo 5º, X, se refira à indenização do dano moral (MORAES, 2003, p. 145).

Assim, a existência do dano moral e do direito da personalidade ganha importância na Constituição de 1988, como exposto acima, em seu artigo 5º, X, que dispõe: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

É de grande importância esclarecer que, após a Constituição Federal de 1988, não existem mais limites legais para que ocorra o dano moral. No Direito Civil comum surgiu um sistema de indenização, em que basta a violação de um direito da personalidade para se configurar o dano moral.

Deste modo, é cabível afirmar que a Constituição Brasileira de 1988 ganhou um grande reconhecimento no avanço dos direitos fundamentais da pessoa humana, trazendo em seu bojo um rol extenso desses direitos, de forma explícita e implícita, além do mais, apresentando garantias que assegurem o cumprimento e o respeito de tais direitos. Nesse sentido, afirma Flávio Tartuce:

Sabe-se que o Título II da Constituição Federal, sob o título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, traça as prerrogativas para garantir uma convivência digna, com liberdade e com igualdade para todas as pessoas, sem distinção de raça, credo ou origem. Tais garantias são genéricas, mas também são essenciais ao ser humano, e sem elas a pessoa humana não pode atingir a sua plenitude e, por vezes, sequer sobreviver (TARTUCE, 2012, p. 87).

Isto posto, os direitos da personalidade estão ligados aos direitos fundamentais, visto que todo aquele que tem personalidade é digno de ter direito a uma proteção fundamental, proteção esta que são os próprios direitos da personalidade, em que constituem proteção necessária para que a pessoa exerça com dignidade a sua essência. Sendo assim, é por este motivo que a doutrina afirma que os direitos da personalidade devem ser analisados à luz da constitucionalização do direito civil.

A Constituição de 1969 não apresentava, de maneira clara e textual, a possibilidade de existir indenização em razão do dano moral. Hoje, a Constituição Federal de 1988 deixa clara esta ideia, como exemplo temos seu artigo 5º, o qual já foi exposto, em que assegura o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

O Código Civil, no artigo 186 manifesta a ideia de o dano ser caracterizado como ilícito, ainda que em seu artigo 927, estabelece a obrigação de indenização pelos prejuízos, deste modo, o código civil deve ser aplicado ao mesmo tempo com o texto constitucional, sendo assim, seria a constitucionalidade do Código Civil. Para Nader (2008, p. 166), “a constitucionalização do Direito Civil verifica-se na ideia de que os direitos da personalidade são decorrentes dos direitos fundamentais, na medida em que ambos visam proteger unicamente a condição humana”.

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (BRASIL, Código Civil de 2002).

Portanto, nos casos em que os direitos da personalidade forem violados, acarretará a essencial reparação conforme a Constituição de 1988 e o Código Civil, que adotaram o mesmo posicionamento. Assim, o Código civilista deve se adaptar ao posicionamento da Carta Magna na prevenção ao dano.

3 CAPÍTULO 2 AS ESPECIFICIDADES DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DAS FAMÍLIAS. O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A INTERAÇÃO ENTRE PAIS E FILHOS

3.1 Os princípios norteadores na relação paterno-familiar. O afeto como elemento estruturante da família hodierna

Os princípios exercem uma função de aprimoração do Direito. Sua força se encontra sobre toda a organização jurídica, completando lacunas deixadas por outras normas, independentemente de serem expressos, não expressos ou positivados. Salienta-se também que os princípios têm uma função sistematizadora, pois, sem eles, não existe ordenamento jurídico sistematizável e nem de valoração. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, citando Gomes Canotilho, apresentam as seguintes características dos princípios:

- 1- são normas com um grau de abstração relativamente elevado;
- 2- carecem de mediações concretizadoras, seja do legislador ou seja do jurista, pelo fato de serem vagos e indeterminados;
- 3- pela posição hierárquica no sistema de fontes ou pela importância estruturante dentro do sistema jurídico, possuem um papel fundamental no ordenamento;
- 4- são standards juridicamente vinculantes, radicados nas exigências de justiça ou na idéia de direito; e
- 5- são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante (CANOTILHO, 1986 *apud*, MENDES; COELHO; GONET BRANCO, 2010, p. 104).

Os princípios constitucionais explícitos e implícitos tornaram-se um dos maiores avanços do direito brasileiro, principalmente após a Constituição Federal de 1988, superando a ideia tradicional que a doutrina apresentava. As normas constitucionais, com força normativa própria, classificam-se em princípios e regras, diferenciando-se pelo seu conteúdo e, conseqüentemente, pelo modo de aplicação. Com relação às regras e princípios, Amaral Júnior diz:

Princípios são pautas genéricas, não aplicáveis à maneira de “tudo ou nada”, que estabelecem verdadeiros programas de ação para o legislador e para o intérprete. Já as regras são prescrições específicas que estabelecem pressupostos e conseqüências determinadas. A regra é formulada para ser aplicada a uma situação especificada, o que significa em outras palavras, que ela é elaborada para um determinado número de atos ou fatos. O princípio é mais geral que a regra porque comporta uma série indeterminada de aplicações. Os princípios permitem avaliações flexíveis, não necessariamente excludentes, enquanto as regras embora admitindo exceções,

quando contraditadas provocam a exclusão do dispositivo colidente (AMARAL JUNIOR, 1993, p. 27).

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio é:

O mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico (MELLO, 2007, p. 450).

De conseguinte, pode-se afirmar que os princípios não oferecem solução única. Atualmente, na organização jurídica do Direito de família, não é mais possível aceitar uma norma, que não leve em consideração a dignidade da pessoa humana. Embora, esta ideia tenha se tornado expressa na Carta Magna, seu conceito já existia desde o século XVIII, por Kant, e é exatamente este conceito que dá apoio para a sua compreensão, de modo profundo. Deste modo, a dignidade não pode ficar de fora, pois é considerada um princípio ético, o qual norteia vários outros princípios, posto que é impossível falar de ser humano, e não pensar em dignidade.

A família, no século XXI, é mister proceder que, não faltam referências que tenha passado sob a forma patriarcal. A contemporaneidade trouxe uma nova perspectiva no que concerne à concepção de família. Assim, nos dias atuais, não existe mais a rigidez, pelo qual o pai exercia poder sobre os demais membros da família, no qual a mulher estaria reservada a direção do lar.

A família patriarcal, salvo raras exceções, era reconhecida essencialmente pelos laços biológicos. Sua função social era a proteção do status social consubstanciado no poder econômico, político e religioso. Portanto, a pessoa não era reconhecida em sua individualidade; sua dignidade humana era um dado secundário, pois era um objeto de direito e não sujeito de direito.

Caio Mário da Silva Pereira retrata a característica as estrutura familiar dos tempos mais remotos, realçando o seu salutar caráter patriarcal:

O pater era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos (*penates*) e distribuía justiça. Exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*), podia impor-lhes pena corporal, vende-los, tirar-lhes a vida. A mulher vivia *in loco filiae*, totalmente subordinada à autoridade marital (*in manu mariti*), nunca adquirinso autonomia, pois que passava da condição de filha à de esposa, sem alteração na sua capacidade; não tinha direitos próprios, era atingida por *capitis deminutio* perpétua que se justificava *propter sexus infirmitatem et ignorantiam rerum forensium*. Podia ser repudiada por ato unilateral do marido (PEREIRA, 2004, p. 26).

Pondera ainda que: somente o pater adquiria bens, exercendo a *domenica potestas* (poder sobre o patrimônio familiar) ao lado e como consequência da *pátria potestas* (poder sobre a pessoa dos filhos) e da *manus* (poder sobre a mulher).

Com o desaparecimento do patriarcalismo e do matrimonialismo, na qual era considerado como uma fase obrigatória da família, há a repersonalização da entidade familiar, o objetivo agora está voltado na pessoa que a participa e não na unidade patrimonial que pairava na produção e acumulação de riqueza.

Diante dessa nova estrutura, o elemento fundamental da família atual passou a ser o afeto, pautado na solidariedade, afastando a ideia do modelo primitivo. Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo onde houver afeto haverá família:

A afetividade é construção cultural que se dá na convivência, sem interesses materiais, que apenas secundariamente emergem quando aquela se extingue. Revela-se em ambiente de solidariedade e responsabilidade. Como todo princípio, ostenta fraca densidade semântica, que se determina pela mediação concretizadora do intérprete, ante cada situação real. Pode ser assim traduzido: onde houver uma relação, ou comunidade, mantida por laços de afetividade, sendo estes suas causas originária e final, haverá família (LÔBO, 2002, p.97).

Com base nesta nova ordem social, a família ganhou novos valores, uma vez que não tem a pena como o principal elemento o afeto como também a liberdade, o amor, o companheirismo e, principalmente, o reconhecimento das pessoas como humano protetor de direitos.

Antes dessa nova concepção, além de distanciar-se do modelo arcaico e patriarcal, a família se restringia apenas à formação pelo marido, mulher e sua prole. Hoje, pode-se ver a mudança, visto que há uma pluralidade de famílias. Assim, o conceito de família expandiu, indo em direção a um conceito mais real, eis que o importante não é a origem ou forma, mas o ente familiar em sua essência. Desta maneira, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti dispõe que:

A evolução social quanto à compreensão da família elevou o afeto à condição de princípio jurídico oriundo da dignidade da pessoa humana no que tange às relações familiares, visto que estas, para garantirem o direito à felicidade e a uma vida digna (inerentes à dignidade humana), precisam ser pautadas pelo afeto e não por meras formalidades como a do casamento civil. Assim, o princípio do afeto é um princípio constitucional implícito, decorrente da dignidade da pessoa humana e, ainda, da própria união estável, que tem nele o principal elemento para o reconhecimento do status jurídico-familiar de uniões não-matrimonializadas (VECCHIATTI, 2008, p. 221).

Com efeito, o afeto não é considerado apenas um laço que une os integrantes da família, mas um laço que se envolve com a intenção, finalidade de garantir a felicidade de

todos que pertencem aquele meio. Com isso, tem-se o norte de cada família, uma vez que a afetividade é o princípio norteador das famílias atuais.

Para efeito didático, os princípios jurídicos que serão abordados neste presente estudo serão: 1-Princípio da dignidade Humana, considerado um princípio fundamental, 2-princípio do melhor interesse da criança e o princípio da afetividade, considerados como princípios gerais.

A Constituição Federal brasileira apresenta três fundamentos essenciais do princípio da afetividade. Portanto, este princípio tem fundamento constitucional:

- a)** todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º);
- b)** a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º);
- c)** a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º) (BRASIL, Constituição Federal de 1988).

Ademais, a filiação biológica era exatamente pautada na separação de filhos legítimos e ilegítimos. Hoje, todos os filhos receberam o mesmo tratamento constitucional, independente da sua origem e se são biológicos ou não. Portanto, a partir desta mudança ocorrida na família, a ordem jurídica passou a considerar o afeto com um elemento de grande importância, como um valor jurídico, para o Direito de Família. Paulo Lôbo afirma:

É o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico. Recebeu grande impulso dos valores consagrados na Constituição de 1988 e resultou da evolução da família brasileira, nas últimas décadas do século XX, refletindo-se na doutrina jurídica e na jurisprudência dos tribunais (LÔBO, 2011, p. 70).

Como já foi exposto, o princípio da afetividade está implícito na Constituição. O fundamento da paternidade socioafetiva é proveniente do princípio da afetividade. Tal paternidade não é fruto biológico. É baseada no zelo, no cuidado (art 1634 CC). O argumento do princípio da afetividade nasce para quem, na paternidade socioafetiva dá carinho, atenção e zelo. A afetividade é tratada tanto nos aspectos de cunho subjetivo, como objetivo. E o matrimônio deixa de ser um aspecto baseado no aspecto formal e passa a ser batizado na convivência e no afeto.

Nessa linha de ideias, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos seus filhos, ainda que haja desamor entre eles. O artigo 1.593 do Código Civil de 2002 é regra geral do princípio da afetividade, ao dispor que “o parentesco é natural ou civil conforme

resulte de consanguinidade ou outra origem”. Ou seja, esta regra impede que o Judiciário considere como responsável apenas aquele que for o biológico. Assim, passa a considerar aqueles que sejam consanguíneos ou de outra origem, ambos possuem a mesma dignidade e são protegidos pelo princípio da afetividade.

Ademais, o princípio da afetividade é considerado o indicador das melhores soluções para os conflitos familiares, como também o princípio do melhor interesse da criança. Às vezes a intervenção legislativa enriquece o dever da afetividade. Como exemplo tem-se a Lei n. 11.112/2005, a qual expõe obrigatório o acordo da guarda dos filhos menores e o regime de visitas, assegurando, desta forma, o direito à companhia, e afastando do conflito, e a Lei n. 11.698/2008, que determinou a preferência da guarda compartilhada, quando não existir acordo com os seus pais separados.

Deste modo, o afeto vem a ser considerado atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Dias (2005, p. 66), diz que “mesmo não constatando a palavra afeto no Texto Maior como um direito fundamental, podemos dizer que o afeto decorre da valorização constante da dignidade humana”. É sobre o princípio da dignidade humana que será exposto no próximo tópico.

Relacionando-se a criança, se esta tem uma família que lhe acolhe com as melhores intenções, se for beneficiada, dando-lhe uma relação afetiva, que lhe passem amor, segurança, carinho, além de suprir suas outras necessidades básicas, certamente existirá uma reversão nas sequelas daquele abandono.

Romualdo Baptista dos Santos afirma:

A afetividade é inerente ao ser humano e a sua própria personalidade, encontra-se, sobretudo, na base da conduta jurídica, constituindo um valor jurídico a ser preservado na vida em sociedade. Entretanto, é nas relações inseridas ao Direito de Família que a afetividade se manifesta de maneira mais expressiva, uma vez que as próprias relações familiares são permeadas pelos afetos (SANTOS, 2011, p. 153).

A afetividade é necessária existir da parte dos pais para com seus filhos, é bastante importante para o seu crescimento, para um desenvolvimento saudável, o que evita comportamentos problemáticos, pois a família é responsável pela identidade do seu filho. E não há dúvidas de quando há diálogo e uma relação saudável, a probabilidade é bem maior de haver uma formação de qualidade e positiva. Saber as necessidades, o que se passa com cada filho, fazer parte dos momentos de alegrias e tristeza é sinal de respeito para com o filho.

Diante o exposto, não há qualquer dúvida que os pais são responsáveis pelos os filhos, considerado, assim, um dever dos pais, e um direito dos filhos, no qual o descumprimento dessas obrigações significa a violação ao direito do filho.

O princípio do melhor interesse da criança zela por aquilo que for o melhor para a criança. O CC sofreu adendo, e trouxe modificação de artigos, que passaram a tratar em 2002, da chamada guarda compartilhada. Assim, garante-se o melhor ambiente para a proteção ao menor, estabelece-se o que vai ser social e psicologicamente melhor para o menor, podendo, inclusive ficar apenas com um dos pais.

Para Paulo Lôbo, a respeito do princípio do melhor interesse da criança, diz:

O princípio parte da concepção de ser a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, e não como mero objeto de intervenção jurídica e social quando em situação irregular, como ocorria com a legislação anterior sobre os “menores”. Nele se reconhece o valor intrínseco e prospectivo das futuras gerações, como exigência ética de realização de vida digna para todos (LÔBO, 2011, p. 75).

No direito brasileiro, este princípio encontra fundamento essencial no art. 227, onde estabelece que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente com absoluta prioridade os direitos que enuncia. A convenção Internacional dos Direitos da Criança estabelece no seu art. 31 que se deve considerar o interesse maior da criança. Assim, diante da Convenção, deve ser garantida uma proteção ao menor, constituindo a conclusão de esforços, em escala mundial, no sentido de fortalecimento de sua situação jurídica, eliminando as diferenças entre filhos legítimos e ilegítimos (art.18), atribuindo ainda aos pais, o dever de cuidar da educação e do desenvolvimento. Ainda, o princípio está consagrado nos arts. 4º e 6º da Lei n. 8.069\90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Logo, além dos direitos e garantias usuais que todos seres humanos têm, que estão inseridos na Constituição Federal e no Código Civil, existem, ainda, direitos especiais a eles assegurados, pelo fato da sua condição especial, conforme o disposto no art. 3º do ECA:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente).

Deste modo, com o princípio do melhor interesse, é preciso ter uma consideração primária de todas as ações referente à população infanto-juvenil. Portanto, em qualquer

circunstância, em todos os casos direcionados à criança ou adolescente, deve-se escolher a melhor solução para eles.

3.2 Adimplir para ser: a dignidade da pessoa humana como *celula mater* para o desenvolvimento dos filhos

No artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, prevê que o nosso estado Democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Trata-se daquilo que se denomina princípio dos princípios ou princípio máximo. Paulo Lôbo expõe: “A dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade” (LOBO, 2011, p. 60).

Assim, a dignidade da pessoa humana acolhe uma variedade de valores que há na sociedade. Desta forma, preceitua Ingo Wolfgang Sarlet:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2007, p. 62).

Logo, este princípio vem a ser o principal e o mais amplo princípio constitucional. Com relação ao direito de família, diz respeito à garantia de todos os seus membros, para que possam ser realizados os seus desejos e interesses afetivo, bem como a garantia educacional aos filhos, com o objetivo de manter a sua família firme e forte, ou seja, duradoura, sendo feliz. Neste sentido, dispõe Maria Helena Diniz:

É preciso acatar as causas da transformação do direito de família, visto que são irreversíveis, procurando atenuar seus excessos, apontando soluções viáveis para que a prole possa ter pleno desenvolvimento educacional e para que os consortes ou conviventes tenham uma relação firme, que integre respeito, tolerância, diálogo, troca enriquecedora de experiência de vida etc. (DINIZ, 2007, p.18).

Deste modo, quando se fala em dignidade humana, afirma-se que a dignidade está presente com todos os membros da família humana e de seus direitos inalienáveis e iguais, isto vem a ser, o fundamento da liberdade, da justiça, do desenvolvimento social e o da paz.

A dignidade é um princípio comum de todos, direito de todos, que engloba outros princípios e valores essenciais, como a cidadania, a liberdade, a igualdade, autonomia privada, solidariedade e alteridade. São, portanto, um grupo de princípios éticos.

Rocha (2000), diz que este princípio se apresentou de tal forma no constitucionalismo contemporâneo, que chegou a trazer uma nova forma de pensar no mundo jurídico, e desta maneira, a dignidade passou a ser princípio e fim do Direito. Nesta linha de raciocínio, expõe:

Dignidade é o pressuposto da idéia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não se há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal (ROCHA, 2000, p.72).

A noção de direitos humanos, só ganha valorização porque em sua base está a dignidade de todo o ser humano. O Estado tem a função de garantir o mínimo existencial para cada ser humano. Segundo a autora Berenice Dias:

Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos a realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito (DIAS, 2009, p.61).

Portanto, no direito de família, a dignidade da pessoa humana, como direito de todo ser humano, deve ser garantida e preservada. Dias (2009, p. 63) expõe que “o respeito e proteção à dignidade da pessoa humana (de cada uma delas e de todas as pessoas) constituem (ou, ao menos, assim o deveriam) em meta permanente da humanidade, do Estado e do direito”. Assim, é realmente isto que Berenice afirma que se almeja hoje no direito de família. Pois, espera-se que este apenas não só proteja a família, mas também que a família tenha sua dignidade garantida, buscando, desta maneira, uma sociedade mais justa.

Nesta ideia, com relação à dignidade humana, Ingo Sarlet evidencia:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como

venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2002, p. 62).

Deste modo, urge salientar, que nas relações paterno-filiais, a dignidade da pessoa humana deve ser completamente assegurada. Assim, cabe ao direito oferecer meios para que não exista a violação a esse valor maior. Atualmente, há disposições que aprova a ideia que a família é a base da sociedade, uma vez que merece proteção do Estado e a igualdade jurídica entre todos os filhos, entre outras disposições, e estas nada mais pretendem assegurar a preservação da dignidade.

3.3 Os pressupostos essenciais para a caracterização do dano moral nas relações familiares

Hironaka (2002) estabelece os pressupostos necessários para que haja a indenização por abandono afetivo. Para a autora, pouco importa a relação que deu origem ao menor, pois, o que se deve ser analisado é se cabe ou não indenização por danos morais por abandono afetivo, e se existe ou não a presença afetiva de uma relação paterno-filial.

Deste modo, assim como Hironaka, entende-se que a responsabilidade dos pais por abandono afetivo depende principalmente da sua consciência da condição de pai, de modo que se um pai desconhece o fato de ter se tornado pai, e o filho entra com ação com pedido de danos morais, esta hipótese deve-se ser descartada.

Conforme Rodrigo da Cunha Pereira:

O exercício da paternidade tem função estruturante no desenvolvimento da prole. A função do pai pode ser vista por três aspectos: de reprodução (função biológica); de educação (função psicopedagógica) e de transmissão de um nome e um patrimônio (função social) (PEREIRA, 2003, p. 131).

Ainda nesta linha de raciocínio Schreiber (2009) expõe que são deveres paternos a criação e a educação da prole, pelo que determina o art. 1.634, I CC, e ainda, o encargo de tê-los em sua guarda e companhia, conforme o inciso II do mesmo artigo do dispositivo legal acima. Além desses, Hironaka (2002) afirma que são três os deveres dos pais que não podem deixar de faltar: sustento, guarda e educação, nos moldes do art. 22, ECA. Em conclusão, o artigo 227, da Constituição Federal de 1988, disserta acerca que é dever dos pais, do Estado e

da sociedade assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, a convivência familiar, além de colocá-lo a salvo de qualquer tipo de negligência.

Com relação ao sustento, esta se trata da questão patrimonial entre pai e filho. Hinoraka (2002, p. 178) diz que “a maneira de que se reveste o cumprimento desse dever é com a colocação de meios condizentes às necessidades da prole, tendo em vista as possibilidades de que dispõe os genitores”. Há quem defenda que somente o descumprimento da pensão alimentícia geraria alguma penalidade ao genitor negligente. Porém, Hinoraka (2002, p. 178) continua alegando que “conceber a tutela jurídica apenas do ponto de vista material aos menores é uma visão reducionista, uma vez que a família atua é baseada no afeto”.

Quanto ao dever de guarda, este enquadra-se o princípio do melhor interesse da criança, como já foi exposto, pois, este dever da guarda diz respeito a companhia dos filhos com os pais, uma vez que com base no princípio a escolha determinada seja a melhor maneira para criança. O ideal é que a criança esteja sob a guarda de apenas um ou de outrem, respeitando o direito de visitas. Portanto, devem os pais participarem da educação da criança, e que, de certa forma, seja garantida a ela uma perfeita conformação moral e intelectual. Nesta ideia Hinoraka ressalta:

A importância de que as crianças recebam uma educação condigna e uma noção de autoridade no seio familiar, sob pena de não ajustarem em outros ambientes sociais. São diversas as atividades diárias que competem aos pais realizar, quando ao planejamento de refeições, vestes, higiene e transporte dos menores, bem como auxílio nas questões de saúde e também no ensino de boas maneiras, de educação religiosa, moral, social e cultural (HINORAKA, 2002, p. 416).

Assim, Hinoraka (2002) salienta que é na conduta omissiva do dever de afeto, em sentido abrangente, relacionado à educação, atenção, carinho, que se configura o abandono afetivo. Entende-se por conduta, cujo conceito, para Cavalieri é (2010, p. 24) “comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas. A ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico, ou subjetivo”. Logo, percebe-se que a conduta pode ser tanto uma ação, uma vez que o comportamento seja comissivo e positivo, quanto uma omissão, ou seja, quando há a inatividade de uma conduta devida.

Na concepção de Sergio Cavalieri Filho:

A omissão, todavia, como pura atitude negativa, a rigor não pode gerar, física ou materialmente, o dano sofrido pelo lesado, porquanto do nada provém. Mas tem-se entendido que a omissão adquire relevância jurídica, e torna o omitente responsável, quando este tem dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado,

dever, esse, que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 24).

A conduta humana pode ser por dolo ou por culpa. Em Ambos há conduta voluntária do agente. Na ideia de Cavalieri Filho (2010), no caso do dolo, a conduta já nasce ilícita, a vontade se direcionada ao resultado antijurídico, enquanto na culpa, a conduta nasce lícita, e na medida que não se cumprem os padrões socialmente adequados, torna-se ilícita. Portanto, a falta do cumprimento do dever de cuidado, quando o agente poderia e deveria de uma certa forma, agir diferente, é que caracteriza a conduta culposa. Já no dolo, não se tem a intenção de causar o dano ilícito, são essas condutas inadequadas adotadas, que poderiam ser evitadas, que causam o dano. Logo, este dano poderá gerar a responsabilidade.

Diante o exposto, verifica-se o caso dos pais omissos, na falta de existir afeto e cuidado a criança. Pois, diante da situação jurídica, os genitores são responsáveis pelos menores, e de acordo com o ordenamento pátrio, assim sendo, devem impedir eventos danosos que venham causar à prole.

Mais uma vez, urge salientar que se reconhece a impossibilidade de obrigar um pai a amar seu filho, motivos em que muitos se justificam para que não haja a indenização por danos morais em relação ao abandono afetivo. São por essas razões, que serão expostos fundamentos a respeito do afeto de do cuidado. Uma vez que os pais, com a plena consciência de seus deveres legais e da responsabilidade que há com a integridade psicofísica da criança, devem dedicar a ela ao menos a questão da educação, da criação, fazendo com que haja a possibilidade do desenvolver da dignidade.

Destarte, a conduta omissiva do abandono afetivo, desligada da relação do amor, o qual não se pode obrigar, vem a ser considerada um ato lícito, porém, compensável. Daí, aponta-se a ideia de culpa, pois é na proporção em que o agente se afasta do padrão do ordenamento jurídico, e onde não se aceita socialmente que se confirma a culpa.

Com base no art. 186, do Código Civil de 2002, “aquele que por culpa viola direito e causa dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, está a cometer ato ilícito”. Porém, mesmo não podendo afirmar que exista direito subjetivo ao afeto, uma vez que seria o elemento caracterizador da ilicitude do ato paterno, assim sendo, indispensável à responsabilização dos pais, a respeito de danos morais, é cabível a indenização ainda que seja por ato ilícito.

Ademais, o pai omissos não respeita os deveres expressos de conduta que são lhe atribuídos em virtude da sua função de pai. Isso porque tais deveres não o deixa livre para

exercer a sua relação paterna, o que significa dizer que existem limites de agir no ordenamento.

Assim sendo, como os menores e os adolescentes merecem uma proteção absoluta, com prioridade e o abandono afetivo é uma afronta a dignidade deles, deixando-os marcados por ainda estarem em formação psicofísicas, o dano moral é meramente cabível, pois há lesão a interesses ou bens jurídicos dignos de tutela.

Na responsabilidade civil, o dano moral, haverá uma diminuição de elementos, uma vez que o dano deveria ser necessariamente comprovado, agora se presume. Ou seja, é preciso ser comprovado o ato ilícito e o nexo de causalidade entre ele e o dano psicológico que aduz ter sofrido. Deste modo, não é preciso comprovação de que a moral, a dignidade da pessoa humana foi abalada, pois, do próprio fato se presume a lesão.

Em suma, Cavaliere Filho (2012, p. 47) diz que “o nexo causal é um elemento referencial entre a conduta e o resultado. É um conceito jurídico-normativo através do qual poderemos concluir quem foi o causador do dano”. O autor ainda afirma que se pode dizer que “o nexo de causalidade é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem nexo causal” (2012, p. 47).

Com relação à questão dos pais com os filhos, logo deve ser verificado, se a conduta omissiva é capaz de produzir danos ao filho. Assim, diante destes casos, importa a questão da perícia técnica avaliar, se a partir dos fatos provados, a omissão foi causa de proporcionar a lesão à dignidade do menor, na forma psicológica, e na forma de inserção familiar e social.

Portanto, o nexo causal tem sua importância na limitação das hipóteses de relação que causem consequências, inviabilizando a indenização de danos, ocasionados por outras causas, além dos fatos aduzidos na causa de pedir. Uma vez que cabe ressaltar que são excluídos do dever de indenizar, por quebrarem o nexo de causalidade, o caso fortuito, a força maior. Hinoraka (2002, p.423) “ainda diz que serão excluídos os fatos exclusivos da vítima ou de terceiro”.

3.4 A viabilidade de se responsabilizar os pais em meio aos lineamentos jurídicos contemporâneos. O abandono afetivo é indenizável?

Primeiramente, cabe salientar que muito tempo atrás a reparação por dano moral, não era aceita. A ideia era que o dano moral jamais poderia ser ressarcido, pois a dor e o sofrimento, uma vez sendo valores inestimáveis, não poderiam ser indenizados.

Posteriormente, com a decretação da Constituição Federal de 1988 consagrou-se o princípio da reparabilidade do dano moral, assegurando-se, nos incisos V e X do art. 5º, o direito a resposta e a indenização por dano moral ou material, decorrente da violação da intimidade, da vida privada, da honra ou da imagem das pessoas. Além deste princípio, consagrou ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado democrático de Direito. (art. 1º, III, CF).

Então, o princípio da dignidade humana ganhou a essência de todos os direitos personalíssimos, sendo considerado a base de todos os valores morais. Cavalieri Filho (2004, p. 94) diz que “dano moral nada mais é que a violação ao direito à dignidade”.

Da mesma forma, o Código Civil de 2002, também tratou desta matéria, no seu artigo 186, onde assegura a reparação do dano moral “àquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Apresenta ainda o parágrafo único do art. 927 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”.

Neste sentido, Maria Celina Bodin de Moraes expõe:

Só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interferida intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar, não bastando mero dissabor, aborrecimento, mágoa ou sensibilidade exacerbada (MORAES, 2003, p. 43).

Continua esclarecendo que “a reparação deve ter como objetivo compensar integralmente a pessoa da vítima, única nos danos sofridos e nas perdas sentidas” (2003, p. 16).

Para Lisboa (1993, p. 462), “o interesse do menor seria evidenciado pela simples constatação da violação de algum direito da personalidade”. O art. 5º - ECA expõe, o direito de que “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão aos seus direitos fundamentais”. Ainda mais, o art. 70 – ECA

prevê que “é dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente”.

Elias (2004, p. 65), declara como “devedores dos direitos que são cabíveis aos menores, englobados nas várias espécies de assistência, que são de ordem material, moral e jurídica”. Além dos princípios constitucionais e estatutários, é de responsabilidade da família, da sociedade e do Estado, proteger as crianças e os jovens contra a violação dos seus direitos, seja por ação ou omissão.

Tepedino e Fachin (2008), dizem que não se pode afastar a responsabilidade dos pais, no que diz respeito à educação e à formação. Além da prestação de alimentos, os pais envolvem o dever de possibilitar o desenvolvimento dos filhos, com base no princípio da dignidade humana.

De acordo com Sérgio Cavalieri Filho:

O objetivo principal da ordem jurídica é proteger o lícito através do estabelecimento de deveres jurídicos. Tais deveres dependerão da natureza do direito a que correspondem, bem como das pessoas a quem atingem. A imposição desses deveres se dá em virtude da necessária convivência social e importam na criação de obrigações (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 1).

Os pressupostos essenciais para a caracterização do dano moral na relação de família como mencionados no tópico anterior, se caracterizam, para Cavalieri Filho (2009) em três elementos: a conduta humana (comissiva ou omissiva); dano que é a violação de um interesse juridicamente tutelado; nexos de causalidade, necessário existir um vínculo entre a conduta humana e o dano.

É neste sentido que surge a noção de responsabilidade civil, pois, segundo Cavalieri Filho (2009, p. 4), a responsabilidade é o “dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”.

No CC de 2002, no artigo 186 dispõe que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. No artigo 927 do mesmo dispositivo legal, determina: “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Assim, conforme os artigos expostos, o civilmente responsável, tem a obrigação, por lei, de indenizar a vítima do dano, a que ele deu causa.

É importante frisar, o que já foi exposto no primeiro capítulo, que o dano pode ser extrapatrimonial ou patrimonial. No caso do extrapatrimonial, este não se diz respeito à natureza econômica, uma vez que a condenação da responsabilidade civil, não é de natureza

indenizatória e sim compensatória. Deste modo, a intenção é de retribuir a vítima do dano moral em pecúnia, de alguma forma que a dor sentida possa ser compensada.

Quando se refere a dano moral, fala-se em dano imaterial. Esse dano não está no universo da matéria, não está no patrimônio. O dano moral, caracteriza-se, como sendo o sofrimento demasiado e injusto. Assim, o primeiro aspecto sobre o dano moral é que ele é composto pelo sofrimento. Alguém causou sofrimento que outrem não deveria ter. Então, existe um nexo de causalidade entre a conduta subjetiva praticada pelo agente e o sofrimento a que o indivíduo foi submetido. Portanto, o dano moral é sempre sofrimento.

Importa ser mencionada neste estudo, a questão da indenização do abandono afetivo. Os filhos que são abandonados pelos seus pais podem ser indenizados? Maria Celina Bodin de Moraes levanta argumentos a respeito destes casos. Para a autora,

A consequência de se ter o dano moral como lesão a dignidade humana, é que toda e qualquer lesão que reduza o sujeito de direitos a uma condição de objeto, negando sua qualidade de pessoa, será considerada automaticamente como causadores de dano moral a ser reparado. Afastam-se assim situações que geram sofrimento às pessoas, mas que não afetem sua dignidade em seu substrato material (MORAES, 2009, p. 189).

Ainda no sentido de Moraes (2009), o substrato material da dignidade é dividida em quatro hipóteses: I- o sujeito moral (ético) no qual, reconhece a existência dos outros sujeitos iguais a ele; II- mercedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; III-existe a vontade livre, e, por último é parte do grupo social, em que tem a garantia de não ser marginalizado.

Diante deste estudo, determina-se que o princípio da dignidade se relaciona como o princípio da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade/autonomia e da solidariedade social ou familiar. Assim, se o dano moral é lesão à dignidade, e se a dignidade se relaciona em um desses quatro elementos, então é a lesão desses elementos que dá motivo de ensejar a reparação. Bodin de Moraes expõe:

Dano moral será, em consequência, a lesão a algum desses aspectos ou substratos que compõem, ou conformam, a dignidade humana, isto é, a violação à liberdade à igualdade, à solidariedade ou à integridade psicofísica de uma pessoa humana (MORAES, 2009, p. 247).

Conforme já foi dito anteriormente é um dos elementos da responsabilidade civil. No sentido de Rodatá, citado por Moraes (2009), o dano é a própria razão de ser do dever de indenizar. Por isso, quando alguém causa um dano a outrem, nasce a responsabilidade de indenizar.

Com relação ao Direito de família, a respeito da indenização, há uma dificuldade em aceitar esta ideia, pois a questão de família é de valor inestimável, onde a reparação civil é de cunho pecuniário. Moraes (2009), diz que, há algum tempo todo e qualquer pagamento indenizatório, em caso de lesão de natureza extrapatrimonial, era tido por imoral, e, conseqüentemente ia de encontro às tradições romano-germânicas, exceto os casos previsto em lei.

Além disto, os danos morais não eram aceitado a pela dificuldade de se verificar a existência do dano sofrido. Por esta ideia, aquilo que não se poderia medir, não se poderia indenizar. Moraes (2009, p. 146) diz “na época, tanto do ponto de vista moral quanto do ponto de vista dos instrumentos jurídicos disponíveis, a reparação do dano moral parecia impraticável”.

Entretanto, como foi exposto no primeiro parágrafo deste tópico, com o advento da Constituição Federal de 1988, não há porque existir mais essa discussão, pois, a CF/88 passou a admitir os direitos e garantias fundamentais aos cidadãos a repará-lo por danos morais, nos termos dos incisos V e X, do artigo 5º.

São todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade. À segurança e à propriedade, nos seguintes termos:
 V- é assegurando o direito da resposta, proporcional ao gravado, além de indenização por dano material, moral ou à imagem;
 X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, Constituição Federal de 1988).

Neste mesmo diapasão, A. Von Tuler, citado por Gomes (1989, p. 298), diz que “o ressarcimento tem por escopo proporcionar uma satisfação (ou vantagem) ao ofendido, acalmando seu sentimento de vingança, que lhe é inato”. Ainda nesta ideia, Gomes clarifica:

A *compensatio doloris* é hoje considerada um benefício de ordem, uma atribuição patrimonial que se reconhece satisfatória, e não como um *pretium doloris*, nem como indenização propriamente dita, mas como um contrapeso da sensação dolorosa ao ofendido proporcionando-lhe uma sensação agradável (GOMES, 1989, p.134).

Complementando esta ideia, Cecília Bodin de Moraes afirma:

Por essa esteira, acaso ocorra a lesão a direito da personalidade ou afronta à dignidade da pessoa humana, não é aceitável que a vítima não obtenha uma compensação, motivo pelo qual o ordenamento jurídico criou mecanismos de tutela da pessoa humana, a fim de restabelecer o equilíbrio da situação jurídico-financeira, considerando a dignidade humana como valor precípua do ordenamento,

configurando-se como a própria finalidade – função do Direito (MORAES, 2009, p. 238).

Deste modo, através de todas essas aplicações no Direito da Família, e considerando o que já foi dito anteriormente que a família vem a ser o *locus* de afeto e de formação do desenvolvimento da personalidade dos seus membros, sem sombras de dúvidas não se pode deixar de fora a questão da compensação por danos morais, sob a argumentação de que não há uma previsão legal de dano moral nas relações familiares.

Salienta-se que, na relação de família, ela está ligada ao aspecto da dignidade de seus membros, principalmente quanto ao crescimento das suas crianças em condições dignas, motivos pelo qual a forma de existir o elo entre eles, se encontram na solidariedade e na responsabilidade dos seus genitores por da luz a uma vida. Segundo Teixeira (2005, p. 144) “a família é solidarista e se a dignidade e a personalidade são construídas a partir de um outro, é inegável a grande responsabilidade que medeia tais relacionamentos”.

Não é razoável aceitar daqueles pais que não cumprem com as responsabilidades para com seus filhos, pois, estes se encontram em posição de vulnerabilidade e desamparo por não ter o seu desenvolvimento físico e mental completo como qualquer outra criança normal, criada por uma família em que exista amor. Assim, justifica-se o ressarcimento pelos danos morais sofridos.

Ademais, a doutrina apresenta outros fundamentos em que se torna legítima a questão da condenação por danos morais decorrentes de abandono afetivo. São eles: função dissuasória da condenação, assim como a punitiva (SANTOS, 1999).

É necessário esclarecer que, diante a questão do abandono afetivo por condenação a danos morais, tem o objetivo de inibir os genitores negligentes a continuarem agindo desta maneira, com a conduta lesiva. Em suma, a condenação não é em prol de punir o pai faltoso, e sim de indenizar a vítima pelo dano injusto, tornando-se legítima a possibilidade da condenação por danos morais na relação de família, dependendo dos requisitos gerais da responsabilidade.

Diante da questão da reparação, Bernardo Castelo Branco dispõe:

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

educativo, na medida em que representa uma sanção aplicada ao ofensor, irradiando daí seu efeito preventivo (BRANCO, 2006, p. 79).

Frise-se que não é a falta do afeto e do amor, o fundamento que leva ao dano moral nas relações de pais e filhos, pois ninguém é obrigado a amar ninguém, mas o Estado tem a obrigação de devotar-se das condutas ilícitas que são capazes de ofender a moral e psicologicamente o indivíduo.

A condenação a título de danos morais por abandono afetivo, nas relações paterno-filiais, decorre da maneira como os pais se relacionam com seus filhos. Pois, o desenvolvimento da criança, tem a ver com a responsabilidade dos genitores, as relações familiares têm uma ligação diretamente com a questão da dignidade de seus filhos.

Existem princípios, como alguns já foram abordados, que são em prol da criança, como é o caso dos princípios da paternidade responsável, da afetividade, princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, sendo este último com base na doutrina da proteção integral. O estatuto da criança e do adolescente Lei 8.069/90 determina em seus artigos:

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

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

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais (BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente).

A Constituição Federal de 1988, sem seu artigo 227, apresenta:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, Constituição Federal de 1988).

Conseqüentemente, para que a criança tenha um bom desenvolvimento e com dignidade, é necessário que ela seja criada em um ambiente saudável com sua família, não podendo nada interferir na sua personalidade para que a prejudique. Diante disso, não restam dúvidas de que a aquele menor que tenha seus pais ao seu lado, que compartilha um pouco do

seu tempo, proporcionando atividades que ajudam no seu crescimento, como educacionais, culturais, atividades estas, enriquecedoras, fazem com que a criança tenha um desenvolvimento saudável.

Entretanto, já aqueles que abandonam seus filhos, deixam os menores com a autoestima baixa, que acabam levando à depressão. É neste sentido que se afirma que os pais têm papel importante para o crescimento da criança, pois se uma criança é mal cuidada, surgem várias consequências, tornando-se a principal delas o desajuste social.

De acordo com Diana Ostam Romani Mangella dos Santos:

A relação afetiva no desenvolvimento da personalidade do indivíduo é fator preponderante na prevenção criminal, uma vez que a ausência de afeto despersonaliza o indivíduo, que não consegue criar vínculos saudáveis, sendo que a ausência de vínculos facilita a entrada e permanência no meio criminoso. Daí a importância de orientar os pais e responsáveis a fortalecerem os vínculos que os unem aos seus filhos ou pupilos, cabendo ao judiciário aplicar com maior frequência as medidas protetivas aos adolescentes e as medidas pertinentes aos pais ou responsáveis previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (SANTOS, 2008, p. 159).

Pesquisas concluem que cada criança tem seu desenvolvimento de acordo com o modo com quem convive. Suas capacidades emocionais, intelectuais e morais surgem a partir do seus relacionamentos com as famílias, e é daí que são determinada suas relações sociais. É sabido dizer que aquelas crianças que convivem, crescem juntas de seus pais, apresentam um auto-estima maior, desenvolvem-se melhor, e apresentam menores sinais de depressão. Venosa (2044, p. 41) ensina que “o dano psíquico é modalidade inserida na categoria de danos morais, para efeitos de indenização. O dano psicológico pressupõe modificação de personalidade, com sintomas palpáveis, inibições, depressões, bloqueios, etc.”

Destarte, o dano causado na vida de uma criança na esfera psicológica, tem probabilidade de ser maior do que o dano material, que é mais fácil de se refazer com facilidade, uma vez que, os danos morais nem sempre são apagados e, que de certo modo, as consequências deixadas na personalidade da criança e, marcá-la-ão por toda a sua vida adulta. Há quem diga que nas relações afetivas, não cabe indenização por danos morais, por falta de previsão legal; porém, muitas ações têm sido aceitas em tribunais brasileiros, respondendo aos anseios sociais, uma vez que a ação não busca obrigar a pessoa a amar, pois ninguém é obrigado, mas a sua intenção é de compensar os danos psicológicos causados. No próximo capítulo analisam-se decisões que foram julgadas procedentes e improcedentes.

Tepedino (2004, p. 53) expõe: “a pessoa, à luz do sistema constitucional, requer proteção integrada, que supere a dicotomia direito público e direito privado e atenda à

cláusula geral fixada pelo texto maior, de proteção da dignidade”. De fato, nos moldes do artigo 27 da CF\98, como já foi citado, a proteção da prole é uma matéria prioritária, em face da sua proteção no princípio da dignidade.

Assim, na ausência da solidariedade, do afeto que se deve ter a criança, em que os pais não oferecem as necessidades materiais, morais e afetivas, agindo de maneira irresponsável, são lesados direitos do estado de filiação, bem como, estão desrespeitando os deveres contidos na nossa Carta Magna, no Código Civil de 2002 e ainda do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Portanto, a negligência dos pais com os filhos para o seu desenvolvimento, afetará a sua dignidade. Não tem como negar que a falta de relação afetiva paterna é uma conduta capaz de gerar lesão à dignidade em desenvolvimento da personalidade. Logo, há de verificar se este dano teria razão de ensejar a condenação compensatória de danos morais.

Desde modo, medindo os interesses dos pais ao contrários dos direitos dos menores, prevalece o interesse do menor, o que pode causar uma posterior condenação por abandono afetivo. De fato, não seria justo que a criança viesse a suportar os danos sofridos, decorrentes da falta, da ausência afetiva paterna, e nada viesse a causar ao pai omissivo. Nesta linha de raciocínio Bodin de Moraes argumenta:

Ponderados, pois, os interesses contrapostos, a solidariedade familiar e a integridade psíquica são princípios que se superpõem, com a força que lhes dá a tutela constitucional, à autonomia dos genitores que, neste caso dela não são titulares. Nesta hipótese, a realização do princípio da dignidade da pessoa humana se dá a partir da integralização do princípio da solidariedade familiar que contém, em si, como característica essencial e definidora a assistência moral dos pais em relação aos filhos menores. Em ausência deste cuidado, com prejuízos necessários à integridade de pessoas a quem o legislador atribui prioridade absoluta, pode haver dano moral a ser reparado (MORAES, 2009, p. 196).

Diante o contexto, é incabível considerar que o princípio da liberdade/ autonomia, fundamento das relações afetivas omissivas, prevaleceria sobre o princípio da solidariedade familiar e da integridade psicofísica dos menores, uma vez que os pais são responsáveis pelo desenvolvimento psíquico e social da criança.

4 CAPÍTULO 3 O ABANDONO AETIVO E A PRÁXIS. AS POSIÇÕES JURISPRUDENCIAIS

4.1 O aresto paradigmático: o ponto de partida para a monetarização

A decisão apresentada trata-se de um recurso de apelação nº 408.5505, da 7ª Vara Cível do Tribunal de Minas Gerais, interposto por Alexandre Batista Fortes (apelante), menor púbere representado por sua mãe, contra a r. sentença da ação indenizatória por danos morais, ajuizada contra seu pai, Vicente de Paulo Ferro de Oliveira, em que julgou improcedente o pedido inicial, com fundamento de que inexistia o nexo causal entre o afastamento paterno e o desenvolvimento de sintomas psicopatológicos pelo autor. Presidiu o julgamento o Juiz JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTEZ e dele participaram os Desembargadores UNIAS SILVA (Relator), D. VIÇOSO RODRIGUES (Revisor) e JOSÉ FLÁVIO ALMEIDA (Vogal).

Afirma o apelante que, até os seis anos de idade, manteve contato com o seu pai de maneira razoavelmente regular. Após o nascimento de sua irmã, a qual ainda não conhece, fruto de outro relacionamento de seu pai, este se afastou definitivamente, em torno de quinze anos de afastamento; e que tentou várias vezes se aproximar do seu pai, porém não obteve resultado, não podendo desfrutar da companhia e dedicação de seu pai, uma vez que este não compareceu nas datas mais importantes, como aniversário e formatura. Portanto, sustenta o apelante que o conjunto probatório declarado nos autos, configura a existência do dano resultante da ofensa pelo apelado. Pois, a dor sofrida que o abandono lhe causou é profundamente maior que a irrisignação quanto ao pedido revisional de alimentos requerido pelo pai. Alega que o tratamento psicológico ao qual se submete há mais de dez anos advém da desestruturação causada pelo abandono paterno. Portanto, pugna, ao final, pelo provimento do recurso.

Eis, em inteiro teor, a decisão escolhida:

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

O 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. (Apelação Cível 2.0000.00.408550-5/000, Relator(a): Des.(a) Unias Silva, Relator(a) para o acórdão: Des.(a), julgamento em 01/04/2004, publicação da súmula em 29/04/2004)

No voto, o Magistrado Juiz reconheceu o recurso. Menciona que a relação paterno-filial em conjugação possui fundamento naturalmente jurídico, mas essencialmente justo. Buscar-se compensação indenizatória em face de danos que os pais possam causar a seus filhos, por força de uma conduta imprópria, quando se nega a criança a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, acarretando assim, a violação de direitos da própria da personalidade humana, magoando seus principais valores e garantias, ou seja, a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social, uma vez que por si só, é considerado profundamente grave.

O Julgador afirma que nas concepções mais recentes a respeito da família, encontra-se o direito à relação de parentesco, fundado no princípio jurídico da afetividade. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não somente do sangue. Portanto, os pais têm certos deveres que independem do seu arbítrio, porque agora quem os determina é o Estado.

No que diz respeito à dignidade da pessoa da criança, o artigo 227 da Constituição expressa, ao estabelecer que é dever da família assegurar-lhe “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”.

É neste sentido que o Julgador afirma que a responsabilidade não está voltada somente para o lado do dever de alimentar, mas também no dever de possibilitar o desenvolvimento humano dos filhos, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana. Uma vez que a decisão foi aceita, pelo fato de considerar que o apelante foi privado do convívio familiar com seu pai, e que ao seu entender encontra-se configurado nos autos o dano sofrido pelo autor, em relação a sua dignidade, a conduta ilícita praticada pelo seu pai, ao deixar de cumprir com o seu dever familiar de convívio à educação, a fim de, através da afetividade, formar laço paternal com seu filho, e o nexo causal entre ambos.

Desta forma, deu provimento ao recurso, julgando procedente o pedido inicial, fixando uma indenização por danos morais no valor equivalente a duzentos salários mínimos, R\$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais), devendo ser monetariamente atualizado de acordo com a tabela da Corregedoria Geral da Justiça, e com juros de mora em 1% ao mês, a contar da publicação do presente acórdão. Assim, nas (fls.72) continua alegando o Juiz, que o sofrimento do menor, em que pese o sentimento de desamparo em relação ao seu pai, resta a

Alexandre, além da indenização pleiteada, a esperança de que seu pai se sensibilize e venha a atender suas carências e necessidades afetivas.

4.2 Indenizar sublima uma existência privada do outro? A lide e o efeito de patrimonializar valores existenciais

Trata-se de um Embargo de Declaração em Agravo Regimental no Recurso extraordinário de nº 567.164/Minas Gerais, em 01/12/2009, na Segunda Turma, de relatora a Ministra Ellen Gracie, julgado no Supremo Tribunal Federal (STF), a qual negou provimento ao agravo extraordinário interposto por ofensa aos artigos 5º, V e X da C/F de 1988.

O caso se refere a possibilidade de indenização por danos morais em razão de abandono familiar, interposto por Alexandre Batista Fortes, o qual alega a ofensa aos artigos 1º, 5º, incisos V e X, e 229 da Constituição Federal de 1988.

Assim, o autor questionou a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que ao dar provimento a um recurso especial chegaram a conclusão, com base no artigo 159 do Código Civil de 1916, que não é viável o reconhecimento de indenização por danos morais em virtude de abandono afetivo.

A ministra Ellen Gracie, alegou que “O apelo extremo é inviável, pois, esta Corte ficou o entendimento segundo o qual a análise sobre a indenização por danos morais limita-se ao âmbito de interpretação de matéria infraconstitucional, inatacável por recurso extraordinário”. Ainda referente ao caso, concluiu que, a legislação pertinente prevê punição distintiva, ou seja, perda do poder familiar, uma vez que nos casos de abandono do dever de guarda e educação dos filhos. Eis a Ementa:

CONSTITUCIONAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. ABANDONO AFETIVO. ART. 229 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. ART. 5º, V E X, CF/88. INDENIZAÇÃO. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E SÚMULA STF 279. 1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, consoante iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2. A análise da indenização por danos morais por responsabilidade prevista no Código Civil, no caso, reside no âmbito da legislação infraconstitucional. Alegada ofensa à Constituição Federal, se existente, seria de forma indireta, reflexa. Precedentes. 3. A ponderação do dever familiar firmado no art. 229 da Constituição Federal com a garantia constitucional da reparação por danos morais pressupõe o reexame do conjunto fático-probatório, já debatido pelas instâncias ordinárias e exaurido pelo Superior Tribunal de Justiça. 4. Incidência da Súmula STF 279 para aferir alegada ofensa ao artigo 5º, V e X, da Constituição Federal. 5. Agravo regimental improvido (RE 567164 ED, Relator(a): Min. ELLEN

GRACIE, Segunda Turma, julgado em 18/08/2009, DJe-171 DIVULG 10-09-2009 PUBLIC 11-09-2009 EMENT VOL-02373-03 PP-00531).

A Suprema Corte do Brasil ressalta o entendimento, exposto na parte constante do voto, por meio de ementário de acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que informa refugir à esfera do Poder Judiciário o ato de obrigar, a quem quer que seja, a amar ou a manter um relacionamento afetivo.

Demais disso, a questão referente à indenização, ponto central deste estudo monográfico, é refutada pelo STJ que, no seu sentir, não vê nenhuma finalidade positiva em conceder a indenização pleiteada pelo embargante Alexandre Batista Fortes.

Deste modo, a Min. Ellen Gracie não deu provimento a análise do pedido de indenização pecuniária por abandono afetivo, uma vez que isto exigiria a análise das provas e dos fatos existentes nos autos, bem como da legislação infraconstitucional (Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente), o que não é cabível por meio de recurso extraordinário, sendo também considerada por ela, uma ofensa à Constituição Federal.

Embora o genitor tenha, desde o momento da separação, honrado com os deveres atinentes à pensão alimentícia, faltou com o elemento mais importante e cuja noção forma e constrói a essência de cada ser: o afeto. Nessa linha de raciocínio, o afeto, em que pese divergência doutrinária acerca de seu real conteúdo e abrangência semântica, pode – e deve – ser enxergado como dever.

Com efeito, no momento em que o pai passou a ignorar o filho, que, na época em que começaram a se desenrolar os fatos tinha sete anos, deixou o seu íntimo preenchido pelo vazio. Íntimo cuja essência não foi preenchida pelo direito de ter pai e de ser, em sua completude, filho. Por conseguinte, a indenização representa o mecanismo reparatório justo quando a ausência de afeto se perfaz e que, na menção de Nancy Andrichi, analisada *a posteriori*, constitui, no mais das vezes, um dever.

4.3 Entre o amor e o dever de cuidar: uma posição do Superior Tribunal de Justiça

O Acórdão 1159242 - Terceira Turma, de relatoria a Ministra Nancy Andrichi, transitando perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), 2009\0193701-9, trata de um recurso especial, interposto por Antonio Carlos Jamas dos Santos, com fundamento no art. 105, III, “a” e “c” da CF/88. O caso se referere a uma indenização por danos materiais e compensação

por danos morais, ajuizada por LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA em desfavor do recorrente, por ter sofrido abandono material e afetivo durante sua infância e juventude.

Com o resultado da Sentença, o Magistrado julgou improcedente o pedido da recorrida, com fundamento de que a distância entre o pai e a filha, em primeiro lugar se deu por conta do comportamento agressivo da mãe em relação ao recorrente, após o fim do relacionamento. Porém, o TJ\SP deu provimento à apelação interposta pela recorrida Luciane Nunes, reconhecendo assim o seu abandono afetivo, por parte do seu pai – o recorrente, uma vez que ficou fixado a compensação por danos morais no valor de R\$ 415.000,00 (quatro centos e quinze mil reais), com conclusão na seguinte ementa:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.
5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.
6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.
7. Recurso especial parcialmente provido (REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012).

O pai, inconformado, alegou a violação dos arts. 159 do CC-16 (186 do CC-02); 944 e 1638 do Código Civil de 2002, bem como divergência jurisprudencial. Aduzindo ainda que não abandonou a filha, e que ainda que tivesse abandonado isso não seria questão de ilicitude, pois esta não seria a única punição legal decorrente para o descumprimento do poder familiar, conforme o art. 1638 do CC-2002.

Neste mesmo sentido, continua alegando que o posicionamento dotado pelo TJ/SP diverge do entendimento do STJ para o caso em questão, consolidado pelo julgamento do REsp nº 757411\MG, o qual afasta a possibilidade de indenização por abandono moral ou

afetivo. Em pedido, pugna pela redução do valor fixado a título de compensação por danos morais.

Deste modo, a recorrida apresentou as contrarrazões, em com argumentos que existiu o abandono material, moral, psicológico e humano que teria sido vítima desde seu nascimento, fatos que sustentou a decisão do Tribunal de origem, reconhecendo o abandono e a fixação de valor a título de compensação por dano moral. Portanto, o Juízo prévio de admissibilidade: o TJ/SP admitiu o recurso especial (fls. 567/568, e-STJ).

Em seu voto, a Ministra Nancy Andrighi salientou a questão da existência da diferença entre amor e cuidado, assim expõe:

O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tismado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever (REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012).

A ministra afirma que não é somente o vínculo afetivo que une os pais dos filhos, mas também o legal. Uma vez que são deveres dos pais o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, para o desenvolvimento sócio-psicológico do menor. Estabelece a questão da negligência em relação a esses objetivos de cuidados, sendo assim um ato ilícito civil, no qual gera o dever de indenizar, estabelecendo a existência de dano e do nexos causal.

Portanto, nos casos de abandonos, que são comprovados através de lado especialistas, que realmente prejudicou o desenvolvimento da criança, não tem como negar que existiu sofrimento, mágoa e tristeza. Desta forma, o Tribunal reconheceu que houve negligencia da parte do pai, no que se refere ao cuidado com a prole e que a omissão do pai no desenvolvimento de sua filha gerou realmente o ato ilícito, com base nos termos do art. 186 do CC/2002, acarretando, desta forma, a necessidade da indenização por danos morais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente monografia teve por objetivo destacar alguns aspectos da responsabilidade civil frente à indenização por abandono afetivo paterno-filial. Chega-se a algumas considerações acerca do tema proposto após a realização desta pesquisa, as quais serão expostas a seguir:

Anteriormente, a reparação por dano moral não era aceita. A ideia era de que o dano moral jamais poderia ser ressarcido, pois a dor e o sofrimento, uma vez sendo valores inestimáveis, não poderiam ser indenizados.

Posteriormente, com a decretação da Carta Magna de 1988, consagrou-se o princípio da reparabilidade do dano moral, assegurando-se nos incisos, V e X do art. 5º, o direito à resposta e à indenização por dano moral ou material, decorrente da violação da intimidade, da vida privada, da honra ou da imagem das pessoas. Além deste princípio consagrou ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado democrático de Direito. (art 1º, III, CF). Assim, o princípio da dignidade humana ganhou a essência de todos os direitos personalíssimos, sendo considerado a base de todos os valores morais.

Esclareceu-se a importância da família para a sobrevivência e o desenvolvimento do ser humano, onde a família contemporânea passou a ser *o locus* de afeto, uma vez que a principal função desta é proporcionar condições para a formação da personalidade dos filhos, para que se tornem pessoas dignas da sociedade, respeitando a dignidade de todos. Portanto, é neste sentido que se encontra o fundamento da família ser instituída na afetividade.

Observou-se que é necessário que a criança viva em um ambiente saudável com sua família, não podendo nada interferir na sua personalidade para que a prejudique. Entretanto, já aqueles que abandonam seus filhos deixam os menores com autoestima baixa, que acabam levando à depressão. É neste sentido que se afirma que os pais têm papel importante para o crescimento do seu filho, pois se uma criança é mal cuidada, surgem várias consequências, tornando-se a principal delas o desajuste social.

Deste modo, na ausência da afetividade que deve ter a criança, em que os pais não oferecem as necessidades materiais, morais e afetivas, passando a ser considerados atos de irresponsabilidade, são lesados direitos de filiação, bem como, são desrespeitados os deveres contidos na Constituição Federal, no Código Civil de 2002 e ainda no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Verificou-se que é necessária a existência de alguns pressupostos para que haja a responsabilidade por abandono afetivo, logo o abandono dos pais depende principalmente da sua consciência da condição de pai.

Sabe-se que é dever paterno a criação e a educação da criança, e ainda de tê-los em sua companhia, conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente e da Constituição Federal de 1988 nos quais expõem respectivamente que não se deve faltar para a criança, sustento, guarda e educação e que é dever dos pais e do Estado e da sociedade assegurar a criança e ao adolescente, com absoluta prioridade a convivência familiar, além de coloca-lo a salvo de qualquer tipo de negligência. Portanto, se configura o abandono afetivo quando se tem a conduta omissiva dos pais, ou seja, quando a criança não tem os devidos cuidados necessários, além de carinho, amor e atenção.

Ficou esclarecido que não se pode obrigar um pai a amar um filho, uma vez que passou a ser considerado um ato lícito, porém compensável, é neste sentido que surge a ideia de culpa, pois, é na proporção em que o pai se afasta do padrão do ordenamento territorial, onde não é aceitável socialmente que se confirma a culpa. Com relação ao nexo causal, é necessário verificar se a conduta omissiva é capaz de produzir danos ao filho.

Com efeito, os pais ao agirem com negligência para com os filhos durante o seu desenvolvimento, a consequência será de mácula à sua dignidade. Diante o exposto, torna-se claro que o pai ou mãe que apenas sustenta materialmente o filho está violando direitos garantidos na Carta magna, e deverá ser punido e incentivado a não mais praticar este ato violador, porquanto a indenização por abandono afetivo deve exigir os direitos e deveres, cobrindo os filhos com o afeto. O objetivo de condenar o pai ao pagamento de indenização por danos morais por abandonar afetivamente seu filho, é de inibir os genitores negligentes a continuarem agindo com esta conduta lesiva, cuja ação não tem a finalidade de obrigar ao pai ou a mãe a amá-lo, mas tem a intenção de compensar o seu sofrimento, os danos psicológicos que lhe foi causado, uma vez que se sabe que o amor não tem preço.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **A Boa-fé e o Controle das Cláusulas Contratuais Abusivas nas Relações de Consumo**. In: BENJAMIN, Antonio Herman de V. Revista de Direito do Consumidor, Vol. 6., São Paulo: RT, 1993.

ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. **O princípio da dignidade humana e a exclusão social**. In: Anais do XXVI Conferência Nacional dos Advogados – Justiça: realidade e utopia. Brasília: OAB, Conselho Federal, p. 72, v. I, 2000

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 05 de outubro de 2013.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 de outubro de 2013.

_____. **LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 05 de outubro de 2013.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível 2.0000.00.408550-5/000. Relator: Des. Unias Silva, 29 de abril 2004. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=2.0000.00.408550-5%2F000>>. Acesso em: 20 de novembro de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1159242/ SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 10 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?b=ACOR&livre=1159242>>. Acesso em: 20 de novembro de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 567.164/MG. Relatora: Min. Ellen Gracie, 27 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=567164&classe=R E-ED&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20 de novembro de 2013.

CASTELO BRANCO, Bernardo. **Dano Moral no Direito de Família**. Ed. Método. Bela Vista – São Paulo. 2006

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2.ed. São Paulo:Malheiros, 1997.

_____. **Programa de responsabilidade Civil**.5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas S.A, 2009.

_____. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2012.

COSTA, Cynara. **Caderno de Direito**. In: Revista Duc In Altun. Vol. 3, nº 3, jan-jun. 2011.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade Civil**. 11. ed., revista, atualizada e ampliada de acordo com o Código Civil de 2002 por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, v. 7, 2004.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Código Civil Anotado**. 10 ed. São Paulo. Saraiva, 2004.

DIAS, Berenice. **Manual de Direito das Famílias: Princípios do Direito de Família**. 5. ed. atualizada e ampliada. 2ª tiragem. São Paulo Revista dos Tribunais, 2009.

ELIAS, Roberto João. **In Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2004.

_____. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, 2009.

_____, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GROENINGA, Giselle Câmara. *Direito Civil. Volume 7. Direito de Família*. Orientação: Giselda M. F Novaes Hironaka. Coordenação: Aguida Arruda Barbosa e Cláudia Stein Vieira. São Paulo: RT, 2008.

GOMES, Orlando. **Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil**. in.: Estudos em homenagem ao Professor Sílvio Rodrigues, Prefácio e organização José Roberto Pacheco Di Francisco. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Obrigações**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, coordenadora. **Direito e Responsabilidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- LISBOA, Roberto Senise. **Dano moral e os direitos da criança e do adolescente**. Revista de informação Legislação do Senado Federal, Brasília, v. 118, abr. jun. 1993.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do *numerus clausus*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2552/entidades-familiares-constitucionalizadas>>. Acesso em 28 de setembro de 2013.
- _____. **Direito civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LOPES, Miguel Maria. **Curso de Direito Civil**: Fontes Acontratuais das Obrigações e Responsabilidade Civil. 5.ed. Rio de Janeiro: Feitas Bastos, v. V, 2001.
- LOPES, Miguel Mário de Serpa. **Curso de Direito Civil**. 8 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. 6, 1996.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19. ed.. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Deveres Parentais e Responsabilidade**. In: Repertório de Jurisprudência IOB, 1ª quinzena de fevereiro de 2009, nº 03/2009, v. III. P. 105
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**, Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Forense, 2008.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípio da afetividade**. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Direito de família. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, 2004.
- PEREIRA, Tânia da Silva. **Dano moral à criança e ao adolescente**. Responsabilidade dos pais ou responsável nas relações familiares. In: TEPEDINO, Gustavo; Fachin, Luiz Edson (Orgs.). **O direito e o tempo**: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, p. 969-994, 2008.
- SANTOS, Diana ostam Romanini Mangella dos. **A importância do afeto na prevenção criminal**. São Paulo: Scortecci, 2008.
- SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A tutela jurídica da afetividade**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 153
- SANTOS, Antônio Jeová. **Danos Morais Indenizáveis**. 2. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Lejus, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filhos da reparação à diluição dos danos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 2. ed. São Paulo: Método, 2012.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Responsabilidade Civil e Ofensa à Dignidade Humana**. *In*: Revista Brasileira de Direito de Família, v. 7, n. 32, out/nov, 2005, p 144

TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil: constitucional brasileiro**. *In*.: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade: possibilidade jurídica do casamentocivil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo:Método, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, v. 4, 2004.