

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Gabriela Wiedtheuper Schmidt

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS GENITORES EM
DECORRÊNCIA DO ABANDONO AFETIVO

Passo Fundo
2012

Gabriela Wiedtheuper Schmidt

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS GENITORES EM
DECORRÊNCIA DO ABANDONO AFETIVO

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação da professora Me. Salma Ribeiro Makki.

Passo Fundo
2012

Ao meu maior e melhor amor, minha família.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela bênção concedida durante toda a
minha vida.

Aos meus pais e melhores amigos, Nercisio e
Marinês, pela dedicação diária, pelo incentivo
constante, e, principalmente, pelo amor
incondicional.

À minha irmã, Natália, pela cumplicidade e
amizade eterna.

Aos meus avôs, Waldemar e Valdi, pela proteção
e carinho sempre despendido.

Aos meus amigos, por tornarem a minha vida
infinitamente mais alegre.

À professora Salma Ribeiro Makki, pela
paciência e orientação na realização da presente
pesquisa.

Àqueles que, de alguma forma, contribuíram
para a realização deste trabalho.

Fundamental é mesmo o amor.
É impossível ser feliz sozinho.

Tom Jobim (wave)

RESUMO

A presente monografia analisa a possibilidade dos genitores responderem civilmente perante uma situação de abandono afetivo praticada em face dos filhos. A entidade familiar, grupo social que se constituiu anteriormente à formação do Estado, sofreu grandes modificações com o passar do tempo, na medida que, em meados do século XIX, se configurava exclusivamente através do casamento e, a partir do século XX, passou a ser constituída por relações de afeto. Assim, diante dessa repersonalização, o ordenamento jurídico precisou se adequar, e, dessa forma, estabeleceu normas e princípios tutelando as relações baseadas no afeto, protegendo não só a relação entre homem e mulher, mas também a relação desses para com os filhos. Entretanto, há casos em que se verifica a ausência afetiva por parte dos genitores, a qual acaba causando aos filhos alguns danos, muitas vezes irreparáveis. Por essa razão, os filhos moralmente abandonos estão trazendo essa questão ao crivo do Poder Judiciário. Sobre a temática, a doutrina se divide em duas correntes, uma defendendo a responsabilidade dos genitores diante do abandono afetivo, e outra negando tal possibilidade. Dessa forma, visando à elucidação dessa questão, analisar-se-ão posições doutrinárias e decisões jurisprudenciais, que denotarão a existência de posicionamentos heterogêneos sobre o assunto. A presente pesquisa teve como marco teórico a responsabilidade civil e o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como utilizou como métodos de abordagem o dialético e o hermenêutico, e como método de procedimento o histórico.

Palavras-Chave: Abandono. Afetividade. Família. Indenização. Responsabilidade Civil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 A FAMÍLIA NA CONTEMPORANEIDADE.....	10
1.1 Evolução histórica da família.....	10
1.2 Evolução das relações familiares.....	15
1.3 A família e as suas obrigações na atualidade.....	18
1.4 Família como formadora da personalidade jurídica de crianças e adolescentes.....	22
2 A RESPONSABILIDADE CIVIL.....	26
2.1 Conceito da responsabilidade civil.....	26
2.2 Distinção entre obrigação e responsabilidade.....	28
2.3 Função da responsabilidade civil.....	32
2.4 Histórico e conceito da responsabilidade civil objetiva e subjetiva.....	35
2.5 Pressupostos da responsabilidade civil: conduta, nexos causal e dano.....	38
3 O ABANDONO AFETIVO.....	46
3.1 Conceito de afeto e o afeto entre pais e filhos.....	46
3.2 O abandono afetivo e seus efeitos.....	50
3.3 O princípio da dignidade da pessoa humana.....	53
3.4 Posições da doutrina.....	56
3.5 Enfoque jurisprudencial sobre o tema.....	59
3.6 A possibilidade de responsabilização e o “quantum” indenizatório.....	63
CONCLUSÃO.....	67
REFERÊNCIAS.....	70

INTRODUÇÃO

Considerando o fato de o Brasil ser um Estado Democrático de Direito, no qual a maioria dos seus cidadãos possui plena liberdade para realizar suas escolhas, em especial no que tange à liberdade de gerarem um filho, surgem algumas indagações: por que gerar uma criança sem o desejo de tê-la? Por que após o nascimento dessa criança alguns genitores apenas arcam com as despesas materiais, esquecendo-se de fornecer-lhe os alimentos para a alma? Será que esse abandono afetivo contribui para o desenvolvimento de danos psicológicos nessa criança ou nesse adolescente? Há a possibilidade dos genitores serem punidos em razão do abandono praticado?

Assim, diante desses questionamentos, o presente estudo procurou, através da doutrina e da jurisprudência, averiguar a possibilidade de responsabilizar civilmente os pais pelo abandono afetivo de seus filhos.

Dessa forma, a pesquisa será realizada tendo como principal objetivo a análise da responsabilidade civil dos genitores em virtude do abandono afetivo por eles praticado e, se possível essa responsabilização, qual o valor monetário mais próximo do ideal para indenizar os filhos.

Em um primeiro momento, analisar-se-á o instituto familiar, examinando sua evolução histórica, bem como a evolução das relações familiares, uma vez que em meados do século XIX o homem e a mulher uniam-se visando exclusivamente o fim procriador e econômico, para, somente em meados do século XX, estabelecerem relações baseadas no afeto. Além disso, será averiguada a modificação jurídica sofrida pela família, principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988. Após, abordar-se-á a família e suas obrigações na atualidade, e, por fim, o instituto familiar como formador da personalidade jurídica de crianças e adolescentes.

Assim, após as explicações acerca das modificações sofridas pela entidade familiar, bem como da sua atual função, refletir-se-á sobre a questão da responsabilidade civil, inicialmente abordando sua questão conceitual, a fim de ressaltar a importância da existência de normas de conduta para se viver harmonicamente em sociedade. Em seguida, far-se-á a distinção entre obrigação e responsabilidade, sendo a primeira um dever jurídico originário, e a segunda, um dever jurídico sucessivo, originando-se esse dever pela inobservância daquele.

Ainda, estudar-se-á a função da responsabilidade civil, bem como o histórico e o conceito da responsabilidade civil objetiva e subjetiva, além de examinar os pressupostos específicos de cada uma delas.

No terceiro e último capítulo, trabalhar-se-á o problema central do presente estudo: a possibilidade de responsabilização dos genitores em decorrência do abandono afetivo, e o “quantum” indenizatório a ser fixado em prol dos filhos. Contudo, anteriormente à análise da problemática, analisar-se-á o conceito de afeto e sua presença na relação entre pais e filhos, demonstrando, dessa forma, sua importância no desenvolvimento físico e mental das crianças e adolescentes. Em seguida, verificar-se-á o princípio da dignidade da pessoa humana, comentando-se os seus princípios corolários.

Ainda no terceiro capítulo, serão abordadas as duas posições doutrinárias acerca da responsabilidade dos genitores diante do abandono afetivo dos filhos, uma delas aceitando essa responsabilidade, e a outra negando sua existência.

No tocante aos argumentos da corrente favorável, se demonstrará a preponderância dos princípios da solidariedade familiar, da integridade psíquica do filho e da dignidade da pessoa humana, em face do princípio da liberdade. Além disso, será examinada a circunstância de o abandono afetivo caracterizar uma afronta aos direitos fundamentais de toda criança e adolescente, o qual, quando praticado, pode gerar danos psicológicos irreversíveis.

Por sua vez, verificar-se-á que a corrente desfavorável entende ser preponderante o princípio da liberdade em relação aos princípios acima citados, bem como que não há uma norma jurídica obrigando os pais a amarem seus filhos. Ainda, que a indenização frente a esse tipo de demanda geraria a monetarização do afeto.

Por fim, analisar-se-á o problema central da presente pesquisa, confrontando posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, uma vez que as demandas envolvendo o abandono afetivo estão chegando ao crivo da segunda instância do Poder Judiciário com considerável frequência.

O marco teórico utilizado para a fundamentação do presente trabalho pautou-se na responsabilidade civil e no princípio da dignidade da pessoa humana. Como método de abordagem, utilizou-se dialético e hermenêutico, uma vez que foram analisadas as teses e as antíteses, bem como compreendido o Direito. E, como método de procedimento, adotou-se o

histórico, uma vez que analisou a evolução do conceito de família ocorrido no âmbito social e, conseqüentemente, no âmbito jurídico.

Diante do exposto, verificar-se-á que o tema é de grande importância não só para os operadores do Direito, mas para toda a sociedade, na medida em que o abandono afetivo vitimizou e continua vitimizando inúmeras crianças e adolescentes brasileiros, os quais, atualmente, estão recorrendo em grande escala ao Poder Judiciário buscando alguma forma de reparação pelos danos sofridos. Tal circunstância denota a atualidade do assunto, bem como a necessidade de uma reflexão bastante acurada, não só por parte das pessoas envolvidas nos processos, mas por todos aqueles que possuem algum envolvimento com as ciências jurídicas.

1 A FAMÍLIA NA CONTEMPORANEIDADE

O instituto familiar é anterior à elaboração de qualquer norma jurídica, e, conseqüentemente, anterior à formação do Estado Democrático de Direito. Assim, tendo em vista essas circunstâncias, e diante do fato de que esse instituto é a base da sociedade, torna-se imprescindível a sua análise.

1.1 Evolução histórica da família

Assim como o Direito, ciência dinâmica que sofreu e sofre modificações constantes em seu ordenamento, o instituto familiar também foi palco de grandes transformações, tanto em sua estrutura, como na sua essência e nos seus valores. Tais mudanças foram decorrentes das evoluções ocorridas no meio onde estava inserido, e, por esse motivo, cabe analisar quais foram essas mudanças e as formas pelas quais se operaram.

Como já afirmado anteriormente, o instituto familiar iniciou-se antes mesmo da elaboração de qualquer norma jurídica e da formação do Estado Democrático de Direito, razão pela qual se consubstancia em um instituto social muito antigo, mas que está presente até hoje na sociedade.

Nesse sentido, Roseli Teresinha Michaloski Alves relata que “A relação entre família e sociedade é tão antiga que o modelo primitivo se constituía por um conjunto de pessoas interligadas por um parentesco místico” (2008, p. 38), ou seja, elas estavam ligadas através de parentesco espiritual, que possuía suas próprias leis e cultos. Dessa forma, verifica-se que os povos mais remotos passaram a se agrupar em família, uma vez que ainda não existia uma organização social.

Tanto para os gregos como para os romanos, duas foram as concepções acerca da família; inicialmente, quando um homem e uma mulher se uniam, essa união era vista como um dever cívico, ou seja, objetivava a procriação, para que os filhos, quando jovens, servissem aos exércitos de seus respectivos países (LISBOA, 2010, p. 23); posteriormente, com o passar do tempo, a família passou a ser vista como o instituto de formação da prole, ou

seja, visava a relação sexual para fins de continuação da entidade familiar (DIAS, 2010, p. 45).

Contudo, com a chegada do cristianismo, essas formas de união foram substituídas pela ideia do casamento, ou seja, “evoluiu a ideia da renúncia às relações sexuais completas e mistas, em favor do casamento” (LISBOA, 2010, p. 24). Essa nova época mostrou-se contrária ao divórcio, permitindo a realização de um novo matrimônio somente em duas situações: “nos casos de morte de um dos cônjuges ou da existência do adultério” (LISBOA, 2010, p. 24). Dessa forma, passou-se a valorizar aquela família constituída por meio do casamento.

Além disso, salienta-se que os canonistas eram contra a dissolução do casamento por considerá-lo um sacramento, sustentando que os homens não poderiam desfazer aquele vínculo realizado por Deus (GONÇALVES, 2009, p. 16).

Com o decorrer do tempo, as máquinas foram introduzidas na sociedade, e aquele trabalho artesanal, realizado pela família, não foi capaz de superar a rápida produção fabril, o que gerou uma queda no rendimento familiar. Além disso, a necessidade de mão-de-obra suscitou a saída dos membros familiares de suas casas para as fábricas. Nesse diapasão, escreve Maria Berenice Dias:

Esse quadro não resistiu à **revolução industrial**, que fez aumentar a necessidade de mão-de-obra, principalmente para desempenhar atividades terciárias. Foi assim que a mulher ingressou no mercado de trabalho, deixando o homem de ser a única fonte de subsistência da família, que se tornou **nuclear**, restrita ao casal e a sua prole. Acabou a prevalência do caráter produtivo e reprodutivo da família, que migrou do campo para as cidades e passou a conviver em espaços menores (2010, p. 28).

Diante do abandono do trabalho artesanal em face do fabril, verificou-se uma mudança nas relações familiares, uma vez que os filhos interromperam as atividades familiares a fim de se dedicarem a novos tipos de trabalho, assim como a mulher deixou de lado as suas atividades domésticas para se dedicar à jornada de trabalho. Com isso passaram a ser, juntamente com o homem, fontes de subsistência da família, e esta, conseqüentemente, deixou de ser vista como um meio meramente reprodutivo e produtivo, para se tornar nuclear.

Ademais, esse êxodo dos filhos e da mulher do ambiente doméstico, provocou outra mudança significativa, qual seja: a da autoridade familiar. Anteriormente à Revolução

Industrial, ocorrida em meados do século XIX, a autoridade familiar era exercida pelo homem mais idoso daquela família, era ele quem detinha o poder sobre os demais membros familiares, e quem tomava todas as decisões (LISBOA, 2010, p. 25). Sobre esse assunto, Carlos Roberto Gonçalves destaca que:

No direito romano a família era organizada sob o princípio da autoridade. O *pater familias* exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*). Podia, desse modo, vendê-los, impor-lhes castigos e penas corporais e até mesmo tirar-lhes a vida. A mulher era totalmente subordinada à autoridade marital e podia ser repudiada por ato unilateral do marido. (GONÇALVES, 2009, p. 15).

Assim, verifica-se que o *pater familias* exercia um poder excessivo sobre os demais membros, uma vez que detinha, inclusive, o poder de vender seus filhos ou a mulher para terceiros a fim de quitar dívidas, por exemplo; bem como de lesioná-los gravemente, ao ponto de poder decidir sobre suas vidas. Além disso, se beneficiava de todo e qualquer patrimônio adquirido pelo filho, não sendo responsabilizado pelos compromissos assumidos por ele diante de terceiros (LISBOA, 2010, p.).

Conforme Roberto Senise Lisboa, “o patriarcado foi exercido, em diversos períodos da história e em várias partes do mundo, mediante a *poligamia*, que paulatinamente foi decaindo, sendo substituída pela sociedade da *monogamia*” (2010, p. 25).

Diante disso, percebe-se que além do homem ser a autoridade máxima dentro da família, a ele também era permitido estabelecer outras uniões com várias mulheres, o que, somente mais tarde, foi sofrendo alterações na sociedade, a qual deixou de ser poligâmica e passou a ser monogâmica.

Portanto, após a Revolução Industrial, operaram-se mudanças no ambiente familiar, inclusive quanto ao excesso de poder do *pater familias*, que foi expressamente reduzido. Isso ocorreu em virtude dos movimentos de liberação social da mulher e dos jovens, no final do século XIX (LISBOA, 2010, p. 26).

Acontece que durante a Revolução Industrial, os contratos efetuados entre as partes na prestação de serviço eram de adesão, o que começou a gerar a insatisfação dos trabalhadores, uma vez que perceberam as péssimas condições em que estavam inseridos. Por tal razão,

passaram a se organizar em massas para exigir uma participação nos processos políticos, o que gerou o início do sindicalismo, o associativismo e a criação dos partidos políticos populares (LISBOA, 2010, p. 26). Então, a partir daí, como já exposto, ocorreram os movimentos de liberação social e emancipação das mulheres e dos jovens.

Esses movimentos trouxeram grandes consequências, as quais foram sentidas quase um século após, quando as mulheres e os filhos passaram a ter direitos até então inexistentes. Uma dessas consequências foi a promulgação da Declaração Universal da Organização das Nações Unidas, no ano de 1948, que garantiu a igualdade entre homens e mulheres, bem como proibiu a distinção entre filhos (LISBOA, 2010, p. 26-27).

Nesse sentido, Rodrigo da Cunha Pereira relata que: “A Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu art. XVI, 3, estabeleceu: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do estado” (2003, p. 07).

Dessa forma, verifica-se que todos os membros da família passaram a ser sujeitos de direito, não mais cabendo a uma só figura familiar exercer total poder em relação aos demais, bem como que coube ao Estado e a sociedade garantir a sua proteção. Corroborando com este entendimento, Paulo Luiz Netto Lôbo ensina:

Desse dispositivo defluem conclusões evidentes: (...) a família não é célula do Estado (domínio da política), mas da sociedade civil, não podendo o Estado tratá-la como parte sua; (...) a família é concebida como espaço de realização da dignidade das pessoas humanas (2004, p. 138).

Assim, diante desses apontamentos genéricos acerca da história do instituto familiar, cabe averiguar, no Brasil, o que ocorreu após essas mudanças até aqui mencionadas. Primeiramente, faz-se necessário afirmar que apenas a partir da promulgação da Constituição Federal de 1934 é que a família passou a ser vista como um organismo social e jurídico de importância. E, somente com a promulgação da Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962 (Estatuto da Mulher Casada), a mulher deixou de ser considerada como relativamente incapaz, uma vez que a Declaração Universal das Nações Unidas ainda não havia sido reconhecida pelo direito brasileiro (LISBOA, 2010, p. 27).

Outra lei de grande importância foi a do divórcio, Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, a qual permitiu a realização de um segundo casamento (LISBOA, 2010, p. 28), que até então era proibido, e contribuiu, dessa forma, para um redimensionamento familiar, o que somado a outras mudanças socioeconômicas, gerou a necessidade de serem revistos alguns institutos jurídicos.

Considerando tal necessidade, houve a criação de um direito civil constitucional mais baseado em princípios do que em normas, garantindo assim a dignidade da pessoa humana como elemento fundamental da relação jurídica. Nesse diapasão, Roberto Senise Lisboa destaca:

A introdução de um direito civil constitucional, primado em uma concepção principiológica e menos normativa, indica os novos rumos do direito privado e o realce que se passa a conferir à pessoa e sua dignidade, como o elemento nuclear da relação jurídica (2010, p. 28).

Até a promulgação da Constituição Federal de 1988, a família sempre foi vista como aquela constituída pelo casamento entre um homem e uma mulher e com filhos, sendo regulamentada pelo Estado. Contudo, a partir de sua promulgação, esse conceito foi ampliado, conforme descreve Roseli Teresinha Michaloski Alves: “Neste novo paradigma o conceito de família se amplia para abarcar modelos familiares existentes, mas, até então, não reconhecidos pela lei” (2008, p. 47). Além disso, relata que:

O fenômeno jurídico da constitucionalização do Direito de Família ocorreu no Brasil com a inserção da proteção à família no artigo 226 e parágrafos da Constituição Federal de 1988. O objetivo do legislador constituinte foi ampliar a tutela jurídica às relações familiares oriundas de diferentes formas de constituição de famílias e não apenas àquelas constituídas pelos laços do matrimônio civil ou religioso (2008, p. 42).

Sendo assim, verifica-se que a proteção da família restou consagrada pelo artigo 226 e parágrafos da Constituição Federal de 1988, abrangendo não só aquelas relações oriundas do casamento, mas também aquelas formadas por um dos pais e seus filhos, bem como a união

estável entre um homem e uma mulher, por exemplo. Aproximando-se, dessa forma, da realidade vivenciada naquela época.

1.2 Evolução das relações familiares

As transformações ocorridas no âmbito social, econômico e político da sociedade, como exposto anteriormente, desencadearam a mudança das relações jurídico-familiares, uma vez que os indivíduos deixaram de estabelecer relações com o intuito exclusivo de procriação, para formarem um vínculo baseado no amor.

No entanto, durante muitos anos, esses novos vínculos familiares não receberam a tutela do Estado, pois a legislação vigente da época, qual seja, o Código Civil de 1916, somente reconhecia como família aquela constituída pelo casamento. Assim, as novas situações na esfera familiar que não estavam previstas naquela legislação, conseqüentemente não estavam reguladas pelo ordenamento jurídico.

Nesse diapasão, Carlos Roberto Gonçalves leciona: “o Código Civil de 1916 e as leis posteriores, vigentes no século passado, regulavam a família constituída unicamente pelo casamento, de modelo patriarcal e hierarquizada” (2009, p. 16).

Como exposto acima, o legislador do Código Civil de 1916 só reconheceu como instituto familiar aquele formado exclusivamente pelo casamento, permitindo ao homem chefiar seus filhos e sua mulher, e os obrigando a obedecê-lo. Ainda, não garantia tratamento igualitário entre mulheres e homens e entre filhos havidos ou não pelo casamento. Da mesma forma, não fez qualquer referência sobre o afeto. Nesse sentido, Cláudia Maria Silva esclarece que:

O Código Civil de 1916 apresentou características que remontam ao Brasil colonial e aos modelos de família vigentes à época. Abrigava a noção de família patriarcal, funcional, com base na hegemonia de poder do pai, na hierarquização das funções, na desigualdade de direitos entre marido e mulher, na discriminação dos filhos, na desconsideração das entidades familiares não fundadas no casamento e no predomínio dos interesses patrimoniais em detrimento do aspecto afetivo (2004, p. 129).

Verifica-se, ainda, que o Estado protegia apenas a família formada pelo casamento em virtude das ideias propagadas pela Igreja Católica, a qual pregava que a união entre o homem e a mulher era um “sacramento indissolúvel: *até que a morte os separe*”, possuindo como função precípua a procriação a fim de colonizar o Estado com cristãos (DIAS, 2010, p. 44).

A Igreja, entretanto, permitia a anulação do casamento somente em alguns casos, como, por exemplo, se um dos cônjuges apresentasse problemas de impotência sexual, fosse estéril, ou, ainda, se houvesse erro essencial em relação à personalidade do cônjuge. Fora disso, permitia-se o desquite, no qual cessavam as obrigações e deveres matrimoniais dos cônjuges, porém permanecia o vínculo matrimonial (DIAS, 2010, p. 44-45).

Contudo, esses valores estabelecidos no Código Civil de 1916, passaram a ser inobservados pelos indivíduos, principalmente após o êxodo da mulher de sua casa para buscar o mercado de trabalho, e, conseqüentemente, para conquistar a realização individual. A partir daí, verifica-se que a família passou a buscar a felicidade e a afetividade. Sobre esse assunto, Cláudia Maria Silva escreve:

Os valores presentes no Código Civil de 1916 não permaneceram inalterados; a concepção de família e de filiação foi sofrendo transformações, e as regras foram calcadas na busca pelo fim dos tratamentos desiguais e preconceituosos, para adequação da lei às realidades sociais (2004, p. 129).

Diante dessa nova realidade social, surgiram legislações a fim de proteger aquelas situações até então inexistentes no mundo jurídico. Dentre elas, destacam-se: o Estatuto da Mulher Casada, no ano de 1962, que reconheceu a mulher como uma pessoa capaz, permitindo sua propriedade em relação aos bens adquiridos pelo seu trabalho; e a Lei do Divórcio, de 1977, que permitia a dissolução do vínculo matrimonial.

Porém, somente com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, é que foram reconhecidas as novas estruturas familiares, ou seja, o conceito de família passou a abranger também a união estável (artigo 226, parágrafo 3º, da CF de 88) e a família monoparental (aquela formada por qualquer um dos pais e seus descendentes), (artigo 226, parágrafo 4º, CF de 88). Nesse sentido, Roseli Teresinha Michaloski Alves assim leciona:

Cotejando-se o Direito de Família brasileiro anterior à 2002 (ano de publicação do novo Código Civil), há que se perceber que não se reconhecia as famílias oriundas da união estável. A Carta Magna de 1988 não apenas reconheceu esse tipo de família, como inseriu tipos outros, como, por exemplo, a família monoparental (2008, p. 42).

Sendo assim, verifica-se que essa proteção oferecida à família se encontra no artigo 226 da Constituição Federal de 1988, e é exemplificativa, uma vez que elenca algumas entidades familiares que podem existir, bem como protege outras que não estão ali elencadas. Dessa forma, os direitos dos integrantes de qualquer relação familiar são tutelados pelo Estado. Por tal motivo, percebe-se que o constituinte permitiu a aplicação do princípio da pluralidade de família. Nesse sentido é a opinião de Guilherme Giacomelli Chanan:

No Direito brasileiro, esta evolução ocorreu com a promulgação da Constituição Federal em 1988, que rompeu com o modelo matrimonializado da família, trazendo como uma de suas inovações o princípio da pluralidade das entidades familiares. O art. 226 da Carta Magna identifica explicitamente algumas espécies de entidades familiares (2007, p. 45).

No entanto, importante frisar, que não foram somente as mudanças sociais que exigiram a regulamentação das novas relações familiares, mas também os princípios emanados da própria Constituição Federal, quais sejam: a dignidade da pessoa humana e a solidariedade, os quais são fundamentais para alcançar o Estado Democrático de Direito.

Ademais, a Constituição Federal não apenas regulamentou os novos institutos familiares, como também estabeleceu tratamentos igualitários entre o homem e a mulher, e entre os filhos.

Todas essas circunstâncias acima elencadas, possibilitaram a aprovação do Código Civil de 2002, que procurou seguir a tendência constitucional da valorização da família e de seus membros, permitindo, dessa forma, que os vínculos baseados no afeto se sobressaíssem em relação ao biológico (GONÇALVES, 2009, p. 17-18).

Em decorrência dessa legislação, podemos afirmar que hoje a família não se constitui somente pelo casamento, uma vez que procura estabelecer relações baseadas no afeto,

buscando, dessa forma, a felicidade. Nesse sentido, Maria Berenice Dias cita Mônica Guazzelli:

Agora, a tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família-instituição foi substituída pela **família-instrumento**, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e a formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado (2010, p. 43).

Assim sendo, verifica-se que a família atual é democrática, uma vez que todos os seus integrantes possuem direitos e obrigações, ou seja, ambos os cônjuges possuem responsabilidades diante de seus filhos, bem como os filhos devem obediência aos pais. E em decorrência dessa valorização dos filhos e dos interesses individuais de cada um deles, surge a preocupação com a sua formação e com o seu desenvolvimento psicológico. Então, pode-se afirmar que a família contribui para a formação psicológica de seus membros, bem como para a evolução da própria sociedade em que vive.

1.3 A família e as suas obrigações na atualidade

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve, como afirmado anteriormente, a alteração conceitual do instituto familiar, bem como a aplicação de princípios, em especial, os da solidariedade e da dignidade da pessoa humana. Em razão disso, surgiram alguns deveres e responsabilidades, até então inexistentes, aos genitores, sociedade e Estado em face dos filhos.

Assim, considerando que após a Constituição Federal de 1988, a família tornou-se democrática, vislumbrou-se uma ressignificação da responsabilidade familiar, pois antes as crianças estavam submissas aos poderes do pátrio poder, e depois de seu advento, juntamente com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, no ano de 1990, elas transformam-se em sujeitos de direitos. Nesse sentido, Paulo Lôbo escreve:

A viragem copernicana da assunção de deveres fundamentais em face da criança resulta de sua emersão como sujeito de direitos próprio. A responsabilidade com sua formação integral, em respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento, é muito recente na história da humanidade. A concepção então existente de pátrio poder era de submissão do filho aos desígnios quase ilimitados do pai; a criança era tida mais como objeto de cuidado e correção do que como sujeito próprio de direitos. Fora da família, a criança era tida como menor em condição irregular. No Brasil, a viragem, decorrente da difusão internacional da doutrina e proteção integral da criança, concretiza-se com o advento da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990. De objeto a sujeito chega-se à responsabilidade e aos deveres fundamentais (2009, p. 14-15).

Portanto, pode-se concluir que essa responsabilidade atual dos genitores gerou a mudança conceitual do poder familiar, uma vez que deixou de ser considerado como “um conjunto de competências atribuídas ao pai, para converter-se em conjunto de deveres de ambos os pais no melhor interesse da criança” (LÔBO, 2009, p. 15). Ou seja, os pais adquiriram deveres em relação aos filhos, os quais devem ser cumpridos por determinação do ordenamento jurídico, e perderam alguns poderes. Da mesma forma que a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002 também estabeleceu esses deveres aos cônjuges e companheiros.

Assim, cabe afirmar que tanto as famílias tradicionais, quanto as novas famílias conceituadas pela Constituição Federal, devem observar e cumprir com os seus deveres e responsabilidades. Tais deveres também são devidos a qualquer tipo de filiação, independentemente de sua origem. Da mesma forma, também cabe à sociedade e ao Estado observá-los. Os referidos deveres estão elencados no artigo 227 da Constituição Federal de 1988:

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

Observa-se, portanto, que esses são os direitos devidos pelo Estado, pela sociedade e pela família, não havendo necessidade de serem exigíveis pelas crianças e adolescentes, uma vez que são devidos pelo simples fato de elas existirem. Ademais, frise-se que esse rol é exemplificativo.

O artigo 225 da Constituição Federal de 1988 prevê, ainda, como dever do Estado, da sociedade e da família, a preservação do meio ambiente para as futuras gerações, afirmando, dessa forma, que essa preservação também cabe à família pelo fato dela pertencer à coletividade. Ademais, é um organismo social que carrega compromissos com o futuro, uma vez que no seu interior os indivíduos se formam e se desenvolvem:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Nesse sentido, Paulo Lôbo ensina:

As “futuras gerações”, aludidas no art. 225 da Constituição, são investidas como sujeitos de direito, que não existem fisicamente. São sempre “futuras”, pois a expectativa é que a população não se extinga. Como contrapartida ao direito desses sujeitos de direito, as atuais gerações têm o dever jurídico de preservação do meio ambiente, para quando as futuras gerações vierem (2009, p. 21).

Além desses dispositivos, também o artigo 229 da Constituição Federal de 1988 elenca os deveres tanto dos genitores, quanto dos filhos dentro do instituto familiar: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Nesse sentido, Beatrice Marinho Paulo em seu artigo “Em Busca do Conceito de Família: Desafio da Contemporaneidade”, destaca alguns dos deveres e responsabilidades da família, dentre os quais se encontram: a função econômica, emocional-psicológica, educativa, de desenvolvimento das potencialidades humanas e de continuidade da cultura (2009, p. 55-60).

Na função econômica, os integrantes da família permitem os meios materiais suficientes para uma vida digna dos seus integrantes, garantindo, dessa forma, que as outras funções sejam desempenhadas. Aqui, contudo, também cabe ao Estado e à sociedade fornecer meios de sobrevivência à família.

Já, a função emocional, se caracteriza por prover a todos os membros familiares um ambiente afetivo, emocionalmente seguro, harmônico, carinhoso, que ofereça amparo a todos nas intempéries da vida.

Na função educativa, cabe aos genitores repassar aos filhos os costumes, hábitos e valores da família, transmitindo-os também conhecimentos acerca da vida em sociedade, a fim de que possam dela participar. Nesse sentido, é o entendimento de Paulo Lôbo:

A noção de educação, para fins da responsabilidade na família, é a mais larga possível. Inclui a educação escolar, a formação moral, política, religiosa, profissional e cívica que se dá em família e em todos os ambientes que contribuam para a formação do filho como pessoa em desenvolvimento. Ela inclui, ainda, todas as medidas que permitam ao filho aprender a viver em sociedade. A educação ou formação moral envolve a elevação da consciência e abertura para os valores (2009, p. 20).

Outrossim, em relação à função de desenvolvimento das potencialidades humanas, pode-se afirmar que a família deve oferecer todos os cuidados necessários ao filho a fim de que esse desenvolva a sua personalidade. Além disso, Beatrice Marinho Paulo destaca que: “Do mesmo modo, pais que não cumprem a função social de promover o desenvolvimento da personalidade e a dignidade de seus filhos não merecerão a proteção estatal, podendo ser até extintos o seu poder familiar” (2009, p. 53).

E, por fim, a função de continuidade da cultura se caracteriza pela transferência dos valores sociais e regras aos filhos, facilitando, dessa forma, sua convivência com outros indivíduos da mesma espécie.

Assim, ressalta-se que além dos cuidados básicos, os filhos também fazem jus ao amor e carinho daqueles que cumprem com a função de genitores, ou seja, às crianças e aos adolescentes são devidos amor, atenção, segurança, orientação ética e moral, enfim, alimentos para a alma, o que somente é possível através da convivência familiar, sendo esse dever dos genitores, conforme estabelece o artigo 227 da Constituição Federal de 1988.

1.4 Família como formadora da personalidade jurídica de crianças e adolescentes

Os deveres dos genitores no âmbito familiar não englobam, unicamente, os cuidados básicos aos filhos, mas também sentimentos recíprocos que garantam a harmonia de um ambiente, no qual possam existir laços afetivos e não só biológicos. Esses laços são imprescindíveis, pois contribuem significativamente para a formação e desenvolvimento da personalidade das crianças. Nesse sentido, cabe explicar a ideia de Claudete Carvalho Canezin:

Não se trata apenas de suprir as necessidades primárias. Deve-se, principalmente, considerar a necessidade da existência dos laços de afetividade inerentes ao saudável desenvolvimento de um filho, tendo direito a visitar, conviver, acompanhar o desenvolvimento e a educação dos filhos, demonstrando afetividade, como protagonista no papel dos pais na sua mais ampla concepção (CANEZIN, 2006, p.74).

A família é o primeiro organismo social no qual o indivíduo é inserido. Dentro dela são atendidas as mais variadas necessidades do ser humano, tanto em relação às necessidades básicas, como: educação, saúde...; bem como em relação às necessidades afetivas. Dessa forma, verifica-se que a família, apesar de todas as modificações sofridas em sua estrutura e conceituação, “[...] permanece como condição para humanização e socialização das pessoas[...]” (CANEZIN, 2006, p.72). Nesse sentido, Cláudia Maria Silva ensina:

A família é o primeiro espaço de convivência do ser humano. Referência fundamental para que a criança se desenvolva, é na família que, independentemente de sua configuração ou “roupagem”, se aprendem e se incorporam valores éticos – e onde são vivenciadas experiências afetivas, representações, juízos e expectativas (2004, p. 132).

Ao recém-nascido não importa o tipo de família no qual nasceu, ou seja, se sua família foi constituída por casamento ou união estável, por exemplo, mas sim se está verdadeiramente

inserido naquele grupo, conseguindo, dessa forma, perceber a presença dos sentimentos e dos valores, pois somente assim se sentirá protegido e amado por seus pais.

Portanto, é no seio da família que ele encontra conforto, segurança, carinho, enfim, aspectos que permitem o refúgio diante das intempéries da vida e a formação saudável de sua personalidade.

Ainda, o ambiente familiar contribui significativamente para que o indivíduo se desenvolva de modo equilibrado, bem como para que se torne um adulto estruturado. Quando a criação é adequada, ela gerará reflexos positivos no futuro daquela pessoa. Todo aquele carinho despendido pelos pais, assim como o amor e o respeito contribuirá para que a criança desenvolva sua autoconfiança e auto-estima (ALMEIDA, 2012, p. 2-3).

Da mesma forma, quando repassados aos filhos os valores e as regras de uma sociedade, maiores são as chances de que eles se tornem pessoas dignas, aptas a manter uma boa relação com terceiros. Por tais circunstâncias, pode-se afirmar que a família é de muita importância no desenvolvimento sadio do ser humano. Como preceitua o art. 226 da Constituição Federal: “a família é a base da sociedade” (ALMEIDA, 2012, p. 3-4).

O desenvolvimento da personalidade dos indivíduos se inicia a partir do seu nascimento com vida, e segue, aproximadamente, até os três anos de idade (CANEZIN, 2006, p. 84). Portanto, desde o início da vida, a criança já consegue observar o ambiente no qual está inserida, e na medida em que vai se desenvolvendo, consegue entender seu grau de importância através dos valores e sentimentos que lhe são atribuídos. Então, se os genitores da criança não lhe fornecem os alimentos para a alma, como o amor, carinho e respeito desde o início de sua vida, isso poderá gerar danos irreparáveis no psicológico da criança.

Nesse sentido, Claudete Carvalho Canezin escreve: “A auto-estima começa a se desenvolver numa pessoa quando ela ainda é um bebê. Os cuidados e os carinhos ofertados pelos pais irão demonstrar à criança o quanto ela é amada e querida” (2006, p. 77).

Portanto, pode-se concluir que a criança desenvolverá saudavelmente sua auto-estima, bem como formará sua identidade, se lhe forem fornecidos os elementos essenciais para tanto. Assim sendo, é necessário que os genitores estejam envolvidos efetivamente na vida dos filhos, incentivando-os e respeitando-os, dentro da individualidade de cada um. Nesse sentido, são os ensinamentos de Cláudia Maria Silva:

“Por óbvio que a formação da personalidade dos filhos depende diretamente da participação, da atuação, do posicionamento e da forma como os genitores exercem os seus papéis de pai e de mãe, como estabelecem e mantêm a convivência familiar”. (2004, p. 132).

Por outro lado, quando o afeto não se faz presente nas relações paterno-filiais, ou pior, quando nunca existiu uma convivência familiar, há uma maior predisposição de que esses filhos desenvolvam danos psíquicos, morais e afetivos, que somente com sofrimento poderão ser reparados no futuro. Nesse sentido, Priscila de Araújo de Almeida sustenta que:

[...] o abandono afetivo pode trazer feridas incictrizáveis para a vida dessas crianças que não serão cidadãos com uma personalidade formada e com o psicológico equilibrado, tudo isso por não terem uma convivência salutar com o pai ou a mãe durante o seu desenvolvimento (2012, p. 01).

Considerando os prejuízos que podem advir do abandono afetivo, bem como o fato da sociedade não poder exigir dos pais o amor pelos filhos, seria ideal que diante de um ato de abandono, os genitores fossem alertados de que tal atitude não é benéfica, bem como que ela pode comprometer significativamente o desenvolvimento psicológico dos filhos. Na mesma linha de pensamento, Priscila Araújo de Almeida relata que:

Não existem meios de obrigar os pais a amarem seus filhos, pois, o amor não tem preço e não há como impor alguém o dever de amar outrem. No entanto, a proposta aqui é educar e orientar, no sentido de que essa ausência de afeto deve preceder a uma sanção. Se os pais não quiserem dar amor aos filhos, ninguém poderá forçá-los, mas é imprescindível que a sociedade exerça o papel solidário de lhes informar, que suas atitudes não são compatíveis com os costumes e que essa conduta comprometerá a formação da criança abandonada afetivamente (2012, p. 3-4).

Assim, da explanação da importância da família no desenvolvimento psicológico de qualquer criança, depreende-se que os genitores ou aquelas pessoas que assumem esse papel,

são os responsáveis não somente pelo dever alimentar, mas também pelo dever de possibilitar o desenvolvimento humano dos filhos.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL

Considerando que a omissão de afeto nas relações entre pais e filhos provoca danos na formação da personalidade e individualidade das crianças, torna-se necessário um estudo acerca da responsabilidade civil, uma vez que ela é essencial para compreendermos se os genitores são ou não responsáveis pelos danos ocasionados aos filhos.

A partir daí, abordaremos o conceito da responsabilidade civil, sua distinção com as obrigações, sua função, seus tipos e seus elementos.

2.1 Conceito da responsabilidade civil

Para que possamos viver em uma sociedade harmônica, algumas regras e normas de conduta são fundamentais, uma vez que, sem elas, viveríamos em meio ao caos. Assim, seja no organismo social menor, a família, ou no organismo social maior, o Estado, há e sempre haverá normas e princípios para regular as condutas sociais.

É o ordenamento jurídico, integrado por princípios e regras, que viabiliza a vida em sociedade ao ditar as normas e regras de conduta. Da mesma forma, também é ele quem exige a reparação dos danos ocasionados ao lesado, caso essas normas e regras sejam inobservadas pelo cidadão.

Quando o ordenamento jurídico impõe um dever ao cidadão, por exigência da vida em sociedade, isso lhe gera uma obrigação, qual seja, a de cumprir com aquele dever. Agora, quando esse dever jurídico é desrespeitado, configura-se o ilícito, que, geralmente, provoca danos à outra pessoa. Então, a partir daí, surge um novo dever jurídico ao cidadão, ou melhor, surge a sua responsabilidade, qual seja, a de reparar o dano ocasionado.

“Há, assim, um *dever jurídico originário*, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um *dever jurídico sucessivo*, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo” (FILHO, 2009, p. 2). Nesse sentido, Sílvio de Salvo Venosa escreve que a reparação dos danos ocasionados é “sucessivo à transgressão de uma obrigação, dever jurídico ou direito” (2011, p. 2).

Responsabilidade, em seu sentido etimológico, significa o dever atribuído à própria pessoa pelo seu comportamento ou pelo comportamento alheio. Da mesma forma, no sentido jurídico, o vocábulo apresenta essa mesma ideia, ou seja, exige que o agente, violador de uma norma jurídica, repare o prejuízo causado. Assim, vislumbra-se que a responsabilidade civil é um novo dever jurídico, ou seja, direito jurídico sucessivo de reparação do dano ocasionado pela violação do dever jurídico originário. No mesmo sentido, é a posição de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada – um dever jurídico sucessivo – de assumir as conseqüências jurídicas de um fato, conseqüências [sic consecuencias] essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados (2009, p. 3).

Dessa forma, podemos afirmar que a responsabilidade é o dever jurídico sucessivo de assumir os efeitos produzidos pela inobservância de um dever jurídico originário, sendo que esse dever sucessivo pode variar conforme o tipo de direito lesionado. Assim, por exemplo, se o interesse lesado foi a honra da vítima, o dever jurídico sucessivo será a indenização pecuniária.

[...] a teoria da responsabilidade civil visa ao restabelecimento da ordem ou equilíbrio pessoal e social, por meio da reparação dos danos morais e materiais oriundos da ação lesiva a interesse alheio, único meio de cumprir-se a própria finalidade do direito, que é viabilizar a vida em sociedade, dentro do conhecido ditame de *neminem laedere* (MONTEIRO; MALUF; SILVA, 2011, p. 568).

Diante do exposto, verifica-se que a responsabilidade visa restaurar o interesse lesionado, através do pagamento de indenização por danos morais, ou por danos materiais, dependendo, no caso concreto, do bem lesionado.

Assim, verifica-se que essa responsabilidade foi a forma encontrada pelo legislador para garantir a convivência social, uma vez que toda e qualquer ação do homem, por mais minuciosa que seja, gera algum tipo de responsabilidade.

2.2 Distinção entre obrigação e responsabilidade

A Alemanha foi o primeiro país a iniciar a distinção entre obrigação e responsabilidade. Ela dividiu a relação obrigacional em dois momentos distintos. O primeiro, o do débito, e, o segundo, o da responsabilidade. Assim, se o cidadão assumisse uma prestação perante terceiro, deveria de cumpri-la. Agora, caso não a cumprisse, ou seja, fosse inadimplente, surgiria a responsabilidade de arcar com os prejuízos sofridos por esse terceiro. Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves escreve:

A distinção entre obrigação e responsabilidade começou a ser feita na Alemanha, discriminando-se, na relação obrigacional, dois momentos distintos: o do débito (Schuld), consistindo na obrigação de realizar a prestação e dependente de ação ou omissão do devedor, e o da responsabilidade (Haftung), em que se faculta ao credor atacar e executar o patrimônio do devedor a fim de obter o pagamento devido ou indenização pelos prejuízos causados em virtude do inadimplemento da obrigação originária na forma previamente estabelecida (2009, p. 3).

Assim, se coubesse ao devedor a prestação de alguma coisa, e ele, através de uma conduta ou de uma omissão, deixasse de cumpri-la, o credor teria a faculdade de exigir-lhe o cumprimento dessa prestação, a qual poderia se dar através da execução do patrimônio do devedor, visando ao pagamento da quantia devida ou à indenização do credor pelos prejuízos sofridos.

A obrigação é uma relação entre sujeito ativo e passivo, na qual o sujeito ativo tem o poder de exigir o cumprimento de determinada obrigação em face do sujeito passivo. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves, “corresponde a uma relação de natureza pessoal, de crédito e débito, de caráter transitório (extingue-se pelo cumprimento), cujo objeto consiste numa prestação economicamente aferível” (2009, p. 2). Ou seja, é uma relação envolvendo crédito e débito entre duas pessoas, a qual se extingue pelo seu cumprimento.

Importante frisar que obrigação e responsabilidade não possuem propriamente o mesmo significado. Enquanto a obrigação é um dever jurídico originário, a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, ou seja, é o dever jurídico de recompor o prejuízo sofrido, imposto ao causador direto ou indireto. Então, se uma determinada pessoa se compromete a

realizar determinado serviço a outra, ela assume uma obrigação, qual seja, a de cumprir com o que foi combinado. Caso ela não cumpra com essa obrigação, surgirá a responsabilidade, ou seja, o dever jurídico de reparar o prejuízo ocasionado pelo descumprimento da obrigação. Nesse mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves escreve:

A obrigação nasce de diversas fontes e deve ser cumprida livre e espontaneamente. Quando tal não ocorre e sobrevém o inadimplemento, surge a responsabilidade. Não se confundem, pois, *obrigação* e *responsabilidade*. Esta só surge se o devedor não cumpre espontaneamente a primeira. A responsabilidade é, pois, a consequência [sic consequência] jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional (2009, p. 2-3).

Para podermos identificar quem é o responsável, é necessário visualizar a lei, pois é ela quem imputa uma obrigação a alguém. Nesse caso, vislumbra-se que ninguém pode ser responsabilizado por algo sem ter violado dever jurídico originário (FILHO, 2009, p. 3).

É no artigo 389 do Código Civil que está expressa a distinção entre obrigação e responsabilidade. “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, [...]”. Referido dispositivo se aplica nos casos de responsabilidade contratual e de responsabilidade extracontratual, pois da mesma forma que um contrato gera uma obrigação, o seu descumprimento também o gera, uma vez que implica, ao inadimplente, o dever jurídico sucessivo de reparar o dano causado. Em face disso, vislumbra-se que, quando há um contrato, existe uma obrigação, um dever jurídico originário, e quando há a inexecução desse contrato, surge a responsabilidade, ou seja, o dever jurídico sucessivo (FILHO, 2009, p. 3). Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho também escrevem acerca da responsabilidade contratual e extracontratual:

Assim, se o prejuízo decorre diretamente da violação de um mandamento legal, por força da atuação ilícita do agente infrator (caso do sujeito que bate em um carro), estamos diante da responsabilidade extracontratual, a seguir analisada. Por outro lado, se, entre as partes envolvidas, já existia norma jurídica contratual que as vinculava, e o dano decorre justamente do descumprimento de obrigação fixada neste contrato, estaremos diante de uma situação de responsabilidade contratual (2009, p. 16-17).

No título IX do Código Civil, o legislador acrescentou o dever de indenizar como uma obrigação, além das já existentes obrigações de dar, fazer e não fazer. Nesse diapasão, escreve Sergio Cavalieri Filho:

Sempre se disse que o ato ilícito é uma das fontes da obrigação, mas nunca a lei indicou qual seria essa obrigação. Agora o Código diz – aquele que comete o ato ilícito fica obrigado a indenizar. A responsabilidade civil opera a partir do ato ilícito, com o nascimento da obrigação de indenizar, que tem por finalidade tornar *indemne* o lesado, colocar a vítima na situação em que estaria sem a ocorrência do fato danoso (FILHO, 2009, p. 3-4).

Assim, verifica-se que o Código Civil de 2002 estabeleceu a indenização como uma obrigação decorrente do ato ilícito. E é a partir daí que a responsabilidade civil opera, ou seja, diante de um ato ilícito, surge o dever do agente de indenizar a vítima pelo prejuízo ocasionado, a fim de restabelecer seu estado anterior ao dano.

“Qual a natureza jurídica dessa obrigação de indenizar?” (FILHO, 2009, p. 4). As obrigações podem ser “voluntárias e legais” (FILHO, 2009, p. 4). São voluntárias quando criadas pela vontade do homem, ou seja, ele as criou porque quis que elas existissem, bem como deu a ela as características que desejou. Enquanto que as obrigações legais são aquelas definidas pela lei, ou seja, é a lei que as criou, bem como definiu o seu conteúdo.

Além disso, a obrigação de indenizar é sucessiva, uma vez que, como dito anteriormente, surge da inobservância de uma obrigação originária, estabelecida no contrato, ou no próprio ordenamento jurídico.

Importante salientar que alguns autores, em determinadas situações, sustentam a existência de responsabilidade sem uma obrigação anterior, como por exemplo no caso da fiança. Carlos Roberto Gonçalves é um desses autores.

Malgrado a correlação entre ambas, uma pode existir sem a outra. As dívidas prescritas e as de jogo constituem exemplos de *obrigação sem responsabilidade*. O devedor, nestes casos, não pode ser condenado a cumprir a prestação, isto é, ser responsabilizado, embora continue devedor. Como exemplo de *responsabilidade sem obrigação* pode ser mencionado o caso do fiador, que é responsável pelo pagamento do débito do afiançado, este sem originariamente obrigado ao pagamento dos aluguéis (2009, p. 3).

Para Carlos Roberto Gonçalves é possível existir obrigação sem responsabilidade, esse é o caso das dívidas de jogo e das dívidas prescritas; da mesma forma, também existe para ele a responsabilidade sem obrigação, que é o caso da fiança.

Contudo, para Sergio Cavalieri Filho, isso é uma questão de enfoque, pois além da responsabilidade direta, por fato da própria pessoa, existe também a responsabilidade indireta, ou seja, pelo fato de outrem. Assim, vislumbra-se que na responsabilidade direta o agente responde pela inobservância da sua obrigação, e na responsabilidade indireta pela inobservância de obrigação de terceiro. “É o que ocorre com o fiador que responde pelo inadimplemento do afiançado em relação à obrigação originária por ele assumida” (2009, p. 4).

É importante salientar que a responsabilidade pode ter natureza igual ao do dever jurídico originário, ou distinta. Assim, se, por exemplo, o dever jurídico originário for de dar alguma coisa, a natureza do dever jurídico sucessivo será a mesma, acrescida, contudo, de outros elementos. Agora, se a obrigação for de fazer alguma coisa, a responsabilidade implicará no pagamento de uma indenização. Portanto, a obrigação é substituída pela responsabilidade, sendo o devedor a mesma pessoa. Nesse sentido, Sergio Cavalieri Filho traz um exemplo bem claro acerca dessa questão:

O credor, que não recebeu o pagamento na data oportuna, poderá exigir não só a prestação devida (o principal), como também os juros, correção monetária e a cláusula penal eventualmente prevista. Mas se o pintor que se obriga a fazer determinado quadro recusar-se a fazê-lo, o credor dele poderá exigir apenas o ressarcimento dos prejuízos decorrentes do inadimplemento. (2009, p. 4-5).

No exemplo acima, verifica-se que os juros, a correção monetária e a cláusula penal eventualmente prevista são os outros elementos decorrentes da responsabilidade.

Ainda, cabe referir que naquelas obrigações onde há um conteúdo determinado, é fácil a identificação do dever jurídico originário, tendo em vista que a lei ou o negócio jurídico o definem claramente. Contudo, quando o conteúdo não está definido, ou seja, nos casos em que apenas é dado um norte para determinado fim, sem existir a indicação de determinadas condutas para atingir determinada obrigação, deve-se observar em cada situação o que o obrigado deverá realizar para poder cumprir com a sua obrigação (FILHO, 2009, p. 5).

Assim, após a explanação das diferenças existentes entre obrigação e responsabilidade, pode-se afirmar que a obrigação sempre irá anteceder a responsabilidade, uma vez que é dever jurídico originário, havendo o dever jurídico sucessivo a partir da inobservância daquele dever originário.

2.3 Função da responsabilidade civil

Após analisar o conceito de responsabilidade civil, bem como sua diferença em relação às obrigações, cabe averiguar sua verdadeira função. Como já mencionando anteriormente, a ofensa a bens jurídicos é capaz de gerar um dever jurídico sucessivo de reparação, ou seja, para aquele que lesou direito de outrem, nasce o dever jurídico de reparar os prejuízos.

Inicialmente, cabe frisar que a responsabilidade civil é de grande importância nos tempos atuais, visto que busca restaurar o “equilíbrio moral e patrimonial desfeito e à redistribuição da riqueza em conformidade com os ditames da justiça, tutelando a pertinência de um bem, com todas as suas utilidades, presentes e futuras”, ou seja, visa restaurar a situação moral ou patrimonial da vítima. E esse interesse em restabelecer o equilíbrio violado é a fonte geradora da responsabilidade civil (DINIZ, 2011, p. 21).

Assim, quando há um dano em decorrência de um ato ilícito, ocorre um rompimento no equilíbrio jurídico-econômico da vítima. Então, há a necessidade desse equilíbrio ser restabelecido, ou seja, deve-se recolocar o prejudicado no *statu quo ante*. E, para que isso seja possível, deve haver o pagamento de uma indenização fixada proporcionalmente em relação ao dano.

A teoria da indenização dos danos somente começou a ter aplicação quando os juristas entenderam que o real fundamento da responsabilidade civil estava atrelado à ideia da quebra do equilíbrio jurídico-econômico provocado pelo dano, e não na “de que o dever jurídico sucessivo nascia da culpa” (FILHO, 2009, p. 13).

Então, a partir daí, verificou-se que a indenização visava restabelecer a situação anterior do lesado, sendo fixada a partir da dimensão do dano e da situação em que a vítima se encontraria caso não tivesse ocorrida a conduta ilícita do agente. Em síntese, será estabelecida

“em função da diferença entre a situação hipotética atual e a situação real do lesado” (DINIZ, 2011, p. 22).

A responsabilidade civil tem como função principal o ressarcimento dos prejuízos causados à vítima. Logo, pode-se afirmar que ela tem reconhecido o seu direito de receber um pagamento, pecuniário ou não, cuja compensação será devida pelo agente. Dessa forma, vislumbra-se que a ordem jurídica procura preservar todos os direitos dos sujeitos, tanto patrimoniais quanto pessoais, garantindo sua recomposição quando são lesados. Nesse mesmo sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho ensinam que:

Na primeira função, encontra-se o objetivo básico e finalidade da reparação civil: retornar as coisas ao *status quo ante*. Repõe-se o bem perdido diretamente ou, quando não é mais possível tal circunstância, impõe-se o pagamento de um *quantum* indenizatório, em importância equivalente ao valor do bem material ou compensatório do direito não redutível pecuniariamente (2009, 21).

Ainda, Fábio Ulhoa Coelho afirma que os danos sofridos pela vítima podem ser tanto patrimoniais como extrapatrimoniais, conforme se verifica na citação a seguir exposta.

A principal função da responsabilidade civil é compensar os danos sofridos pelo sujeito ativo. Se forem eles exclusivamente patrimoniais, a indenização terá equivalência ao valor dos danos, e o credor não se enriquece com o pagamento. Se forem extrapatrimoniais, não há esta equivalência e o credor enriquece com o cumprimento da obrigação de indenizar (COELHO, 2010, p. 284).

Nesse sentido, verifica-se que, na ocorrência de um dano patrimonial, o lesado recebe indenização equivalente ao valor do bem lesado, não enriquecendo com esse pagamento. Já, diante de um dano extrapatrimonial, não há um pagamento equivalente, na medida em que não é possível definir exatamente a dimensão do dano. Então, nesse caso, há enriquecimento do credor.

Ainda, em relação às funções da responsabilidade civil, temos a punição como função secundária, a qual visa conceder à indenização um caráter de pena (GAGLIANO; FILHO, 2009, 21).

E essa função secundária acaba gerando outra função, sendo essa de cunho socioeducativo, uma vez que, dessa forma, o ordenamento jurídico consegue demonstrar à sociedade “que condutas semelhantes não serão toleradas” (GAGLIANO; FILHO, 2009, 21). Em vista disso, a sociedade conseguirá visualizar quais condutas são reprovadas pelo Direito.

Diante da análise das funções da responsabilidade civil, imprescindível averiguar se elas incidem tanto na responsabilidade subjetiva como na objetiva. Inicialmente, cabe afirmar que ambas as responsabilidades cumprem a função compensatória, ou seja, tanto a responsabilidade civil subjetiva como a objetiva procuram indenizar o credor pelo prejuízo provocado, reconduzindo-o à situação anterior ao evento danoso.

Além dessa função, a responsabilidade civil subjetiva e a responsabilidade civil objetiva também cumprem a função preventiva, já que, quando a lei determina a compensação de um dano, ela já está contribuindo para a prevenção deste.

No entanto, essa função é desempenhada de modo diverso pela responsabilidade civil subjetiva e pela objetiva. Isso acontece pelo fato de possuírem características distintas. Pois, “enquanto a responsabilidade subjetiva sanciona atos ilícitos, a objetiva viabiliza a socialização de custos” (COELHO, 2010, p. 284-285), ou seja, estimula a prevenção de acidentes nas atividades realizadas.

Já em relação à função sancionatória, é somente a responsabilidade civil subjetiva quem a possui, uma vez que o dever de indenizar significa a punição do agente pelo cometimento de um ato ilícito.

Essa função não cabe na responsabilidade civil objetiva em virtude do agente ter praticado o ato conforme determinava a lei, ou seja, ele agiu de acordo com o direito, respondendo “pelo dano apenas porque se encontra numa posição econômica que lhe permite socializar os custos de sua atividade entre os beneficiários dela” (COELHO, 2010, p. 287). Nesse sentido, segue exemplo de Fábio Ulhoa Coelho:

Ao ser responsabilizado, ele não é punido, até porque nada fez de ilegal, segundo o direito em vigor. A indenização devida pelo Município aos proprietários de imóveis desvalorizados pela proximidade de determinada obra viária não é uma sanção imposta a ele com o objetivo de puni-lo por algo que não deveria ter feito (2010, p. 287).

Ainda, em relação às funções da responsabilidade civil, cabe afirmar que a sanção e a prevenção estão indiscutivelmente ligadas à responsabilidade civil subjetiva, pois a sanção imposta ao devedor pela prática de um ato ilícito tem como um dos objetivos evitar que aquele devedor pratique novamente outro ato contrário ao direito.

2.4 Histórico e conceito da responsabilidade civil objetiva e subjetiva

A responsabilidade civil é uma das áreas do Direito que passou por grandes evoluções. Tal desenvolvimento fez repensar inúmeras concepções acerca da matéria, as quais eram consideradas inabaláveis. Uma dessas teorias, que hoje está superada, é de Von Ihering, que dizia não haver responsabilidade sem culpa.

Tanto é assim, que a Constituição Federal de 1988, e outras leis especiais, previram a responsabilidade sem culpa, ou seja, a responsabilidade objetiva, sendo o Código de Defesa do Consumidor uma dessas legislações especiais. Ademais, cabe ressaltar que a responsabilidade civil foi aplicada durante o século XIX e alcançou o século XX para acautelar as relações humanas (STOCO, 2011, p. 181).

No Código Civil de 1916, a responsabilidade civil se fundava exclusivamente na teoria da culpa (estando prevista a responsabilidade civil objetiva em alguns artigos para casos específicos), restando hoje, em nosso ordenamento jurídico, revogada essa ideia, uma vez que o Código Civil de 2002 prevê ambas as responsabilidades civis, ou seja, a subjetiva e a objetiva. No mesmo sentido, ensina Arnaldo Rizzardo:

No caso do direito brasileiro, fulcrado no Código Civil de 1916, a responsabilidade fundamentava-se primordialmente na teoria da culpa subjetiva. O art. 159 do CC rezava: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano...”. (2011, p. 27).

Nesse sentido, importa ressaltar que, anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, a teoria subjetiva foi muito questionada em razão

da sua incompatibilidade com o desenvolvimento da sociedade, uma vez que não era capaz de cobrir todas as situações ocorridas (STOCO, 2011, p. 182).

Dessa forma, com a chegada da Revolução Industrial e, conseqüentemente, com o surgimento das máquinas, houve um aumento significativo no número de acidentes no âmbito do trabalho. Este aumento gerou, também, uma maior dificuldade na identificação do causador do dano e, sobretudo, do elemento culpa em seu comportamento. Diante disso, surgiram alguns questionamentos, como por exemplo, deixar a vítima sem indenização ou condenar alguém que não teve culpa (FACHINI, 2010, p. 3).

Por esses motivos, a doutrina e a jurisprudência começaram a observar que nem sempre a responsabilidade civil fundada na culpa tradicional trazia respostas aos casos e reparação ao lesado, uma vez que em inúmeras situações a vítima não conseguia provar a culpa do agente (STOCO, 2011, p. 183).

Desde então, passou-se a reconhecer a culpa presumida, a qual inverte o ônus da prova, cabendo ao demandado provar sua inocência diante de um fato danoso. Essa culpa presumida foi uma forma de prever a responsabilidade civil sem que o demandante precisasse provar a conduta culposa do agente, mas sem repelir o elemento característico da responsabilidade subjetiva, a culpa. Nesse sentido, Roberto Senise Lisboa ensina:

A responsabilidade subjetiva com presunção de culpa constitui uma etapa do aprimoramento da ciência jurídica para a facilitação da condenação do agente à reparação do dano. Trata-se de solução legislativa conferida à vítima a fim de que se dispense a demonstração da culpa do agente, o que dificultava em muito a percepção da indenização da vítima decorrente de acidentes ferroviários e de acidentes de trabalho no século XIX (2010, p. 275).

Nesse ínterim, importantes trabalhos sustentando a ideia de uma responsabilidade sem culpa foram divulgados na França, Bélgica, dentre outros, e foi neste momento que o Brasil passou a adotar a responsabilidade civil objetiva, a qual está prevista atualmente no art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002. Sobre esse assunto, Sergio Cavalieri Filho destaca que:

Importantes trabalhos vieram, então, à luz na Itália, na Bélgica e, principalmente, na França sustentando uma responsabilidade objetiva, sem culpa, baseada na chamada teoria do risco, que acabou sendo também adotada pela lei brasileira em certos casos, e agora amplamente pelo Código Civil no parágrafo único do seu art. 927, art. 931 e outros, como haveremos de ver (2009, p. 16-17).

Da mesma forma, Arnaldo Rizzardo ao comentar sobre a responsabilidade civil objetiva, afirma que ela não estava prevista no Código Civil de 1916, sendo inserida somente no Código Civil de 2002:

Nessa linha inclinou o Código de 2002, preponderando o parágrafo único do art. 927, no que era omissivo o Código anterior: “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” (2011, p. 28).

Assim, pode-se afirmar que a responsabilidade é objetiva quando não se indaga se o ato é ou não culpável, ou seja, não é necessária a conexão desses três elementos: culpa, nexo causal e dano. Porém, vale ressaltar que deve haver um dano e a autoria do evento danoso, razão pela qual não se cogita a culpa do agente, apenas se verifica se houve um evento e se dele decorreu prejuízo.

Segundo Rui Stoco “O Direito Civil brasileiro estabelece que o princípio geral da responsabilidade civil, em direito privado, repousa na culpa”. Além disso, esclarece que, em alguns casos, aplica-se a teoria do risco, sendo a legislação trabalhista um exemplo típico dessa responsabilidade objetiva (2011, p. 185).

Após essa explanação histórica acerca das teorias, cabe conceituá-las. Sendo assim, preliminarmente, conceituando a responsabilidade subjetiva, pode-se afirmar que a sua apuração ocorre através da prova da culpa do agente causador do dano, sendo necessário apurar se este agiu com dolo ou culpa.

Por outro lado, quando a vítima não precisa demonstrar a culpa do agente, estamos diante da responsabilidade objetiva, ou seja, para que essa responsabilidade seja configurada não há necessidade de que o agente tenha agido com culpa, sendo necessário, apenas, que desempenhe uma atividade perigosa. Nesse caso é indispensável o nexo causal, pois não se

pode punir quem não deu causa ao prejuízo. Ainda, importante salientar que há casos em que essa responsabilidade “é presumida pela lei” (GONÇALVES, 2009, p. 30) e, “em outros, é de todo prescindível” (GONÇALVES, 2009, p. 30).

Após essa sucinta explicação, cabe frisar que apesar das diferenças apresentadas entre ambas as responsabilidades, elas se completam, uma vez que o ordenamento jurídico não pode deixar de punir aquele que agiu ou se omitiu culposamente ou dolosamente diante de uma situação, bem como em relação àquele que desempenha atividade perigosa, independentemente da existência de culpa.

2.5 Pressupostos da responsabilidade civil: conduta, nexa causal e dano

Para que seja possível identificar as responsabilidades civis subjetiva ou objetiva, bem como aplicá-las corretamente em determinadas situações, faz-se necessário verificar a existência dos pressupostos específicos de cada uma delas, pois somente assim suas aplicações serão consideradas válidas.

Primeiramente, cabe frisar que é o ato ilícito que gera a responsabilidade civil, o qual é visto sob dois aspectos, quais sejam: aspecto objetivo e aspecto subjetivo. Para o aspecto objetivo haverá ilicitude quando ocorrer uma conduta contrária ao ordenamento jurídico, mesmo que essa conduta não se origine de uma vontade livre. Já, para o aspecto subjetivo, haverá ilicitude quando uma conduta livre e consciente contrariar o ordenamento jurídico por vontade do agente (FILHO, 2009, p. 09).

Ainda, da mesma forma que esse ato é analisado sob dois aspectos, ele também é visto com dois sentidos distintos: sentido estrito e sentido amplo. Em sentido estrito esse ato é considerado como o conjunto dos elementos da responsabilidade civil. E, em sentido amplo, como a conduta contrária ao ordenamento jurídico. Nesse sentido, o Código Civil de 2002, em seus artigos 186 e 187, fez referência à responsabilidade civil em sentido estrito e em sentido amplo, respectivamente (FILHO, 2009, p. 10).

Portanto, pode-se afirmar que no âmbito da responsabilidade civil subjetiva, a culpa é um dos seus pressupostos, enquanto que na responsabilidade civil objetiva, não há

necessidade de haver esse elemento, fazendo-se necessária somente a ilicitude em sentido amplo.

Imprescindível, ainda, antes de adentrar especificamente nos pressupostos da responsabilidade civil subjetiva e objetiva, lembrar que na prática de um ato ilícito, surge o dever de indenizar.

A responsabilidade civil subjetiva se encontra definida nos artigos 186 e 927, do Código Civil, possuindo como pressupostos a conduta culposa do agente, o nexo causal e o dano. Assim, essa responsabilidade restará configurada quando alguém, agindo culposamente, inobservar direito alheio e causar-lhe dano.

Ressalte-se que tanto a responsabilidade contratual como a extracontratual possuem os mesmos requisitos, restando somente à vítima da responsabilidade contratual provar o descumprimento da prestação pela parte contrária (FILHO, 2009, p. 18).

A conduta é uma ação ou omissão que produz consequências na esfera jurídica. Haverá ação quando alguém praticar algo que o ordenamento jurídico proíbe, e omissão, quando alguém deixar de fazer algo que o ordenamento jurídico impõe. Nesse sentido, cabe expor a opinião de Sílvio de Salvo Venosa:

A culpa *in comittendo*, (...), caracteriza-se por ato positivo do agente, enquanto a culpa *in omittendo* estampa-se no ato omissivo. O comportamento voluntário do agente caracteriza-se por uma ação ou omissão, que produz consequência jurídicas. A ação é a modalidade mais comum de exteriorização de conduta. Normalmente, na esfera extracontratual, há um dever geral de abstenção. O ato positivo é que deflagrará eventual ilicitude. A inatividade, quando do agente se exige uma ação, caracteriza a conduta omissiva. Normalmente, a omissão por si só é irrelevante para a esfera jurídica. Somente pode ser responsabilizado por omissão o agente que estiver em situação jurídica que o obrigue a agir, a impedir um resultado. Nesse sentido, o pai é responsável civil e criminalmente pela omissão de alimentar os filhos (2011, p. 35).

Dessa forma, verifica-se que a conduta do agente se dá através do seu comportamento voluntário, sendo esse exteriorizado através de uma ação ou de uma omissão, que geram consequências jurídicas. A conduta comissiva é a mais comum de ocorrer, uma vez que o agente age em desconformidade com o ordenamento jurídico, enquanto que a conduta omissiva só terá relevância na esfera jurídica quando o agente não agir quando a lei determinar.

Via de regra, será responsabilizado pelo dano aquele que o praticou, ou seja, aquele que o causou. Contudo, a lei, em alguns casos, permite a responsabilidade pelo fato praticado por outrem, ou seja, aquele a quem o responsável está ligado por alguma circunstância, como por exemplo: dever de guarda, cuidado. Da mesma forma, também poderá haver responsabilidade por dano causado por animal ou coisa que estava sob sua guarda, conforme preveem os artigos 936, 937 e 938 do Código Civil, respectivamente. Nesse sentido, Sílvio de Salvo Venosa ensina que “o agente pode ainda ser responsável por fato de animais ou coisas sob sua guarda, conforme previsto nos arts. 936 e 937” (2011, p. 35), contudo, nesses casos, a responsabilidade civil será objetiva.

Importante salientar que para a configuração da responsabilidade subjetiva se faz necessária a conduta culposa. Isso significa dizer que o agente será responsabilizado pelo dano ocasionado contra terceiro quando sua conduta for reprovável pelo ordenamento jurídico, e quando no momento de sua prática, era capaz de perceber a reprovabilidade daquele ato, ou seja, era imputável. Nesse mesmo sentido, Sergio Cavalieri Filho leciona: “Essa censurabilidade, por sua vez, depende da capacidade psíquica de entendimento e autodeterminação do agente, o que nos leva à imputabilidade” (2009, p. 25).

Conforme entendimento doutrinário, na responsabilidade civil subjetiva não há necessidade de se distinguir a conduta dolosa da culposa, pois mesmo havendo uma grande diferença entre elas, a função primordial da responsabilidade é reparar o dano ocasionado ao lesado, não importando se agiu com dolo ou culpa:

Quando é mencionada culpabilidade no campo civil, a noção abrange o dolo e a culpa. Giovanna Visintini (1999:39) aponta que esses dois aspectos, estruturalmente, não têm nada em comum. De fato, há uma longa distância no ato pelo qual o agente procura intencionalmente o resultado (dolo) e naquele que se dá por negligência, imprudência ou imperícia (culpa). Em sede de indenização, porém, as consequências são idênticas (VENOSA, 2011, p. 26).

Diante do exposto, pode-se afirmar que a conduta é exteriorizada através de uma ação ou de uma omissão, mas para ser configurada como responsabilidade civil subjetiva, é necessária a existência de culpa ou dolo do agente, sendo imprescindível a sua conduta culposa.

Outrossim, após a análise desse pressuposto, importante verificar o chamado nexos causal, que também é conhecido como “nexo etiológico ou relação de causalidade” (VENOSA, 2011, p. 56). Sobre esse tema, Rui Stoco afirma que: “antes mesmo de verificar se o agente do fato sob análise agiu com culpa, tem-se, como antecedente lógico, que examinar se foi ele quem deu causa ao resultado” (2011, p. 176), ou seja, é necessário verificar se o agente daquele fato em análise, foi o próprio causador do dano.

O nexos causal é a ligação entre o dano e o agente, ou seja, é o liame entre a conduta e o resultado. Sendo assim, só existirá responsabilidade civil se houver esse nexos causal entre a conduta e o resultado, e disto decorre a sua importância. Sílvio de Salvo Venosa conceitua o nexos causal da seguinte forma:

O conceito de nexos causal, nexos etiológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que se conclui quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexos causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexos causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida. Nem sempre é fácil, no caso concreto, estabelecer a relação de causa e efeito (2011, p. 56).

Dessa forma, vislumbra-se que o dano só será indenizável se for possível identificar o nexos causal entre ele e o agente causador, ressaltando-se que esse nexos causal também é imprescindível para a configuração da responsabilidade civil objetiva.

Importante salientar que algumas teorias foram criadas a fim de tentar solucionar a problemática do nexos causal, entre elas estão a teoria da equivalência dos antecedentes e a teoria da causalidade adequada. Na primeira, não existe uma distinção entre a causa e a condição, ou seja, todas as circunstâncias, condições, que concorreram para produzir o dano, são vistas como causas (FILHO, 2009, p. 47). Nesse sentido, Sergio Cavalieri Filho explica:

Para saber se uma determinada condição é causa, elimina-se mentalmente essa condição, através de um processo hipotético. Se o resultado desaparecer, a condição é causa, mas, se persistir, não o será. Destarte, condição é todo antecedente que não pode ser eliminado mentalmente sem que venha a ausentar-se o efeito (2009, p. 47).

Então, se através de um processo hipotético, elimina-se mentalmente a condição, e a partir daí o dano permanece, vislumbra-se que essa condição não é causa, uma vez que o dano continua existindo.

Já para a teoria da causalidade adequada, a causa é o elemento adequado para a produção do resultado. Assim, se várias condições contribuíram para o resultado, será causa somente aquela condição mais importante, ou seja, aquela que foi a mais adequada para a obtenção do resultado. Diante disso, podemos verificar que nessa teoria há distinção entre a causa e a condição, diferentemente do que ocorre na teoria da equivalência dos antecedentes. Importante salientar, também, que essa é a teoria adotada pelo nosso Código Civil Brasileiro (MELO, 2005, p. 104). Sobre o assunto, Sergio Cavalieri Filho ensina:

Esta teoria, elaborada por Von Kries, é a que mais se destaca entre aquelas que individualizam ou qualificam as condições. Causa, para ela, é o antecedente não só necessário mas, também, adequado à produção do resultado. Logo, se várias condições concorrem para determinado resultado, nem todas serão causas, mas somente aquela que for mais adequada à produção do evento (2009, p. 48).

No nexos causal há também a concausa, que é classificada como sendo uma causa posterior ou concomitante à causa principal, e que junta-se a essa, contribuindo para o agravamento do resultado. Nehemias Domingos de Melo conceitua da seguinte forma:

Concausa é uma outra causa, preexistente, superveniente ou concomitante que, juntando-se à causa principal, contribui para o agravamento do resultado danoso indenizável, mas que não tem força para ilidir o nexos causal do ato praticado pelo agente principal (2005, p. 106-107).

Contudo, cabe frisar que a concausa não tem o poder de excluir o nexos causal originado pela conduta principal, nem de produzir, por si só, o prejuízo.

Em relação à exclusão do nexos de causalidade, afirma-se que quando o agente não deu causa ao dano, não será por ele responsabilizado, exceto naquelas hipóteses em que ele se encontra ligado a outrem por alguma circunstância. São excludentes: fato exclusivo da vítima, fato de terceiro e caso fortuito e força maior. Veja-se:

Quando o sujeito passivo da relação processual afirma que o fato se deu em razão de caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima, ou até mesmo por fato de terceiro, em verdade está buscando demonstrar a inexistência de nexo de causa e efeito entre ele e o resultado [...] (STOCO, 2011, p. 178).

Há culpa exclusiva da vítima quando somente ela foi a responsável pela obtenção daquele resultado, sendo o agente tão-somente o instrumento pelo qual aquele dano se concretizou (FILHO, 2009, p. 64).

O fato de terceiro se caracteriza quando um terceiro dá causa ao resultado, não havendo contribuição da vítima nem do agente. Equipara-se ao caso fortuito e à força maior, uma vez que a causa do dano era imprevisível ao agente:

Em muito se assemelha com o caso fortuito e a força maior, na exata medida de sua imprevisibilidade e inevitabilidade, que são os elementos a excluir o dever de indenizar, exatamente porque desfaz o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado lesivo (MELO, 2005, p. 109).

No caso fortuito e na força maior também há a exclusão do nexo causal em virtude de serem causas não provocadas pelo agente, mas sim por ele imprevisíveis, sendo seus efeitos inevitáveis (FILHO, 2009, p. 65). Assim, verifica-se que não há um elo entre o agente e o dano, por isso inexistente a responsabilidade.

Concluída a explanação acerca dos dois pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, conduta culposa e nexo causal, passa-se para o terceiro e último pressuposto, o dano.

Inicialmente, cabe afirmar que o dano é visto como a agressão a um direito tutelado pelo ordenamento jurídico, ou seja, é a lesão de um direito. Nesse sentido, Sergio Cavalieri Filho define o dano da seguinte forma:

Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é a lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral (2009, p. 71).

Dessa forma, para cada tipo de interesse protegido, haverá um tipo de dano (RIZZARDO, 2011, p. 14). Assim, poderá haver dano patrimonial, assim como dano moral e estético. No dano patrimonial, se atinge o patrimônio econômico da vítima. Já no moral, há uma agressão na alma, no espírito da vítima. Por fim, no estético, há uma deformidade aparente, que a vítima não possuía anteriormente à agressão. Nesse sentido, ilustra Nehemias Domingos de Melo acerca do dano patrimonial:

O dano material corresponde àquele comumente chamado de dano patrimonial, onde se encontram as perdas e danos, que engloba o dano emergente (prejuízo efetivo) e os lucros cessantes (o que a vítima razoavelmente deixou de ganhar). Evidentemente que o dano material é aquele que atinge o patrimônio da vítima, possível de ser quantificado e reparável por meio de uma indenização pecuniária, quando não se possa restituir o bem lesado à situação anterior (MELO, 2005, p. 50).

Assim, os efeitos do dano podem atingir o patrimônio atual da vítima, como também impedir ou diminuir seu patrimônio futuro, ou seja, quando há a diminuição do patrimônio atual da vítima, estamos diante do dano emergente, mas, se em decorrência do dano, houver a perda de vantagens ou de lucros futuros, estamos diante do lucro cessante (RIZZARDO, 2011, p. 15)

Referido assunto está previsto no artigo 402 do Código Civil Brasileiro, o qual dispõe que: “salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

Importante ressaltar que o dano poderá ser direto e reflexo, sendo o dano direto aquele que atinge diretamente a vítima, e reflexo aquele que adveio do dano direto (MELO, 2005, p. 65). Contudo, somente o dano direto será passível de indenização, salvo no caso da morte da vítima, cujo filho era economicamente dependente, situação em que a lei reconhece a responsabilidade (FILHO, 2009, p. 103).

Ainda, há o dano coletivo, que é caracterizado quando várias pessoas são prejudicadas concomitantemente, “havendo um vínculo de interesses ou proximidade de classes entre elas, como nas profissões, nas associações, na vizinhança” (RIZZARDO, 2011, p. 19). Assim, quando há uma ligação entre pessoas em virtude de um interesse em comum, por exemplo, a ocorrência de um dano a esse interesse, atinge a todas elas. Portanto, é um dano coletivo.

Da mesma forma que a responsabilidade civil subjetiva, a responsabilidade civil objetiva também apresenta como pressupostos a conduta, o nexo causal e o dano, restando a culpa como elemento diferenciador entre essas duas responsabilidades. Assim, para existir o dever de indenizar na responsabilidade civil objetiva, não se faz necessário provar o elemento culpa.

A responsabilidade objetiva se fundamenta na teoria do risco, que substituiu a teoria da culpa, muito utilizada em meados do século XIX. Risco significa perigo; em face disso, estabeleceu-se que aquele que exerce uma atividade perigosa deve assumir os riscos dela provenientes (FILHO, 2009, p. 136).

Assim, verifica-se que tanto a responsabilidade civil subjetiva, como a objetiva, devem observar todos os pressupostos específicos a fim de que sejam reconhecidas.

3 O ABANDONO AFETIVO

Após a análise de alguns aspectos da estrutura familiar, bem como da responsabilidade civil, chega-se, finalmente, à questão do abandono afetivo.

O estudo deste instituto é indispensável para a compreensão da problemática abordada no presente trabalho, uma vez que procura elucidar alguns quesitos que o cercam, como o afeto, os efeitos do abandono, as posições doutrinárias que o envolvem, e, sobretudo, a responsabilidade dos genitores.

3.1 Conceito de afeto e o afeto entre pais e filhos

Conforme elucidado no primeiro capítulo do presente trabalho, o Código Civil Brasileiro de 1916 não fazia referência às relações baseadas no afeto, as quais, portanto, não eram reconhecidas pelo ordenamento jurídico. O referido diploma legal tutelava apenas o casamento entre homem e mulher, o qual, na maioria das vezes, não era realizado em decorrência do amor entre ambos. Da mesma forma, a filiação afetiva também não encontrava amparo no ordenamento jurídico.

Ainda, naquele capítulo, foram feitas algumas referências acerca dos problemas desencadeados em crianças e adolescente em virtude da ausência de um vínculo afetivo.

Em face disso, visa-se, no presente momento, desvendar o real significado da palavra afeto, bem como suas dificuldades de conceituação, seu surgimento nos recém-nascidos, e, ainda, a importância de sua vigência no ordenamento jurídico atual.

A palavra afeto, substantivo masculino, está atrelada à ideia de afetividade, sendo de difícil conceituação em virtude de ser uma emoção íntima do ser humano, ou seja, algo abstrato.

Para os psicólogos, o afeto está atrelado à ideia do apego, do vínculo afetivo existente entre a criança ou adolescente com os genitores ou outra pessoa de seu vínculo. “Os vínculos afetivos e os apegos são estados internos” (BEE, 2003, p. 350), os quais não podem ser vistos diretamente, contudo, podem ser percebidos através de “comportamentos de apego, que são

todos aqueles comportamentos que permitem a uma criança ou a um adulto conseguir e manter a proximidade em relação a uma pessoa a quem é apegada” (BEE, 2003, p. 350).

Assim, verifica-se que o afeto não pode ser visto, enxergado; entretanto, pode ser percebido pelas crianças e adolescentes, principalmente através dos comportamentos de apego dos seus genitores para com eles, o que permite a qualquer criança ou adolescente a manutenção de uma relação próxima com seus genitores, da mesma forma que esses podem manter com aqueles.

O bebê demonstra esse apego quando precisa de cuidados, de atenção; já a criança de mais idade demonstra quando ela se encontra assustada, ou em algum nível de stress. Em face disso, pode-se afirmar que “é o padrão desses comportamentos, não a sua frequência [sic frequência], que nos diz algo sobre a força ou a qualidade do apego ou do vínculo afetivo” (BEE, 2003, p. 350).

Dessa forma, o apego se caracteriza pelos comportamentos da criança, não importando a frequência dele, mas sim o tipo de comportamento desencadeado, o que denota muito claramente a força do vínculo afetivo.

Quando as crianças nascem, elas necessitam de cuidados por serem indefesas, porém “estão bem-dotadas perspectivamente, têm uma grande capacidade de aprender e estão pré-programadas para se interessar por estímulos sociais e acabar se vinculando a algumas pessoas. O vínculo emocional mais importante, ao menos na infância, [...]”, é o vínculo afetivo entre ela e alguma ou algumas pessoas da sua relação familiar (COLL. *et al.* 2004, p. 105).

Importante referir que “o apego do bebê surge pouco a pouco. Bowlby sugeriu três fases no desenvolvimento do apego do bebê [...]” (BEE, 2003, p. 353), quais sejam: orientação e sinalização não-focalizadas, foco em uma ou mais figuras e comportamento com base segura (BEE, 2003, p. 353, 354 e 355).

Na primeira fase, orientação e sinalização não-focalizadas, o bebê possui comportamentos que exprimem suas necessidades, ou seja, ele chora, aconchega-se, tranquiliza-se com os cuidados que lhe são oferecidos. Contudo, ele não emite suas necessidades a uma determinada pessoa, uma vez que ainda não está, de fato, apegado aos genitores. É nessa fase que o bebê começa a desenvolver sua capacidade de diferenciar os genitores das demais pessoas que o cercam. Sobre o assunto, César Coll, Álvaro Marchesi, Jesús Palácios, ensinam que:

Quando a criança nasce, manifesta *preferência pelos membros da própria espécie* sem estabelecer diferenças entre aquelas que interagem com ela (...) as crianças demonstram claras preferências pelos estímulos sociais (rosto humano, voz humana, temperatura humana, etc.) e logo estabelecem associações entre eles. Mas é o reconhecimento da recorrência de algum elemento do estímulo (postura que se adota para mamar, traços do rosto da mãe, etc.) ou da mera associação entre eles, sem que a tenha um reconhecimento global da pessoa. Durante esse período, a atividade da criança está, fundamentalmente, regulada por ritmos biológicos aos quais se adaptam os adultos. A maior parte dos autores prolonga essa fase *até o terceiro mês* de vida da criança (2004, p. 107).

Assim, verifica-se que nessa fase a criança não estabelece diferença entre as pessoas que a cuidam, entretanto, demonstra sua preferência pelos estímulos sociais e a partir daí os associa. Então, ela não demonstra sua preferência pela pessoa, mas pelos estímulos sociais. De acordo com alguns autores, essa fase vai até os três meses de vida.

Já a segunda fase, foco em uma ou mais figuras, inicia-se quando o bebê possui aproximadamente três meses de vida. Nessa fase, o comportamento de apego é emitido de forma mais intensa, ou seja, o bebê já consegue perceber quais são as pessoas que sempre estão por perto, ao seu redor, e, diante disso, sinaliza suas necessidades a essas pessoas. Contudo, o seu apego ainda não está totalmente desenvolvido. Nesse sentido, escrevem César Coll, Álvaro Marchesi, Jesús Palácios:

Pouco a pouco vai aparecendo no bebê uma *preferência pela interação com os adultos que normalmente cuidam dele*, mas sem repelir os desconhecidos. As crianças discriminam com clareza entre algumas pessoas e outras (não só alguns traços isolados) e manifestam clara preferência por interagir com aqueles que normalmente cuidam delas. Essa habilidade para reconhecer perceptivamente as figuras de apego e diferenciar entre próprios e estranhos, expressa claramente em condutas, eles adquirem entre os três e os cinco meses (2004, p. 107.)

Na terceira e última fase, denominada comportamento com base segura, o bebê está apto a visualizar qual a pessoa mais importante em seu ponto de vista, da mesma forma com a qual consegue entender que as coisas e as pessoas continuam a existir longe dele, ou seja, fora de seu campo de visão.

Além disso, o seu “modo dominante de comportamento de apego muda”, uma vez que ele não só passa a emitir sinais de apego, como por exemplo, o choro, mas também começa a

buscar o apego, como por exemplo, engatinha até os genitores a fim de que eles lhe deem colo (BEE, 2003, p. 355).

Ainda, César Coll, Álvaro Marchesi, Jesús Palácios explicam sobre a terceira fase:

O passo seguinte é a formação dos sistemas relacionais de *apego e de medo de estranhos*. Na segunda *metade do primeiro ano* de vida, os bebês manifestam uma clara preferência pelas figuras de apego, ao mesmo tempo em que repelem os desconhecidos. As figuras de apego não só são reconhecidas, como podem ser evocadas graças às capacidades de representação, de permanência da pessoa e de memória. A separação provoca reações de protesto e ansiedade, e o reencontro produz alegria e tranquilidade [sic tranquilidade]. O sistema de apego está claramente formado: as condutas procurar ou manter a proximidade das figuras de apego, a reação ante as separações breves, o sofrimento pela perda dessas figuras e a recusa ou desconfiança ante os desconhecidos e o uso da figura de apego como base a partir da qual se explora o mundo físico e social não deixam lugar para dúvidas (2004, p. 107.)

Nessa terceira fase, vislumbra-se, portanto, que o sistema de apego do bebê já está formado. Por conseguinte, ele demonstra claramente sua preferência pelas figuras conhecidas, aquelas que ele possui um vínculo de apego, e, por outro lado, repele aquelas figuras desconhecidas. Essa fase se inicia a partir da segunda metade do primeiro ano de vida da criança.

Vale ressaltar que, a par das considerações até o momento realizadas acerca do desenvolvimento do apego e do vínculo afetivo desencadeado nos bebês, sob a ótica da Psicologia, na Ciência Jurídica esse estudo também é de imprescindível importância, uma vez que permite estudar os processos envolvendo a afetividade, com a cautela devida.

Foi através da Constituição Federal de 1988, ao estabelecer o tratamento igualitário aos filhos, a partir dos princípios da inocência e da igualdade, que o afeto se consolidou (FACHIN, 2003, p. 22). Em decorrência disso, tanto os filhos biológicos como os afetivos passaram a ser tutelados de forma igualitária, assim como outros laços de união, e não somente o casamento. Dessa forma, verificou-se que o direito de família passou a atribuir “valor jurídico ao afeto” (DIAS, 2010, p. 72). Nesse sentido, vale explicar a opinião de Glicia Barbosa de Mattos Brazil:

O afeto se tornou hoje um fenômeno integrante do Direito de Família. É uma preocupação constante dos operadores do Direito, que sabem da importância da manutenção dos vínculos afetivos para a criança. A criança, enquanto pessoa em peculiar condição de desenvolvimento, é protegida pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da prioridade absoluta da infância, os quais garantem a afetividade na infância (2010, p. 48).

Dessa forma, verifica-se que hoje os operadores do Direito estão preocupados com a questão do afeto, uma vez que sabem da importância que ele possui para as crianças, sendo um laço emocional que liga as pessoas, fazendo com que elas se amem, desejando-se a felicidade recíproca. Ainda, nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, ao prever os princípios da dignidade da pessoa humana e da prioridade absoluta da infância, garante às crianças a afetividade.

Destarte, a afetividade se concretiza “nas condutas de respeito e de cuidado, na busca do bem-estar, na construção da autoestima, na incessante busca de atender às necessidades e aspirações uns dos outros, na aceitação recíproca e na compreensão” (CABRAL, 2012, p. 62).

Dessa forma, frisa-se que o afeto é fundamental nas relações familiares, uma vez que contribui significativamente para a formação da personalidade de crianças e adolescentes, bem como proporciona um ambiente seguro na qual se sintam amadas e respeitadas.

3.2 O abandono afetivo e seus efeitos

O abandono afetivo praticado em face de crianças e adolescentes se caracteriza como uma forma de violência, uma afronta ao seu direito de cuidado e zelo, os quais são indispensáveis à sua saudável formação psicológica e física. Importante frisar que nem sempre o abandono afetivo decorre da simples ausência do afeto entre o genitor e seu filho, uma vez que também pode derivar da dissolução do vínculo conjugal, assim como de uma decisão judicial.

Muitas vezes, quando há a dissolução do vínculo conjugal, as relações familiares ficam tão fragilizadas que pais e filhos acabam se afastando e, com isso, tornam-se distantes. Não raro, faz-se necessária uma reaproximação entre eles a fim de que o vínculo afetivo seja

reconstruído. Contudo, em algumas situações, essa reaproximação somente é possível com a ajuda do poder judiciário. Nesse sentido, Glicia Barbosa de Mattos Brazil explica:

Em muitos casos, o afastamento ocorre com a separação do casal. Não raramente, as situações de conflito familiar são levadas a um patamar tal que o núcleo familiar se dilacera. Pais e filhos se tornam estranhos. E é preciso mais que uma reaproximação. Precisam não apenas se reconhecerem, mas se conhecerem e (re)construírem o vínculo afetivo. A beligerância pode chegar a um ponto em que não há mais alternativas senão designar a árdua tarefa de resgatar os vínculos afetivos ao Judiciário (2010, p. 47).

Nas separações, muitas vezes o genitor guardião afasta o filho do convívio com o genitor não guardião em virtude de considerar desimportante essa convivência, ou por questões de vingança pessoal. Em alguns casos, fica evidente a alienação parental praticada por um dos genitores, sendo, na maioria das vezes, o genitor guardião o seu autor. O alienador procura criticar, ofender, o genitor alienado na presença da criança, induzindo-a a acreditar em todas as falsas acusações proferidas.

Essa alienação parental geralmente é praticada a fim de fundamentar decisões judiciais de afastamento, ou seja, a/o própria/o criança/adolescente verbaliza as falsas acusações nas quais foi induzida a acreditar e, com isso, acaba suspendendo, judicialmente e faticamente, a convivência com o genitor alienado. Sobre a temática, vale destacar os ensinamentos de Glicia Barbosa de Mattos Brazil:

Há denúncias que servem para embasar a decisão judicial de afastamento baseadas em fatos inverídicos, verbalizados pela própria criança, que induzida a acreditar, repete as falas do adulto que exerce sobre ela um papel de cuidador, podendo ser o pai, a mãe ou qualquer parente. Esta realidade, há muito conhecida dos profissionais que atuam nas Varas de Família, foi qualificada pela psiquiatria americana como síndrome, um transtorno moral de conduta denominado de *Síndrome da Alienação Parental – SAP*. O termo foi dado pelo psiquiatra Richard Gardner nos anos oitenta, após investigar por vinte anos crianças vítimas dos conflitos dos pais (2010, p. 49).

Além desse tipo de afastamento afetivo, ocorrido em razão do desfazimento do vínculo conjugal, bem como de decisões judiciais, há também, como afirmado anteriormente, o decorrente da falta de amor. Nesse caso, verifica-se a ausência de cuidado, zelo e amor

durante grande parte, ou até mesmo durante toda a vida da criança e/ou adolescente. Os genitores não são capazes de oferecer os cuidados que toda/o criança/adolescente requer, como: amor, educação, atenção, dentre outros. Contudo, importante frisar que, nesses casos, a ausência dos cuidados se deve à ausência do amor dos genitores em relação a seus filhos, e não a questões de outra ordem.

Acerca desse tipo de abandono, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka explica: “O abandono afetivo se configura [...] pela omissão dos pais, ou de um deles, pelo menos relativamente ao dever de educação, entendido este na sua acepção mais ampla, permeada de afeto, carinho, atenção, desvelo” (2007, p. 7). Dessa forma, resta claro que se está diante de uma situação de abandono afetivo quando o genitor ou os genitores deixam de proporcionar educação ao filho, inserindo-se, nesse contexto, os sentimentos de amor e carinho, bem como as atitudes comportamentais de cuidado, atenção, etc.

Ressalta-se, ainda, que além do abandono afetivo, a criança e/ou adolescente também podem ser vítimas do abandono material, que consiste na inexistência de ajuda financeira, ficando a criança e/ou o adolescente a mercê da ajuda de somente um dos genitores ou de terceiros.

Não há dúvidas de que o abandono afetivo, independentemente da forma pela qual se originou, provoca danos no desenvolvimento da criança e do adolescente, os quais são, em muitos casos, irreparáveis.

Em algumas situações onde houve alienação parental, torna-se evidente o desenvolvimento desses danos, além da pressão emocional sofrida. Geralmente nas crianças abandonadas são constatados sentimentos de tristeza e de auto desvalorização, “por menores que sejam as queixas organizadas que consiga manifestar” (SOUZA, 2010, p. 66). Em muitos casos, elas chegam a se sentirem culpadas pelo afastamento de um dos pais, por acreditarem que esse afastamento decorreu da impossibilidade de conseguirem gratificá-los (SOUZA, 2010, p. 66).

Em algumas situações, esses sentimentos são tão fortes e frequentes que são capazes de provocar dificuldades no aprendizado, bem como de evoluírem para distúrbios psicológicos. Ainda, há casos em que a criança responde agressivamente, culpando um dos genitores pelo abandono (SOUZA, 2010, p. 66).

A psicanálise traz uma questão importante a ser debatida, qual seja: as fantasias criadas pela criança em virtude do abandono. Como afirmado anteriormente, o infante pode se

sentir culpado pelo abandono, e essa é uma fantasia na qual a criança acredita. Nesse caso, ela tem um desafio a ser enfrentado, qual seja, entender que não foi a culpada pelo afastamento do genitor ou da genitora. Nesse sentido, Ivone M. Candido Coelho de Souza ensina:

Uma importante hipótese psicanalítica salienta a confirmação de certas fantasias pelo precipitar-se da falta, que mesmo inerentes à evolução da criança, são exacerbadas pelo abandono. Supõe-se, assim, que na criança pequena – com ênfase no menino – a ausência do pai seja de certa forma muito inconsciente, desejada. Como parte do conflito edípico, as fantasias persecutórias com temores relativos pelo *poder de ter descartado o pai-rival* são um desafio a ser enfrentado pela criança, pela mãe, pela família, pela escola. Em ambientes mais permissivos, acrescidas outras fontes de reposição amorosa e onde a mãe seja capaz de desdobrar cuidados para suprir a falta, esta fase pode ser elaborada gradativamente, sem maiores prejuízos. Os sintomas que eventualmente venham a perturbar o desenrolar psicológico, contudo, necessitarão de acompanhamento por terapeutas infantis (2010, p. 65).

A ajuda de psicólogos para tratar os danos oriundos do abandono afetivo é de extrema valia, tendo em vista que são danos capazes de comprometer o desenvolvimento sadio de crianças e adolescentes. Ademais, a ajuda do genitor guardião, às vezes, não é suficiente.

Destarte, cabe referir também que para haver a configuração do abandono afetivo, e, conseqüentemente, a produção de danos em crianças e adolescentes, esse abandono deve ser contínuo, frequente, e não simplesmente temporário. O abandono deve ser verificado no decorrer do exercício do poder familiar e não simplesmente em um curto período de tempo.

3.3 O princípio da dignidade da pessoa humana

Antes da incorporação desse princípio na Constituição Federal Brasileira, fez-se necessário reconhecer o indivíduo como um sujeito de direito, detentor de dignidade. Assim, após o reconhecimento dessa dignidade do homem, esse princípio tomou forma na Carta Magna de 1988, apesar de já estar estabelecido em outros diplomas legais.

Após o final da 2ª Grande Guerra, aterrorizados com as atrocidades cometidas pelo nazismo, as Nações Unidas, no ano de 1948, proclamaram a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que previa em seu artigo 1º a seguinte redação: “Todas as pessoas nascem

livres e iguais em dignidade e direitos”. Sobre o assunto, Antonio Dantas de Oliveira Júnior relata:

Diante das segregações cometidas contra a humanidade pelo nazismo na época da Segunda Guerra Mundial, adveio a promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem e, como extensão, a proteção dos direitos da personalidade que, tempos depois, foi prevista em várias Constituições, mundo afora, para assegurar o mínimo necessário aos seres humanos, garantindo a dignidade e a proteção de direitos fundamentais ([2011?], p. 5).

Após a promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, ampliou-se a tutela pelos direitos personalíssimos, estando eles previstos em Constituições de outros países. Os direitos personalíssimos garantiam os direitos mínimos do ser humano.

Contudo, apesar da referida Declaração Universal prever o princípio da dignidade da pessoa humana, foi a “Lei Fundamental de Bonn, de maio de 1949, o primeiro documento legislativo a consagrar o princípio em termos mais incisivos” (MORAES, 2003, p. 83).

Na Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se previsto no artigo 1º, inciso III, sendo visto como um dos fundamentos da República, ou seja, é considerado o alicerce do ordenamento jurídico, estruturando os demais princípios constitucionais. Segundo Priscilla Menezes da Silva:

A Constituição Federal de 1988 estruturou-se tendo como espinha dorsal a dignidade da pessoa humana, conforme se depreende de seu art. 1º, III, quando fala dos princípios fundamentais da República. Sendo assim, este valor deve nortear todos os ramos do Direito, estando presente em todas as interações da vida humana. É o valor dos valores, que apóia e constitui a ordem jurídica democrática (2010, p. 4).

Dessa forma, vislumbra-se que é o princípio mais importante do ordenamento jurídico, uma vez que guia os demais princípios jurídicos, e, conseqüentemente, as legislações. Assim, na elaboração de normas, o legislador deve observar e garantir a dignidade do homem, uma vez que essa é a sua finalidade.

Para Maria Celina Bodin de Moraes, a dignidade é um “valor intrínseco às pessoas humanas”, sendo um valor inestimável, bem como indisponível. Ademais, é um valor que não possui preço pecuniário, muito menos estimativo (2003, p. 85).

É um valor interior que se encontra atrelado ao íntimo do homem, devendo ser respeitado e considerado pela sociedade e pelo Estado, ou seja, é um conjunto de direitos pertencentes ao homem pelo simples fato de assim o ser, garantindo-lhe as condições mínimas para sua sobrevivência, bem como protegendo-lhe de qualquer ato desumano. Prosseguindo na temática, Guilherme Giacomelli Chanan ensina:

(...) o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana encontra-se presente em tudo aquilo que guarde relação com a essência do ser humano, estando, desse modo, vinculado de forma indissociável com os direitos fundamentais, postulado no qual se assenta o direito constitucional contemporâneo (2007, p. 51).

São corolários do princípio da dignidade da pessoa humana os seguintes princípios jurídicos: o da igualdade, da integridade física e moral, da liberdade e da solidariedade. Assim, se um desses princípios for violado, conseqüentemente haverá a violação do princípio da dignidade da pessoa humana.

No mesmo sentido, é o entendimento de Francisco Alejandro Horne:

Para saber se houve violação à dignidade humana, se faz imperioso destrinchar os princípios corolários que a compõem. Nesse passo, o substrato material da dignidade da pessoa humana pode ser decomposto nos seguintes princípios jurídicos: princípio da igualdade, da integridade física e moral, da liberdade e da solidariedade (2007, p. 5).

Quando houver alguma situação conflituosa envolvendo dois princípios distintos, prevalecerá aquele de maior relevância para o caso concreto, ou seja, faz-se a ponderação dos interesses. Todavia, a dignidade da pessoa humana é um princípio que jamais será ponderado, uma vez que é absoluto.

Nosso ordenamento jurídico não elenca taxativamente todos os direitos tutelados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que tutela o valor da pessoa. Isso acontece

em virtude das novas situações que surgem na sociedade, ou seja, aquelas que não estão garantidas no ordenamento jurídico. Então, a partir daí, com a tutela do valor da pessoa no ordenamento jurídico, é possível garantir a dignidade da pessoa humana.

Ademais, ressalta-se que é dever do Estado, da sociedade e da família, proporcionar às pessoas (cidadãos, filhos, etc) todos os meios necessários para a realização da dignidade da pessoa humana, sendo considerado desumano todo ato capaz de reduzir os direitos da pessoa.

3.4 Posições da doutrina

Quando falamos acerca da responsabilidade civil dos genitores em decorrência do abandono afetivo por eles praticado, a doutrina se divide em duas posições contrapostas: há aqueles que isentam os genitores de qualquer responsabilidade e aqueles que se manifestam favoravelmente ao dever de reparação.

Os favoráveis à isenção de qualquer responsabilidade fundamentam essa posição através do princípio da liberdade, o qual significa que cada pessoa é livre para fazer suas escolhas.

Já os defensores da reparação fundamentam sua posição através do princípio da solidariedade familiar e da integridade psíquica dos filhos, sustentando que os pais são imprescindíveis para o sustento, educação, e desenvolvimento saudável da personalidade dos filhos. Assim, quando colocados em ponderação o princípio da liberdade em detrimento do princípio da solidariedade familiar e da integridade psíquica dos filhos, entendem os favoráveis à reparação ser inadmissível a prevalência daquele princípio em face desses. Nesse sentido, Maria Celina Bodin de Moraes explica:

Procedendo à ponderação dos interesses contrapostos, ter-se-ia a tutelar os genitores o princípio da liberdade (de fazer o que bem entendessem, inclusive abandonar afetivamente os filhos), e da parte dos filhos o princípio da solidariedade familiar. Dadas a peculiar condição dos filhos e a responsabilidade dos pais na criação, educação e sustento dos mesmos, seria incabível valorizar a sua liberdade em detrimento da solidariedade familiar e da própria integridade psíquica dos filhos. Ponderados, pois, os interesses contrapostos, a solidariedade familiar e a integridade psíquica são princípios que sobressaem e se superpõem, com a força que lhes dá a

tutela constitucional, à autonomia dos genitores que, neste caso, dela não são titulares (2005, p. 58).

Ademais, a doutrina defensora da reparação sustenta que a realização do princípio da dignidade da pessoa humana se dá a partir da integralização do princípio da solidariedade familiar, o qual possui como característica fundamental a assistência moral dos pais em benefício dos filhos. Assim, se essa assistência não é observada, a dignidade da pessoa humana não estará assegurada, gerando, por conseguinte, o dever de reparação, por parte dos genitores, dos danos ocasionados ao filho.

Contudo, para que uma eventual condenação seja possível, faz-se necessário, além da violação do princípio da solidariedade familiar, e, conseqüentemente, da dignidade da pessoa humana, a configuração de dano à integridade psíquica do filho. Dessa forma, vislumbra-se que há a necessidade de reparar um dano ocasionado à criança, e não somente a punição dos genitores frente à conduta. Nesse sentido, Maria Celina Bodin de Moraes opina:

A responsabilidade civil, na atualidade, preocupa-se com a vítima e com os danos por ela sofridos, quase independentemente das razões de quem os causou. Ressarcíveis não são os danos causados, mas sim os danos sofridos, e o olhar do Direito volta-se totalmente para a proteção da vítima. Se o pai não tem culpa de amar sua filha, tem a culpa de tê-la negligenciado. Assim, como se verá, o pai deve arcar com a responsabilidade por tê-la abandonado, por não ter cumprido o seu dever de lhe dar assistência moral, por não ter convivido com ela, por não lhe ter educado, todos esses deveres impostos por lei (2005, p. 54-55).

Os defensores dessa reparação também afirmam que o abandono afetivo viola os direitos fundamentais inerentes à condição jurídica de filho, os quais, se respeitados, permitem o saudável desenvolvimento emocional da criança, bem como sua inserção no meio social.

Importante ressaltar, ainda, que apesar de admitirem a responsabilidade dos genitores, parte da doutrina adverte a necessidade de que seja verificado o tipo de indiferença, bem como se os filhos abandonados requerem acompanhamento psicológico para amenizar os danos sofridos. Só assim, então, segundo esta corrente doutrinária, será justa a aplicação do dano moral.

Por outro lado, há doutrinadores que sustentam a ideia de isenção de responsabilidade, motivando essa posição baseada no princípio da liberdade dos genitores, permitindo que cada indivíduo tome suas próprias decisões. Nesse sentido, caberia aos genitores escolher se querem ou não oferecer amor aos filhos, não podendo se exigir daqueles a criação de um elo afetivo com esses. Segundo Lizete Peixoto Xavier Schuh:

Há, por outro lado, posicionamento no sentido de que se trata de pedido impossível, com uma justificativa embasada na impossibilidade de ser concedido “amor” ao postulante ou exigir-se que seu genitor, forçosamente estabeleça um elo afetivo com o suposto abandonado (2006, p. 67).

Ainda, esta corrente entende que o princípio da liberdade está “acima de qualquer princípio componente da dignidade da pessoa humana, sob pena de gerar um dano ainda maior para ambos”, uma vez que seria danoso ao pai e aos filhos obrigar que aquele cumprisse o dever de convivência imposto por uma decisão judicial (HORNE, 2007, p. 7).

Além do princípio acima exposto, parte dessa doutrina também se baseia na questão da monetarização do afeto, ou seja, a eventual responsabilização dos genitores em face do abandono afetivo geraria a indústria do dano moral, uma vez que, valorando o afeto, também surgiriam outros casos requerendo reparação civil.

Nesse sentido, Maria Celina Bodin de Moraes, ao comentar, em seu artigo “Deveres Parentais e Responsabilidade Civil”, a argumentação do acórdão da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que negou provimento ao recurso de apelação cível, na qual a filha exigia o pagamento de indenização em virtude do abandono afetivo, explicou a decisão do Desembargador:

Conclui afirmando que admitir a reparação nesta hipótese seria abrir uma “larga porta de incentivo às aventuras mercantilistas do gênero” e indaga, não sem ironia: “quem sabe o traficante de drogas fracassado ou preso não arrisque obter indenização dos parentes, aos quais certamente atribuiria a culpa por seu desvio de conduta?” (2005, p. 44).

Dessa forma, verifica-se que o Desembargador, ao negar provimento à apelação cível que exigia a indenização pelo abandono afetivo praticado pelo pai, assim o fez por considerar que a indenização, nesse caso, geraria a monetarização do afeto, incentivando as outras pessoas a ajuizarem ações da mesma espécie.

Importante ressaltar que os tribunais têm julgado distintamente as demandas de abandono afetivo advindas posteriormente de ações investigatórias, daquelas onde a paternidade nunca foi objeto de investigação. Assim, em relação à primeira situação, os tribunais têm negado os pedidos dos filhos, uma vez que a condição de filho foi reconhecida há pouco tempo, embora sabendo que a ação de investigação tem efeito “ex tunc”. Por outro lado, na segunda situação, têm julgado, ainda que de forma esparsa, em favor dos filhos (MORAES, 2005, p. 44-45). Contudo, cabe salientar que essa não é uma regra geral, mas sim o que está sendo observado através das decisões.

Enfim, como exposto anteriormente, vislumbra-se que a doutrina encontra-se dividida em duas posições antagônicas: uma aceitando a responsabilidade dos genitores em face do abandono afetivo, e outra negando a existência de qualquer tipo de responsabilidade.

3.5 Enfoque jurisprudencial sobre o tema

O abandono afetivo é assunto bastante recente no nosso ordenamento jurídico, razão pela qual ainda não se vislumbra jurisprudência uniforme sobre o assunto. Diante disso, visa a presente pesquisa ilustrar algumas decisões dos Tribunais de Justiça nacionais, demonstrando as posições antagônicas sobre a temática, e, ainda, expor a decisão inédita da ministra Nancy Andrighi, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na qual foi admitido o pagamento de indenização em face do abandono afetivo.

Primeiramente, cabe explicar sobre a ação de n. 141/1.03.0012032-0, ajuizada na 2ª Vara Cível da Comarca de Capão da Canoa/RS, na qual a parte autora pleiteava o pagamento de indenização em razão do abandono afetivo praticado por seu pai. Mencionada ação transcorreu à revelia do réu, e o condenou ao pagamento de 48 (quarenta e oito) mil reais. Considerando que não foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, hoje referida ação encontra-se em fase de execução. Ademais, cumpre salientar que essa foi a primeira causa de

abandono afetivo a transitar em julgado no país, conforme anuncia o site Espaço Vital (http://www.conjur.com.br/2005-mar14/pai_obrigado_indenizar_filha_abandono_afetivo_rs).

Em sede de 2º grau, merece destaque a ação oriunda da Comarca de São Gabriel/RS, cuja sentença condenou o genitor ao pagamento de danos morais ao filho. Referida decisão se manteve em 2º grau, apesar do voto contrário do Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade, que afirmou que a ação deveria ser julgada improcedente em virtude da ausência de provas quanto ao dano ocasionado ao autor (TJ/RS, Oitava Câmara Cível, 2007.)

(...) Então, se a omissão de afeto por parte dos pais em relação aos filhos menores, que estão em fase de formação da personalidade, causa-lhes dano e desequilíbrio emocional que prejudicam o desenvolvimento pleno de sua personalidade e, por isso, é indenizável, esse dano deve restar demonstrado, porque a responsabilidade pelo ilícito civil decorre da existência do ato ilícito, que é composto não só do fato lesivo, mas também do dano e do nexo de causalidade entre o dano e o ato do agente (de que fala MARIA ISABEL PEREIRA DA SILVA, na precitada obra, págs. 36 e 38).

Enfrentado o caso concreto em julgamento, verifica-se que o alegado dano, que não decorre pura e simplesmente da omissão de afeto por parte do pai/réu em relação ao filho/autor, não restou demonstrado nos autos.

(...)

Retira-se do conjunto dos depoimentos das testemunhas somente alguma carência pela ausência do pai (Santo – fl. 141, Maria Elena – fl. 142 e Elisabete – fl. 143). Entretanto, tal apreensão não caracteriza dano, porque o que efetivamente deveria restar provado nos autos, é o concreto sofrimento do filho por não ter recebido o carinho do pai e se isso atingiu a *psique* do autor, causando danos na formação da sua personalidade. E tal não restou minimamente demonstrado nos autos.

Portanto, outro caminho não resta senão o de reformar a sentença para julgar improcedente a da ação (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2007, p. 22).

Apesar do Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade se mostrar favorável à reforma da sentença, o Desembargador Claudir Fidélis Faccenda posicionou-se contra essa reforma, sustentando que ao filho era devido o pagamento de danos morais em virtude do abandono moral, afetivo e psicológico, uma vez que os seus direitos personalíssimos foram violados. Dessa forma, reconheceu a responsabilidade civil do genitor.

É perfeitamente possível o filho buscar reparação pecuniária do pai por danos morais, em casos onde há a efetiva comprovação de que houve negativa de amparo afetivo, moral e psicológico de que toda criança necessita. A violação dos direitos à personalidade do filho, como a honra, a imagem, dignidade e a reputação social, é

passível de reparação no âmbito da responsabilização civil e assegurada pela Constituição Federal (art. 5, inc. X).

No caso em tela, procede o pedido indenizatório por danos morais, pois restou demonstrada a responsabilidade civil do demandado (TJ/RS, 2007, p. 5, 8-9).

Como podemos verificar, as duas decisões acima relatadas foram favoráveis aos filhos, condenando os genitores em virtude do abandono afetivo. Contudo, como já explanado no presente trabalho, existem decisões que desconhecem esse abandono, julgando improcedentes os pedidos dos filhos, principalmente naquelas situações onde a paternidade ainda não estava assegurada.

Dentre essas decisões desfavoráveis, destacamos o acórdão da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que negou o provimento da apelação Cível, n. 2004.001.13664, contra sentença “que julgou extinto o processo, sem exame de mérito, considerando ausente interesse de agir na ação indenizatória pelo rito ordinário (...) objetivando a condenação ao pagamento de indenização de dano moral” à filha em virtude do abandono afetivo do pai (MORAES, 2005, p. 40).

Os fundamentos da decisão são no sentido de que ninguém está obrigado a amar, e que não há norma jurídica estabelecendo o contrário, ou seja, a questão do abandono afetivo encontra-se situada na esfera moral, e não na jurídica. Nesse sentido, o Desembargador Mário do Santos Paulo fez uma breve distinção entre as normas jurídicas e a moral, afirmando que a principal diferença entre elas repousa na sanção. Na moral, as sanções são exclusivamente internas, ou seja, a própria pessoa que agiu sente arrependimento, remorso, etc. Já na violação de uma norma jurídica, há uma sanção externa que procura coagir o autor a não mais praticar tal ato.

Ademais, o Desembargador também comentou que a pretensão da autora era gananciosa, uma vez que pretendia dano moral no valor de um mil duzentos e cinquenta salários mínimos, restando evidente, dessa forma, o seu desejo de lucro fácil. Acrescentou, também, que uma possível indenização pelo abandono afetivo incentivaria novas demandas do gênero, gerando o crescimento acentuado de novos processos (MORAES, 2005, p. 40-41 e 43).

A partir das decisões até aqui expostas, evidencia-se o desequilíbrio jurisprudencial acerca desse assunto, uma vez que está nítida a existência das duas posições, cabendo para um

lado, a indenização em decorrência do abandono, e para outro, não existindo essa possibilidade.

Ainda, cabe referir a decisão inédita do Recurso Especial de n. 1.159.242/SP, julgado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em abril de 2012, a qual condenou o genitor ao pagamento de indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo. Tal decisão foi inédita pelo fato de que no ano de 2005, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o mesmo tema, rejeitou a possibilidade de dano moral em virtude de abandono afetivo (http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105567).

No caso em tela, a autora ajuizou ação em face do seu genitor, após o reconhecimento da paternidade, pleiteando indenização por danos materiais e compensação por danos morais, sendo julgada, na primeira instância, improcedente. A autora, então, apelou, e o Tribunal de Justiça de São Paulo reformou a sentença, condenando o genitor ao pagamento de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) a título de danos morais.

Em razão dessa decisão, o genitor interpôs recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça, que manteve, por maioria dos votos, a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, apenas reduzindo o valor da indenização para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Mencionada decisão foi relatada pela Ministra Nancy Andrighi, a qual a fundamentou com os seguintes argumentos: “Aqui não fala ou se discute o amor e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos” (Supremo Tribunal de Justiça, 2012, p. 11), acrescentando que a inobservância desse dever de cuidado acarreta o ilícito civil, na forma de omissão. Ademais, também afirmou que, apesar da tríade que configura a responsabilidade civil subjetiva (conduta culposa do autor, nexos causal e dano) estar envolta em elementos subjetivos que dificultam a comprovação desses pressupostos nas relações familiares, não há restrições quanto à aplicação da responsabilidade civil (STJ. 2012, p. 6).

Destarte, a partir das decisões explanadas, vislumbra-se, como anteriormente afirmado, as posições heterogêneas acerca do assunto na seara jurídica. Salienta-se, por oportuno, que essa última decisão, do Superior Tribunal de Justiça, foi de grande importância, na medida em que contrariou as demais decisões da Corte Superior.

3.6 A possibilidade de responsabilização e o “quantum” indenizatório

Diante das análises realizadas, verifica-se, portanto, que a família sempre foi a base da sociedade, e que sem ela, não seria possível uma organização social ou jurídica. Ademais, vislumbra-se também que diante das transformações tecnológicas, sociais e políticas ocorridas durante o século XX, sua estrutura sofreu diversas modificações.

A família, anteriormente patriarcal, transformou-se em democrática de direito, uma vez que o princípio da dignidade da pessoa humana restou assegurado no nosso ordenamento jurídico. Da mesma forma, o tratamento aos filhos passou a observar o princípio da igualdade, não fazendo mais distinções entre os oriundos ou não do casamento, sendo todos reconhecidos como sujeitos de direito.

Frise-se, ainda, que além dessas modificações comportamentais no âmbito da família, ela também se permitiu organizar em torno da afetividade. Assim, deixou de ser vista como um meio de procriação, e concretizou-se “como um meio de realização do ser humano em toda a sua plenitude” (CANEZIN, 2006, p. 86).

Importante ressaltar, ainda, que com o advento da Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana foi considerado pelo ordenamento jurídico como o seu alicerce, sendo os princípios da igualdade, liberdade, solidariedade, dentre outros, corolários daquele macro princípio.

Em razão desses interesses constitucionalmente assegurados, verifica-se que todas as crianças e/ou adolescentes têm direito à vida, à saúde, à alimentação, à convivência familiar, à educação [...], direitos esses que também são reconhecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente:

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 (Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990).

Em razão disso, quando diante de uma situação envolvendo abandono afetivo, permite-se concluir que há a violação do princípio da dignidade da pessoa humana, e, conseqüentemente, dos princípios da convivência familiar e da afetividade, uma vez que à criança ou ao adolescente está sendo obstado o seu direito de cuidado, de assistência, de educação [...]. Por tal motivo, havendo essa violação, nasce o dever de indenizar, o qual se dá por meio do pagamento de danos morais. Nesse diapasão, Lizete Peixoto Schuh assim leciona:

O abandono moral, por sua vez, demonstra, no mínimo, um desrespeito aos direitos da personalidade, o que impõe aos lesados, em obediência ao princípio da dignidade humana, o direito à busca da reparação pelos danos sofridos. As relações de afeto, que, em tese, devem se estabelecer entre pais e filhos, possuem grande força moral (2006, p. 62).

Contudo, para que essa indenização seja possível, faz-se necessário verificar a responsabilidade civil do(s) genitor(es), comprovando sua conduta, seu nexso causal e o dolo à vítima.

Diante disso, conclui-se que há responsabilidade dos genitores em face do abandono afetivo, uma vez que deixaram de observar o seu dever legal de cuidado, assistência..., bem como provocaram, em decorrência dessa omissão, danos psicológicos ao filho. Importante frisar, ainda, que esses danos acarretam sérios prejuízos na formação física e mental da criança e/ou do adolescente, sendo, em alguns casos, tão graves que impossibilitam sua recuperação.

Ademais, conforme visto nos capítulos anteriores, não cabe aos pais somente proporcionar os bens materiais, financeiros, aos filhos, mas também os “alimentos para a alma”, uma vez que esses são imprescindíveis para uma hígida formação psíquica e física.

Soma-se a essa posição favorável o fato de que em não havendo punição aos genitores, haverá uma tríplice omissão à criança, qual seja, do Estado, da sociedade e da família, uma vez que são eles os garantidores dos direitos de todas as crianças e adolescentes.

Contudo, para não existir a monetarização do afeto, como afirma a posição contrária, faz-se necessário analisar com cautela cada caso, observando as especificidades de cada um. Dessa forma, no julgamento de uma situação de abandono afetivo, o ideal seria verificar,

primeiramente, se houve um abandono, para, posteriormente, visualizar o motivo desse abandono e o dano ocasionado ao filho. Nesse diapasão, escreve Maria Isabel Pereira da Costa:

Primeiramente é necessária a caracterização da ausência de afeto, isto é, ausência do tratamento exigido pela Constituição Federal no sentido de que não haja maus tratos no que respeita a efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente de ter a sua personalidade desenvolvida plenamente (2005, p. 34).

Assim, após comprovada a ausência de afetividade na relação familiar, é imprescindível observar os motivos que ensejaram esse abandono afetivo, ou seja, verificar o grau de culpabilidade do genitor. Assim, por exemplo, se a genitora impediu que o pai convivesse com o filho, não há motivos para responsabilizá-lo, todavia, se não conviveu por questões de negligência, será responsabilizado.

Da mesma forma, serão tratados aqueles casos em que o pai sabia ou não da existência do filho, e se o reconheceu de forma espontânea ou não. Aqui deverá haver a prova de sua negligência, uma vez que a responsabilidade civil é subjetiva. Então, se não sabia da existência do filho, ou se tinha uma vaga ideia, mas não negou o seu reconhecimento, não haverá responsabilidade. Por outro lado, se tinha conhecimento e não o reconheceu, será responsabilizado pelo abandono afetivo (MORAES, 2005, p. 63). No mesmo sentido, é o entendimento de Maria Isabel Pereira da Costa:

É preciso verificar se o agente é imputável e se não agiu ao abrigo de alguma excludente de culpabilidade – legítima defesa, exercício regular de direito, estado de necessidade ou dever legal de agir – e ainda, por exemplo, se a omissão decorreu em razão de doença, física ou mental do genitor, ou por total desconhecimento da existência da relação de paternidade-filiação por parte do genitor e, ainda, pelos entraves colocados pelo genitor que tem a guarda etc. em resumo, é imprescindível analisar o caso concreto para averiguar se a conduta dos pais resultou de culpabilidade na modalidade dolosa ou culposa; não havendo culpa no sentido *lato*, não há que se falar em indenização (2005, p. 35-36).

Assim, é necessário averiguar se os genitores deixaram de conviver com os filhos em razão de alguma excludente de culpabilidade, como por exemplo, legítima defesa ou estado de necessidade, bem como por motivos de doença, tanto físicas quanto mentais, ou, também, se

houve por parte do genitor guardião um comportamento que impossibilitasse que o outro genitor, o não guardião, convivesse com o filho. Por essas circunstâncias aqui expostas é que se verifica a importância da análise dos motivos ensejadores do abandono afetivo.

Já em relação ao dano ocasionado ao filho, seria importante um parecer psicológico atestado por profissional da área, o qual atestasse a situação da criança e/ou adolescente, explicando quais foram os problemas surgidos durante sua formação, bem como se há possibilidade de serem reparados com terapia.

Assim, após a análise desses elementos, comprovada a responsabilidade do genitor(a), é necessário fixar o quantum indenizatório. Para isso, é imprescindível uma avaliação criteriosa, “(...) sensível e cautelosa dentro dos mais variados fatores objetivos e subjetivos” (SCHUH, 2006, p. 72), a fim de que não haja uma fixação “desarrazoada ou desapegada da realidade” (HIRONAKA, 2007, p. 16).

Ademais, a condenação também deverá observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, ou seja, observar as condições financeiras do autor do abandono, bem como as necessidades do filho.

Interessante é a opinião de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka acerca da indenização pelo abandono afetivo:

[...] a indenização por abandono afetivo, se bem utilizada, se configurada com parcimônia e bom senso, se não transformada em verdadeiro altar de vaidades e vinganças ou da busca do lucro fácil, poderá se converter num instrumento de extrema relevância e importância para a configuração de um direito de família mais consentâneo com a contemporaneidade, podendo desempenhar inclusive um importante papel pedagógico no seio das relações familiares (2007, p. 17).

Nesse sentido, podemos afirmar que a responsabilidade pelo abandono afetivo não visa estipular um preço ao amor, tampouco mercantilizar o dano moral, mas demonstrar aos pais que eles não possuem somente deveres materiais, uma vez que gerar um filho é gerar uma criança cidadã, merecedora de direitos constitucionalmente protegidos.

CONCLUSÃO

A presente monografia, que ora se conclui, demonstra ser possível a responsabilidade civil dos genitores em decorrência do abandono afetivo por eles praticado, fundamentando-se, para obter mencionada conclusão, no princípio da dignidade da pessoa humana e seus corolários, bem como na responsabilidade civil.

Inicialmente, no primeiro capítulo, abordou-se a questão da família na contemporaneidade, explicitando especificamente a evolução histórica da família, a evolução das relações familiares, as obrigações da família na atualidade, e a família como entidade formadora da personalidade jurídica de crianças e adolescentes. Diante da análise desses quesitos, pôde-se concluir que a família sofreu profundas alterações em sua estrutura, sendo constituída hoje, basicamente, pelas relações de afeto.

Assim, com o advento da Constituição Federal de 1988, passou-se a garantir proteção aos novos institutos familiares, conforme disposto em seu artigo 226, bem como propiciou-se tratamento igualitário a todos os indivíduos, sendo todos eles, a partir daí, reconhecidos como sujeitos de direito (artigo 5º da Constituição Federal de 1988).

Ressalta-se que o princípio da igualdade proporcionou o reconhecimento da igualdade de filiação, ou seja, tanto os filhos havidos pelo casamento, quanto os havidos por outras formas, tornaram-se merecedores dos mesmos direitos e deveres, não existindo, dessa forma, qualquer distinção entre eles.

Ademais, também cabe ressaltar que, através da Constituição Federal de 1988, foram fixados os deveres dos genitores para com os filhos, abrangendo-se, a partir daí, tanto os materiais quanto os morais (artigo 227 da Constituição Federal).

No segundo capítulo, ao abordar a temática da responsabilidade civil, verificou-se que o seu surgimento se dá através do descumprimento de um dever jurídico originário, o que implicará ao agente o dever de indenizar a vítima pelo prejuízo que lhe foi causado, ou seja, ele arcará pelo descumprimento de um dever jurídico originário.

Nesse diapasão, pode-se afirmar que no abandono afetivo há o descumprimento do princípio da convivência familiar (disposto no artigo 227 da Constituição Federal), bem como dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, como saúde, educação, lazer, dentre outros (dispostos no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente), e, conseqüentemente,

do princípio da dignidade da pessoa humana. Em face disso, percebe-se a existência da omissão culposa dos genitores, uma vez que a eles cabiam deveres jurídicos.

Da mesma forma, frente a uma situação de abandono afetivo, há geralmente o surgimento de um dano à vítima, uma vez que a maioria das crianças abandonadas não entendem os motivos pelos quais se deu esse abandono, chegando, em algumas situações, a se sentirem culpadas pelo ocorrido.

A partir daí, comprovada a conduta ou omissão culposa do agente, bem como o surgimento de um dano à vítima, resta configurada a responsabilidade civil. Diante de tal situação, imprescindível se faz a restauração do equilíbrio econômico ou moral quebrado, ou seja, necessário que sejam empreendidos esforços a fim de que a vítima seja colocada na situação anterior ao dano.

Assim, com o desenvolvimento do terceiro capítulo, pôde-se concluir, inegavelmente, que é possível a responsabilidade civil dos genitores frente à situação do abandono afetivo, uma vez que os pais feriram o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como os demais preceitos legais que estabelecem os seus deveres para com os filhos.

Além disso, há o dano ocasionado ao filho, sendo esse somente valorado quando atestado por profissional da área da psicologia, profissional capacitado a confirmar a sua existência. Assim, somente após a comprovação da conduta culposa dos genitores e da ocorrência de um dano, é que restará configurada a responsabilidade civil.

Entretanto, conforme ressaltado no presente estudo, anteriormente à condenação dos genitores, devem ser observados os motivos que ensejaram esse abandono, ou seja, apurar o seu grau de culpabilidade. Dessa forma, restando comprovado que o genitor não tinha conhecimento da existência daquela filiação; ou se conhecia, mas foi impedido pelo genitor guardião de conviver com seu filho, inviável eventual responsabilização.

No mesmo sentido, quando a conduta do agente se dá por influência de alguma excludente de culpabilidade, como legítima defesa, ou por grave doença física ou mental, deixando de prestar a assistência afetiva devida, também incabível eventual condenação pelo abandono afetivo, ante a inexistência de motivos relevantes.

Por outro lado, quando verificada a conduta culposa do genitor ou da genitora, sem a ocorrência de nenhuma das hipóteses acima elencadas, somando-se, no caso, os danos ocasionados ao filho, o genitor, deverá ser responsabilizado. Nesse caso, o judiciário deverá averiguar cautelosamente o caso concreto a fim de estipular o “quantum” indenizatório,

observando, para isso, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de modo a coibir uma indenização além da devida, e, desse modo, evitar a monetarização do afeto.

Assim, pelo presente estudo, verifica-se plenamente aceitável a condenação dos genitores frente ao abandono afetivo. Ressalta-se, uma vez mais, que não se trata da monetarização do afeto, mas sim da necessidade de demonstrar aos pais que os alimentos para a alma também são devidos. Vale a advertência de que, em sendo capazes de gerar uma criança, os genitores necessariamente devem ser capazes de ter consciência das responsabilidades geradas pela maternidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Priscila Araújo. **Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo**. psiweb. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/829>>. Acesso em 25 de julho de 2012.

ALVES, Roseli Teresinha Michaloski. Família e Século XXI: Pressupostos Epistemológicos de uma Mudança Paradigmática. **Direito em Revista/Faculdade de Direito de Francisco Beltrão**. v. 6, n. 11. Dez. 2008. Francisco Beltrão: Grafisul, 2008.

BEE, Helen. **A criança em desenvolvimento**. Tradução de Maria Adriana Veríssimo Veronese. 9 ed. Porto Alegre: Artmed, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. In: PRESIDÊNCIA. Legislação. Constituição. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 de junho de 2012.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. In: PRESIDÊNCIA. Legislação. Códigos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 16 de julho de 2012.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. In: PRESIDÊNCIA. Legislação. Códigos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 12 de junho de 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70021427695**, da Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador Claudir Fidelis Faccenda. Porto Alegre, 29 de novembro de 2007. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 22 de setembro de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.159.242-SP**, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília 24 de abril de 2012. Disponível em: ANDRIGHI <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012>. Acesso em: 22 de setembro de 2012.

BRAZIL, Glicia Barbosa de Mattos. A Reconstrução dos Vínculos Afetivos de Judiciário. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. v. 13. (dez./jan. 2010).

CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. O Vínculo Afetivo e a Prática do Advogado Familiarista. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. v. 26. (fev./mar. 2012).

CANEZIN, Claudete Carvalho. Da Reparação do Dano Existencial ao Filho Decorrente do Abandono Paterno-Filial. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM. v. 08. n. 36. Jun/jul., 2006.

CHANAN, Guilherme Giacomelli. As Entidades Familiares na Constituição Federal. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: SÍNTESE, IBDFAM. v. 9. n. 42. Jun./Jul., 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, v. 2: obrigações: responsabilidade civil**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COLL, César. *et al.* **Desenvolvimento psicológico e educação**. Tradução de Daisy Vaz de Moraes. 2 ed. Porto Alegre: Artmed, 2004. 3 v.

COSTA, Maria Isabel Pereira. Família: do Autoritarismo ao Afeto – Como e a Quem Indenizar a Omissão do Afeto. **Revista Brasileira de Direito da Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM. v. 7, n 32, out.-nov., 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito da Famílias**. 6 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. Direito Além do Novo Código Civil: Novas Situações Sociais, Filiação e Família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: SÍNTESE, IBDFAM. v. 5, n. 17, Abri./Maio, 2003.

FACHINI, Eugênio Neto. Da responsabilidade civil no novo código. pwiqweb. <http://www.advogadobr.com/comentarios-ao-CPC/00resp_civil_FACHINI.php> Acesso em 20 de setembro de 2012.

FILHO, Sergio Cavaliere. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. – 3. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil, v. III: responsabilidade civil**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, v. IV: responsabilidade civil**. 4 ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Direito Civil Brasileiro, v. VI: direito de família**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. pwiqweb. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/288>>. Acesso em 15 de agosto de 2012.

HORNE, Francisco Alejandro. **O não cabimento de Danos Morais por abandono afetivo do pai**. pwiqweb. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/298>>. Acesso em 10 de julho de 2012.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Manual de Direito Civil, v. 5:** direito de família e sucessões. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Repersonalização das Relações de Família. **Revista Brasileira de Direito da Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM. v. 6, n 24, jun.-jul. 2004.

LÔBO, Paulo. Famílias Contemporâneas e as Dimensões da Responsabilidade. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007. v. 12 (out./Nov. 2009).

MELO, Nehemias Domingos de. **Da culpa e do risco:** como fundamentos da responsabilidade civil. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Curso de direito civil, 5:** direito das obrigações, 2ª parte. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Deveres Parentais e Responsabilidade Civil. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: SÍNTESE, IBDFAM, v. 7, n. 31, Ago./Set, 2005.

_____. **Danos à pessoa humana:** uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OLIVEIRA, Antonio Dantas Júnior. **A incidência do art. 186 do Código Civil Brasileiro no abandono afetivo dos pais. É possível?** psiweb. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Abandono%20afetivo%2005_10_2011.pdf>. Acesso em 15 de setembro de 2012.

Pai é obrigado a indenizar filha por abandono afetivo no RS. psiweb. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2005-mar14/pai_obrigado_indenizar_filha_abandono_afetivo_rs>. Acesso em 20 de setembro de 2012.

PAULO, Beatrice Marinho. Em Busca do Conceito de Família: Desafio da Contemporaneidade. **Revista Brasileira de Direito da Família e Sucessões**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007. v. 12 (out./Nov. 2009).

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família:** uma abordagem psicanalítica. 2. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo: a Valoração do Elo Perdido ou Não Consentido. **Revista Brasileira de Direito de Família**. v. 8, n. 35, Abr./Maio, 2006.

SILVA, Cláudia Maria. Descumprimento do Dever da Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho. **Revista Brasileira de Direito da Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM. v. 6, n. 25, Ago /Set., 2004.

SILVA, Priscilla Menezes da. **A Amplitude da Responsabilidade Familiar: Da Indenização por Abandono Afetivo por Consequência da Violação do Dever de Convivência.** psiqweb. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/617>>. Acesso em 12 de julho de 2012.

SOUZA, Ivone M. Candido Coelho de. Dano Moral por Abandono: Monetizando o Afeto. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões.** v. 13. (dez./jan. 2010).

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência.** 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Terceira Turma obriga pai a indenizar filha em R\$ 200 mil por abandono afetivo. psiqweb. Disponível em <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105567>. Acesso em: 22 de setembro de 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil.** 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011.