



UNISUL

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
JOÃO CARLOS SILVA RODRIGUES

REPARAÇÃO CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Palhoça (SC)

2009

JOÃO CARLOS SILVA RODRIGUES

REPARAÇÃO CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em direito.

Orientador: Prof. Gisele Rodrigues Martins, Msc.

Palhoça (SC)

2009

JOÃO CARLOS SILVA RODRIGUES

REPARAÇÃO CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de bacharel em direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Palhoça (SC), 08 de Junho de 2009.

Prof^a. e orientadora Gisele Rodrigues Martins, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof.
Universidade do Sul de Santa Catarina

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

REPARAÇÃO CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca desta monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Palhoça(SC), 08 de Junho de 2009.

João Carlos Silva Rodrigues

Dedico este trabalho a todas as pessoas
que fazem parte da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente aos meus pais, João Carlos e Liduina, por apostar e sempre acreditar em mim, pela vida que dedicaram a mim e as minhas irmãs e por todo amor com que me ensinaram as lições desta vida.

As minhas irmãs, Ellen e Emily, pelo carinho, amizade e incentivo.

A minha namorada Ana Paula que sempre esteve ao meu lado, com seu companheirismo, dedicação e amor.

À professora e orientadora Gisele Rodrigues Martins, que me orientou para a elaboração desta monografia, com toda sua competência e também paciência.

À todos os professores da UNISUL, que ao longo desses anos lecionaram e puderam acrescentar para a minha formação.

Agradeço, por fim, a todos os meus amigos e as demais pessoas não citadas, mas que em algum momento me incentivaram a chegar ao final de mais uma jornada.

“Pedras no meu caminho? Guardo todas, um dia construirei um castelo...” (Fernando Pessoa).

RESUMO

Trata a presente monografia da reparação civil por abandono afetivo. Este trabalho foi dividido em três capítulos, onde o primeiro trata da constitucionalização da família que aborda os principais aspectos referentes à digressão histórica bem como a conceituação atual de família. No mesmo norte, trata-se dos princípios constitucionais atinentes à matéria bem como as espécies de filiação. Em um momento à frente, aborda-se o tema da responsabilidade civil no segundo capítulo, passando pela sua história, em seguida trazendo o seu conceito, após elencando os elementos pressupostos da responsabilidade civil: conduta, nexos, dano e a culpa e conclui discorrendo sobre a culpa como elemento acidental e a responsabilidade objetiva. O terceiro e último capítulo vêm tratar do tema central deste trabalho que é a reparação civil por abandono afetivo, nele inicialmente se discorre sobre a afetividade como amálgama nas relações de família, depois aborda o dever de convivência e abandono afetivo e finaliza apresentando tópico de jurisprudência com as hipóteses de dano extrapatrimonial pelo abandono afetivo.

Palavras-chave: Família. Abandono afetivo. Responsabilidade civil. Reparação.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA FAMÍLIA	12
2.1 CONCEITUAÇÃO ATUAL DE FAMÍLIA	12
2.2 BREVE DIGRESSÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA NO BRASIL	13
2.2.1 Modelos de família	14
2.2.1.1 Família consaguínia	14
2.2.1.2 Família punaluana	15
2.2.1.3 Família sindiásmica	15
2.2.1.4 Família monogâmica	16
2.2.2 Família contemporânea no Brasil	17
2.3 A PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL LIGADA A MATÉRIA	18
2.4 A FILIAÇÃO NO CC/2002	24
2.4.1 Conceito	24
2.4.2 Espécies	25
2.4.3 Presunção de paternidade	26
2.4.4 Paternidade e afetividade	28
3 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO	30
3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL: BREVE ANÁLISE	30
3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL: CONCEITO	33
3.3 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL: CONDUTA, NEXO, DANO E CULPA	34
3.3.1 Ação ou omissão	35
3.3.2 Nexo de causalidade	35
3.3.3 Dano experimentado pela vítima	36
3.3.4 Culpa ou dolo do agente	37
3.4 A CULPA COMO ELEMENTO ACIDENTAL E A RESPONSABILIDADE OBJETIVA	39
4 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO	41
4.1 A AFETIVIDADE COMO AMÁLGAMA NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA	41
4.2 DEVER DE CONVIVÊNCIA E ABANDONO AFETIVO	42

4.3 TÓPICO DE JURISPRUDÊNCIA: HIPÓTESES DE DANO EXTRA PATRIMONIAL PELO ABANDONO AFETIVO-----	46
5 CONCLUSÃO -----	54
REFERÊNCIAS -----	56

1 INTRODUÇÃO

O abandono afetivo é um tema recente que tem sido cada vez mais discutido e analisado nos Tribunais brasileiros. Por tratar-se de tema delicado que versa sobre as relações de pais e filhos, o cuidado nas decisões é de fundamental importância.

O abandono afetivo pode ser sintetizado como a relação paterno-filial que em conjugação com a responsabilidade possui fundamento naturalmente jurídico, mas essencialmente justo, de se buscar compensação indenizatória em face de danos que pais possam causar a seus filhos. Pode-se dizer que estes danos são oriundos de uma conduta imprópria, especialmente quando aos filhos lhes é negada a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna ou materna concretas, acarretando a violação de direitos próprios da personalidade humana, magoando seus mais sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social, o que, por si só, é profundamente grave.

No direito brasileiro o abandono afetivo que em razão da ausência por motivos menores do pai na vida de seu filho, acarretando danos irreparáveis para sua formação, não recebe a devida proteção jurídica razão pela qual faz-se necessária a presente pesquisa.

Além do objetivo institucional, qual seja produzir uma monografia para a obtenção do título de bacharel em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL, o objetivo geral da pesquisa é investigar o tratamento que o judiciário tem deferido ao tema do abandono afetivo e sua reparação, e a partir da análise dos fatos e também dos julgados, poder se posicionar com mais propriedade sobre a matéria que define as relações tão delicadas entre pais e filhos.

O problema apresentado no presente trabalho é a reparação civil por abandono afetivo, a partir do reconhecimento da conduta ilícita do genitor ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio e afeto com o filho.

Para tanto, desenvolver-se-á a presente pesquisa em três capítulos.

No primeiro capítulo analisar-se-á a constitucionalização da família, trazendo o conceito atual, logo após passar-se-á por uma breve digressão histórica da família no mundo e na família contemporânea brasileira com os seus princípios constitucionais. Em seguida aborda matéria sobre a filiação no código civil de 2002,

demonstrando alguns conceitos e espécies, assim como a presunção de paternidade e por fim relaciona a paternidade e a afetividade.

O segundo capítulo ocupar-se-á da responsabilidade civil no direito brasileiro, acompanhando sua evolução histórica e conceitos, bem como trazendo os elementos da conduta, dano, culpa e nexos causal que são os pressupostos da responsabilidade civil e finaliza comentando da culpa como elemento acidental e a responsabilidade objetiva.

No terceiro e derradeiro capítulo demonstrar-se-á a proteção jurídica específica em relação ao abandono afetivo que sofre o filho pela ausência do pai em sua vida, com abordagem ao tema da afetividade nas relações familiares, dever de convivência e o abandono afetivo com análise de jurisprudências e doutrinas sobre o tema.

Adotar-se-á o método indutivo, que consiste em “pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção geral”.¹ A investigação foi realizada mediante o uso da técnica da pesquisa bibliográfica, histórica e contemporânea utilizando-se, sempre que possível de fontes primárias.

¹ PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito. 8.ed. Florianópolis: OAB/SC, 2003. p.103.

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA FAMÍLIA

2.1 CONCEITUAÇÃO ATUAL DE FAMÍLIA

Ao embrenharmos no estudo do direito de família *a priori* faz-se necessário conceituar o termo família. Neste sentido Diniz² apresenta três vocábulos para o referido termo:

a) amplíssima, tal termo abrange todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consangüinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos, como no caso do art. 1.142, § 2º, do CC, em que as necessidades da família do usuário compreendem também as das pessoas de seu serviço doméstico;

b) acepção lata, além dos cônjuges e de seus filhos, abrange os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins que são os parentes de outro cônjuge, como concebe o art. 1591 do CC;

c) significação restrita, a família não é apenas o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole (CC, art. 1567 e 1716), mas também a comunidade formada por qualquer dos pais e descendentes, como prescreve o art. 226, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal, independentemente de existir o vínculo conjugal que a originou.

Santos³, conceitua a família como sendo:

Grupo de pessoas composto de pais e filhos, apresentando uma certa unidade de relações jurídicas, tendo uma comunidade de nome, domicílio e nacionalidade fortemente unido pela identidade de interesses e fins morais e materiais, monarquicamente organizado sob a autoridade dum chefe.

De outro modo Venosa⁴ conceitua família de maneira ampla:

[...] o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar.
[...] compreende os ascendentes, descendentes e colaterais de uma

² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 18. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v.5. p. 9-10.

³ SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado**. Volume 4: direito de família. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976. p.08/09.

⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 16.

linhagem, incluindo-se os ascendentes, descendentes e colaterais do cônjuge, que se denominam parentes por afinidade ou afins.

O conceito de família sofreu significativa mudança ao longo dos séculos, referentes às funções exercidas, natureza, composição e concepção de novos membros, adquirindo assim novos contornos que culminaram na face atual da família moderna.

2.2 BREVE DIGRESSÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA

Na visão de Pereira,⁵ sobre o instituto denominado família, foi a partir das teorias baseadas nos primitivos emblemas históricos, utilizadas por autores como Engels, Bachofen, Morgan, dentre outros, que se obteve a origem da família.

Para Lotufo,⁶ “a família é uma instituição muito antiga, cujas formas primitivas são desconhecidas, porém ela aparece em todas as sociedades onde a cultura humana se encarrega de transformá-la a adaptá-la, de modo que venha a preencher as suas funções”.

Segundo Engels o estudo da história da família começa de fato em 1861, com o Direito Materno. De acordo com estudos de Bachofen⁷ algumas teses sobre a formação da família são relevantes para a origem do âmbito familiar.

1 –primitivamente, os seres humanos viveram em promiscuidade sexual; 2 – estas relações excluía toda possibilidade de estabelecer, com certeza, a paternidade, pelo que a filiação apenas podia ser contada por linha feminina, segundo o direito materno, e isso se deu em todos os povos antigos; 3 – em consequência desse fato, as mulheres, como mães, como únicos progenitores conhecidos da jovem geração, gozavam de grande apreço e respeito, chegando [...], 4 – a passagem para a monogamia, em que a mulher pertence a um só homem, incidia na transgressão de uma lei religiosa muito antiga (isto é, do direito imemorial que os outros homens tinham sobre aquela mulher), transgressão que devia ser castigada, ou cuja tolerância se compensava com a posse da mulher por outros, durante determinado período.

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 14 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5. p. 24.

⁶ LOTUFO, Maria Alice Zaratini. **Curso avançado de direito civil: direito de família**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002. v. 5 p. 19.

⁷ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 13 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995. p. 07.

Tendo em vista a origem da família, apresentar-se-á nos tópicos abaixo os modelos de famílias existentes ao longo dos séculos, demonstrando suas principais características.

2.2.1 Modelos de família

2.2.1.1 Família consangüínea

Esta forma de instituição familiar é considerada uma das mais antigas, muito embora não se encontre provas concretas da existência desta forma de organização familiar.

Engels⁸ referiu-se a família consangüínea

Aquele estado social primitivo, admitindo-se que tenha realmente existido, pertence a uma época tão remota que não podemos esperar encontrar provas diretas de sua existência, nem mesmo entre os fósseis sociais, nos selvagens mais atrasados.

Nesta etapa da família, são por gerações que os grupos conjugais eram classificados:⁹

Todos os avôs e avós, nos limites da família, são maridos e mulheres entres si; o mesmo sucede com seus filhos, quer dizer, com os pais e mães; os filhos destes, por sua vez, constituem o terceiro círculo de cônjuges comuns; e seus filhos, isto é, os bisnetos dos primeiros, o quarto círculo.

O exemplo que tipifica tal família¹⁰ “seriam os descendentes de um casal, em cada uma de cujas gerações sucessivas todos fossem entre si irmãos e irmãs e, por isso mesmo, maridos e mulheres uns dos outros.”

⁸ ENGELS, Friedrich. 1995. p. 31-32.

⁹ Ibid., p. 37-38.

¹⁰ Ibid., p. 39.

2.2.1.2 Família punaluana

Ao longo da história, houve importantes modificações na entidade familiar, ocorrendo um grande progresso na organização da família no que se refere às proibições das relações sexuais entre pais e filhos e após da exclusão dos irmãos destas relações.

Esta modificação foi ocorrendo aos poucos, e começou na exclusão dos irmãos uterinos, (isto é, irmãos por parte da mãe), e depois, gradativamente, como regra geral e acabando pela proibição do matrimônio até entre irmãos colaterais (quer dizer, segundo os nossos atuais nomes de parentesco, entre primos carnais, primos em segundo e terceiro graus).¹¹

Segundo Morgan,¹² esse progresso constitui “uma magnífica ilustração de como atua o princípio da seleção natural”.

Nesse sentido, certamente houve um mais rápido e completo progresso nas tribos que primeiro limitaram os matrimônios e as reproduções consangüíneas entre irmãos e irmãs.

2.2.1.3 Família sindiásmica

Com o passar do tempo, após a proibição dos matrimônios entre irmãos e irmãs, foram se tornando cada vez mais restritas as relações entre parentes de qualquer grau, terminando desta forma com os chamados casamentos por grupos, culminando na instituição da família sindiásmica.

Observa-se, assim, que:

A evolução da família nos tempos pré-históricos, portanto, consiste numa redução constante do círculo em cujo seio prevalece a comunidade conjugal entre os sexos, círculo que originariamente abarcava a tribo inteira. A exclusão progressiva, primeiro dos parentes próximos, depois dos parentes distantes e, por fim, até das pessoas vinculadas apenas por aliança, torna impossível na prática qualquer matrimônio por grupos.¹³

¹¹ ENGELS, 1995. p. 39.

¹² ENGELS, loc. cit.

¹³ Ibid., p. 49

As relações individuais vieram com a família sindiásmica, na qual o homem vivia com uma mulher, embora, sem perder o direito à infidelidade casual.

Nessa perspectiva, o homem que então possuía direito a estabelecer relações poligâmicas, não o praticava com freqüência por motivos de ordem econômica, ao mesmo tempo em que era completamente vedado a mulher cometer adultério, sob pena de lhe ser aplicada duras penas.

2.2.1.4 Família monogâmica

Esta família nasce da família sindiásmica, segundo Engels¹⁴

Baseia-se no predomínio do homem; sua finalidade expressa é a de procriar filhos cuja paternidade seja indiscutível; e exige-se, essa paternidade, indiscutível porque os filhos, na qualidade de herdeiros diretos, entrarão, um dia, na posse dos gens de seu pai. A família monogâmica diferencia-se do matrimônio sindiásmico por uma solidez muito maior dos laços conjugais, que já não podem ser rompidos por vontade de qualquer das partes. Agora, como regra, só o homem pode rompê-los e repudiar sua mulher. Ao homem, igualmente, se concede o direito à infidelidade conjugal, sancionado ao menos pelo costume.

No entendimento de Venosa¹⁵

A monogamia desempenhou um papel de impulso social em benefício da prole, ensejando o exercício do poder paterno. A família monogâmica converte-se, portanto, em um fator econômico de produção, pois esta se restringe quase que exclusivamente aos interiores dos lares, nos quais existem pequenas oficinas.

Ocorre que esta situação que ligava a família por um fator econômico reverte-se com a Revolução Industrial, surgindo um novo modelo de família a partir da industrialização, que passou a valorizar os aspectos morais e afetivos, e com isso foi perdendo seu papel econômico.¹⁶

¹⁴ ENGELS, 1995. p. 66.

¹⁵ VENOSA, 2003. p. 17.

¹⁶ Ibid., p. 17-18.

Com a mudança da estrutura familiar o núcleo deste grupo já não é mais composto pelo pai, mãe e filhos. De acordo com Wambier apud Oliveira:¹⁷

A cara da família moderna mudou. O seu principal papel, ao que nos parece, é de suporte emocional do indivíduo. A família de hoje, que não mais se consubstancia num grão de areia, praticamente carente de identidade própria, quem vai juntar-se ao grupo familiar mais extenso (tios, avós, primos, etc.), foi substituída por um grupo menor, em que há flexibilidade e eventual intercambialidade de papéis e, indubitavelmente, mais intensidade o que diz respeito a laços afetivos.

O que a autora apresenta é a atual realidade, haja vista a desestruturalização do núcleo familiar. Ou seja, as relações passam a ser consubstanciadas por terceiros que vão agregando-se aos vínculos afetivos, conforme será apresentado no item subsequente.

2.2.2 Família contemporânea no Brasil

Há tempos tem-se a instituição familiar como peça fundamental para o desenvolvimento de uma sociedade, e esta realidade restou exteriorizada no texto da Carta Magna brasileira, de 1988.

O Capítulo VII da Constituição Federal refere-se às diretrizes básicas acerca da entidade familiar, afirmando ser esta a base da sociedade, merecendo proteção especial do Estado, refere-se ainda a proteção à criança, ao adolescente e ao idoso, que tratam-se de assuntos que vêm sendo incansavelmente discutidos pela sociedade nos dias atuais.

O art. 226 da CF/88 coloca a família como sendo à base da sociedade e assim tem especial proteção do Estado.

A família contemporânea, constituída e reconhecida como núcleo da sociedade no art. supracitado, perpassou por uma série de modificações até que se alcançasse a situação jurídica atual.

¹⁷ OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 230.

A ordem constitucional de 1988 foi a que primeiro trouxe inovações, tratando a existência da entidade familiar ainda que sem a celebração civil do casamento (instituindo a união estável), bem como do princípio da igualdade jurídica entre os cônjuges e o reconhecimento civil do casamento religioso, além de um rol extenso de direitos à criança e ao adolescente, componentes em formação da família.

O Código Civil de 2002, como não poderia deixar de ser, aderiu a essa nova forma de tutelar a entidade familiar, reconhecendo e regulando os dispositivos acima expostos, dentre outros. Sua entrada em vigor proporcionou ao mundo jurídico uma verdadeira transformação de idéias, pensamentos e doutrinas que até então eram consideradas inválidas¹⁸.

Cornu apud Lobo¹⁹ pontua sobre a temática:

[...] a família é feita de duas estruturas associadas: os vínculos e os grupos. Há três sortes de vínculos, que podem coexistir ou existir separadamente: vínculos de sangue, vínculos de direito e vínculos de afetividade. A partir dos vínculos de família, é que se compõem os diversos grupos que a integram: grupo conjugal, grupo parental (pais e filhos), grupos secundários (outros parentes e afins).

Logo, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a família que é a base da sociedade teve o seu conceito ampliado e ganhou uma maior proteção do Estado.

2.3 A PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL LIGADA À MATÉRIA

Os princípios são responsáveis por dar a estrutura e definição a cada ciência, independentemente do campo do saber. Neste sentido, Reale²⁰ conceitua princípios como:

¹⁸ DIAS, Bianca Gabriela Cardoso; COSTA, Maria da Fé Bezerra da. **Abandono afetivo nas novas ordens constitucional e civil**: as conseqüências jurídicas no campo da responsabilização. Disponível em:<

<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/campos/maria_da_fe_bezerra_da_costa.pdf>.

Acesso em: 25 maio 2009.

¹⁹ CORNU, Gerard. *Droit civil: la famille*. Paris: Montchrestien, 2003, p.26 apud LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 02.

²⁰ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 299.

[...] verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.

Silva²¹ entende que:

Princípios, no plural, significam as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa [...] revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda espécie e ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica [...] exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica [...] mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-as em perfeitos axiomas [...] significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito.

Cretella²² aduz “Princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturações subseqüentes. Princípio, neste sentido, são alicerces, os fundamentos da ciência”. Em relação aos princípios jurídicos, Carraza²³ afirma que:

[...] princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.

Para Bonavides²⁴ “Princípios são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever-ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade.”

Sobre os princípios constitucionais, destacam-se os ensinamentos de Barroso²⁵:

[...] os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica. A Constituição [...] não é um simples agrupamento de regras que se justapõem ou que se superpõem. A idéia de

²¹ SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 639.

²² CRETILLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**, Rio de Janeiro: Forense, 1972. v. 10. p. 18.

²³ CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. p. 29.

²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 229.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 142-143.

sistema funda-se na de harmonia, de partes que convivem sem atritos. Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que ‘costuram’ suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos.

Na interpretação do direito, têm-se como ponto de partida os princípios constitucionais. Na visão de Dias²⁶ “Os princípios constitucionais dispõem de primazia diante da lei, sendo a primeira regra a ser invocada em qualquer processo hermenêutico”.

O direito Brasileiro avançou muito nos últimos tempos, e um destes principais avanços veio a partir da Constituição de 1988, onde anteriormente a doutrina tradicional destinava apenas o efeito simbólico aos princípios e após consagrou a força normativa dos princípios constitucionais explícitos e implícitos, que então passaram a atuar como reguladores das normas jurídicas²⁷.

Gama²⁸ frisa que “os princípios constitucionais expressos ou implícitos não se aplicam apenas às famílias – daí a expressão princípios gerais – e os demais que se direcionam exclusivamente às famílias – neste sentido, o termo princípios específicos”.

No que tange aos princípios, a doutrina e a jurisprudência tem reconhecido inúmeros princípios constitucionais implícitos, cabendo destacar que inexistente hierarquia entre os princípios constitucionais explícitos ou implícitos. É difícil quantificar ou tentar nominar todos os princípios que norteiam o direito das famílias. Alguns não estão escritos nos textos legais, mas têm fundamentação ética no espírito dos ordenamentos jurídicos para possibilitar a vida em sociedade²⁹.

Sem que haja consenso para um número total de princípios, os autores apresentam uma quantidade diferenciada. Oliveira³⁰ observa os seguintes princípios constitucionais do Direito de Família previstos na atual Constituição Federal:

Proteção de todas as espécies de família (art. 226, caput, CF); reconhecimento expresso de outras formas de constituição familiar ao lado

²⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 56.

²⁷ LÔBO, 2008. p. 34.

²⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: Guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 69.

²⁹ TEPEDINO, 1999, Apud DIAS, 2007, p.27.

³⁰ OLIVEIRA, 2002, p. 273.

do casamento, como as uniões estáveis e as famílias mono parentais (art. 226, §§ 3º e 4º, CF); igualdade entre os cônjuges (art. 5º, caput, I, e art. 226 § 5º, CF); dissolubilidade do vínculo conjugal e do matrimônio (art. 226 § 6º, CF); dignidade da pessoa humana e paternidade responsável (art. 226 § 5º, CF); assistência do Estado a todas as espécies de família (art. 226 § 8º, CF); dever de a família, a sociedade e o Estado garantirem à criança e ao adolescente direitos inerentes à sua personalidade (art. 227, §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º e 7º, CF); igualdade entre os filhos havidos ou não do casamento, ou por adoção (art. 227, § 6º, CF); respeito recíproco entre pais e filhos: enquanto menores é dever daqueles assisti-los, criá-los e educá-los, e destes o de ampararem os pais na velhice, carência ou enfermidade (art. 229, CF); dever da família, sociedade e Estado, em conjunto, ampararem as pessoas idosas, velando para que tenham uma velhice digna e integrada à comunidade (art. 230, CF).

Amaral³¹ elenca onze princípios fundamentais que dizem respeito à organização e a proteção da família, da criança, do adolescente e do idoso:

(a) Reconhecimento da família como instituição básica da sociedade e como objeto especial da proteção do Estado (CF 226); (b) existência e permanência do casamento, civil ou religioso, como base, embora sem exclusividade, da família; (c) competência da lei civil para regular os requisitos, celebração e eficácia do casamento e sua dissolução; (d) igualdade jurídica dos cônjuges (CF 226 § 5º); (e) reconhecimento, para fins de proteção do Estado, da entidade familiar formada pela união estável de homem e mulher, assim como da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CF 226 §§ 3º e 4º); (f) possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial pelo divórcio (CF 226 § 6º); (g) direito de constituição e planejamento familiar, fundado no princípio da paternidade responsável, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o seu exercício (CF 226 § 7º); (h) igualdade jurídica dos filhos, proibidas quaisquer designações discriminatórias (CF 227 § 6º); (i) proteção da infância, com o reconhecimento de direitos fundamentais à criança e ao adolescente e responsabilidade da família, da sociedade e do Estado por sua observância (CF 227); (j) atribuição aos pais do dever de assistência, criação e educação dos filhos (CF 229); (l) proteção do idoso (CF 230).

Há princípios na Constituição Federal que são tidos como gerais, todavia são de extrema importância e sua aplicação é fundamental para nortear o direito das famílias.

O princípio da dignidade da pessoa humana é fundamental, maior e mais conhecido entre todos, se denomina como princípio máximo e está previsto já no art. 1º, III, da CF.

Lôbo³² cita que “a dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais

³¹ AMARAL, Francisco. **Direito Constitucional:** a eficácia do Código Civil brasileiro após a Constituição. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Repensando o direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p.319.

do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade.”

Serejo³³ “No Direito de Família, a dignidade da pessoa hoje se espraia em todos os seus institutos, em toda a sua extensão, como forma de garantia de cada membro da família. [...] A dignidade é, enfim, o respeito que cada um merece do outro.”

No dizer de Sarmiento³⁴, “representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade.”

Outro princípio geral citado pelos doutrinadores é o princípio da solidariedade, que está ligado a valores éticos e morais, previsto no art. 3º, I, da CF.

Dias³⁵ sobre a solidariedade “esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade”.

Na interpretação de Lôbo,³⁶

A solidariedade, como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que compele à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos, de forma a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade.

O princípio da igualdade é apresentado como de aplicação geral, busca afirmar que todos são iguais perante a lei e está previsto no art. 5º, caput e inciso I, da CF.

Desta forma, no campo do Direito de Família este princípio constitucional incide em pelo menos dois princípios específicos contidos nos arts. 226 § 5º e 227 § 6º da Constituição Federal, que tratam da igualdade de direitos e deveres de ambos

³² LÔBO, 2008, p. 37.

³³ SEREJO, Lourival. **Direito Constitucional de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 30.

³⁴ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 60.

³⁵ DIAS, 2007. p. 63.

³⁶ LÔBO, op. cit.. p. 39.

no referente à sociedade conjugal e ainda da igualdade entre filhos no segmento da parentalidade.³⁷

Já o princípio da liberdade, outro de aplicação geral e também previsto no art. 3º, inciso I, da CF, tem o intuito de garantir a liberdade a todos os membros da família.

Na concepção de Lôbo “O princípio da liberdade na família apresenta duas vertentes essenciais: liberdade da entidade familiar, diante do Estado e da sociedade, e liberdade de cada membro diante dos outros membros e da própria entidade familiar”³⁸.

Por fim, um dos princípios constitucionais mais aplicados e importantes para o Direito de Família é o princípio da afetividade que é responsável pela estabilidade das relações socioafetivas.

Segundo Lôbo³⁹ existem quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade identificados na Constituição Federal:

a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227 § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227 § 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226 § 4º); d) a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227) da CF.

Os sentimentos expressados entre si por membros de uma família fazem com que sejam mantidos os laços afetivos nas relações familiares, ocasionando a aproximação e unindo cada vez mais as pessoas por meio de um forte elo que representa a afetividade.

Nessa condição os princípios constitucionais do Direito de Família lançam para o futuro valores a serem observados pelas novas gerações no que toca à constituição da célula da sociedade: a família.

³⁷ GAMA, 2008. p. 72.

³⁸ LÔBO, 2008. p. 47.

³⁹ Ibid., p. 48.

2.4 A FILIAÇÃO NO CC/2002

2.4.1 Conceito

Desde a Antigüidade, a relação de filiação é o vínculo mais importante da união e aproximação das pessoas. Os laços de parentesco jamais desaparecem, mesmo que falte ou desapareça a união entre os pais⁴⁰.

Para Beviláqua,⁴¹

A relação de parentesco existente entre a prole e os progenitores chama-se filiação, quando considerada, ascensionalmente, dos filhos para seus imediatos ascendentes; paternidade, quando considerada, descensionalmente, do pai para o filho; e maternidade, quando ainda descensionalmente, se tem em mira a mãe em face do filho.³⁹

A relação existente entre o filho e as pessoas que o conceberam é chamada de filiação. Para Rodrigues⁴², “filiação é a relação de parentesco consangüíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se as tivesse gerado”.

Filiação é “a mais próxima, a mais importante, a principal relação de parentesco que se estabelece entre pais e filhos” sendo, assim, “[...] o vínculo capital na organização da família”⁴³, conforme Veloso.

Leciona Miranda⁴⁴, que:

A relação que o fato da procriação estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascidas da outra, chama-se paternidade, ou maternidade, quando considerada com respeito ao pai, ou à mãe, e filiação, quando do filho para com qualquer dos genitores.

Netto Lobo⁴⁵ estabelece que

⁴⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 403.

⁴¹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**. 8ª edição. São Paulo: Freitas Bastos, 1956. p. 309.

⁴² RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. 27. ed. atualizada por Francisco José Cahali; com anotações sobre o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6. p. 323.

⁴³ VELOSO, Zeno. **Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 7.

⁴⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1998. v. 9. p. 367.

Filiação é conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais é considerada filha da outra (pai ou mãe). O estado de filiação é a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, atribuída a alguém, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. O filho é titular do estado de filiação, da mesma forma que o pai e a mãe são titulares dos estados de paternidade e de maternidade, em relação a ele.

Conforme Venosa⁴⁶, “a filiação compreende todas as relações, e respectivamente sua constituição, modificação e extinção, que têm como sujeitos os pais com relação aos filhos.”

Por fim, destaca ainda, Pereira⁴⁷, que “filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida.”

2.4.2 Espécies

Para adentrarmos ao estudo da espécie de filiação cabe destacar que a relação afetiva dos progenitores é algo inerente do ser humano com sua prole, protegendo-a, alimentando-a, educando-a. Assim, aduz Nogueira:⁴⁸

A filiação é um estado que exprime a relação entre o filho e as pessoas que o geraram e o adotaram. Dessa relação nascem importantes efeitos jurídicos, assegurados aos filhos: estado de filho, direito ao uso do nome dos pais, o direito de receber alimentos, de ser criado, educado, de receber toda uma série de atenções e atendimentos que uma pessoa necessita até capacitar-se a subsistir por suas próprias condições.

A legislação brasileira prevê quatro tipos de estados de filiação, decorrentes das seguintes origens:⁴⁹ a) por consangüinidade; b) por adoção; c) por inseminação artificial heteróloga; d) em virtude de posse de estado de filiação.

⁴⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752>>. Acesso em: 11 maio 2009.

⁴⁶ VENOSA, 2003. p. 265.

⁴⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Paternidade e sua prova. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, nº 71. São Paulo: 1995. p. 211.

⁴⁸ NOGUEIRA, Patrícia de. **Investigação de Paternidade**. Brasília, 2007. p. 71.

⁴⁹ LÔBO, 2006.

No entendimento de Levy⁵⁰, costuma-se estabelecer a divisão em três tipos de filiação: a biológica, a biológica presumida e a sociológica.

Biológica ou consangüínea, que não merece mais delongas, é a que vincula entre si pessoas que descendem umas das outras em linha reta, ou provenientes de um só tronco, sem descenderem umas das outras, em linha colateral ou transversal, como denominado no Código Civil em seus artigos 1.591 e 1.592. É visualizada essa filiação quando, como o nome indica, decorre das relações sexuais dos pais, sendo o filho, consangüíneo.

De outro lado, quando tratamos da filiação biológica presumida, o fato de nascer o filho enquanto perdura o casamento, ou até certo tempo após a sua desconstituição, faz presumir que o pai é aquele que convive com a mãe, porquanto dúvidas inexistem no pertinente à maternidade - ***mater semper certa***. Já, torna-se elemento definido da paternidade o fato do matrimônio: ***pater is est quem nuptiae demonstrant***.

Existe, ainda, a filiação civil ou sociológica. Proveniente da adoção (art. 1.593 ou, ainda, da inseminação artificial heteróloga (filiação social, prevista no art. 1.593 e 1.597,V, sem vínculos biológicos, mas admitida e reconhecida por engenho da lei.

Dessa forma, a filiação socioafetiva compreende a relação jurídica de afeto, como: a adoção judicial, o reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade ou maternidade, o filho de criação, quando comprovado o estado de filho afetivo – posse de estado de filho - e a conhecida "adoção à brasileira".

Depara-se a filiação afetiva naqueles casos em que, mesmo não havendo nenhum vínculo biológico ou jurídico - adoção -, os pais criam uma criança ou adolescente por mera opção, denominado filho de criação, (des) velando-lhe todo o cuidado, amor, ternura, enfim, uma família, cuja mola mestra é o amor entre seus integrantes; uma família, cujo único vínculo probatório é o afeto. (grifo do autor).

Ainda neste mesmo entendimento observa-se:

A filiação, portanto, estabelece-se não apenas em face do vínculo biológico, mas principalmente em face do vínculo socioafetivo que atende mais ao princípio do melhor interesse da criança, da dignidade da pessoa humana e também da paternidade responsável.⁵¹

Conforme os autores supracitados o vínculo afetivo por si só já é considerado relevante para a questão da filiação.

⁵⁰ LEVY, Laura Affonso da Costa. **Investigação de paternidade no direito moderno**: direitos, limites e possibilidades. Disponível em: < <http://www.webartigos.com/articles/12146/1/a-investigacao-da-paternidade-no-direito-moderno-direito-limites-e-possibilidades/pagina1.html>>. Acesso em: 18 maio 2009.

⁵¹ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade** : aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Doutrina e Jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.p. 55-59.

2.4.3 Presunção de paternidade

Presunção é a operação intelectual que liga esse fato a outro⁵² que assim representa a prova da paternidade.

Na tentativa de buscar a estabilidade, a lei gera um sistema de reconhecimento da filiação por meio de presunções: deduções que se tiram de um fato certo para a prova de um fato desconhecido⁵³.

Segundo Lobo:⁵⁴

Em matéria de filiação, o direito sempre se valeu de presunções, pela natural dificuldade em se atribuir a paternidade ou maternidade a alguém, ou então de óbices fundados em preconceitos históricos decorrentes da hegemonia da família patriarcal e matrimonializada. Essas presunções têm por finalidade fixar o momento da concepção, de modo a definir a filiação e certificar a paternidade, com os direitos e deveres decorrentes. Assim, chegaram até nós:

- a) a presunção *pater is est quem nuptia demonstrant*, impedindo que se discuta a origem da filiação se o marido da mãe não a negar;
- b) a presunção *mater semper certa est*, impedindo a investigação de maternidade contra mulher casada. A maternidade manifesta-se por sinais físicos inequívocos, que são a gravidez e o parto, malgrado a manipulação genética se tenha encarregado de pôr dúvidas quanto à origem biológica;
- c) a presunção de paternidade atribuída ao que teve relações sexuais com a mãe, no período da concepção;
- d) a presunção de *exceptio plurium concumbentium* que se opõe à presunção anterior, quando a mãe tiver relações com mais de um homem no período provável da concepção;
- e) a presunção de paternidade do marido, para os filhos concebidos cento e oitenta dias após o início da convivência conjugal. O prazo não se conta a partir da celebração do casamento ou do início da união estável, mas a partir do efetivo início da convivência entre cônjuges e companheiros. Na hipótese do casamento, pode um dos cônjuges ter sido representado na celebração por procurador, pois se encontrava ausente;
- f) a presunção de paternidade, para os filhos concebidos até trezentos dias após a dissolução da sociedade conjugal.

O novo Código Civil rompeu com o critério biológico de paternidade e trouxe com o art. 1.597 nos incisos III, IV e V três novos casos de presunção de paternidade:

⁵² GOMES, Luis Fernando Ferreira. Os efeitos do enunciado nº 301 da Súmula do STJ: presunção de paternidade ou simples vestígio da verdade?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1524, 3 set. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10345>>. Acesso em: 02 jun. 2009.

⁵³ DIAS, 2007. p. 323.

⁵⁴ LÔBO, 2008. p. 195.

Por fecundação artificial homóloga, ocorre quando o sêmen utilizado é o do próprio cônjuge ou companheiro, mesmo que falecido o marido; a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários (*in vitro*), decorrentes de concepção artificial homóloga, o sêmen é o do cônjuge ou do companheiro, devendo ser ressaltado, nessa hipótese, que pouco importa se a sociedade já esteja dissolvida; por inseminação artificial heteróloga, se o sêmen é de pessoa estranha. A paternidade somente será declarada se houver o consentimento do cônjuge ou do companheiro. Destarte, o pai, para todos os efeitos legais, não será o pai biológico. Trata-se de uma modalidade de paternidade socioafetiva, similar a uma adoção.⁵⁵

Portanto verifica-se que a presunção de paternidade abrange o pai biológico e não biológico, tendo em vista o novo método de concepção presentes no novo código civil.

2.4.4 Paternidade e afetividade

No passado a paternidade era atribuída a um simples fato, sendo a figura do pai conhecida apenas por ser o provedor da família, diferentemente do que ocorre nos dias de hoje, em que o pai é incisivo na sua família não só no fator econômico, mas principalmente pelos laços afetivos que o envolve e faz com que conduza a sua participação e envolvimento em tudo aquilo que a sua figura representa, por um sentimento maior próprio de realização paterna.

Segundo Hennigen e Guareschi, “paternidade é uma experiência humana profundamente implicada com propósitos sociais e institucionais que a legítima, ou seja, uma construção que deve ser compreendida face ao contexto sócio-cultural de um tempo”.⁵⁶

Conforme leciona Queiroz⁵⁷:

O novo comportamento cultural, no tocante à paternidade, insere o mundo moderno em outro contexto social, em que a função de pai deve ser exercida no maior interesse da criança, sem que se atenha à própria pessoa em exercício da referida função". Diz ainda: "Por isso, atribui-se que o verdadeiro vínculo que se trava com os pais é o afetivo e, portanto, pais podem perfeitamente não ser os biológicos", e completa da seguinte forma: "Assim, em questões que envolvam conflitos de paternidade biológica e social, o interesse melhor e maior da criança deverá nortear a decisão.

⁵⁵ NOGUEIRA, 2007. p. 76.

⁵⁶ HENNIFEN, Inês; GUARESCHI, Neuza M^a de Fátima apud NOGUEIRA, 2007. p. 76.

Ainda neste sentido, Levy⁵⁸ aduz:

A afeição se estabelece entre os pais e filhos, já nas primeiras semanas de vida, isto é, o vínculo de amor nada tem a ver com a filiação meramente biológica. O dever de cuidado, de proteção, de carinho, não se diferencia entre pais biológicos ou não, devendo ser perseguida a qualidade de vida do menor. Diante disso, àquele que deu amor ficará também obrigado a dar o pão.

Elucida ainda Lôbo⁵⁹ que:

A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações. [...] assim, a afetividade é um dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. [...] Por isso, sem qualquer contradição, podemos referir a dever jurídico de afetividade oponível a pais e filhos e aos parentes entre si, em caráter permanente, independentemente dos sentimentos que nutram entre si, e aos cônjuges e companheiros enquanto perdurar a convivência.

A família, responsável por acolher a figura do pai e do filho, faz com que estes sejam ligados por muitos vínculos, sendo que o principal destes é o afetivo, ou seja, o vínculo que gera o amor entre membros de uma família.

Decorrente desta relação vai nascer o dever de um para com o outro, que no artigo 229 da Constituição Federal de 1988 está determinado aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, assim como impôs aos filhos maiores a obrigação de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

⁵⁷ QUEIROZ, 2001. p. 59.

⁵⁸ LEVY, 2009.

⁵⁹ LÔBO, 2008. p. 48.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL: BREVE ANÁLISE

Logo no começo da civilização, não havia a figura da responsabilidade civil e sempre que ocorria um dano a alguém, este era reparado por uma espécie de vingança coletiva a partir do seu grupo contra o agressor.

Posteriormente, há uma evolução na forma de reparação do dano sofrido, que então começou a ser vingado individualmente pela vítima, tomada pelo sentimento de vingança, esta praticava a justiça pelas próprias mãos contra o seu agressor.

Sobre estas formas de vingança, Lima⁶⁰ refere-se como “forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal feita pelo mal”

A partir deste hábito de vingança praticado individualmente por quem sofria um dano, o Estado resolve instituir a Lei de Talião que era aplicada quando não havia acordo, na qual dizia quando e como a vítima teria direito a retaliação. Esta Lei utilizada pelo Estado para regular as relações de quem sofria e praticava dano a outrem, tornou-se conhecida por consagrar o princípio do “olho por olho, dente por dente.”⁶¹

Todavia, a cada punição que era imposta aos agressores por danos causados, representava a geração de outro dano, e desta forma, tal prática somava cada vez mais danos aos membros da sociedade.

Num momento à frente, o Estado estabelece a obrigatoriedade da composição com uma indenização financeira para a vítima que sofreu um dano e deste modo, a proíbe de fazer justiça com suas próprias mãos. Sendo até mesmo implantada uma tabela que classificava o quanto valeria cada membro amputado.

⁶⁰ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. São Paulo: Forense, 1960. p. 10.

⁶¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 12 ed. atual. De acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 1998, v.7. p.09.

Nesse condão, manifestou-se Silva:⁶²

Num estágio mais avançado, quando já existe uma soberana autoridade, o legislador veda à vítima fazer justiça pelas próprias mãos. A composição econômica, de voluntária que era, passa a ser obrigatória, e ao demais disso, tarifada. É quando, então, o ofensor paga um tanto ou quanto por membro roto, por membro de um homem livre ou de um escravo, surgindo, em conseqüência, as mais esdrúxulas tarifações, antecedentes históricos das nossas tábuas de indenizações preestabelecidas por acidentes de trabalho. É a época de Ur-Nammu, do Código de Manu e da Lei das XII Tábuas.

Na reparação pecuniária pelo dano, Diniz⁶³ explica que

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

Nas palavras de Dias⁶⁴ em relação à Lei Aquiliana:

É na Lei Aquília que se esboça afinal, um princípio regulador de reparação do dano. Embora se reconheça que não continha ainda uma regra de conjunto, nos moldes do direito moderno, era, sem nenhuma dúvida, o germe da jurisprudência clássica com relação à injúria, e fonte direta da moderna concepção da culpa aquiliana, que tomou da Lei Aquília o seu nome característico.

Já no período moderno, Gonçalves⁶⁵ cita que o direito francês foi fundamental para a concepção de responsabilidade civil, conforme expõe:

Aperfeiçoando pouco a pouco as idéias românicas, estabeleceu nitidamente um princípio geral da responsabilidade civil, abandonando o critério de enumerar os casos de composição obrigatória. Aos poucos, foram sendo estabelecidos certos princípios, que exerceram sensível influência nos outros povos: direito a reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); a existência de uma culpa contratual (as das pessoas que descumprem as obrigações) e que não se

⁶² SILVA, Wilson Melo da. 1962 Apud: GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**, p. 04.

⁶³ DINIZ, 1998. p.10.

⁶⁴ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v.1. p. 18.

⁶⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 9 ed. rev. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 5-6.

liga nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência ou imprudência.

Dessa forma, um pouco mais precisamente no Código francês, este foi o primeiro código a recepcionar os textos e idéias desenvolvidas pelos romanos, e que acrescentado de outras idéias, consolidariam a idéia de responsabilidade civil que conhecemos ainda hoje.

3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL: CONCEITO

Em busca de uma conceituação atual para a responsabilidade civil, nos deparamos com uma grande discussão doutrinária, todavia, é permitido dizer que seja o interesse em restabelecer o equilíbrio moral ou econômico decorrente do dano sofrido pela vítima a sua causa geradora.

Para Diniz⁶⁶

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

Na opinião de Pasquini⁶⁷:

Todo ato danoso repercute de algum modo no direito; uns de forma mais intensa, outros nem tanto; podem restringir-se apenas à seara cível ou até mesmo repercutirem na esfera penal. De qualquer forma, esses atos são sempre imputados a alguém, a um responsável, que, via de regra, terá a obrigação de reparar o prejuízo ocasionado.

Amaral⁶⁸ define a responsabilidade civil como:

A expressão responsabilidade civil pode compreender-se em sentido amplo e em sentido estrito. Em sentido amplo, tanto significa a situação jurídica em que alguém se encontra de ter de indenizar outrem quanto à própria obrigação decorrente dessa situação, ou, ainda, o instituto jurídico formado

⁶⁶ DINIZ, 1998, p.34.

⁶⁷ PASQUINI, Luís Fernando Barbosa. O profissional liberal e sua responsabilidade civil na prestação de serviços. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1095, 1 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8574>>. Acesso em: 12 maio 2009.

⁶⁸ AMARAL, Francisco. Direito civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 531.

pelo conjunto de normas e princípios que disciplinam o nascimento, conteúdo e cumprimento de tal obrigação. Em sentido estrito, designa o específico dever de indenizar nascido do fato lesivo imputável a determinada pessoa.

Cavaliere Filho⁶⁹ conceitua no sentido de que

a violação de um dever jurídico configura o ilícito, que quase sempre, acarreta dano para outra pessoa, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. (...) [responsabilidade civil] designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico, ou seja, toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil.

Já na opinião de Savatier,⁷⁰ a responsabilidade civil é definida como "a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam".

A responsabilidade civil encontra seus alicerces principalmente no artigo 5º, V e X da Constituição Federal e nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

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

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

⁶⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. ver. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p.23-24.

Para a configuração da responsabilidade civil, é necessária a presença de alguns elementos essenciais que serão abordados no tópico subseqüente.

3.3 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL: CONDUTA, NEXO, DANO E CULPA

No estudo dos elementos necessários à formação da responsabilidade civil, nota-se uma dificuldade na caracterização dos pressupostos necessários à configuração da responsabilidade civil, ante a grande imprecisão doutrinária a respeito.⁷¹

Importante citar que estes elementos da responsabilidade civil são extraídos do art. 186 do Código Civil, que dispõe: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

A partir da sua análise, Gonçalves⁷² “evidencia quatro elementos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade, e o dano experimentado pela vítima.”

Seguindo a mesma linha, Sampaio⁷³ cita que também “são quatro os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva ou clássica: ação ou omissão (comportamento humano), culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e dano experimentado pela vítima”.

Sob outro ponto de vista que representa a classificação tradicional, Diniz⁷⁴ entende que são três os requisitos da responsabilidade civil: “ação comissiva ou omissiva, dano moral ou patrimonial causado a vítima e o nexo de causalidade entre o dano e a ação.”

A seguir, passar-se-á a discorrer acerca dos elementos necessários à formação da responsabilidade civil:

⁷⁰ SAVATIER. **Traité de la Responsabilité Civile**. Paris: Sirey, 1939. v. 1. p. 18.

⁷¹ DINIZ, 1998. p.35.

⁷² GONÇALVES, 2005. p. 32.

⁷³ SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 30.

3.3.1 Ação ou omissão

A conduta, ou seja, a ação ou omissão, que produza danos e que venha a ter sido praticada pela própria vontade é causa de responsabilidade civil.

Diniz⁷⁵ conceitua a conduta como: “Ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado”.

Rodrigues⁷⁶, diverge de Diniz quando diz que somente considera como pressuposto da responsabilidade a ocorrência de um ato ilícito, logo seria pressuposto a ação ou omissão do agente que

Decorre sempre de uma atitude, quer ativa, quer passiva, e que vai causar dano a terceiro. A atitude ativa consiste em geral no ato doloso ou imprudente, enquanto a passiva, via de regra, se retrata através da negligência. [...] A omissão só ocorre quando o agente, tendo o dever de agir de determinada maneira, deixa de fazê-lo.

A esta ação ou omissão própria passível de indenização, acrescenta-se ainda as hipóteses destes atos houverem sido praticados por terceiros, caso em que outra pessoa pratica um ato ilícito e o agente será o responsável por aquele dano causado a vítima.

3.3.2 Nexos de causalidade

É a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado.⁷⁷

O nexos de causalidade entre o dano e a ação (fato gerador da responsabilidade), não poderá existir sem o vínculo entre a ação e o dano. Se o lesado experimentar um dano, mas este não resultou da conduta do réu, o pedido de

⁷⁴ DINIZ, 1998. p.34.

⁷⁵ Ibid., p.37.

⁷⁶ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 26.

⁷⁷ GONÇALVES, 2005. p. 33.

indenização será improcedente. Será necessária, neste caso, a inexistência de causa excludente de responsabilidade.⁷⁸

Sobre os casos excludentes de responsabilidade, Venosa⁷⁹, cita que "são excludentes de responsabilidade, que impedem que se concretize o nexo causal, a culpa da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior e, no campo contratual, a cláusula de não indenizar".

Importante frisar que o ônus da prova do nexo de causalidade caberá ao autor da demanda. Destaca Lopes⁸⁰

Sendo um dos elementos integrantes da responsabilidade civil, impõe-se vir a prova da relação causal devidamente provada, ônus este que cabe ao autor da demanda. Na questão da prova da relação causa e efeito é preciso distinguir quando se está ante um acontecimento em que a culpa é presumida do em que não há essa presunção de culpa. [...] Não se tratando de culpa presumida, incumbe ao autor positivar não só o acontecimento ilícito como ainda que o dano sofrido foi proveniente desse mesmo fato ilícito. No caso de culpa presumida, na responsabilidade complexa, a presunção não só é atribuível à culpa como igualmente à relação de causalidade.

O nexo de causalidade incumbe o autor a provar entre dano e ação, para que seja possível então considerar como causa determinando assim a responsabilidade civil.

3.3.3 Dano experimentado pela vítima

O dano pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral.⁸¹

Ennecerus⁸² frisa o dano como "toda desvantagem que experimentamos em nossos bens jurídicos (patrimônio, corpo, vida, saúde, honra, crédito, bem-estar, capacidade de aquisição etc.)".

⁷⁸ DINIZ, 1998. p.37.

⁷⁹ VENOSA, 2003. p. 40.

⁸⁰ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1995. p. 219-220.

⁸¹ Ibid., p. 52.

⁸² ENNECERUS; LEHMANN, apud GONÇALVES, 2005,. p.545.

Alvim⁸³ conceitua o termo:

Dano, em sentido amplo, vem a ser a lesão de qualquer bem jurídico, e aí se exclui o dano moral. Mas, em sentido estrito, dano é, para nós, a lesão do patrimônio; e patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro. Aprecia-se o dano tendo em vista a diminuição sofrida no patrimônio. Logo, a matéria do dano prende-se a indenização, de modo que só interessa o estudo do dano indenizável.

Para o dano ser indenizável, é imprescindível que contenha os seguintes requisitos:

a) diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral, pertencente a uma pessoa; b) efetividade ou certeza do dano, pois a lesão não poderá ser hipotética ou conjetural; c) causalidade já que deverá haver uma relação entre a falta e o prejuízo causado; d) subsistência do dano no momento da reclamação do lesado; e) legitimidade, pois a vítima, para que possa pleitear a reparação, precisará ser titular do direito atingido; f) ausência de causas excludentes de responsabilidade, porque podem ocorrer danos.⁸⁴

Sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente. O dano pode ser material ou simplesmente moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira do ofendido.⁸⁵

Dano patrimonial é aquele que incide diretamente no patrimônio da vítima (ex: casa, carro), e dano moral é a lesão a bens imateriais (ex: honra, imagem).

3.3.4 Culpa ou dolo do agente

Este elemento é de difícil conceituação por parte da doutrina, mas é facilmente compreendido.

Assim, alguns autores buscam o melhor modo de conceituar o que vem a ser a culpa e o que é o dolo. Neste sentido Dias⁸⁶ apresenta um conceito sobre a culpa:

⁸³ ALVIM, Agostinho, apud GONÇALVES, loc.cit.

⁸⁴ DINIZ, 1998. p.58-61.

⁸⁵ GONÇALVES, op.cit. p. 34.

⁸⁶ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v 1. p.136.

[...] é falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências eventuais de sua atitude.

Já para Stoco⁸⁷ a culpa é:

[...] genericamente entendida, é pois, fundo animador do ato ilícito, da injúria, ofensa ou má conduta imputável. Nessa figura encontram-se dois elementos: o objetivo, expressado na ilicitude, e o subjetivo, do mau procedimento imputável.

Numa definição da culpa em sentido amplo, Diniz⁸⁸ cita “como a violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela, compreende: o dolo [...] e a culpa em sentido estrito”.

Já Cavalieri⁸⁹ sintetiza a noção de culpa em sentido estrito “como conduta voluntária, contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém, previsto ou previsível”.

Todavia, há uma grande diferença entre o dolo e a culpa, e na busca por essa diferenciação, o art. 186 do Código Civil cogita o dolo logo no seu início: “ação ou omissão voluntária”, passando, em seguida, a referir-se à culpa: “negligência ou imprudência”.⁹⁰

O dolo consiste na vontade de cometer uma violação de direito, e a culpa, na falta de diligência. Dolo, portanto, é a violação deliberada, consciente, intencional, do dever jurídico.⁹¹

⁸⁷ STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 66.

⁸⁸ DINIZ, 1998. p.40.

⁸⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 39.

⁹⁰ GONÇALVES, 2005. p. 33.

⁹¹ GONÇALVES, loc. cit.

3.4 A CULPA COMO ELEMENTO ACIDENTAL E A RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Como elemento pressuposto da responsabilidade civil em determinados casos, a culpa é verificada na redação do art. 186 do Código Civil, quando se refere sobre a “negligência ou imprudência”, naquele ato que veio a causar dano à outra pessoa.

No campo da responsabilidade civil, a culpa não é indispensável, mas sim um elemento acidental.

Conforme a classificação de Gagliano e Pamplona Filho,⁹² a culpa é um elemento acidental tendo em vista que o Código Civil considera dois tipos de responsabilidades, a objetiva e subjetiva.

Na responsabilidade subjetiva, também conhecida como a teoria da culpa, existe a necessidade de que seja provada a culpa, pressupõe nesta hipótese a culpa como fundamento da responsabilidade.⁹³

Já na responsabilidade objetiva, a atividade que gera o dano é lícita, mas acarretou em perigo para outrem, de modo que aquele que a exerce, terá o dever de ressarcir pelo simples implemento do nexu causal.⁹⁴

Nesse sentido, pronuncia Stocco:⁹⁵

A doutrina objetiva, ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja resultante dos elementos tradicionais (culpa, dano, vínculo de causalidade entre uma e outro) assenta-se na equação binária cujos pólos são o dano e a autoria do evento danoso. Sem cogitar a imputabilidade ou investigar a antijuricidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se dele emanou prejuízo. Em tal ocorrendo, o autor do fato causador do dano é o responsável.

Acerca da matéria Gonçalves cita Alvim e se manifesta:

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz-se

⁹² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil.** responsabilidade civil 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v.2. p. 24.

⁹³ GONÇALVES, op.cit. p. 21.

⁹⁴ DINIZ, 1998. p. 50.

⁹⁵ STOCO, 1999. p. 52.

que a responsabilidade é legal ou 'objetiva', porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa.⁹⁶

Portanto, não há necessidade da culpa quando é responsabilidade objetiva e sim provar apenas o dano e nexo de causalidade.

Sobre a prova da culpa e a quem cabe seu ônus, Gonçalves⁹⁷ cita que:

Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns, ela é presumida pela lei. Em outros, é de todo prescindível, porque a responsabilidade se funda no risco (objetiva propriamente dita ou pura)."[...] "Nesse caso, a culpa não se torna pressuposto essencial para a sua configuração, sendo que em alguns casos ela é presumida pela lei. Quando presumida, inverte-se o ônus da prova, só precisando o autor da ação provar a ação ou omissão e o dano a ele causado.

Então, quando a culpa é presumida, caberá ao agente constituir prova de que não agiu com culpa, portanto há a inversão do ônus da prova, no sentido de cabe ao réu provar que não agiu com culpa no fato.

Na responsabilidade objetiva, existe ainda a teoria do risco que procura justificá-la. Nesta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a idéia de risco.⁹⁸

⁹⁶ ALVIM, apud GONÇALVES, 2005. p.22.

⁹⁷ GONÇALVES, loc.cit.

⁹⁸ GONÇALVES, loc.cit.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

4.1 A AFETIVIDADE COMO AMÁLGAMA NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA

É sabido que nos dias de hoje as relações familiares estão turbulentas, haja vista as questões de crescente individualidade dos seres humanos, que buscam cada vez mais o estar somente para si, e não para o outro.

Isto torna-se preocupante no que fere a questão da afetividade, sendo que as relações interpessoais estão cada vez mais, sofrendo diversas transformações. Bem sabe-se que tais transformações estão explícitas no dia a dia, em que é comum observar um número expressivo de casais que se separam e que deixam muitas vezes seus filhos à mercê de brigas constantes de puro egoísmo.

É importante frisar que as crises conjugais abalam toda uma estrutura familiar, o que a isto implicará na dor e sofrimento, de todos os membros da família.

Sem dúvida alguma, os filhos, quanto mais novos, mais dependem dos pais para desenvolver-se biológica, psíquica e socialmente, de forma adequada⁹⁹. No entanto, o que vem ocorrendo é os cuidados geralmente de apenas uma pessoa, aquela que fica com a guarda, ou seja, com a responsabilidade jurídica de suprir todas as necessidades no que diz a educação, lazer; alimentação, entre outras necessidades básicas inerentes ao ser humano.

Porém o que dizer do pai que se afasta de seu filho, negando-lhe a sua presença que é de grande importância para o seu desenvolvimento.

Explica Cezar-Ferreira¹⁰⁰ que:

O filho precisa sentir que ambos os pais cuidam dele e o protegem. Naturalmente, quanto menor a criança, mais necessitará de vinculação afetiva estável e de cuidados físicos e materiais, mas todos os menores dependem, inevitavelmente, de cuidados básicos como saúde, educação e sociabilidade, permeados por amor, independentemente da condição social, financeira ou instrucional de seus genitores.

⁹⁹ CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. **Família, separação e mediação: uma visão psicojurídica**. São Paulo: Método, 2007. p.65.

¹⁰⁰ Ibid., p. 120.

Cabe ainda, destacar o que a Cezar-Ferreira ¹⁰¹ trás a respeito das conseqüências do afastamento de um dos pais de seu filho:

[...] o que acarreta prejuízos emocionais à criança, vindo por vezes, **a afetar sua vida adulta afetiva e relacional**, é o desentendimento entre os pais e o fato de usá-las como “arma de combate”. Suas diferenças, mágoas e ressentimentos é que geram no filho sentimento de insegurança e culpa pela escolha de amor que lhe é imposta, implementando, assim conflitos de lealdade.

Assim, cumpre dizer que a confusão que se faz das emoções decorrentes das relações entre pais e filhos é indiscutivelmente algo a ser muito bem estudado e analisado, pois tudo o que acontece no desenvolvimento da criança pode acarretar em conseqüências drásticas na vida adulta deste.

Pode-se dizer que as relações são complexas quando pais divorciados vêm a constituir novas famílias. Assim, surgem novas organizações familiares, em que o pai com filhos do casamento atual e dos casamentos anteriores, a mãe na mesma pratica, e assim por diante agregam mais pessoas ao núcleo familiar. Há que se observar para os casos de rejeição, pois como novos membros inserindo-se na “nova” família é comum perceber-se que alguém ficará de fora da relação familiar.

Isto posto, vale destacar que pais se separam, mas filhos são para sempre, portanto a afetividade não pode ser um vínculo rompido só porque os pais não estão mais juntos, ou seja, o afeto e o cuidado deverão permanecer.

4.2 DEVER DE CONVIVÊNCIA E ABANDONO AFETIVO

Sobre a convivência cabe salientar o que a língua vernácula traz a respeito. Segundo Aurélio a convivência “é o ato ou efeito de conviver; familiaridade; relações íntimas; trato diário”. Já, a definição de conviver é “viver em comum; ter familiaridade, convivência.”¹⁰²

¹⁰¹ CEZAR-FERREIRA, 2007, p. 121. (grifo nosso).

¹⁰² FERREIRA; Aurélio Buarque de Holanda. **Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa**. 10 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979. p. 325.

Partindo destes conceitos, é necessário que se determine uma ligação entre convivência e as relações familiares, que gera o poder familiar estabelecido pelo elo da afetividade entre os pais frente aos filhos.

Acerca do poder familiar, Comel¹⁰³ abrevia como

Dever de criar, no qual se inclui o de sustento; dever de educar; dever de ter em companhia e guarda, no qual se inclui o dever de reclamar de detenção ilegal; dever de representação e assistência, no qual se incluem o dever de conceder ou negar consentimento para casar e a faculdade de nomear tutor; dever de exigir obediência, respeito, colaboração e, enfim, dever de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Por conseqüência nascem os poderes e também os deveres que se atribuem aos integrantes da família, no sentido de que a cada direito que os pais possuem sobre seus filhos, haverá um dever a ser cumprido.

Neste sentido Lôbo se manifesta:

Os pais não exercem poderes e competências privados, mas direitos vinculados a deveres e cumprem deveres cujos titulares são os filhos. Por exemplo, os pais têm o direito de dirigir a educação e a criação dos filhos e, ao mesmo tempo, o dever de assegurá-las. Enquanto estreitamente funcionalizado ao interesse do menor e à formação de sua responsabilidade, o exercício do poder familiar evolui no curso da formação da personalidade. Na medida em que o menor desenvolve sua capacidade de escolha, o poder familiar reduz-se proporcionalmente, findando quando atinge seu limite temporal.¹⁰⁴

A Constituição Federal traz no art. 229 a idéia desse poder-dever existente entre pais e seus filhos: “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.”

A necessidade dessa proteção por meio de dispositivos legais, que é delegada a criança logo no seu nascimento, se torna necessária para que além dos aspectos morais que envolvem as relações entre pais e filhos, sejam impostos esses deveres aos pais resguardando assim os direitos daqueles que precisam de cuidados e proteção para o seu desenvolvimento sadio.

¹⁰³ COMEL, Diego. D. **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 96.

¹⁰⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito de família e o novo Código Civil**. 4. ed. 2. Tir. Ver. Atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.p. 156.

Em relação à proteção dos pais aos seus filhos, devem-se mencionar alguns dispositivos importantes contidos na Constituição Federal, Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente que favorecem o filho:

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

Art. 1.634 (CC)- Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
I - dirigir-lhes a criação e educação;
II - tê-los em sua companhia e guarda;
(...)

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

São inúmeros os dispositivos legais a fim de assegurar a convivência dos filhos com os pais, entretanto não é suficiente apenas a existência destas normas para que sejam cumpridas, verifica-se a ausência de sanções a ser aplicadas aos pais que não cumpram os dispositivos legais mencionados.

Decorrente desta falta do pai na vida do filho se torna necessário a aplicação de uma reparação civil contra a figura do pai em decorrência de sua ausência, rejeição ou desprezo que teve com o seu filho, logo quando este nos primeiros passos de sua vida mais necessitou de sua lição, seu afeto e sua proteção.

Na visão de Azevedo¹⁰⁵ considera que:

O descaso entre pais e filhos é algo que merece punição, é abandono moral grave, que precisa merecer severa atuação do Poder Judiciário, para que se preserve não o amor ou a obrigação de amar, o que seria impossível, mas a responsabilidade ante o descumprimento do dever de cuidar, que causa o trauma moral da rejeição e da indiferença.

Em vista disso, não há mais possibilidades de se admitir condutas omissas destes pais que renunciam o direito e dever de convivência com o seu

¹⁰⁵ MELO, Nehemias Domingos de. **Abandono moral: fundamentos da responsabilidade civil.** Direito Net. 28/01/2005. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1911/Abandono-moral-Fundamentos-da-Responsabilidade-Civil>>. Acesso em: 01 jun. 2009.

próprio filho por motivos menores. É necessária sim que haja uma reparação civil adequada ao filho pelo dano que sofreu.

Na seqüência estão os pressupostos da reparação civil por abandono afetivo:¹⁰⁶

- a) omissão do pai abandonônico: quando abandona afetivamente sua prole;
- b) resultado danoso: dano moral como corolário da ofensa aos direitos da personalidade do filho, que passa a sofrer transtornos psíquicos e problemas na interação social face à permanência do sentimento de rejeição contraído na infância;
- c) nexa causal: danos vivenciados pelos filhos como resultado efetivo da conduta omissiva do pai. Logo, se os primeiros sinais psicológicos começaram a se manifestar antes do abandono afetivo, como efeito sintomático de problemas individuais ou sociais, não se pode imputar responsabilidade alguma ao genitor – a menos que a ruptura da convivência tenha servido de agravante a esse estado;
- d) culpa: o elemento culposo pode decorrer da negligência (culpa stricto sensu) ou da atitude deliberada do pai (dolo). Excludentes: ignorância pelo genitor da relação parental; fixação de domicílio em localidade remota; superveniência de doenças graves que o impeçam de manter contato com os filhos, a bem da saúde destes; obstáculos impostos pelo genitor guardião à realização de visitas.

Alguns doutrinadores são favoráveis a indenização pelo dano que sofre o filho em decorrência da omissão na conduta do pai. Para Lôbo¹⁰⁷

O artigo 226 da Constituição não se resume ao cumprimento do dever de assistência material. Abrange também a assistência moral, que é dever jurídico cujo descumprimento pode levar à pretensão indenizatória. [...] o abandono afetivo nada mais é que inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade.

Na concepção de Amaral¹⁰⁸ em relação a indenizar casos de abandono afetivo, ele diz: “é uma maneira de ensinar, que as relações afetivas e familiares geram direitos e deveres para as pessoas nelas envolvidas e que essas relações têm que ser alvo de intensos cuidados.”

¹⁰⁶ GODOY, Márcio. **Responsabilidade civil por abandono afetivo**. 19/02/2008. Disponível em: <<http://www.euvoupassar.com.br/visao/artigos/completa.php?id=603>>. Acesso em 02 jun. 2009.

¹⁰⁷ LÔBO, 2008. p. 284.

¹⁰⁸ AMARAL, Sylvania Maria Mendonça do. Humanização do Direito: Monetizar as relações não é impor preço ao afeto. **Revista Consultor Jurídico**, 28 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/static/text/66653?diplay_mode=print>. Acesso em: 01 jun. 2009.

Nesse mesmo sentido, Pereira¹⁰⁹ cita que “[...] como não é possível obrigar ninguém a dar afeto, a única sanção possível é a reparatória. Não estabelecer tal sanção aos pais significa premiar a irresponsabilidade e o abandono paterno.”

A omissão da figura paterna na vida do filho acarreta prejuízos imensuráveis e infringe normas constitucionais, todavia não dá mais para permitir estas condutas ilícitas.

A justiça continuando admitir estas omissões vergonhosas, sem que haja punições severas a estes pais que na verdade não são pais, estará deixando o lado justo para traçar o caminho da injustiça.

4.3 TÓPICO DE JURISPRUDÊNCIA: HIPÓTESE DE DANO EXTRAPATRIMONIAL PELO ABANDONO AFETIVO

O abandono afetivo é um tema que vem sendo difundido em todos os tribunais do país, trata-se de um assunto relativamente recente e que tem gerado muita polêmica entre os estudiosos do direito, principalmente no que se refere à reparação civil com o dever de indenizar por parte dos genitores ao filho abandonado.

Alguns Tribunais já se manifestaram a favor deste pleito. A decisão da 2ª Vara da Comarca de Capão da Canoa/RS estabelece:

Processo nº 141/1030012032-0 – Ação de Indenização
Comarca de Capão da Canoa
2ª Vara

Juiz de Direito: Mario Romano Maggioni

Data: 15 de setembro de 2003

Ação de indenização. Dano moral. Revelia. Dever moral e legal do pai de prestar afeto, carinho e amor ao filho. O não cumprimento de uma das obrigações inerentes à paternidade obriga o pagamento pelo requerido de indenização por danos morais. Sentença procedente. Vistos.¹¹⁰

¹⁰⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Nem só de pão vive o homem**: responsabilidade civil por abandono afetivo. IBDFAM, Belo Horizonte, 17 de março de 2008. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=392>>. Acesso em: 01 jun. 2009.

¹¹⁰ SENTENÇAS e Decisões de Primeiro Grau : Rio Grande do Sul / [publicada por] Poder Judiciário a Ajuris. jun. 1999. Porto Alegre : Departamento de Artes Gráficas, 1999. v.1. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/revista/Revista%20Sentenca%2012.pdf>>. Acesso em 02 jun. 2009.

Esta decisão que foi uma das primeiras a ser deferidas pelos nossos tribunais, caracterizou o abandono afetivo, gerando o dever de indenização do pai ao seu filho pela sua ausência, descaso e rejeição.

O magistrado ao proferir sua sentença, citou que a ausência do pai na vida do filho que está em fase de desenvolvimento, veio a causar danos a sua personalidade, por violar a sua honra e imagem, fato este que gera o dever de indenização. Sua manifestação foi nesse sentido:

A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se autoafirme. Desnecessário discorrer acerca da importância da presença do pai no desenvolvimento da criança. A ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho recém-nascido ou em desenvolvimento violam a sua honra e a sua imagem. Basta atentar para os jovens drogados e ver-se-á que grande parte deles derivam de pais que não lhe dedicam amor e carinho; assim também em relação aos criminosos. De outra parte se a inclusão no SPC dá margem à indenização por danos morais pois viola a honra e a imagem, quanto mais a rejeição do pai.¹¹¹

Na seqüência fundamentou sua decisão, com alicerces no art. 5º, X, da Constituição Federal/88 e também no artigo 22 da Lei n.º 8.069/90 para condenar o acusado:

III – Face ao exposto, Julgo procedente a ação de indenização proposta por D. J. A. contra D. V. A., forte no art. 330, II, e no art. 269, I, do CPC, c/c com o art. 5º, X, da Constituição Federal e art. 22 da Lei nº 8.069/90 para condenar o demandado ao pagamento de R\$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais), corrigidos e acrescidos de juros moratórios a partir da citação. Condeno o demandado ao pagamento das custas processuais e honorários do patrono da parte adversa que arbitro em 10% sobre o valor da condenação a teor do art. 20, § 3º do Código de Processo Civil, ponderado o valor da causa e ausência de contestação.¹¹²

Assim, o magistrado emitiu sua decisão determinando que o pai deve pagar uma indenização para a filha no valor de R\$ 48.000,00 reais pelo abandono afetivo que sofreu pela ausência do pai na sua vida. Esta decisão não foi contestada, e o pai foi condenado à revelia com a sentença transitada em julgado.

¹¹¹SENTENÇAS, 1999.

¹¹²Ibid.

Mais casos de indenização por abandono afetivo surgiram em outros Tribunais. Na 31ª Vara Cível da Comarca de São Paulo, o magistrado condenou um pai a pagar à filha indenização no valor de R\$ 50 mil (cinquenta mil reais) para reparação de dano moral e custeio do tratamento psicológico dela, que foi constatado por meio de uma perícia técnica, que a jovem apresentava conflitos, dentre os quais de identidade, deflagrados pela rejeição do pai. Ela deixou de conviver com ele ainda com poucos meses de vida, quando o pai separou-se da mãe. Ele constituiu nova família e teve três filhos.¹¹³

Conforme jurisprudência a seguir:

DECISÃO MONOCRÁTICA QUE CONDENOU UM PAI A PAGAR INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS À SUA FILHA POR ABANDONO. A par da ofensa à integridade física (e psíquica) decorrente de um crescimento desprovido do afeto paterno, o abandono afetivo se apresenta também como ofensa à dignidade da pessoa humana, bem jurídico que a indenização do dano moral se destina a tutelar. Para que o réu seja condenado a indenizar o dano moral por ele causado à autora não seria necessário que se demonstrasse que o requerido é o único culpado pelos dramas e conflitos atuais da autora, embora afinal não haja prova de nenhuma outra explicação para o estado psicológico atual da requerente além do abandono afetivo de que foi vítima por culpa do réu. Basta que se constate, como se constatou, o abandono de responsabilidade do requerido. Os autos não contêm apenas demonstração de problemas psicológicos de uma filha. Mostram também uma atitude de alheamento de um pai, com o que o réu não está sendo condenado apenas porque sua filha tem problemas, e sim porque deliberadamente se esqueceu da filha. Isto posto, julgo parcialmente procedente a ação, para condenar o réu a pagar à autora a quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), com atualização monetária a partir da data desta sentença e juros de mora desde a citação, para reparação do dano moral, e ao custeio do tratamento psicológico da autora, a ser apurado em liquidação. Condeno o réu ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 15% (quinze por cento) do valor atualizado da parte líquida da condenação, o que já leva em conta a sucumbência da requerente. (31ª Vara Cível Central de São Paulo. Autos nº01.036747-0. Juiz Luis Fernando Cirillo. São Paulo, 05 de junho de 2004. Publicado em 26 de junho de 2004)¹¹⁴

O magistrado salientou em sua sentença que

A decisão da demanda depende necessariamente do exame das circunstâncias do caso concreto, para que se verifique primeiro, se o réu teve efetivamente condições de estabelecer relacionamento afetivo maior do que a relação que afinal se estabeleceu e, em segundo lugar, se as

¹¹³BOLETIM INFORMATIVO. Nº 737. 02/08/2005. Disponível em: <<http://www.nacionaldedireito.com.br/boletins/boletim737.htm>>. Acesso em 02 jun. 2009.

¹¹⁴http://www.r2learning.com.br/_site/artigos/curso_oab_concurso_artigo_1515_O_afeto_face_ao_P_rincipio_da_Dignidade_da_Pessoa_H

vicissitudes do relacionamento entre as partes efetivamente provocaram dano relevante à autora.¹¹⁵

Nessa situação se averiguou as circunstâncias em que o pai praticou o abandono afetivo, referente à possibilidade da relação e se houve realmente o nexo de causalidade entre a conduta ilícita praticada pelo pai e o dano que sofreu sua filha.

Neste diapasão se manifestou o Tribunal de Justiça de São Paulo:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. AUTOR ABANDONADO PELO PAI DESDE A GRAVIDEZ DE SUA GENITORA E RECONHECIDO COMO FILHO SOMENTE APÓS PROPOSITURA DE AÇÃO JUDICIAL. DISCRIMINAÇÃO EM FACE DOS IRMÃOS. ABANDONO MORAL E MATERIAL CARACTERIZADOS. ABALO PSÍQUICO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO PARA ESTE FIM. Se o pai não alimenta, não dá amor, é previsível a deformação da prole. Isso pode acontecer, e acontece, com famílias regularmente constituídas. Não se trata de aferir humilhações no decorrer do tempo. Ninguém é obrigado a amar o outro, ainda que seja o próprio filho. Nada obstante, a situação é previsível, porém, no caso da família constituída, ninguém, só por isso, requer a separação; ocorre que, na espécie, o abandono material e moral, é atitude consciente, desejada, ainda que obstada pela defesa do patrimônio, em relação aos outros filhos - o afastamento, o desamparo, com reflexos na constituição de abalo psíquico, é que merecem ressarcidos, diante do surgimento de nexo de causalidade". (Apelação 552.574-4/4-00, da Oitava Câmara de Direito Privado. TJ/SP. Relator Des. Caetano Lagrasta. DJ 17 mai. 2008)¹¹⁶

Acima o julgado traz que a ausência do pai na vida do filho, o privando do alimento, do amor, acarretará prejuízos imensuráveis para sua formação, e deve, portanto ser indenizado pelo não cumprimento do dever que a este foi imposto.

Acerca da possibilidade de dano pela ausência do pai na vida do filho, Dias¹¹⁷ se manifesta no sentido de que "o distanciamento entre pais e filhos produz seqüelas de ordem emocional e reflexos no seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida."

De Belo Horizonte no Estado de Minas Gerais vem o caso de maior relevância sobre o tema de abandono afetivo. Lá o magistrado da 19ª Vara Cível

¹¹⁵ CUNHA, Márcia Helena Ferreira da. **O feto face ao princípio da dignidade da pessoa humana e seus efeitos jurídicos no direito de família.** Disponível em: <<http://www.nacionaldedireito.com.br/boletins/boletim737.htm>>. Acesso em 02 jun. 2009.

¹¹⁶ CUNHA, 2009.

¹¹⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 106.

julgou improcedente o pedido realizado na inicial pelo filho em que pleiteava uma indenização por danos morais contra seu pai.

Ocorre que o autor interpôs o recurso de apelação a Sétima Câmara Cível do já extinto Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, que fez o reexame da matéria e deu provimento ao recurso para condenar o recorrente ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais), entendendo configurado nos autos o dano sofrido pelo autor em sua dignidade, bem como a conduta ilícita do genitor, ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio com o filho e com ele formar laços de paternidade.¹¹⁸

Assim dispõe a sua ementa:

EMENTA - INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - RELAÇÃO PATERNO-FILIAL - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE - A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno (dano - art.186), que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável (responsabilidade civil subjetiva - art. 927), com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. (Apelação Cível 2.0000.00.408550-5/000(1), da Sétima Câmara Cível. TJ/MG. Relator Des. Unias Silva. DJ 29 abr. 2004)¹¹⁹

O voto do relator do processo foi no seguinte sentido:

A relação paterno-filial em conjugação com a responsabilidade possui fundamento naturalmente jurídico, mas essencialmente justo, de se buscar compensação indenizatória em face de danos que pais possam causar a seus filhos, por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles é negada a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna ou materna concretas, acarretando a violação de direitos próprios da personalidade humana, magoando seus mais sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social, o que, por si só, é profundamente grave. [...] Assim, ao meu entendimento, encontra-se configurado nos autos o dano sofrido pelo autor, em relação à sua dignidade, a conduta ilícita praticada pelo réu, ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio e educação, a fim de, através da afetividade, formar laço paternal com seu filho, e o nexos causal entre ambos.¹²⁰

Ou seja, após ter sido negado o pedido de indenização feito pelo filho na instância de primeiro grau, este recorreu apelando ao Tribunal de Minas Gerais e lá

¹¹⁸RESPONSABILIDADE CIVIL. **Recurso especial nº 757.411 - MG (20050085464-3)**. Disponível em:< <http://portojuridico.com.br/acordaos/jur0010.htm>>. Acesso em 02 jun. 2009.

¹¹⁹CUNHA, 2009.

¹²⁰ APASE – Associação de pais e mães separados. **Danos Morais**. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/83007-danomoral.htm>>. Acesso em 02 jun. 2009.

teve suas pretensões acolhidas com o provimento do recurso alterando a decisão anterior, e condenando o pai a indenizar pelo abandono.

Todavia o próximo e último capítulo do processo por abandono afetivo do Estado de Minas Gerais veio a ser decidido por meio de recurso especial impetrado pelo pai no Superior Tribunal de Justiça contra a decisão de segundo grau que o condenou a indenizar seu filho.

O acórdão abaixo determinou essa questão:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS.

IMPOSSIBILIDADE.

1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.

2. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 757.411/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 29/11/2005, DJ 27/03/2006 p. 299)¹²¹

Essa sentença apesar de ter sido reformada pelo Superior Tribunal de Justiça não foi unânime, tendo o Ministro Monteiro votado pelo dever de indenizar do pai para com o filho decorrente do abandono afetivo que comprovadamente sofreu. Conforme o voto que segue:

RECURSO ESPECIAL Nº 757.411 - MG (2005/0085464-3)

VOTO-VENCIDO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO:

Sr. Presidente, rogo vênias para dissentir do entendimento manifestado por V. Exa. e pelos eminentes Ministros Aldir Passarinho Junior e Jorge Scartezzini.

O Tribunal de Alçada de Minas Gerais condenou o réu a pagar 44 mil reais por entender configurado nos autos o dano sofrido pelo autor em sua dignidade, bem como por reconhecer a conduta ilícita do genitor ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio e afeto com o filho, deixando assim de preservar os laços da paternidade. Esses fatos são incontroversos. Penso que daí decorre uma conduta ilícita da parte do genitor que, ao lado do dever de assistência material, tem o dever de dar assistência moral ao filho, de conviver com ele, de acompanhá-lo e de dar-lhe o necessário afeto.

Como se sabe, na norma do art. 159 do Código Civil de 1916, está subentendido o prejuízo de cunho moral, que agora está explícito no Código novo. Leio o art. 186:

"Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

¹²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 757411 / MG**. 4ª Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Julgado em 29/11/2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=abandono+afetivo&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2#>>. Acesso em: 02 jun. 2009.

Creio que é essa a hipótese dos autos. Haveria, sim, uma excludente de responsabilidade se o réu, no caso o progenitor, demonstrasse a ocorrência de força maior, o que me parece não ter sequer sido cogitado no acórdão recorrido. De maneira que, no caso, ocorreram a conduta ilícita, o dano e o nexo de causalidade. O dano resta evidenciado com o sofrimento, com a dor, com o abalo psíquico sofrido pelo autor durante todo esse tempo.

Considero, pois, ser devida a indenização por dano moral no caso, sem cogitar de, eventualmente, ajustar ou não o **quantum** devido, porque me parece que esse aspecto não é objeto do recurso.

Penso também, que a destituição do poder familiar, que é uma sanção do Direito de Família, não interfere na indenização por dano moral, ou seja, a indenização é devida além dessa outra sanção prevista não só no Estatuto da Criança e do Adolescente, como também no Código Civil anterior e no atual.

Por essas razões, rogando vênias mais uma vez, não conheço do recurso especial.¹²²

Mesmo diante da negatória em reconhecer o abandono afetivo como se pode verificar o voto vencido do ministro Monteiro abriu precedentes para os demais casos com esse teor e fortaleceu a corrente que defende a reparação civil como forma de punição a aquele pai que agiu ou se omitiu ilicitamente das suas obrigações frente a seu filho, gerando neste um dano psíquico irreparável.

Por ter sido o primeiro caso a chegar para julgamento no Superior Tribunal de Justiça sobre abandono afetivo, uma matéria recente e que tem merecido muita atenção, por tratar-se de um assunto tão delicado que envolve pai e filho, esta decisão foi de grande importância para o direito.

Afinal, presente nas relações familiares modernas, o vínculo afetivo que mantém um pai unido ao seu filho, gera o dever de criar, dar amor, proteger, educar para que ocorra o seu desenvolvimento completo.

Acerca do que foi dito, Dias¹²³ cita que:

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

¹²²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 757.411 - MG (2005/0085464-3)**. Relator: Min. Barros Monteiro. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2179177&sReg=200500854643&sData=20060327&sTipo=52&formato=PDF>. Acesso em 02 jun. 2009.

¹²³ DIAS, 2006. p. 107.

Deste modo, a ofensa que sofre o filho com a ausência do seu pai, gera um dano irreparável a sua personalidade, pois a este faltará à proteção, amor, amizade, educação, instrução daquele que deveria servir como exemplo desde os primeiros passos, ajudando a tomar decisões, definir parâmetros para haja o desenvolvimento sadio e por inteiro da sua personalidade.

Essa conduta ilícita praticada pelo pai contra seu filho infringe todos os princípios morais e éticos da família, como é o caso da afetividade, dignidade da pessoa humana, solidariedade, melhor interesse da criança, dentre outros e, portanto necessita da atuação da justiça para que se restabeleça o equilíbrio nestas relações familiares, afim de que o dano seja reparado.

5 CONCLUSÃO

A pesquisa desenvolvida ao longo do presente trabalho, embora com a intenção de aprofundar o assunto, não conseguiu esgotar o tema, pois além do que foi exposto, ainda seria possível apresentar várias considerações em cada um dos capítulos da presente Monografia. No entanto, o que foi considerado relevante para os objetivos propostos foi abordado.

O abandono afetivo tem ocorrido constantemente nas relações familiares que envolvem pais e filhos, razão pela qual se faz necessário difundí-lo com o intuito de minimizar os efeitos que ele ocasiona na vida do filho que sofre o dano.

Discutiu-se na presente pesquisa a possibilidade de reparação civil por abandono afetivo, caso pelo qual o pai deve indenizar o seu filho pela ausência na sua vida por motivos menores, quando este mais necessita da figura paterna junto de si para atingir seu desenvolvimento sadio.

Nos capítulos desta monografia, foram abordados a história da família no mundo com suas formas existentes, o conceito atual da família no Brasil, os princípios constitucionais ligados a matéria e a filiação no código civil de 2002 trazendo conceitos, espécies, presunções de paternidade e a relação de paternidade e afetividade.

Após trouxe a responsabilidade civil, na sua evolução histórica, em seus conceitos, nos elementos necessários para a responsabilidade civil bem como a conduta, o nexo, o dano e a culpa e por fim analisou o elemento culpa como accidental e a responsabilidade objetiva.

Por fim, apresentou a afetividade como amálgama nas relações de família, o dever de convivência e o abandono afetivo.

Neste norte analisou-se os julgados pertinentes à matéria identificando de que forma os tribunais tem decidido acerca do assunto. Note-se que a análise do caso concreto tem o condão de identificar quando e como o abandono afetivo pode realmente ser identificado e principalmente se há a configuração do dano extrapatrimonial pelo abandono afetivo sofrido.

Constata-se na presente pesquisa inúmeras razões que apontam a necessidade de uma proteção jurídica eficaz para estes casos de abandono afetivo.

Pretende-se, portanto, esclarecer e divulgar o tema do presente trabalho para que desta forma seja possível identificar as reais possibilidades de configuração do abandono afetivo. Ressalte-se, por oportuno, que a intenção é a busca de um entendimento uniforme, que estabeleça e regulamente o dever de indenizar os casos reconhecidamente decorrentes de abandono afetivo praticado por pais ausentes na vida de seus filhos.

REFERÊNCIAS

APASE – Associação de pais e mães separados. **Danos Morais**. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/83007-danomoral.htm>>. Acesso em 02 jun. 2009.

AMARAL, Francisco. Direito civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

AMARAL, Sylvia Maria Mendonça do. Humanização do Direito: Monetizar as relações não é impor preço ao afeto. **Revista Consultor Jurídico**, 28 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/static/text/66653?diplay_mode=print>. Acesso em: 01 jun. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**. 8ª edição. São Paulo: Freitas Bastos, 1956.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BOLETIN INFORMATIVO. Nº 737. 02/08/2005. Disponível em: <<http://www.nacionaldedireito.com.br/boletins/boletim737.htm>>. Acesso em 02 jun. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 757411 / MG**. 4ª Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Julgado em 29/11/2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=abandono+afetivo&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2#>>. Acesso em: 02 jun. 2009.

_____. Código civil (2002). **Código civil e constituição federal**. 59 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 757.411 - MG (2005/0085464-3)**. Relator: Min. Barros Monteiro. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2179177&sReg=200500854643&sData=20060327&sTipo=52&formato=PDF>. Acesso em 02 jun. 2009.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. ver. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Programa de responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. **Família, separação e mediação: uma visão psicojurídica**. São Paulo: Método, 2007. p.65.

COMEL, Diego. D. **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**, Rio de Janeiro: Forense, 1972. v. 10.

CUNHA, Márcia Helena Ferreira da. **O afeto face ao princípio da dignidade da pessoa humana e seus efeitos jurídicos no direito de família**. Disponível em: <<http://www.nacionaldedireito.com.br/boletins/boletim737.htm>>. Acesso em 02 jun. 2009.

DIAS, Bianca Gabriela Cardoso; COSTA, Maria da Fé Bezerra da. **Abandono afetivo nas novas ordens constitucional e civil: as conseqüências jurídicas no campo da responsabilização**. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/campos/maria_da_fe_bezerra_da_costa.pdf>. Acesso em: 25 maio 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual de direito das famílias**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v.1.

_____. **Da responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v 1.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 18. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. 5 v.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 12 ed. atual. De acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 1998, v.7.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 13 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995.

FERREIRA; Aurélio Buarque de Holanda. **Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa**. 10 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. responsabilidade civil 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v.2.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: Guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008.

GODOY, Márcio. **Responsabilidade civil por abandono afetivo**. 19/02/2008. Disponível em: <<http://www.euvoupassar.com.br/visao/artigos/completa.php?id=603>>. Acesso em 02 jun.2009.

GOMES, Luis Fernando Ferreira. Os efeitos do enunciado nº 301 da Súmula do STJ: presunção de paternidade ou simples vestígio da verdade?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1524, 3 set. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10345>>. Acesso em: 02 jun. 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 9 ed. rev. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEVY, Laura Affonso da Costa. **Investigação de paternidade no direito moderno: direitos, limites e possibilidades**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/12146/1/a-investigacao-da-paternidade-no-direito-moderno-direito-limites-e-possibilidades/pagina1.html>>. Acesso em: 18 maio 2009.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. São Paulo: Forense, 1960.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Famílias.** São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752>>. Acesso em: 11 maio 2009.

_____. **Direito de família e o novo Código Civil.** 4. ed. 2. Tir. Ver. Atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil.** 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1995.

LOTUFO, Maria Alice Zaratín. **Curso avançado de direito civil: direito de família.** São Paulo: Revista dos tribunais, 2002. v. 5.

MELO, Nehemias Domingos de. **Abandono moral: fundamentos da responsabilidade civil.** Direito Net. 28/01/2005. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1911/Abandono-moral-Fundamentos-da-Responsabilidade-Civil>>. Acesso em: 01 jun. 2009.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado.** 4. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1998. v. 9.

NOGUEIRA, Patrícia de. **Investigação de Paternidade.** Brasília, 2007

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito.** 8.ed. Florianópolis: OAB/SC, 2003.

PASQUINI, Luís Fernando Barbosa. O profissional liberal e sua responsabilidade civil na prestação de serviços. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1095, 1 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8574>>. Acesso em: 12 maio 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família.** 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Repensando o direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. **Nem só de pão vive o homem:** responsabilidade civil por abandono afetivo. IBDFAM, Belo Horizonte, 17 de março de 2008. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=392>>. Acesso em: 01 jun. 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Paternidade e sua prova. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, nº 71. São Paulo: 1995.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade** : aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Doutrina e Jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** São Paulo: Saraiva, 1980.

RESPONSABILIDADE CIVIL. **Recurso especial nº 757.411 - MG (2005/0085464-3).** Disponível em: < <http://portojuridico.com.br/acordaos/jur0010.htm>>. Acesso em 02 jun. 2009.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil.** 27. ed. atualizada por Francisco José Cahali; com anotações sobre o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6.

_____. **Direito civil.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família:** Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Direito Civil:** responsabilidade civil, 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado.** Volume 4: direito de família. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SAVATIER. **Traité de la Responsabilité Civile**. Paris: Sirey, 1939. v. 1.

SENTENÇAS e Decisões de Primeiro Grau : Rio Grande do Sul / [publicada por] Poder Judiciário a Ajuris. jun. 1999. Porto Alegre : Departamento de Artes Gráficas, 1999. v.1. Disponível em:
<<http://www.ajuris.org.br/revista/Revista%20Sentenca%2012.pdf>>. Acesso em 02 jun. 2009.

SEREJO, Lourival. **Direito Constitucional de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

VELOSO, Zeno. **Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.