



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
SABRINA REICHERT

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO
PARENTAL: A PROTEÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA À FAMÍLIA E O
RECONHECIMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS**

Palhoça
2011

SABRINA REICHERT

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO
PARENTAL: A PROTEÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA À FAMÍLIA E O
RECONHECIMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito
da Universidade do Sul de Santa Catarina,
como requisito parcial para a obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Patrícia Fontanella, Msc.

Palhoça

2011

SABRINA REICHERT

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO
PARENTAL: A PROTEÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA À FAMÍLIA E O
RECONHECIMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS**

Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito, da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Palhoça, 10 de junho de 2011.

Prof^a. Orientadora Patrícia Fontanella, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof^a. Fátima Mustafá
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Joel Irineu Lohn
Universidade do Sul de Santa Catarina

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO PARENTAL: A PROTEÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA À FAMÍLIA E O RECONHECIMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, 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, 10 de junho de 2011.

Sabrina Reichert

AGRADECIMENTOS

Agradeço, acima de tudo, a Deus, pelo dom da vida.

Agradeço aos meus pais, meus amores, pelo amor e dedicação de sempre, e à minha irmã Camila, por seus conselhos e por sua amizade.

Aos amigos Clélio e Mara, pelo auxílio e apoio imprescindíveis no início dessa caminhada acadêmica.

A todos os colegas de faculdade, pelos ótimos momentos passados juntos nestes cinco anos e meio de convivência quase diária.

À professora Patrícia Fontanella, pela orientação e pela ajuda na construção deste trabalho monográfico, e aos demais professores pelos conhecimentos compartilhados.

Ao Dr. Carlos Alberto Platt Nahas, pela oportunidade de ser sua estagiária e pelos brilhantes ensinamentos transmitidos, e à Dra. Lucilene dos Santos, igualmente pela oportunidade de estágio, que me fez despertar para o mundo jurídico.

Aos meus ex-colegas e colegas de estágio, em especial à Débora, pela prestatividade, pela compreensão, pelas conversas, pelos conselhos, enfim, pelo companheirismo e pela amizade nesta etapa final do curso.

A todos os meus amigos, por colorirem a vida, tornando-a mais prazerosa de se viver.

RESUMO

A presente monografia tem a sua área de interesse no Direito de Família, no instituto jurídico da Responsabilidade Civil e o seu escopo é o estudo da possibilidade de se condenar um pai ao pagamento de indenização por danos morais ao filho abandonado afetivamente, de forma voluntária e definitiva. Para isso, são analisados os princípios constitucionais norteadores do Direito de Família, tais como a Dignidade da Pessoa Humana, a Solidariedade Familiar, a Paternidade Responsável, a Afetividade, entre outros. O Estatuto da Criança e do Adolescente consagrou no direito pátrio a Doutrina da Proteção Integral, tendo em vista a situação peculiar de pessoa em desenvolvimento desses seres. Neste contexto, os pais têm o dever de prestar educação, assistência e de criarem seus filhos, bem como o filho tem o direito de ter a companhia de seu pai. O descaso do pai com a educação de seu filho, bem como a ausência paterna deliberada acarreta danos psíquicos ao pleno desenvolvimento da personalidade da criança. Sob esta perspectiva, a pesquisa direciona-se ao posicionamento doutrinário e jurisprudencial acerca da indenização por danos morais em face do abandono afetivo, com a apresentação de decisões de grande relevância para a compreensão do tema.

Palavras-chave: Dignidade da Pessoa Humana. Afetividade. Paternidade Responsável. Abandono afetivo. Dano moral.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	08
2 A FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	10
2.1 CONCEITO, ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA.....	10
2.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SEUS REFLEXOS NA FAMÍLIA.....	15
2.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA....	17
2.3.1 Princípio do respeito à dignidade da pessoa humana.....	18
2.3.2 Princípio da solidariedade.....	21
2.3.3 Princípio da igualdade jurídica entre os filhos	22
2.3.4 Princípio da paternidade e da maternidade responsável.....	24
2.3.5 A doutrina da proteção integral e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.....	25
2.3.6 Princípio da afetividade	27
2.4 PODER FAMILIAR: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS, EXTINÇÃO E SUSPENSÃO	28
3 RESPONSABILIDADE CIVIL: O ARRANJO SISTEMÁTICO NO BRASIL.....	34
3.1 CONCEITO E MODALIDADES.....	34
3.1.1 Responsabilidade civil e responsabilidade penal.....	36
3.1.2 Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva.....	38
3.1.3 Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual.....	41
3.2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL.....	42
3.3 DANO EXTRAPATRIMONIAL OU DITO MORAL	48
3.4 EXCLUDENTES DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR.....	51
4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO PARENTAL: A PROTEÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA À FAMÍLIA E O RECONHECIMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.....	56
4.1 O VALOR DO AFETO NAS RELAÇÕES FAMILIARES.....	56
4.2 A PROTEÇÃO JURÍDICA À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE: SERES EM FORMAÇÃO DE SUA PERSONALIDADE E MERECEDORES DE AFETO (DO DIREITO AO DEVER DE CONVIVÊNCIA FAMILIAR).....	58
4.3 O DANO MORAL CAUSADO PELA OMISSÃO DO AFETO.....	61

4.4 INDENIZAÇÃO PELO ABANDONO AFETIVO COMO ILÍCITO CIVIL E O PROJETO DE LEI DO SENADO N.700/2007	75
5 CONCLUSÃO.....	78
REFERÊNCIAS.....	81

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem a pretensão de desenvolver estudo sobre a responsabilidade civil nas relações familiares, especificamente no que concerne à possibilidade de indenização aos filhos menores de idade em decorrência do abandono afetivo paterno.

O tema ora em estudo teve como motivação o interesse da pesquisadora pelo Direito de Família e também pela temática da Responsabilidade Civil, áreas do direito que mais sofreram modificações e influências da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), haja vista o princípio da dignidade da pessoa humana e a possibilidade de indenização por danos morais, previstos, respectivamente, nos arts. 1º, inc. III e 5º, inc. X. Assim, a conjunção das duas áreas do direito mostrou-se muito interessante para a pesquisadora. Ademais, com a disciplina de Direito de Família ministrada pela Professora Patrícia Fontanella, teve-se a certeza de que no presente trabalho seriam abordadas estas duas áreas do Direito (família e responsabilidade civil).

A CRFB/88 é um marco para todos aqueles que visam um estudo sério sobre a família no ordenamento jurídico brasileiro. A Lei Maior garantiu à família, base da sociedade, a especial proteção do Estado (art. 226). Nela, destacam-se, entre outros, o princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º).

Em 1990, com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), consagrou-se no direito pátrio a Doutrina da Proteção Integral. Com ela, a cada direito do filho corresponde um dever do pai, visando, com isso, dar efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana, considerando a situação peculiar da pessoa em desenvolvimento.

O Código Civil de 2002, por sua vez, estabelece, no art. 186, que *“aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”*.

Nesse sentido, questiona-se se: é possível falar-se em indenização por dano moral ao filho abandonado afetivamente, de forma voluntária e definitiva pelo genitor?

Nesse contexto, o trabalho justifica-se por ser o tema atual e de relevância social, que vem acarretando discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Assim sendo, a presente pesquisa acadêmica servirá ao esclarecimento acerca da matéria.

O trabalho tem como objetivo geral analisar a possibilidade de se condenar o genitor a compensar os danos do abandono afetivo voluntário e definitivo de seu filho, faltando-lhe com o dever de educação e convívio impostos na CRFB/88, no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), no Código Civil Brasileiro, bem como à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e da afetividade.

Como objetivos específicos destacam-se: dissertar acerca da evolução histórica da família no Direito Brasileiro, bem como proceder à análise dos princípios constitucionais que norteiam o Direito de Família, com as alterações sofridas na matéria com a promulgação da CRFB/88; caracterizar os tipos de responsabilidade civil à luz do Código Civil e analisar a possibilidade de se responsabilizar os pais pelo abandono afetivo voluntário e definitivo de seus filhos, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, da afetividade, da paternidade responsável e da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente.

O trabalho foi dividido em cinco capítulos. No primeiro é a presente introdução, seguindo-se pelo desenvolvimento e, por fim, a conclusão da pesquisa.

No segundo capítulo, o trabalho trata da família no ordenamento jurídico brasileiro, tecendo noções acerca do conceito, origem, evolução histórica, dos reflexos da CRFB/88 na seara da família. Também são abordados os principais princípios constitucionais que norteiam o Direito de Família, bem como o instituto do poder familiar.

Na sequência, o terceiro capítulo trata das modalidades de responsabilidade, dos pressupostos da responsabilidade civil extracontratual, do dano moral e das excludentes da obrigação de indenizar.

O quarto capítulo aborda a responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo parental, com enfoque no valor do afeto nas relações familiares, na proteção jurídica à criança e ao adolescente, no dano causado pela omissão do afeto e no abandono afetivo como ilícito civil e o Projeto de Lei do Senado nº 700 de 2007.

Utilizou-se, para o desenvolvimento da presente pesquisa monográfica, o método dedutivo, partindo-se do conceito geral de responsabilidade civil, para posteriormente enquadrá-la nas relações familiares, especialmente na questão do abandono afetivo, baseando-se na análise dos princípios constitucionais que cercam a matéria. Ainda, aplicou-se a técnica de pesquisa bibliográfica, por meio de consulta à legislação brasileira, doutrina e jurisprudência pátrias, bem como artigos de periódicos especializados.

2 A FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Abordar-se-á, neste capítulo inicial, sobre a família no ordenamento jurídico brasileiro, destacando-se alguns conceitos e aspectos da sua evolução histórica. Falar-se-ão, também, de alguns princípios constitucionais norteadores do Direito de Família e do conceito e características do instituto do poder familiar.

2.1 CONCEITO, ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA

Inexiste, no ordenamento jurídico brasileiro, um conceito legal de família. Assim, pelo fato de o Código Civil não conceituar o instituto da família, a doutrina tem liberdade de fazê-lo, pelo que se observa diversos conceitos, uns mais amplos, outros mais restritivos.

Nesse sentido, preleciona Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 1):

Em qualquer aspecto em que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado. A Constituição Federal e o Código Civil a ela se reportam e estabelecem a sua estrutura, sem no entanto defini-la, uma vez que não há identidade de conceitos tanto no direito como na sociologia.

Nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa (2005, p. 18), a família pode ser vista sob dois aspectos: o amplo e o restrito.

Desse modo, importa considerar a família em um *conceito amplo*, como parentesco, ou seja, o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Nesse sentido, compreende os ascendentes, descendentes e colaterais de uma linhagem, incluindo-se os ascendentes, descendentes e colaterais do cônjuge, que se denominam parentes por afinidade ou afins. Nessa compreensão, inclui-se o cônjuge, que não é considerado parente. Em sentido restrito, família compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder. Nesse particular, a Constituição federal estendeu sua tutela inclusive para a entidade familiar formada por apenas um dos pais e seus descendentes, a denominada família monoparental, conforme disposto no § 4º do art. 226: “*Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes*”.

No mesmo sentido é a lição de Guaraci de Campos Vianna (2004, p. 227): “A palavra ‘família’, usada no sentido estrito, especial, compreende quaisquer dos ascendentes e seus filhos, e tomada em um sentido geral, compreende todos os parentes”.

Assim, pelos conceitos e significados acima, percebe-se que a família pode designar tanto um agrupamento constituído apenas pelo pai, mãe e seu filho, bem como aquele abrangido por todos os parentes e agregados, ascendentes, descendentes, em linha reta e colateral.

Para o presente estudo, usar-se-á o termo família no seu sentido restrito, que nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 2), “é a denominada pequena família, porque o grupo é reduzido ao seu núcleo essencial: pai, mãe e filhos, correspondendo ao que os romanos denominavam *domus*”.

Sobre a família em sentido estrito, preleciona Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 20):

Na verdade, em senso estrito, a família se restringe ao grupo formado pelos pais e filhos. Aí se exerce a autoridade paterna e materna, participação na criação e educação, orientação para a vida profissional, disciplina do espírito, aquisição dos bons ou maus hábitos influentes na projeção social do indivíduo. Aí se pratica e desenvolve em mais alto grau o princípio da solidariedade doméstica e cooperação recíproca.

Como se vê, é na família que o ser humano na tenra idade se desenvolve e forma a sua personalidade, com a influência dos pais, pelos seus bons ou maus hábitos.

Esclarece Sílvio de Salvo Venosa (2005, p. 19) que “entre os vários organismos sociais e jurídicos, o conceito, a compreensão e a extensão de família são os que mais se alteraram no curso dos tempos”. Nas civilizações antigas, como a assíria, hindu, egípcia, grega e romana, o conceito de família era amplo, ao contrário dos dias atuais, que se limita essencialmente no âmbito quase exclusivo de pais e filhos menores que vivem no mesmo lar. (VENOSA, 2005, p. 19).

José Sebastião de Oliveira (2002, p. 81), acerca do tema, assevera:

Como se nota, é impossível atribuir ao conceito de família um valor atemporal. Trata-se de conceito que varia no tempo que se amolda à realidade dos destinatários da lei. Ele reflete as mudanças que atestam ou afirmam sua evolução na seara jurídica.

Destarte, considerando que não se tem como dissociar o conceito de família do aspecto temporal, passar-se-á à análise sobre a origem e evolução da família.

Acerca da origem da família, observa Maria Berenice Dias (2007, p. 27) que “vínculos afetivos não são uma prerrogativa da espécie humana. O acasalamento sempre existiu entre os seres vivos, seja em decorrência do instinto de perpetuação da espécie, seja pela verdadeira aversão que todas as pessoas têm à solidão”.

A referida autora explica, ainda, que a família formou-se de maneira espontânea no meio social e que “[...] preexiste ao Estado e está acima do direito”. (DIAS, 2007, p. 27).

No mesmo sentido, orienta-se o entendimento de Guaraci de Campos Vianna (2004, p. 226):

A família é a instituição mais antiga. Não se conheceu sociedade alguma sem família. A natureza e o desenvolvimento da família lançam raízes profundas nas condições fisiológicas da união, reprodução e educação humanas. É fato incontroverso que o homem nunca poderia ter vivido em estado de isolamento. É fundamental à sociedade humana o fim da integração. O indivíduo, ao nascer, encontra-se logo no círculo da família, cuja influência na formação de seu caráter é muitas vezes decisiva para toda a sua conduta.

A explicação da origem da família está envolta de incertezas, como afirma Fábio Ulhoa Coelho. Segundo o autor, há uma teoria, conforme os estudos de Friedrich Engels, de que “no início da sociedade humana, a espécie vivia na mais completa promiscuidade. Todos se guiavam exclusivamente pelos desejos e faziam sexo sem observar qualquer interdição”. (COELHO, 2010, p. 16).

Destacam-se das palavras de Friedrich Engels (2002, p. 31):

O estudo da história primitiva revela-nos, ao invés disso, um estado de coisas em que os homens praticam a poligamia e suas mulheres a poliandria, e em que, por consequência, os filhos de uns e outros tinham que ser considerados comuns. Reconstituindo retrospectivamente a história da família, Morgan chega, de acordo com a maioria de seus colegas, à conclusão de que existiu uma época primitiva em que imperava, no seio da tribo, o comércio sexual promíscuo, de modo que cada mulher pertencia igualmente a todos os homens e cada homem a todas as mulheres.

Neste diapasão, Sílvio de Salvo Venosa (2005, p. 19) conclui que no estado primitivo das civilizações, destacavam-se como prática comum as relações sexuais entre todos os membros (endogamia), resultando disso que, a mãe, sempre era conhecida; e o pai, na maioria das vezes, desconhecido. Desse modo, inicialmente, a família possuía um caráter matriarcal. Posteriormente, passaram a existir relações individuais com exclusividade (monogamia), e com isso, sendo o pai conhecido, passou-se ao exercício do poder paterno.

Com o passar do tempo, contudo, devido ao instinto de preservação da espécie, os homens passaram a dividir as tribos em clãs e a estabelecer regras de quem podia e quem não

podia manter relações sexuais. Assim, tem-se que a proibição do incesto foi a primeira lei da nossa organização social. (COELHO, 2010, p. 16).

Importa salientar, ainda, que essa teoria acerca da promiscuidade originária não está livre de críticas, pela dúvida se realmente existiu, conforme o entendimento de Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 24):

Não obstante a inegável autoridade dos que a sustentam, não é de todo imune às críticas a ocorrência de uma pretensa “promiscuidade” originária, defendida por Mac Lennan e Morgan, em que todas as mulheres pertenciam a todos os homens. Tal condição é incompatível com a idéia de exclusividade do ser humano e até mesmo de muitos irracionais, e contraditória com o desenvolvimento da espécie.

Por outro lado, a família antiga também restou muito bem retratada por Fustel de Coulanges na obra “A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma”.

De acordo com o autor, a família antiga unia-se por um laço em comum, que era a religião, exteriorizada por meio do culto aos mortos, considerados seres sagrados. Os parentes vivos acreditavam que os mortos sentiam fome e sede, e que por isso deveriam satisfazer as suas necessidades, oferecendo-lhes alimentos e bebidas, ritual chamado de “[...] religião da morte, cujos dogmas cedo desapareceram, continuando, no entanto, seus ritos até o advento do cristianismo”. (COULANGES, 2003, p. 24). Com efeito, os homens dessa época “[...] adoravam os mortos, sentiam medo e dirigiam-lhes preces”. (COULANGES, 2003, p. 26).

Já, na Antiguidade, há menos incertezas no que se refere à família, considerando os registros históricos a que se teve acesso. Destacava-se, em Roma, a figura do *pater*, que era o chefe da família. Segundo a doutrina de Fábio Ulhoa Coelho (2010, p. 17), as funções da família romana eram muito diferentes das que se conhece nos dias atuais:

Em primeiro lugar, ela era também a principal unidade de produção de bens. Comidas, roupas, móveis e tudo de que se necessitava para viver era produzido, em princípio, pela família. O trabalho acontecia dentro da família: nela incluíam-se os escravos. Além disso, era também o núcleo religioso. Cada família adorava seus próprios deuses e o pater era o sacerdote dos rituais. A cura das enfermidades e amparo na velhice eram atribuições exclusivas da estrutura familiar. Era na família igualmente que se desenvolvia, do início ao fim, a educação dos pequenos e a preparação do filho primogênito para a vida pública; não havia escolas ou universidades naquele tempo. Esposa e concubinas, assim como os filhos, irmãs solteiras e a mãe do pater moravam todos na mesma casa e estavam, a exemplo dos escravos, sob o pleno domínio dele. Os filhos podiam ser vendidos como escravos ou mortos, se assim o pater quisesse.

Como se vê, a família antiga agregava diversas funções, como a de produção de bens, trabalho, religião e educação dos filhos, entre outras, pelo que Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 15) afirma que “a família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional”.

Com o advento do Cristianismo, a família romana foi evoluindo no sentido de dar mais autonomia à mulher e aos filhos. Neste sentido, assevera Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 15):

Com o tempo, a severidade das regras foi atenuada, conhecendo os romanos o casamento *sine manu*, sendo que as necessidades militares estimularam a criação de patrimônio independente para os filhos. Com o Imperador Constantino, a partir do século IV, instala-se no direito romano a concepção cristã da família, na qual predominam as preocupações de ordem moral. Aos poucos foi então a família romana evoluindo no sentido de se restringir progressivamente a autoridade do *pater*, dando-se maior autonomia à mulher e aos filhos, passando estes a administrar os pecúlios castrenses (vencimentos militares).

Neste norte, César Fiuza (2006, p. 939) esclarece que “com o passar dos séculos, o poder desse *pater-familias* deixou de ser tão absoluto. Não obstante, a estrutura familiar continuou sendo extremamente patriarcal”. O autor afirma, ainda, que:

Com o tempo, porém, o patriarcalismo ocidental vê suas estruturas se balançarem, principalmente após as revoluções modernas e a vitória do livre pensar nos países democráticos. O golpe crucial é desferido pela Revolução Industrial, que tem início já no século XVIII. Com ela, a mulher se insere no mercado de trabalho, e a revolução na família começa. (FIUZA, 2006, p. 940).

Assim, segundo a melhor doutrina, conclui-se que a mudança dessa realidade só veio ocorrer com a Revolução Industrial, que culminou com um novo modelo de família. (VENOSA, 2005, p. 19-20).

José Sebastião de Oliveira (2002, p. 78) compartilha do mesmo entendimento:

A revolução industrial, que gerou as grandes concentrações urbanas e a inserção da mulher no mercado de trabalho – gerando sua emancipação em nível jurídico e econômico -, é, sem dúvida nenhuma, o grande marco mundial neste processo de evolução e que lançou reflexos sob todas as nações do mundo.

Da mesma forma, Maria Berenice Dias (2007, p. 28) confirma a importância que a Revolução Industrial teve para a entidade familiar, no sentido de que, outrora, a família tinha um núcleo hierarquizado e patriarcal, tendo se modificado apenas em decorrência da Revolução Industrial, na qual “a mulher ingressou no mercado de trabalho, deixando o

homem de ser a única fonte de subsistência da família, que se tornou nuclear, restrita ao casal e sua prole”.

E é sobre essa nova família que se abordará no presente trabalho, levando-se em consideração, sobretudo, os princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade.

2.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SEUS REFLEXOS NA FAMÍLIA

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988 (doravante chamada simplesmente de CRFB/88), é considerada pelos doutrinadores um marco jurídico da transição ao regime democrático, sendo que “alargou significativamente o campo dos direitos e garantias fundamentais, colocando-se entre as Constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito à matéria”. (PIOVESAN, 2007, p. 25).

Ainda segundo a autora:

A Carta de 1988 institucionaliza a instauração de um regime político democrático no Brasil. Introduce também indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. (PIOVESAN, 2007, p. 24).

Nesse norte, tem-se que a CRFB/88 trouxe muitas inovações, sendo, aliás, considerada um marco no Direito de Família, pelo que se fala, atualmente, em constitucionalização do Direito de Família. (OLIVEIRA, 2002).

São reconhecidas na CFRB/88 a família formada pelo casamento, civil ou religioso com efeitos civis (art. 226, §§ 1º e 2º), a formada pela união estável entre o homem e a mulher (art. 226, § 3º) e as famílias monoparentais. Estas últimas compreendidas como “a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, conforme previsão do art. 226, § 4º. (BRASIL, 1988).

Acerca do tema, José Afonso da Silva (2009, p. 853) conclui que “a entidade familiar fundada no casamento, portanto, não é mais a única consagrada pelo direito constitucional e, por consequência, pela ordem jurídica em geral”. E continua:

[...] Quantos sofrimentos passaram mães solteiras que, com seus filhos, eram marginalizadas pela sociedade e desprezadas pelo Estado, porque essa comunidade não era concebida como entidade familiar, porque o sistema constitucional só reconhecia a *família biparental*! O § 4º do art. 226 da CF veio harmonizar as normas

com os fatos, definindo como entidade familiar também a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Maria Helena Diniz (2007, p. 13) destaca a importância de perceber a família como uma possibilidade de convivência marcada pelo afeto e pelo amor, sendo o casamento apenas uma das formas de se constituir a família, considerando-se a adoção e também o fato de que muitas pessoas optam, atualmente, pela monoparentalidade. A família tem a característica fundamental de ser o local onde a pessoa se desenvolve plenamente e se realiza como ser humano.

Assim, nas palavras de Pedro Lenza (2009, p. 860), tem-se que o constituinte priorizou a família socioafetiva à luz da dignidade da pessoa humana, destacando-se a função social da família, a igualdade absoluta entre os cônjuges (art. 226, § 5º) e os filhos (art. 227, § 6º).

Em relação à união homossexual ou homoafetiva – união estável entre pessoas do mesmo sexo -, há doutrinadores que a classifica como ato inexistente, uma vez que a CRFB/88 fala em “união estável entre o homem e a mulher” (art. 226, § 3º), logo, esse tipo de união estaria excluída do direito de família, devendo ser analisada nas varas cíveis, como contrato de sociedade. (BRASIL, 1988).

Verifica-se, contudo, que vem ganhando espaço entre os doutrinadores a possibilidade de reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Nas palavras da professora Patrícia Fontanella (2006, p. 102), “as entidades familiares previstas no § 4º, do art. 226, da Constituição Federal em vigor, são apenas exemplificativas”. Assim, a professora entende ser perfeitamente possível que as uniões entre pessoas do mesmo sexo sejam tratadas na seara do Direito de Família:

A família, dessa forma, é constituída pelo conjunto de pessoas unidas por meio do vínculo do afeto, independente de existir união formal ou procriação. Assim é que as uniões entre pessoas do mesmo sexo, que se estabelecem como verdadeira comunhão de vida, em nossa compreensão, passam a integrar as relações de família. O reconhecimento do direito de referidas uniões serem tratadas como entidades familiares regidas pelo Direito de Família passa, necessariamente, pelo respeito aos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade, que pressupõe a proibição de discriminação por orientação sexual. (FONTANELLA, 2006, p. 81-82).

Esse também é o entendimento de Pedro Lenza (2009, p. 860), no sentido de que se deve ampliar a interpretação do art. 226 da CRFB/88, tendo em vista a proteção da família e, essencialmente, o princípio da dignidade da pessoa humana:

Parece, então, que a união homoafetiva, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III – regra-matriz dos direitos fundamentais), do direito à intimidade (art. 5º, X), da não-discriminação, enquanto objeto fundamental do Estado (art. 3º, IV), da igualdade em relação ao tratamento dado à união estável entre um homem e uma mulher (art. 5º, *caput*), deva ser considerada entidade familiar e, assim, ter o tratamento e proteção especial por parte do Estado, exatamente como vem sendo conferido à união estável entre um homem e uma mulher.

No mesmo norte, preleciona Manoel Jorge e Silva Neto (2006, p. 720):

Sem passionalismos, não nos parece que o dispositivo constitucional possa ser utilizado para impedir o reconhecimento do Estado às denominadas *uniões homoafetivas*. Com efeito, não fosse o fundamento pertinente à dignidade da pessoa humana absolutamente obstativo de imposição de qualquer óbice com vista à tutela das uniões homoafetivas, o princípio constitucional da não-discriminação (art. 3º, IV), combinado com o direito individual à intimidade (art. 5º, X), em verdade, acenam, todos, para a tutela de tais relações.

Verifica-se, assim, que as uniões homossexuais merecem reconhecimento jurídico na seara do Direito de Família, tendo em vista os princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade e o direito à intimidade, entendendo-se que o rol do art. 226 é exemplificativo, diante da leitura constitucional atual.

Por fim, importante destacar que recentemente, nos dias 04 e 05 de maio, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277, reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo. O ministro Ayres Britto, relator das ações, sustentou que se deve dar interpretação ao art. 1.723 do Código Civil conforme a CRFB/88, que veda, no art. 3º, inciso IV, toda e qualquer discriminação em virtude de sexo, raça e cor. (BRASIL, 2011).

2.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA

Nas palavras de Paulo Bonavides, “os princípios, uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo”. (2008, p. 258). E prossegue o constitucionalista, afirmando que:

Fazem eles a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de norma das normas, de fonte das fontes. São qualitativamente a viga-mestra do

sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição. (BONAVIDES, 2008, p. 294).

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz (2007, p. 57) destaca a importância dos princípios, concluindo que “é no direito das famílias em que mais se sente o reflexo dos princípios eleitos pela Constituição Federal, que consagrou como fundamentais valores sociais dominantes”.

Desse modo, passar-se-á à análise de alguns princípios constitucionais que têm ingerência nas relações familiares.

2.3.1 Princípio do respeito à dignidade da pessoa humana

O princípio encontra amparo legal no art. 1º, inciso III, da CRFB/88:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 1988).

Também a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas (ONU), tratou no seu art. 1º sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, ao afirmar que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Segundo Manoel Jorge e Silva Neto (2006, p. 222/223): “historicamente, a dignidade da pessoa humana encontra-se ligada ao cristianismo, sua fundamentação está amparada no fato de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus”.

No mesmo sentido é o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 98), ao afirmar que:

[...] a idéia do valor da pessoa humana encontra suas raízes já no pensamento clássico e na ideologia crista. Tanto no Antigo quanto no Novo Testamento podemos encontrar referências no sentido de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência de que o ser humano é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento. [...] a dignidade era tida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas,

concluindo-se, neste sentido, que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade.

Nas palavras de Flávia Piovesan (2007, p. 28):

Considerando que toda Constituição há de ser compreendida como unidade e como sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como valor essencial, que lhe dá unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular.

A doutrina reconhece, entretanto, a dificuldade em se buscar uma definição para a dignidade da pessoa humana:

É verdade, por outro lado, que se não conceitua dignidade da pessoa humana. Trata-se, como se refere no sistema da ciência do direito, de um *topoi*, ou seja, termo que não admite conceituação, muito embora sirva de ponto de partida para a solução do problema normativo corrente. (SILVA NETO, 2006, p. 224).

A respeito do reconhecimento constitucional do princípio, é a lição de Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 96):

Igualmente sem precedentes em nossa evolução constitucional foi o reconhecimento, no âmbito do direito positivo, do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CF), que não foi objeto de previsão no direito anterior. Mesmo fora do âmbito dos princípios fundamentais, o valor da dignidade da pessoa humana foi objeto de previsão por parte do Constituinte, seja quando estabeleceu que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos uma existência digna (art. 170, caput), seja quando, no âmbito da ordem social, fundou o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, 6º), além de assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade (art. 227, caput). Assim, ao menos neste final de século, o princípio da dignidade da pessoa humana mereceu a devida atenção na esfera do nosso direito constitucional.

Nas palavras do mencionado autor, a Constituinte de 1987/88 “reconheceu expressamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal”. (SARLET, 2009, p. 98).

Neste sentido orienta-se José Afonso da Silva ao asseverar que, segundo a filosofia kantiana, “o homem, como ser racional, existe como fim em si mesmo, e *não simplesmente como meio*, enquanto os seres desprovidos de razão têm um valor relativo e condicionado [...]” (SILVA, 2009, p. 37, grifo do autor).

Disso decorre que o homem, sendo um fim em si mesmo, é dotado de dignidade, logo, fala-se em dignidade da pessoa humana, considerando que as coisas, objetos, não possuem dignidade, bem como as pessoas jurídicas também não a possuem.

[...] a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concebida a dignidade. (SARLET, 2009, p. 100/101).

Segundo Fábio Konder Comparato (2003, p. 21):

Ora, a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, como um fim em si mesmo e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita.

O mencionado autor, comenta, ainda, que “todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas. A humanidade como espécie, e cada ser humano em sua individualidade, é propriamente insubstituível: não tem equivalente, não pode ser trocado por coisa alguma”. (COMPARATO, 2003, p. 21-22).

De acordo com José Afonso da Silva (2009, p. 38), a dignidade se confunde com a própria natureza do ser humano, eis que é “[...] atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente”.

Sobre o assunto, entende Alexandre de Moraes (2006, p. 16):

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo o estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Nesse sentido, destaca-se das palavras de Flávia Piovesan (2007, p. 30):

Sustenta-se que é no princípio da dignidade humana que a ordem jurídica encontra o próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, para a hermenêutica constitucional contemporânea. Consagra-se, assim, a dignidade humana como verdadeiro superprincípio, a orientar tanto o Direito Internacional como o Direito interno.

A doutrina reconhece, no entanto, que sendo a dignidade da pessoa humana um fundamento da República Federativa do Brasil, não basta que a liberdade seja formalmente reconhecida “[...] pois a dignidade da pessoa humana reclama condições mínimas de existência, existência digna conforme os ditames da justiça social como fim da ordem econômica”. (SILVA, 2009, p. 39).

Daí decorre falar-se em respeito à dignidade da pessoa humana, uma vez que “constitui um desrespeito à dignidade da pessoa humana um sistema de profundas desigualdades, uma ordem econômica em que inumeráveis homens e mulheres são torturados pela fome [...]”. (SILVA, 2009, p. 39).

Assim, de acordo com Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins (1988, p. 425), um dos fins do Estado é propiciar as condições para que as pessoas se tornem dignas, lembrando que “a dignidade humana pode ser ofendida de muitas maneiras. Tanto a qualidade de vida desumana quanto a prática de medidas como a tortura, sob todas as suas modalidades, podem impedir que o ser humano cumpra na terra a sua missão, conferindo-lhe um sentido”.

Desse modo, verifica-se que o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, como superprincípio que é, serve como ponto de partida de análise de todo o sistema normativo, inclusive da interpretação e aplicação dos demais princípios do sistema.

2.3.2 Princípio da solidariedade

Verifica-se este princípio no art. 3º, inciso I, da CRFB/88, que dispõe, *in litteris*: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”. (BRASIL, 1988).

Paulo Lôbo (2008, p. 40) comenta o referido dispositivo constitucional, aduzindo que:

A regra matriz do princípio da solidariedade é o inciso I do art. 3º da Constituição. No capítulo destinado à família, o princípio é revelado incisivamente no dever imposto à sociedade, ao Estado e à família (como entidade e na pessoa de cada membro) de proteção ao grupo familiar (art. 226), à criança e ao adolescente (art. 227) e às pessoas idosas (art. 230). A solidariedade, no direito brasileiro, apenas após a Constituição de 1988 inscreveu-se como princípio jurídico; antes, era concebida como dever moral, ou expressão de piedade, ou virtude ético-teologal.

Nas palavras de Maria Berenice Dias (2007, p. 63-64):

Solidariedade é o que cada um deve ao outro. 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. A pessoa só existe enquanto coexiste. O princípio da solidariedade tem assento constitucional, tanto que seu preâmbulo assegura uma sociedade fraterna. Também ao ser imposto aos pais o dever de assistência aos filhos (CF 229), consagra-se o princípio da solidariedade.

A solidariedade representa, assim, “[...] um vínculo que compele à oferta de ajuda ao outro e a todos”. É por meio do princípio da solidariedade que se nega a filosofia do individualismo jurídico, marco do Estado Liberal e da sociedade civil nele inserida. (GAMA, 2008, p. 74).

Para Paulo Lôbo (2008, p. 40), “no mundo contemporâneo, busca-se o equilíbrio entre os espaços privados e públicos e a interação necessária entre os sujeitos, despontando a solidariedade como elemento conformador dos direitos subjetivos”.

C. Massimo Bianca (1989, p. 15 apud LÔBO, 2008, p. 41), preleciona que “a solidariedade em relação aos filhos responde à exigência da pessoa de ser cuidada até atingir a idade adulta, isto é, de ser mantida, instruída e educada para sua plena formação social”.

Acerca do cuidado como “valor jurídico”, anota Paulo Lôbo (2008, p. 42):

Desenvolve-se no âmbito do direito de família estudos relativos ao "cuidado como valor jurídico". O cuidado desponta com força nos estatutos tutelares das pessoas vulneráveis, como a criança e o idoso, que regulamentaram os comandos constitucionais sobre a matéria. O cuidado, sob o ponto de vista do direito, recebe a força subjacente do princípio da solidariedade, como expressão particularizada desta.

Verifica-se, desse modo, que o princípio da solidariedade está diretamente relacionado ao dever de cuidado que se exige para com as pessoas vulneráveis.

2.3.3 Princípio da igualdade jurídica entre os filhos

Este princípio está presente no art. 227, § 6º, da CRFB/88, que dispõe, *in litteris*:

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

[...]

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 1988).

Observa-se que o mencionado princípio está também presente no art. 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) e no art. 1.596 do Código Civil (BRASIL, 2002), que reproduziram exatamente o mesmo conteúdo.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 8), “o dispositivo em apreço estabelece absoluta igualdade entre todos os filhos, não admitindo mais a retrógrada distinção entre filiação legítima ou ilegítima, segundo os pais fossem casados ou não, e adotiva, que existia no Código Civil de 1916”.

No mesmo sentido, assevera José Sebastião de Oliveira (2002, p. 253):

O constituinte pôs fim a uma das maiores heresias prestigiadas pelo Código Civil, ou seja, à “punição” dos filhos não havidos na constância do casamento, por evento natural em relação ao qual não possuíam nenhuma responsabilidade. Alijou-se, de vez, a diferenciação dos filhos através de expressões discriminatórias (ilegítimo, adúltero, espúrio, incestuoso etc.).

Assim, tem-se que o reconhecimento desse princípio é um grande avanço no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o Código Civil de 1916, vigente à época da promulgação da CRFB/88, discriminava os filhos havidos fora da relação conjugal. (BRASIL, 1916).

Logo, com o advento da CRFB/88, os dispositivos que tratavam da discriminação dos filhos perderam, automaticamente, a sua eficácia (OLIVEIRA, 2002, p. 253).

Acerca do tema, preleciona Washington de Barros Monteiro (2007a, p. 9):

Efetivamente, cuidou o legislador pátrio, na Constituição Federal, de estabelecer os princípios gerais de proteção à família, com destaque ao resguardo dos direitos dos filhos, em absoluta igualdade, independentemente de suas origens. Assim, não só permitiu o reconhecimento da paternidade qualquer que seja o estado civil do declarante, seja a prole nascida da mulher ou do homem, na constância do casamento ou não. Por outro lado, dissipou qualquer dúvida que perdurasse a respeito dos direitos dos filhos havidos de relações entre parentes e dos adotivos, todos igualados na sua designação e situação jurídica (art. 227, § 6º).

Assim, diante do princípio da igualdade jurídica entre os filhos, tem-se que “filho é simplesmente filho” e como tal deve ser visto e reconhecido, não mais importando a sua origem.

2.3.4 Princípio da paternidade e da maternidade responsável

O princípio está previsto constitucionalmente no art. 226, § 7º, que dispõe, *in verbis*:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL, 1988).

Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 8) comenta o princípio, afirmando que “essa responsabilidade é de ambos os genitores, cônjuges ou companheiros”. Segundo o autor, o art. 1.565 do Código Civil também faz menção ao dito princípio. (GONÇALVES, 2009, p. 8).

Sobre o planejamento familiar, destaca-se, ainda:

No tocante ao planejamento familiar, o constituinte enfrentou o problema da limitação da natalidade, fundando-se nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, proclamando competir ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito. Não desconsiderando o crescimento populacional desordenado, entendeu, todavia, que cabe ao casal a escolha dos critérios e dos modos de agir [...] (GONÇALVES, 2009, p. 17).

Nesse sentido, preleciona José Sebastião de Oliveira (p. 2002, p. 287):

É por essa razão que o controle de natalidade não se confunde com planejamento familiar. O primeiro é imposto; o segundo faz parte de um conjunto de ações de um Estado Democrático de Direito na busca da conscientização de sua população para que os filhos por vir tenham condições dignas de saúde, alimentação, educação e afeto.

E o autor continua, afirmando que “a paternidade e a maternidade responsáveis são prova do amadurecimento de nossa sociedade e da preocupação – indispensável – com a harmonia que deve existir na simbiose família-sociedade”. (OLIVEIRA, 2002, p. 288).

Conforme Alexandre de Moraes (2006, p. 757), o princípio da paternidade responsável deve ser compatibilizado com o princípio da dignidade humana, no que toca à produção probatória para fins de investigação de paternidade. Para a realização do exame de DNA, a utilização de métodos não invasivos, a exemplo da coleta de fios de cabelo ou mesmo de saliva, seriam os mais adequados.

José Afonso da Silva (2009, p. 855), sobre esse princípio, preleciona:

A paternidade responsável – ou seja, a paternidade consciente, não animalésca – é sugerida. Nela e na dignidade da pessoa humana é que se fundamenta o planejamento familiar que a Constituição admite como um direito de livre decisão do casal – de modo que ao Estado só compete, como dever, propiciar recursos educacionais e científicos para seu exercício.

Nas palavras de Pedro Lenza (2009, p. 867), a paternidade responsável deve vir associada a um planejamento familiar, cabendo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, como a distribuição de preservativos e da pílula do dia seguinte.

Por fim, Caio Mário da Silva Pereira (PEREIRA, 2004, p. 39) enfatiza a importância da análise conjunta do princípio da paternidade responsável com o princípio da afetividade, no que tange ao reconhecimento da paternidade socioafetiva: “Convocando os pais a uma ‘paternidade responsável’, assumiu-se uma realidade familiar concreta onde os vínculos de afeto se sobrepõem à verdade biológica, após as conquistas vinculadas aos estudos do DNA”.

2.3.5 A doutrina da proteção integral e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

As crianças e os adolescentes, devido a sua maior vulnerabilidade e fragilidade, como pessoas em desenvolvimento que são, têm especial proteção do Estado. (DIAS, 2007, p. 65).

Prevê o art. 227, *caput*, da CF/88, *in litteris*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

Na lição de José Afonso da Silva (2009, p. 856), “o *caput* do artigo contém a declaração dos direitos, enquanto seus parágrafos indicam as providências visando a conferir

eficácia aos direitos ali prometidos”. Esclarece, ainda, que os direitos ali especificados não excluem as demais previsões constitucionais de direitos fundamentais. (SILVA, 2009, p. 856).

Com efeito, a proteção integral está regulamentada e pormenorizada no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990). (BRASIL, 1990). Nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa (2005, p. 34-35):

Nossa Constituição de 1988 dispunha, no art. 227, sob a forma de norma programática, proteção à criança e ao adolescente. O Estatuto da Criança e do Adolescente veio regulamentar com minúcias, esse dispositivo constitucional, no âmbito de proteção e assistência, substituindo a lei anterior (Código de Menores, Lei nº 6.697/79). A mais recente lei representou uma mudança de filosofia com relação ao menor. Desaparece a conceituação do “menor infrator”, substituída pela idéia de “proteção integral à criança e ao adolescente”, presente em seu art. 1º.

No entanto, no âmbito do Direito Civil também se vê reflexos do princípio, conforme esclarece Flávio Tartuce (2008a, p. 39):

Na ótica civil, essa proteção integral pode ser percebida pelo princípio de melhor interesse da criança, ou *best interest of the child*, conforme reconhecido pela Convenção Internacional de Haia, que trata da proteção dos interesses das crianças. O Código Civil de 2002, em dois dispositivos, acaba por reconhecer esse princípio de forma implícita.

Os dois dispositivos a que se refere são os arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002, alterados pela Lei n. 11.698/2008, que tratam da proteção da pessoa dos filhos, especificamente sobre a fixação da guarda, que poderá ser compartilhada, atendendo ao melhor interesse da criança e do adolescente. (BRASIL, 2002).

Deste modo, tem-se que compete aos pais, essencialmente, velar pelo resguardo dos direitos estabelecidos no art. 227 da CRFB/88, em favor das crianças, adolescentes e agora jovens, através da garantia de vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade, convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (OLIVEIRA, 2002, p. 260).

Como decorrência dessa proteção especial por parte do Estado, estabelece o art. 227, § 4º, da CRFB/88 que “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”. (BRASIL, 1988). A referida lei, como já mencionado, é a Lei n. 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente.

Conforme observa Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 413), o princípio em questão prevalece quando do reconhecimento da filiação socioafetiva, uma vez que é a que melhor atende aos interesses da criança e do adolescente.

2.3.6 Princípio da afetividade

O princípio da afetividade não está explícito na CRFB/88, contudo, decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto constitucionalmente, conforme exposto alhures.

Nas palavras de Maria Berenice Dias (2007, p. 69), “o princípio norteador do direito das famílias é o princípio da afetividade”. Esclarece a autora (2007, p. 67):

O Estado impõe a si obrigações para com os seus cidadãos. Por isso elenca a Constituição um rol imenso de direitos individuais e sociais, como forma de garantir a dignidade de todos. Isso nada mais é do que o compromisso de assegurar afeto: o primeiro obrigado a assegurar o afeto por seus cidadãos é o próprio Estado.

José Sebastião de Oliveira (2002, p. 238), acerca da afetividade, menciona:

A afetividade não foi esquecida pelo constituinte. Ao mesmo tempo em que estabeleceu como princípio constitucional do direito de família a obrigação de os pais assistirem, criarem e educarem os filhos menores, determinou, com a mesma intensidade a obrigação de os filhos maiores ajudarem e ampararem os pais na velhice, carência ou enfermidade (art. 229, CF).

É dentro da família que os laços de afetividade tornam-se mais vigorosos e aptos a sustentar as vigas do relacionamento familiar contra os males externos; é nela que seus membros recebem estímulo para pôr em prática suas aptidões pessoais. Daí então ser a característica da afetividade, aliada, por óbvio, à nuclearidade, a responsável pela plena realização pessoal de cada membro familiar. (OLIVEIRA, 2002, p. 235).

Nesse sentido, destaca-se das palavras de Euclides de Oliveira e de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2006, p. 7):

Na idéia de família, o que mais importa – a cada um de seus membros e a todos a um só tempo – é exatamente pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças e valores, permitindo, a cada um, se sentir a caminho da realização de seu projeto pessoal de felicidade.

Assevera Maria Berenice Dias (2007, p. 68) que “o afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue”.

No mesmo norte, Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 6) afirma que no direito brasileiro “[...] já se esboça o reconhecimento de prerrogativas e compromissos próprios à família sócio-afetiva onde prevalecem os laços de afetividade sobre os elementos meramente formais”.

Assim, com o advento da CRFB/88, não se tem mais como abordar a família sem tratar, também e conjuntamente, dos princípios que regem a matéria. Com efeito, pode-se falar que “há um *Novo Direito de Família*. Mais do que nunca, deve-se estudar esse ramo jurídico tendo como parâmetro os princípios constitucionais”. (TARTUCE, 2008a, p. 23, grifo do autor).

2.4 PODER FAMILIAR: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS, EXTINÇÃO E SUSPENSÃO

O poder familiar pode ser conceituado como o conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante à pessoa e bens dos filhos menores. Por natureza, é indelegável. (MONTEIRO, 2007a, p. 348). Nas palavras de César Fiuza (2006, p. 984), “poder familiar é o antigo pátrio poder ou *patria potestas*”.

Sobre a noção histórica do poder familiar, destaca-se dos ensinamentos de Fustel de Coulanges (2003, p. 82):

Graças à religião doméstica, a família era pequeno corpo organizado, pequena sociedade com chefe e governo próprios. Nada, em nossa sociedade moderna, nos dá idéia deste poder paterno. Naqueles tempos, o pai não é somente o homem forte, protegendo os seus, tendo também autoridade para fazer-se obedecer por eles; o pai é, além disso, o sacerdote, o herdeiro do lar, o continuador dos antepassados, o tronco dos descendentes, o depositário dos ritos misteriosos do culto e das fórmulas secretas da oração. Toda religião reside no pai.

No mesmo sentido, preleciona Washington de Barros Monteiro (2007a, p. 436):

O poder familiar, então chamado pátrio poder, foi instituto perfeitamente organizado em Roma. Primitivamente, no direito romano, a *patria potestas* visava tão-somente ao exclusivo interesse do chefe de família. Nos primeiros tempos, os poderes que se enfeixavam na autoridade do pai, tanto os de ordem pessoal como os de ordem patrimonial, caracterizavam-se pela sua extensão.

Assim, imperioso reconhecer que, antigamente, o poder familiar estava intimamente ligado ao poder paterno, que era absoluto e ilimitado.

Nesse sentido, extrai-se da doutrina de Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 373):

O poder familiar não tem mais o caráter absoluto de que se revestia no direito romano. Por isso, já se cogitou chamá-lo de “pátrio dever”, por atribuir aos pais mais deveres do que direitos. No aludido direito denominava-se *patria potestas* e visava tão-somente ao exclusivo interesse do chefe de família. Este tinha o *jus vitae et nevis*, ou seja, o direito sobre a vida e a morte do filho. Com o decorrer do tempo restringiram-se os poderes outorgados ao chefe de família, que não podia mais expor o filho (*jus exponendi*), matá-lo (*jus vitae et necis*) ou entregá-lo como indenização (*noxae deditio*).

No Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), o que hoje se conhece como poder familiar era tratado como pátrio poder, como expressão do patriarcalismo e do poder do pai, contudo, observa-se que a expressão “poder familiar” também não está livre de questionamentos, por se reportar ainda a “poder”. (COMEL, 2003, p. 59).

Verifica-se, no entanto, que a utilização do termo poder familiar resultou de um grande avanço, tendo em vista que reflete a igualdade jurídica reconhecida constitucionalmente entre homem e mulher (art. 5º, *caput*, I, CRFB/88), que acabou por refletir na sociedade conjugal. (OLIVEIRA, 2002, p. 262).

Sobre as características do poder familiar, assevera Maria Berenice Dias (2007, p. 378):

O poder familiar decorre tanto da paternidade natural, como da filiação legal, e é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. As obrigações que dele fluem são personalíssimas. Como os pais não podem renunciar aos filhos, e tampouco vendê-los, os encargos que derivam da paternidade também não podem ser transferidos ou alienados.

Dispõe o art. 1.630 do Código Civil que “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”. (BRASIL, 2002). Sobre o mencionado artigo e sua abrangência, comenta Maria Helena Diniz (2005, p. 1333): “sujeitar-se-ão à proteção do poder familiar todos os filhos menores, sejam eles matrimoniais, extramatrimoniais, legalmente reconhecidos ou adotivos”.

O art. 1.631 do Código Civil estabelece que “durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade”. (BRASIL, 2002).

Maria Helena Diniz (2005, p. 1334), ao comentar o artigo, destaca:

Simultaneidade do poder familiar. Na constância do casamento e da união estável, sendo os consortes ou conviventes plenamente capazes, o poder familiar será exercido em igualdade de condições, simultaneamente por ambos os pais, que têm poder decisório na direção da família, atendendo ao interesse dos filhos (CC, arts. 1.511 e 1.567).

Ainda sobre o dispositivo, esclarece Maria Berenice Dias: “vindo o genitor que detém a guarda do filho a constituir nova família, tal não afeta o princípio da incomunicabilidade do poder familiar”. Isto porque “persistem o genitor e sua prole configurando uma família monoparental, pois o casamento ou a união estável do guardião não gera a transferência do poder familiar”. (DIAS, 2007, p. 381).

O parágrafo único do art. 1.631 do Código Civil estabelece, ainda, que “divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo”. (BRASIL, 2002).

Extraí-se do art. 1.632 que “a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”. (BRASIL, 2002).

A respeito, Flávio Tartuce (2008a, p. 368) comenta que o artigo traz o direito à convivência familiar e o dever dos pais de terem os filhos sob sua companhia, concluindo que talvez nisso esteja o “fundamento jurídico substancial para a responsabilidade civil por abandono afetivo, já que a companhia inclui esse afeto”.

O art. 1.633 do Código Civil, por sua vez, estabelece que “o filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor”. (BRASIL, 2002).

Acerca do dispositivo mencionado, importa ressaltar que “o filho reconhecido, enquanto menor de idade, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram e não houver acordo, sob a de quem melhor atender seus interesses”. (VERONESE, 2005, p. 29).

No que toca ao exercício do poder familiar, deve-se ter presente que “os pais não exercem poderes e competências privados, mas direitos vinculados a deveres e cumprem deveres cujos titulares são os filhos”. (LÔBO, 2006, p. 156).

Quanto às **obrigações derivadas do poder familiar**, dispõe o art. 1.634 do Código Civil e seus incisos:

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

- I - dirigir-lhes a criação e educação;
- II - tê-los em sua companhia e guarda;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (BRASIL, 2002).

Sobre o dispositivo, comenta Maria Berenice Dias (2007, p. 382) que os deveres elencados não fazem menção expressa aos deveres impostos aos pais pela CRFB/88, nos arts. 227 e 229, bem como aos deveres impostos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 22. Logo, os poderes elencados na Carta Magna e no Estatuto da Criança e do Adolescente devem ser somados aos elencados pelo Código Civil.

Em relação ao direito de companhia dos filhos, preleciona Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2005, p. 773):

Decorre do dever de assistir, criar, e educar os filhos tê-los em sua companhia. Os pais têm, portanto, o direito e o dever de guarda dos filhos. Qualquer um dos pais pode reclamar o direito de ter o filho em sua companhia, exercitável contra quem o detenha injustamente, isto é, sem título jurídico. Para tanto pode utilizar-se do instituto da busca e apreensão de pessoas (CPC 839), além de outras medidas provisionais tais como: a) a posse provisória dos filhos, em caso de anulação de casamento, separação judicial ou divórcio (CPC 888 III); b) a guarda e a educação dos filhos, regulado o direito de visita (CPC 888 VII) etc.

Sílvio de Salvo Venosa (2005, p. 342), ao comentar o referido artigo, esclarece:

Cabe aos pais, primordialmente, dirigir a criação e educação dos filhos, para proporcionar-lhes a sobrevivência. Compete aos pais tornar seus filhos úteis à sociedade. A atitude dos pais é fundamental para a formação da criança. Faltando com esse dever, o progenitor faltoso submete-se a reprimendas de ordem civil e criminal, respondendo pelos crimes de abandono material, moral e intelectual (arts. 224 a 246 do Código Penal).

Por fim, sobre a responsabilidade civil dos pais pelos atos de seus filhos, preleciona Sílvio de Salvo Venosa (2005, p. 341):

[...] o art. 932 (antigo, art. 1.521, I), estatui que são responsáveis pela reparação civil os pais pelos filhos menores que estiverem sob o seu poder e em sua companhia. A idéia é no sentido de que, em se tratando de pais separados, responsáveis pelos atos do menor, será o progenitor que detiver sua guarda. No entanto, a jurisprudência tende a alargar o conceito, dependendo do caso concreto, buscando, quanto possível, responsabilizar ambos os pais.

No que toca à **extinção e suspensão do poder familiar**, assevera Guaraci de Campos Vianna (2004, p. 250) que “são consideradas sanções legais pelo inadimplemento dos deveres jurídicos e ínsitos ao poder familiar”.

Segundo o art. 1.635 do Código Civil, extingue-se o poder familiar nas seguintes situações: pela morte dos pais ou do filho; pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único; pela maioridade; pela adoção e por decisão judicial, na forma do artigo 1.638 (ao pai ou a mãe que castigar imoderadamente seu filho, deixá-lo em abandono, praticar atos contrários à moral e aos bons costumes ou incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no art. 1.637). (BRASIL, 2002).

Estabelece o art. 1.636: “o pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro”. (BRASIL, 2002).

O art. 1.637, por sua vez, cuida da suspensão do poder familiar, que é imposta nas infrações menos graves, a saber:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.
Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecurável, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão. (BRASIL, 2002).

César Fiuza assevera que “a suspensão será temporária, determinando o Juiz o tempo de sua duração. A pessoa cujo poder familiar foi suspenso perde todos os direitos em relação aos filhos, inclusive o usufruto e administração dos bens”. (2006, p. 985).

Diferentemente à suspensão, a perda do poder familiar dar-se-á somente por ato judicial e está prevista no art. 1.638. O dispositivo em apreço, como já mencionado, define que perderá o poder familiar o pai ou a mãe que castigar imoderadamente seu filho, deixá-lo em abandono, praticar atos contrários à moral e aos bons costumes ou incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no art. 1.637. (BRASIL, 2002).

Em relação à perda do poder familiar, César Fiuza (2006, p. 986) afirma que é definitiva e que “tantos nos casos de perda quanto nos de suspensão, será nomeado tutor para o menor”.

Sobre o tema, destaca-se importante dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente: “Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar”. (BRASIL, 1990).

Ressalta-se, ainda, que é de competência da Justiça da Infância e Juventude as situações que envolvem a falta, omissão ou abuso dos pais. Dispõe o art. 148, b, do Estatuto da Criança e do Adolescente que compete à Justiça da Infância e da Juventude: conhecer de ações de destituição do poder familiar, perda ou modificação da tutela ou guarda. (BRASIL, 1990).

Ao comentar acerca do Estatuto da Criança e do Adolescente, Caio Mário da Silva Pereira assevera (2004, p. 438):

[...] o “Estatuto” oferece em minúcia o procedimento para a perda ou suspensão, instituindo a *legitimatio* do Ministério Público para sua iniciativa, bem como reconhecendo-a a quem tenha legítimo interesse (art. 155). [...] Havendo motivo grave, a autoridade judicial decretará a suspensão liminar ou incidental, ficando a criança ou adolescente confiado à pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade (art. 157).

Por fim, destaca-se o art. 92, II, do Código Penal, que prevê como efeito da condenação “a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado”. (BRASIL, 1940).

Assim, em síntese, verifica-se que o poder familiar não tem mais o caráter absoluto de outrora (direito romano) e que acarreta aos pais direitos e principalmente deveres em relação aos filhos menores de idade, constituindo-se verdadeiro *múnus público*, pelo que o Estado fixa normas para o seu bom desempenho, punindo os pais que descumprirem com as suas obrigações.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL: O ARRANJO SISTEMÁTICO NO BRASIL

Neste capítulo falar-se-á sobre a responsabilidade civil, tema dos mais importantes, antigos e amplos do Direito. Diante da amplitude característica do instituto em análise, o enfoque restou limitado ao conceito, modalidades e pressupostos da responsabilidade civil, no dano moral e nas excludentes da obrigação de indenizar.

3.1 CONCEITO E MODALIDADES

Acerca da noção histórica da responsabilidade civil, destaca-se, segundo a doutrina civilista, que sempre existiu entre os homens a ideia de punir aquele que causar atos danosos a outrem. Nesse sentido, afirma-se que “o anseio de obrigar o agente causador do dano a repará-lo se inspira nos mais estritos princípios de justiça, principalmente quando o prejuízo foi causado intencionalmente”. (RODRIGUES, 2003, p. 4).

Segundo Washington de Barros Monteiro (2007b, p. 501), “primitivamente, numa fase mais rudimentar da cultura humana, a reparação do dano resumia-se na retribuição do mal pelo mal, de que era típico exemplo a *pena de talião*, olho por olho, dente por dente; quem com ferro fere, com ferro será ferido”.

Tratava-se, na verdade, da vingança privada. A esse respeito, Maria Helena Diniz (2009, p. 10) escreve que “os homens faziam justiça pelas próprias mãos, sob a égide da Lei de Talião, ou seja, da reparação do mal pelo mal, sintetizada nas fórmulas ‘olho por olho, dente por dente’, ‘quem com ferro fere, com ferro será ferido’”.

Como se observa, o conceito atual de responsabilidade civil em muito difere da Lei de Talião, dessa espécie de vingança privada realizada com as próprias mãos. De acordo com Sílvio de Salvo Venosa (2004, p. 22), “o sistema romano de responsabilidade extrai da interpretação da *Lex Aquilia* o princípio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente provocados, independentemente de relação obrigacional preexistente”.

Verifica-se, assim, que se extrai da *Lex Aquilia* a origem da responsabilidade extracontratual. Segundo Sílvio de Salvo Venosa (2004, p. 22-23):

A *Lex Aquilia* foi um plebiscito aprovado provavelmente em fins do século III ou início do século II a.C., que possibilitou atribuir ao titular de bens o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem tivesse destruído ou deteriorado seus bens.

Com efeito, a *Lex Aquilia* trouxe a ideia de pagamento, de penalidade em dinheiro devida por aquele que causar dano a outrem.

Conforme a lição de Rui Stoco (2004, p. 118), “a noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém por seus atos danosos”.

No mesmo sentido, afirma Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 17-18) que a palavra *responsabilidade* “teria, assim, o significado de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir”.

Isto porque, todo ato danoso rompe o equilíbrio existente nas relações humanas. Nas palavras de Sergio Cavalieri Filho (2005, p. 36):

O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante*. Impera neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão.

Assevera Washington de Barros Monteiro (2007b, p. 500) que “[...] diante de uma ação ou omissão lesiva a interesse moral ou material, surge a necessidade de reparação dos danos acarretados ao lesado, porque cabe ao direito preservar ou restabelecer o equilíbrio pessoal e social. Desse modo, tem-se que “[...] a responsabilização é meio e modo de exteriorização da própria Justiça e a responsabilidade é a tradução para o sistema jurídico do dever moral de não prejudicar a outro, ou seja, o *neminem laedere*”. (STOCO, 2004, p. 118).

Extrai-se o conceito de responsabilidade civil da doutrina de Maria Helena Diniz (2009, p. 34):

[...] poder-se-á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal. Definição esta que guarda, em sua estrutura, a idéia da culpa quando se cogita da existência de ilícito (responsabilidade subjetiva), e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa (responsabilidade objetiva).

Quanto à natureza do instituto, Maria Helena Diniz (2009, p. 8) afirma que possui natureza compensatória “[...] por abranger indenização ou reparação de dano causado por ato ilícito, contratual ou extracontratual e por ato lícito”.

Por fim, quanto a função da responsabilidade, afirma-se que são duas: “[...] a) garantir o direito do lesado à segurança; b) servir como sanção civil, de natureza compensatória, mediante a reparação do dano causado à vítima, punindo o lesante e desestimulando a prática de atos lesivos”. (DINIZ, 2009, p. 9).

Assim, busca-se na responsabilidade civil a reparação do dano causado à vítima, com a restituição ao estado anterior, quando possível, e o desestímulo social na prática de condutas semelhantes.

Os doutrinadores classificam a responsabilidade, para fins didáticos, em civil e penal, subjetiva e objetiva, contratual e extracontratual, extracontratual por atos ilícitos e responsabilidade nas relações de consumo.

3.1.1 Responsabilidade civil e responsabilidade penal

O direito separa a responsabilidade civil da penal, sendo que ambas possuem punições distintas, entretanto, nem sempre foi assim. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 18), inicialmente, os romanos não distinguiram responsabilidade civil de responsabilidade penal:

Entre os romanos, não havia nenhuma distinção entre responsabilidade civil e responsabilidade penal. Tudo, inclusive a compensação pecuniária, não passava de uma pena imposta ao causador do dano. A *Lex Aquilia* começou a fazer uma leve distinção: embora a responsabilidade continuasse sendo penal, a indenização pecuniária passou a ser a única forma de sanção nos casos de atos lesivos não criminosos.

Segundo a lição de Rui Stoco (2004, p. 121), “a responsabilidade penal pressupõe uma turbção social, determinada pela violação da norma penal, sendo necessário que o pensamento exorbite do plano abstrato para o material, pelo menos em começo de execução”.

No mesmo sentido, assevera Maria Helena Diniz:

A responsabilidade jurídica abrange a responsabilidade civil e a criminal. **Enquanto a responsabilidade penal pressupõe uma turbção social**, ou seja, uma lesão aos

deveres de cidadãos para com a ordem da sociedade, **acarretando um dano social determinado pela violação da norma penal**, exigindo para restabelecer o equilíbrio social investigação da culpabilidade do agente ou o estabelecimento da anti-sociabilidade do seu procedimento, acarretando a submissão pessoal do agente à pena que lhe for imposta pelo órgão judicante, tendendo, portanto, à punição, isto é, ao cumprimento da pena estabelecida na lei penal, **a responsabilidade civil requer prejuízo a terceiro, particular ou Estado**. (DINIZ, 2009, p. 23, grifo nosso).

Verifica-se, assim, que existem diferenças entre as responsabilidades civil e penal. Afirma Rui Stoco (2004, p. 121) que uma delas é a expressa previsão legal do que vem a ser infração penal: “Obediente ao princípio *nulla poena sine lege*, o legislador compendia, nos Códigos Penais, os atos que considera prejudiciais à paz social, e que, como tal, acarretam a responsabilidade penal do agente”.

Preleciona Sílvio de Salvo Venosa (2004, p. 23-24) que “[...] o ilícito civil nem sempre configurará uma conduta punível, descrita pela lei penal”. E continua:

[...] a idéia de transgressão de um dever jurídico está presente em ambas as responsabilidades. Cabe ao legislador definir quando é oportuno e conveniente tornar a conduta criminalmente punível. Os ilícitos de maior gravidade social são reconhecidos pelo Direito Penal. O ilícito civil é considerado de menor gravidade e o interesse de reparação do dano é privado, embora com interesse social, não afetando, a princípio, a segurança pública. (VENOSA, 2004, p. 23-24).

Desse modo, verifica-se que os ilícitos de maior gravidade social ganham a atenção do Direito Penal.

Já em relação ao ilícito civil, a situação é diversa, uma vez que o interesse diretamente lesado é o privado. Assim, mesmo que o ato não tenha infringido norma de ordem pública, o agente deve reparar o dano causado. Neste caso, “a reação da sociedade é representada pela indenização a ser exigida pela vítima do agente causador do dano”. (RODRIGUES, 2003, p. 7).

Por fim, cumpre ressaltar que poderão ocorrer hipóteses em que incidirá tanto a responsabilidade penal como a civil, “de um lado porque ele infringe norma de direito público, constituindo crime ou contravenção; de outro, porque acarreta prejuízo a terceiro”. (RODRIGUES, 2003, p. 7).

Desse modo, observa-se que a responsabilidade penal não exclui a civil, uma vez que tem propósitos distintos, podendo ambas conviver pacificamente num caso concreto.

3.1.2 Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva

A responsabilidade também se divide em subjetiva e objetiva, tendo em vista a exigibilidade ou não de comprovação da culpa do agente. Na responsabilidade subjetiva, verifica-se ser imprescindível a comprovação da culpa.

Acerca da responsabilidade subjetiva, preleciona Washington de Barros Monteiro (2007b, p. 503):

Esta é a teoria clássica e tradicional da culpa, também chamada teoria da responsabilidade subjetiva, que pressupõe sempre a existência de culpa (*lato sensu*), abrangendo o dolo (pleno conhecimento do mal e direta intenção de o praticar) e a culpa (*stricto sensu*), violação de um dever que o agente podia conhecer e acatar, mas que descumpre por negligência, imprudência ou imperícia.

Assim, na responsabilidade subjetiva “a prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro desta concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa”. (GONÇALVES, 2003, p. 21).

Extrai-se da leitura do art. 186 do Código Civil (BRASIL, 2002), *in litteris*: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Depreende-se, pela leitura do referido Dispositivo Legal, que se faz necessária, para a caracterização de ato ilícito, a comprovação da culpa.

Desse modo, tem-se que o Código Civil de 2002 adotou a teoria subjetiva na responsabilidade civil. Por outro lado, o referido Dispositivo Legal previu algumas hipóteses em que o agente será responsável independentemente da ocorrência de culpa, que é a chamada responsabilidade objetiva.

De acordo com Silvio Rodrigues (2003, p. 11):

Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente.

Por isso Fábio Ulhoa Coelho (2009, p. 344) afirma que “os elementos da responsabilidade civil objetiva são dois: os danos patrimoniais ou extrapatrimoniais do credor e a relação de causalidade entre eles e ato ou atividade do devedor”.

No ordenamento jurídico brasileiro, a teoria objetiva encontra-se prevista no art. 927, parágrafo único, do Código Civil. (BRASIL, 2002):

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.

Sobre o mencionado dispositivo, extrai-se da doutrina de Fábio Ulhoa Coelho (2009, p. 344):

São duas as modalidades de responsabilidade objetiva: a prevista em preceito específico de lei (responsabilidade formal) e a derivada da exploração de atividade cujos custos podem ser socializados entre os beneficiários (responsabilidade material).

Com efeito, a regra é a responsabilidade subjetiva, por ato ilícito, havendo incidência da objetiva somente nas hipóteses previstas em lei *ou* quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar risco para os direitos de outrem. Nesse último caso, afirma-se que se possibilitou “[...] ao Poder Judiciário uma ampliação dos casos de dano indenizável sem a necessidade de prova da culpa do agente”. (MONTEIRO, 2007b, p. 515).

De acordo com Flávio Tartuce (2008b, p. 455-456), a responsabilidade objetiva é fundada na **teoria do risco**, a qual comporta diversas modalidades, entre elas a teoria do risco administrativo, teoria do risco criado, teoria do risco da atividade (ou risco profissional), teoria do risco-proveito e teoria do risco integral.

Sobre a teoria do risco, preleciona Silvio Rodrigues (2003, p. 11):

A teoria do risco é a da responsabilidade objetiva. Segundo essa teoria, aquele que, através de sua atividade, cria um risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e o seu comportamento sejam isentos de culpa. Examina-se a situação, e, se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem direito a ser indenizada por aquele.

Nas palavras de Sílvia de Salvo Venosa (2004, p. 20-21):

A explicação dessa teoria justifica-se também sob o título risco profissional. O dever de indenizar decorre de uma atividade laborativa. É o rótulo que explica a responsabilidade objetiva nos acidentes do trabalho. Outros lembram do risco excepcional [...] Sob a denominação de risco criado, o agente deve indenizar quando, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo. Esse, aliás, deve ser

o denominador para o juiz definir a atividade de risco no caso concreto segundo o art. 927, parágrafo único, qual seja, a criação de um perigo para terceiros em geral.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho (2009, p. 345), “[...] pela teoria do risco, imputa-se responsabilidade objetiva ao explorador da atividade fundado numa relação axiológica entre proveito e risco: quem tem o proveito deve suportar também os riscos (*ubi emolumentum, ibi onus*)”.

Ao comentar o parágrafo único do art. 927 do Código Civil, Washington de Barros Monteiro (2007b, p. 515) menciona que o Código Civil adotou a teoria do risco criado:

Na referida regra, o novo Código Civil acolheu a teoria do risco criado, pela qual o dever de reparar o dano surge da atividade normalmente exercida pelo agente, que gera risco a direitos ou interesses alheios, sem que se deva cogitar de proveito ou vantagem para aquele que exerce a atividade, mas da atividade em si mesma, que é potencialmente geradora de risco a terceiros.

Nas palavras de Flávio Tartuce (2008b, p. 455), a teoria do risco criado “[...] está sempre presente nos casos em que o agente cria o risco, decorrente de outra pessoa ou de uma coisa”.

De acordo com Nehemias Domingos de Melo (2005, p. 31), utiliza-se com frequência a expressão “risco proveito” como sinônimo de “risco atividade”, entretanto, assevera o autor que “a obtenção de proveito econômico na atividade desenvolvida, não é requisito para que se atribua ao empreendedor o dever de indenizar”. Conclui, assim, que não há qualquer óbice de se responsabilizar aquele que provocar dano, mesmo em exercício de atividade não lucrativa (sem proveito econômico).

Nesse sentido, sugere o autor a utilização da denominação “risco criado”:

Veja-se que a responsabilização estatuída no Código Civil, está diretamente ligada à atividade normalmente desenvolvida pelo agente (art. 927, parágrafo único). Logo, talvez devêssemos utilizar a denominação “risco criado”, expressão tão comumente utilizada pelo saudoso Caio Mário da Silva Pereira, que a defendia por entender que ela seria mais ampla e que permitiria à vítima uma melhor situação processual, na exata medida em que não seria obrigada a provar que a atividade rendia proveitos para seu idealizador. (MELO, 2005, p. 31).

Em outras palavras, da teoria do risco decorre que toda vez que o agente exerce atividade que comporte risco de dano a terceiros, deve ser responsabilizado pelos danos eventualmente causados e a que tenha dado causa.

Como exemplo dessas atividades perigosas, que geram risco, têm-se as “[...] atividades destinadas à produção de energia elétrica ou de explosivos; à exploração de minas;

à instalação de fios elétricos, telefônicos e telegráficos; ao transporte aéreo, marítimo e terrestre; à construção e edificação de grande porte etc”. (DINIZ, 2009, p. 52).

Por fim, cumpre observar que, embora na responsabilidade objetiva seja dispensada a comprovação da culpa, a do nexo de causalidade é sempre indispensável. (MONTEIRO, 2007b, p. 510).

Em síntese, a responsabilidade subjetiva é a regra no Código Civil de 2002, havendo, contudo, situações em que prevalecerá a responsabilidade objetiva, nos termos do parágrafo único do art. 927 do Código Civil.

3.1.3 Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual

Nas palavras de Maria Helena Diniz (2009, p. 7), “a responsabilidade civil cinge-se, portanto, à reparação do dano causado a outrem, desfazendo tanto quanto possível seus efeitos, restituindo o prejudicado ao *statu quo ante*”.

Segundo a mencionada professora, a obrigação de ressarcir o prejuízo causado pode ser originada de dois modos: pela inexecução de um contrato ou pela “[...] lesão a direito subjetivo, sem que preexistia entre lesado e lesante qualquer relação jurídica que a possibilite”. (DINIZ, 2009, p. 7).

A responsabilidade extracontratual é também chamada de aquiliana. De acordo com Washington de Barros Monteiro (2007b, p. 504):

Culpa extracontratual ou aquiliana é a resultante da violação de um dever fundado num princípio geral de direito, como o de respeito à pessoa e aos bens alheios. Assim, se, por excesso de velocidade ou por embriaguez, o agente provoca um atropelamento com o seu automóvel, verificar-se-á a culpa na sobredita modalidade.

De modo diverso, a culpa contratual, como o próprio nome sugere, decorre da “[...] violação de determinado dever, inerente a um contrato”. (MONTEIRO, 2007b, p. 504).

Verifica-se, assim, que o ponto chave entre as duas responsabilidades é a existência ou não de convenção prévia, ou seja, contrato, entre as partes.

A esse respeito, leciona Silvio Rodrigues (2003, p. 8-9):

Na hipótese de responsabilidade contratual, antes de a obrigação principal emergir, existe, entre o inadimplente e seu co-contratante, um vínculo jurídico derivado da

convenção; na hipótese da responsabilidade aquiliana, nenhum liame jurídico existe entre o agente causador do dano e a vítima até que o ato daquele ponha em ação os princípios geradores de sua obrigação de indenizar.

Idêntico é o entendimento de Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 26):

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

Sobre a diferença entre as duas espécies, a mais significativa diz respeito ao ônus da prova sobre a culpa. Enquanto na responsabilidade extracontratual, quando subjetiva, a vítima deve demonstrar a caracterização da culpa do agente, na responsabilidade contratual a culpa decorre do próprio descumprimento do contrato. (MONTEIRO, 2007b, p. 505).

Outro ponto que se destaca das responsabilidades contratual e extracontratual diz respeito às fontes de que promanam. A primeira decorre do contrato, enquanto a segunda decorre do *neminem laedere*, ou seja, do dever jurídico de não lesar ou causar dano a outrem (art. 186 do Código Civil). (GONÇALVES, 2003, p. 28).

3.2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL

De acordo com Silvio Rodrigues (2003, p. 15), pela análise do art. 186 do Código Civil, “[...] verifica-se que ele envolve algumas idéias que implicam a existência de alguns pressupostos, ordinariamente necessários, para que a responsabilidade civil emerja”.

Assim, passar-se-á à análise desses pressupostos, quais sejam: a ação ou omissão do agente, a culpa em sentido estrito ou dolo, o nexo de causalidade e o dano.

O primeiro deles é a **ação ou omissão** do agente. Segundo Rui Stoco (2004, p. 131), “não há responsabilidade civil sem determinado comportamento humano contrário à ordem jurídica. Ação e omissão constituem, por isso mesmo, tal como no crime, o primeiro momento da responsabilidade civil”.

Acerca da omissão, o referido autor esclarece que “a omissão é uma conduta negativa. Surge porque alguém não realizou determinada ação. A sua essência está propriamente em não se ter agido de determinada forma”. (STOCO, 2004, p. 131).

Com efeito, a ação ou omissão é própria do homem. Nesse sentido é a lição de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2009, p. 27):

Apenas o homem, portanto, por si ou por meio das pessoas jurídicas que forma, poderá ser civilmente responsabilizado. Nesse contexto, fica fácil entender que a ação (ou omissão) humana voluntária é pressuposto necessário para a configuração da responsabilidade civil. Trata-se, em outras palavras, da conduta humana, positiva ou negativa (omissão), guiada pela vontade do agente, que desemboca no dano ou prejuízo.

Destarte, verifica-se que a ação ou omissão necessita de voluntariedade para que acarrete na responsabilização do agente. Neste diapasão, ensina Rui Stoco (2004, p. 131):

A voluntariedade da conduta não se confunde com a projeção da vontade sobre o resultado, isto é, o querer intencional de produzir o resultado; de assumir o risco de produzi-lo; de não querê-lo mas, ainda assim, atuar com afoiteza, com indolência ou com incapacidade manifesta. O querer intencional é matéria atinente à culpabilidade *lato sensu*.

Conforme a lição de Silvio Rodrigues (2003, p. 15), “a responsabilidade do agente pode ser de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a responsabilidade do agente, e ainda de danos causados por coisas que estejam sob a guarda deste”.

Sobre a responsabilidade por ato de terceiro, preleciona Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 32):

A responsabilidade por ato de terceiro ocorre nos casos de dano causado pelos filhos, tutelados e curatelados, ficando responsáveis pela reparação os pais, tutores e curadores. Também o patrão responde pelos atos de seus empregados. Os educadores, hoteleiros e estalajadeiros, pelos seus educandos e hóspedes. Os farmacêuticos, por seus prepostos. As pessoas jurídicas de direito privado, por seus empregados, e as de direito público, por seus agentes. E, ainda, aqueles que participam do produto do crime.

Em síntese, conclui-se que a ação ou omissão voluntária é o primeiro pressuposto da responsabilidade, sendo que essa pode se dar, como visto, por ato próprio do agente, de terceiro ou por danos causados por coisas que estejam sob a guarda do agente.

Uma vez caracterizada a ação ou omissão, resta saber se o agente agiu com **culpa** ou **dolo**.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 32), “para obter a reparação do dano, a vítima geralmente tem de provar dolo ou culpa *stricto sensu* do agente, segundo a teoria subjetiva adotada em nosso diploma civil”.

Acerca da culpa, preleciona Rui Stoco (2004, p. 132):

A culpa, em sentido amplo, tanto pode ser expressão da consciência e vontade dirigidas a um fim perseguido e querido, embora ilícito, como o descumprimento de um dever de cuidado ou de diligência em razão de açodamento, de desídia ou de imperfeição técnica, ainda que sem intenção de prejudicar.

A culpa, em sentido estrito, desdobra-se em imprudência, negligência e imperícia. De acordo com Rui Stoco (2004, p. 132):

A culpa pode empenhar ação ou omissão e revela-se através da imprudência: comportamento açodado, precipitado, apressado, exagerado ou excessivo; negligência: quando o agente se omite, deixa de agir quando deveria fazê-lo e deixa de observar regras subministradas pelo bom senso, que recomendam cuidado, atenção e zelo; e imperícia: a atuação profissional sem o necessário conhecimento técnico ou científico que desqualifica o resultado e conduz ao dano.

Assim, verifica-se que “a culpa, sob os princípios consagrados da negligência, imprudência e imperícia contém uma conduta voluntária, mas com resultado involuntário, a previsão ou a previsibilidade e a falta de cuidado devido, cautela ou atenção”. (VENOSA, 2004, p. 30).

Aspecto que interessa na fixação da indenização é a culpa concorrente. No Direito Penal, não existe compensação de culpas. Cada agente responde pessoalmente por sua conduta e por sua participação na conduta delituosa. A posição na responsabilidade civil, contratual ou aquiliana, é diversa: constatado que ambos partícipes agiram com culpa, ocorre a compensação. Cuida-se, portanto, de imputação de culpa à vítima, que também concorre para o evento. (VENOSA, 2004, p. 33).

Em relação ao dolo, assevera Rui Stoco (2004, p. 135):

Quando existe intenção deliberada de ofender o direito, ou de ocasionar prejuízo a outrem, há o dolo, isto é, pleno conhecimento do mal e o direto propósito de o praticar. A intenção é o principal atributo do dolo, que se traduz na vontade dirigida a um fim. Esse fim pressupõe-se sempre ilícito, considerando que o agente ou quer obter vantagem, ainda que cause dano a outrem, ou objetiva apenas causar mal e lesar a vítima, sem o desiderato de beneficiar-se.

Para o autor, o dolo divide-se, ainda, em dolo direto e dolo indireto, sendo que este último subdivide-se em alternativo e eventual:

Diz-se que o dolo é direto quando o resultado do mundo exterior corresponde perfeitamente à intenção e vontade do agente. O dolo indireto, por sua vez, desdobra-se em dois aspectos, alternativo e eventual; alternativo, quando o agente quer um ou outro dos resultados possíveis de sua ação; eventual, quando ele prevê o resultado como possível, e o admite como consequência de sua conduta, embora não queira propriamente atingi-lo. (STOCO, 2004, p. 144).

Outro pressuposto da responsabilidade extracontratual é o **nexo de causalidade**, sem o qual não fica caracterizada a responsabilidade civil.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 33), nexo de causalidade “é a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Vem expressa no verbo ‘causar’, utilizado no art. 186. Sem ela, não existe a obrigação de indenizar”.

Ressalte-se que não basta que a conduta do agente seja antijurídica e causadora de dano à vítima, é preciso, ainda, que haja uma correlação entre esses dois elementos, conforme destaca Rui Stoco (2004, p. 146):

Não basta que o agente haja procedido contra jus, isto é, não se define a responsabilidade pelo fato de cometer um “erro de conduta”. Não basta, ainda, que a vítima sofra um dano, que é o elemento objetivo do dever de indenizar, pois se não houver um prejuízo a conduta antijurídica não gera a obrigação de indenizar. É necessário, além da ocorrência dos dois elementos precedentes, que se estabeleça uma relação de causalidade entre a injuricidade da ação e o mal causado [...]

Ocorre, entretanto, que nem sempre é fácil identificar a verdadeira causa do dano devido ao aparecimento de concausas. A esse respeito, preleciona Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 521):

A teoria do nexo causal encerra dificuldades porque, em razão do aparecimento de concausas, a pesquisa da verdadeira causa do dano nem sempre é fácil. Essas concausas podem ser sucessivas ou simultâneas. Nas últimas, há um só dano, ocasionado por mais de uma causa. É a hipótese de um dano que pode ser atribuído a várias pessoas. O Código Civil, em matéria de responsabilidade extracontratual, dispõe que a responsabilidade é solidária neste caso (cf. art. 942, parágrafo único).

O referido autor prossegue, dispondo que é no estudo das concausas sucessivas onde aparecem as maiores dificuldades, porquanto há uma cadeia de causas e efeitos, devendo-se saber “[...] qual delas deve ser escolhida como sendo a responsável pelos danos”. (GONÇALVES, 2003, p. 521).

Segundo a doutrina civilista, existem três principais teorias acerca do nexo causal: a da equivalência das condições, a da causalidade adequada e a que exige que o dano seja consequência imediata do fato que o produziu (também chamada de interrupção do nexo causal). (GONÇALVES, 2003, p. 521; GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2009, p. 86).

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 521, grifo nosso), “pela **teoria da equivalência das condições**, toda e qualquer circunstância que haja concorrido para produzir o dano é considerada uma causa. A sua equivalência resulta de que, suprimida uma delas, o dano não se verificaria”.

Esta teoria, contudo, não foi a adotada pelo Código Civil em decorrência de apresentar um grave inconveniente. Conforme Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2009, p. 87), “por considerar causa todo o antecedente que contribua para o desfecho danoso, a cadeia causal, seguindo esta linha de inteligência, poderia levar a sua investigação ao infinito”.

Acerca da **teoria da causalidade adequada**, preleciona Sergio Cavalieri Filho (2005, p. 72-73) que “causa, para ela, é o antecedente não só necessário mas, também, adequado à produção do resultado. Logo, nem todas as condições serão causa, mas apenas aquela que for a mais apropriada a produzir o evento”.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 522):

A segunda teoria, a da causalidade adequada, somente considera como causadora do dano a condição por si só apta a produzi-lo. Ocorrendo certo dano, temos de concluir que o fato que o originou era capaz de lhe dar causa. Se tal relação de causa e efeito existe sempre em casos dessa natureza, diz-se que a causa era adequada a produzir o efeito. Se existiu no caso em apreciação somente por força de uma circunstância acidental, diz-se que a causa não era adequada.

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2009, p. 90), esta teoria, do mesmo modo que a anterior, apresenta inconvenientes:

Se a teoria anterior peca por excesso, admitindo uma ilimitada investigação da cadeia causal, esta outra, a despeito de mais restrita, apresenta o inconveniente de admitir um acentuado grau e discricionariedade do julgador, a quem incumbe avaliar, no plano abstrato, e segundo o curso normal das coisas, se o fato ocorrido no caso concreto pode ser considerado, realmente, causa do resultado danoso.

Por fim, sobre a **teoria dos danos diretos e imediatos**, asseveram Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2009, p. 90) que “causa, para esta teoria, seria apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessariedade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata”.

A esse respeito, enfatiza Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 523) que “o agente primeiro responderia tão-só pelos danos que se prendessem a seu ato por um vínculo de necessidade. Pelos danos consequentes das causas estranhas responderiam os respectivos agentes”.

A título de exemplificação, destaca o referido autor:

No clássico exemplo do acidentado que, ao ser conduzido em uma ambulância para o hospital, vem a falecer em virtude de tremenda colisão da ambulância com um outro veículo, responderia o autor do dano primeiro da vítima, o responsável pelo

seu ferimento, apenas pelos prejuízos de tais ferimentos oriundos. Pelos danos da morte dessa mesma vítima em decorrência do abalroamento da ambulância, na qual era transportada ao hospital, com o outro veículo, responderia o motorista da ambulância ou o do outro carro abalroador, ou ambos. Mas o agente do primeiro evento não responderia por todos os danos, isto é, pelos ferimentos e pela morte. (GONÇALVES, 2003, p. 523-524).

Por fim, cumpre ressaltar que não há unanimidade doutrinária e jurisprudencial no que toca à teoria adotada pelo Código Civil, em relação ao nexos causal. (TARTUCE, 2008b, p. 370).

De acordo com a lição de Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 524), a teoria adotada foi, indiscutivelmente, a da causalidade direta ou imediata, conforme disposição do art. 403 do Código Civil: “Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”. (BRASIL, 2002).

Por outro lado, Flávio Tartuce (2008b, p. 366) sustenta que “[...] o Código Civil de 2002 adotou, em melhor sentido, a teoria da causalidade adequada, eis que a indenização deve ser adequada aos fatos que a cercam”.

Desse modo, em que pese a indicação do art. 403 do Código Civil pela adoção da teoria da causalidade direta ou imediata, verifica-se que a questão da teoria do nexos causal não é pacífica na doutrina e jurisprudência. (TARTUCE, 2008b, p. 366).

Por fim, o último pressuposto a ser analisado é o **dano**.

A questão da responsabilidade civil só se vê completa com a ocorrência do dano, ou seja, é preciso que o ato ilícito cause prejuízo à vítima, para se falar em responsabilidade do agente. (RODRIGUES, 2003, p. 18).

Nesse sentido é a lição de Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 34):

Com efeito, o elemento subjetivo da culpa é o dever violado. A responsabilidade é uma reação provocada pela infração a um dever preexistente. No entanto, ainda mesmo que haja violação de um dever jurídico e que tenha havido culpa, e até mesmo dolo, por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo.

Nas palavras de Sergio Cavalieri Filho (2005, p. 96):

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

Segundo Sílvio de Salvo Venosa (2004, p. 36), o dano patrimonial “[...] é aquele suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado por reposição em dinheiro, denominador comum da indenização”.

O dano emergente, por sua vez, de acordo com Sílvio de Salvo Venosa (2004, p. 36), é “aquele que mais se realça à primeira vista, o chamado dano positivo, traduz uma diminuição de patrimônio, uma perda por parte da vítima: *aquilo que efetivamente perdeu*”.

Acerca do lucro cessante, destaca Sergio Cavalieri Filho (2005, p. 97):

Consiste, portanto, o lucro cessante na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima. Pode decorrer não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por exemplo, a cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como, também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado.

Assim, verifica-se que “o *lucro cessante* traduz-se na dicção legal, o que a vítima *razoavelmente* deixou de lucrar”. (VENOSA, 2004, p. 36).

Há, ainda, outra espécie de dano, chamada de dano reflexo ou em ricochete. Nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2009, p. 45) “[...] consiste no prejuízo que atinge reflexamente pessoa próxima, ligada à vítima direta da atuação ilícita”.

A título de exemplificação:

É o caso, por exemplo, do pai de família que vem a perecer por descuido de um segurança de banco inábil, em uma troca de tiros. Note-se que, a despeito de o dano haver sido sofrido diretamente pelo sujeito que pereceu, os seus filhos, alimentandos, sofreram os seus reflexos, por conta da ausência do sustento paterno. (GAGLIANO; PAMPLONA, 2009, p. 45).

Segundo os autores, é possível a reparação civil desse tipo de dano, caso o dano reflexo seja certo e de existência comprovada. (GAGLIANO; PAMPLONA, 2009, p. 46).

3.3 DANO EXTRAPATRIMONIAL OU DITO MORAL

Segundo Sílvio de Salvo Venosa (2004, p. 39), “dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima”.

No ordenamento jurídico brasileiro, apenas com a promulgação da CRFB/88 é que ficou explicitada a reparabilidade do dano moral, sendo a matéria elevada ao *status* dos “Direitos e Garantias Fundamentais”. (GAGLIANO; PAMPLONA, 2009, p. 66).

Afirma-se, assim, que a reparabilidade do dano moral apenas se pacificou, no âmbito jurídico interno, “[...] com o advento da Constituição Federal de 1988, que prevê expressamente indenização por dano moral em seu art. 5º, V e X, trilha seguida, inclusive, como não poderia deixar de ser, pelo novo Código Civil Brasileiro”. (GAGLIANO, 2009, p. 67)

No Código Civil, o dano moral está previsto nos arts. 186 e 927. (GAGLIANO; PAMPLONA, 2009, p. 66).

Nas palavras de Antonio Jeová Santos (2003, p. 38):

Ao tratar especificamente no inc. X do art. 5º, sobre alguns dos direitos personalíssimos, tais como a vida privada, intimidade, imagem e honra, afirmando sobre a individualidade desses direitos e clamando por indenização contra quem os vulnerarem explicitou a Constituição sobre o dano moral, de sorte que lançou uma pá de cal sobre qualquer tendência que vise a apequenar o ressarcimento dessa lesão. Hoje, não é mais aceitável afirmar que a indenização do dano moral consiste em prostituir a dor com dinheiro, muito menos argumentar que a impossibilidade de o Direito tutelar essa espécie de dano reside na falta de quantificação exata do valor do ressarcimento.

De acordo com Sergio Cavalieri Filho (2005, p. 101), o dano moral pode ser conceituado sob dois aspectos distintos, à luz da CRFB/88:

Em sentido estrito, dano moral é a violação do direito à dignidade. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à dignidade que a Constituição inseriu em seu art. 5º, V e X, a plena reparação do dano moral.

Em sentido amplo, dano moral é a violação aos “chamados *novos direitos da personalidade*: a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas filosóficas, direitos autorais”. (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 102, grifo do autor).

O prejuízo acarretado pelo dano moral, diversamente do que ocorre no dano patrimonial, não é pecuniário, ou seja, “[...] é valorado sob ótica não pecuniária, porque o *dano moral* resulta da lesão de um interesse espiritual que está relacionado com a intangibilidade da pessoa humana”. (SANTOS, 2003, p. 94).

A esse respeito, assevera Sergio Cavalieri Filho (2005, p. 102) que “em razão dessa natureza imaterial, o dano moral é insuscetível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização”.

No entanto, para que o dano moral reste configurado, é preciso que se rompa o equilíbrio psicológico do indivíduo:

Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à anormalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da anormalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenização pelos mais triviais aborrecimentos. (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 105).

Acerca de quem pode sofrer dano moral, observa-se que “as crianças, os amentais, o nascituro e quem estiver inane, em vida vegetativa, são passíveis de sofrer o dano moral”. (SANTOS, 2003, p. 130).

Em especial sobre as crianças, destaca o autor:

Quando se trata de criança, a psicologia tem definido que os traumas afetivos, padecidos na primeira infância, só aparecem como manifestações neuróticas, quando a pessoa que os sofreu, ingressa na adolescência e os acompanha até a vida adulta. Mesmo que o *dano moral* não surja de imediato, pela falta de compreensão da criança, essa lesão aparecerá no futuro, com maior intensidade. Não existe nenhuma razão para deixar de indenizar uma criança, por achar que ela não entende o caráter do ato insidioso, causador de *dano moral*. (SANTOS, 2003, p. 129).

Em síntese, “o sofrimento psíquico, a afetação da sensibilidade e a alteração do equilíbrio emocional ocorrem mesmo que o prejudicado não tenha consciência do mal que lhe foi infligido”. (SANTOS, 2003, p. 125).

No que diz respeito ao arbitramento do dano moral, é o entendimento de Sergio Cavalieri Filho (2005, p. 117):

Em conclusão, após a Constituição de 1988 não há mais nenhum valor legal prefixado, nenhuma tabela ou tarifa a ser observada pelo juiz na tarefa de fixar o valor da indenização pelo dano moral, embora deva seguir, em face do caso concreto, a trilha do bom senso, da moderação e da prudência, tendo sempre em mente que se, por outro lado, a indenização deve ser a mais completa possível, por outro, não pode tornar-se fonte de lucro indevido.

Cumpra observar, desse modo, que ao arbitrar o dano moral “[...] o juiz não pode se afastar dos princípios da *proporcionalidade* e da *razoabilidade*, hoje tidos como princípios constitucionais”. (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 117).

Por fim, no que diz respeito à natureza jurídica do dano moral, diz-se que “[...] é sancionadora (como consequência de um ato ilícito), mas não se materializa através de uma ‘pena civil’, e sim por meio de uma *compensação* material ao lesado [...]”. (GAGLIANO; PAMPLONA, p. 77, grifo do autor).

3.4 EXCLUDENTES DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR

Nas palavras de Sergio Cavalieri Filho (2005, p. 42), “o art. 188 do Código Civil prevê hipóteses em que a conduta do agente, embora cause dano a outrem, não viola dever jurídico, isto é, não está sob censura da lei. São causas de exclusão da ilicitude”. São elas: a legítima defesa, o exercício regular de um direito e o estado de necessidade.

Acerca da **legítima defesa**, assevera Maria Helena Diniz (2005, p. 223) que “a legítima defesa exclui a responsabilidade pelo prejuízo causado se, com uso moderado de meios necessários, alguém repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

Sobre a excludente, preleciona Sergio Cavalieri Filho (2005, p. 42):

Ninguém pode fazer justiça pelas próprias mãos, essa é a regra básica. Em certos casos, entretanto, não é possível esperar pela justiça estatal. O agente se vê em face de agressão injusta, atual ou iminente, de sorte que, se não reagir, sofrerá dano injusto, quando, então, a legítima defesa faz lícito o ato, excluindo a obrigação de indenizar o ofendido pelo que vier a sofrer em virtude da repulsa à sua agressão.

Cumpra observar, contudo, que “somente a legítima defesa real, e praticada contra o agressor, impede a ação de ressarcimento de danos”. (GONÇALVES, 2003, p. 713). Em outras palavras, se o agente errar a pessoa do agressor (*aberratio ictus*) e atingir terceiro, terá que indenizar os danos a este causados, podendo cobrar do injusto ofensor por meio de ação regressiva. (GONÇALVES, 2003, p. 713).

Outra excludente de ilicitude prevista no art. 188 do Código Civil é o **exercício regular de um direito**.

Nas palavras de Maria Helena Diniz (2005, p. 223), “se alguém, no uso normal de um direito, lesar outrem, não terá qualquer responsabilidade pelo dano, por não ser um procedimento ilícito. Quem usa de um direito seu não causa dano a ninguém (*qui iure suo utitur neminem laedit*)”.

Conforme a lição de Sergio Cavalieri Filho (2005, p. 42), trata-se de “[...] direito exercido regularmente, normalmente, razoavelmente, de acordo com seu fim econômico, social, a boa-fé e os bons costumes. Quem exerce seu direito subjetivo nesses limites age licitamente, e o lícito exclui o ilícito”.

Ressalte-se, entretanto, que há limites que devem ser respeitados pelo agente, sob pena de incorrer em abuso de direito. Neste diapasão, assevera Sílvio de Salvo Venosa (2004, p. 54):

No exercício de um direito, o sujeito deve manter-se nos limites do razoável, sob pena de praticar ato ilícito. O mais recente Código é expresso em descrever o abuso de direito no art. 187, mencionando que o comete quem excede manifestamente os limites impostos para o fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes relacionados ao direito em questão.

Acerca da excludente **estado de necessidade**, preleciona Sergio Cavalieri Filho (2005, p. 42):

O estado de necessidade ocorre quando alguém deteriora ou destrói coisa alheia, ou causa lesão em pessoa, a fim de remover perigo iminente. O ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para remoção do perigo.

Ocorre, no entanto, que no estado de necessidade, mesmo se tratando de ato legítimo, o agente que o praticou deve reparar os prejuízos eventualmente causados a terceiros. É a lição de Carlos Roberto Gonçalves 2003, p. 707-708): “Se um motorista, por exemplo, atira o seu veículo contra um muro, derrubando-o, para não atropelar uma criança que, inesperadamente, surgiu-lhe à frente, o seu ato, embora lícito e mesmo nobilíssimo, não o exonera de pagar a reparação do muro”.

Cumpra observar, ainda sobre o estado de necessidade, as disposições dos arts. 929 e 930 do Código Civil. Conforme Sílvio de Salvo Venosa (2004, p. 54):

[...] a escusabilidade do estado de necessidade sofre os temperamentos dos arts. 929 (antigo, art. 1.519) e 930 (antigo, art. 1.520). O primeiro desses dispositivos assegura a indenização ao dono da coisa ofendida, se não for culpado pelo perigo, e o segundo dispositivo expressa que, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra

este deverá ser movida ação regressiva pelo autor do dano, para haver a importância, que tiver ressarcido ao dono da coisa.

Ressalta-se, por fim, que a obrigação de indenizar o dano causado em estado de necessidade é fundada na equidade:

Muitas são as hipóteses em que a lei concede um direito mas condiciona o seu exercício, apesar de legítimo, à reparação dos eventuais prejuízos sofridos por terceiros. Assim, por exemplo, na desapropriação, na servidão e no estado de necessidade. Em casos tais não há, a rigor, que se falar em responsabilidade civil porque, como já ressaltado, o agente não viola qualquer dever jurídico; antes, pelo contrário, age conforme o Direito. Há, sim, reparação do dano fundada na equidade. (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 551).

Existem, ainda, outras excludentes da responsabilidade reconhecidas pela doutrina civilista que, uma vez ocorridas, impedem que se concretize o nexo causal. São as excludentes de causalidade: culpa exclusiva da vítima, fato exclusivo de terceiro e caso fortuito e força maior.

A **culpa exclusiva da vítima**, quando presente, exclui o dever de indenizar, uma vez que impede o nexo causal.

Como assevera Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 717), culpa exclusiva da vítima:

É o que se dá quando a vítima é atropelada ao atravessar, embriagada, uma estrada de alta velocidade; ou quando o motorista, dirigindo com toda a cautela, vê-se surpreendido pelo ato da vítima que, pretendendo suicidar-se, atira-se sob as rodas do veículo. Impossível, nestes casos, falar em nexo de causa e efeito entre a conduta do motorista e os ferimentos, ou o falecimento, da vítima.

Por outro lado, verifica-se que a culpa concorrente não exclui a obrigação de indenizar. Neste caso, a indenização é repartida conforme a intensidade da culpa, podendo as frações de responsabilidade ser desiguais. (VENOSA, 2004, p. 46).

Em relação ao **fato exclusivo de terceiro**, Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 721) comenta que, “muitas vezes, o ato daquele que atropela alguém ou causa alguma outra espécie de dano pode não ser o responsável pelo evento, o verdadeiro causador do dano, mas sim, o ato de um terceiro”.

De acordo com Maria Helena Diniz (2009, p. 116), “a força excludente da responsabilidade por fato de terceiro dependerá da prova de que o dano foi resultante de ato de terceiro, caso em que o ofensor ficará isento de qualquer responsabilidade”.

Conforme a lição de Sílvio de Salvo Venosa (2004, p. 56):

No caso concreto, importa verificar se o terceiro foi o causador exclusivo do prejuízo ou se o agente indigitado também concorreu para o dano. Quando a culpa é exclusiva de terceiro, em princípio não haverá nexo causal. Cabe ao agente defender-se, provando que o fato era inevitável e imprevisível.

Cumpra observar, contudo, que predomina, em matéria de responsabilidade civil, a “[...] obrigatoriedade do causador direto em reparar o dano. A culpa de terceiro não exonera o autor direto do dano do dever jurídico de indenizar”. (GONÇALVES, 2003, p. 721).

Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 721) continua, esclarecendo que “o assunto vem regulado nos arts. 929 e 930 do Código Civil, concedendo o último ação regressiva contra o terceiro que criou a situação de perigo, para haver a importância despendida no ressarcimento ao dono da coisa”.

De acordo com Sílvio de Salvo Venosa (2004, p. 57), embora o fato exclusivo de terceiro rompa com o liame de causalidade, a jurisprudência resiste em admiti-lo como excludente. A jurisprudência não o admite, como exemplo, nos casos de transporte, conforme preleciona Maria Helena Diniz (2009, p. 116).

Outra excludente de causalidade é o **caso fortuito e a força maior**.

Segundo a lição de Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 736), “o art. 393, parágrafo único, do Código Civil não faz distinção entre o caso fortuito e a força maior, definindo-os da seguinte forma: ‘O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir’”.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 736), “o caso fortuito geralmente decorre de fato ou ato alheio à vontade das partes: greve, motim, guerra. Força maior é a derivada de acontecimentos naturais: raio, inundação, terremoto”.

Segundo Sílvio de Salvo Venosa (2004, p. 49), não há conformidade nas definições de caso fortuito e força maior, havendo divergência na doutrina.

De acordo com Nehemias Domingos de Melo (2005, p. 110):

Para caracterização do caso fortuito ou de força maior é preciso que o evento possa ser classificado como inevitável e irresistível a qualquer esforço humano quando então, a sua ocorrência, fará cessar a responsabilidade de indenizar porquanto estes fatos excluem a culpabilidade do agente, visto que não se poderia atribuir a ele, nem dolo nem culpa.

Neste diapasão, Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 740) afirma que “somente o fortuito externo, isto é, a causa ligada à natureza, estranha à pessoa do agente e à máquina, exclui a responsabilidade, por ser imprevisível”. E continua:

O fortuito interno, em que a causa está ligada à pessoa (como quando ocorre um mal súbito) ou à coisa (defeitos mecânicos, como estouro dos pneus, rompimento dos “burrinhos” dos freios ou da barra de direção), não afasta a responsabilidade do agente, ainda que o veículo esteja bem cuidado e conservado, porque previsível. Defeitos mecânicos são previsíveis. (GONÇALVES, 2003, p. 741).

Assim, perante o Direito Brasileiro, não é todo e qualquer fortuito que excluirá a obrigação de indenizar. Como visto, somente o fortuito externo rompe o nexo de causalidade.

Há, ainda, exclusivamente no campo contratual, a excludente da **cláusula de não indenizar**.

De acordo com Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2009, p. 118): “Trata-se, pois, de convenção por meio da qual as partes excluem o dever de indenizar, em caso de inadimplemento da obrigação”.

A doutrina destaca, como ponto interessante de estudo da cláusula de não indenizar, a questão de sua validade. A esse respeito, assevera Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 749) que a validade dependerá da observância de alguns requisitos, quais sejam:

[...] bilateralidade de consentimento; não-colisão com preceito cogente de lei (como o são as normas do CDC), com a ordem pública e com os bons costumes; igualdade de posição das partes (o que não acontece nos contratos de adesão); inexistência do escopo de eximir o dolo ou culpa grave do estipulante; e ausência da intenção de afastar obrigação inerente à função.

Ressalta-se, assim, que a cláusula de não indenizar “[...] só deve ser admitida quando as partes envolvidas guardarem entre si uma relação de igualdade, de forma que a exclusão do direito à reparação não traduza renúncia da parte economicamente mais fraca”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 120).

No próximo capítulo, abordar-se-á a responsabilidade civil pelo abandono afetivo paterno-filial, tema do presente trabalho acadêmico.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO PARENTAL: A PROTEÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA À FAMÍLIA E O RECONHECIMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

No presente capítulo abordar-se-á a temática da responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo. Falar-se-á do valor do afeto nas relações familiares, da proteção jurídica à criança e ao adolescente, do direito à convivência familiar, do dano moral causado pela omissão do afeto e, por fim, do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº. 700/2007.

4.1 O VALOR DO AFETO NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Conforme exposto no segundo capítulo, o afeto é o elo que une os membros da família contemporânea. Silvana Maria Carbonera (1999, p. 502-503) destaca a importância do afeto ao enfatizar que:

A sociedade familiar deixou de ser o elemento central de proteção e os sujeitos que a compunham foram deslocados da periferia para o centro das atenções, provocando uma alteração do foco jurídico: não a família, mas seus integrantes é que deveriam receber maior parcela de tutela jurídica. E o afeto, embora não expressamente contemplado pelo ordenamento e sendo ignorado pela doutrina, ingressou no mundo jurídico exatamente pela exclusão, lá demarcando seu território.

A autora destaca, ainda, a evolução do afeto nas famílias patriarcal e eudemonista, no sentido de que, “Se na primeira ele era presumido, em razão de o vínculo jurídico dar a certeza da existência de uma família, neste modelo ele é um dos elementos que dá visibilidade e continuidade às relações familiares”. (CARBONERA, 1999, p. 508).

Neste diapasão, Cleber Affonso Angelucci (2005, p. 81) ressalta que o afeto está diretamente relacionado com a dignidade humana, uma vez que “inerente à dignidade humana, à própria condição de vida hodierna, o afeto é elemento que não pode ser olvidado nas questões relativas ao direito de família, justamente por ser integrante desse princípio maior: o da dignidade humana”.

No campo da filiação, o valor do afeto ganhou relevante espaço, especialmente no que toca ao reconhecimento da paternidade socioafetiva, pautada no afeto e no amor

existentes entre pais e filhos. Destaca-se das palavras de Silvana Maria Carbonera (1999, p. 504-505):

O aspecto socioafetivo do estabelecimento da filiação, baseado no comportamento das pessoas que a integram, revela que talvez o aspecto aparentemente mais incerto, o afeto, em muitos casos, é o mais hábil para revelar quem efetivamente são os pais. A incerteza presente na posse de estado de filho questiona fortemente a certeza da tecnologia. Ademais, a verdadeira paternidade decorre mais de amar e servir do que de fornecer material genético.

Rolf Madaleno (2007, p. 113), do mesmo modo, destaca a importância do afeto no relacionamento paterno-filial:

Aliás, mostram a lógica e o bom-senso que a criança e o adolescente precisam ser nutridos do afeto de seus pais, representado pela proximidade física e emocional, cujos valores são fundamentais para o suporte psíquico e para a futura inserção social dos filhos. Pouco importa sejam os vínculos de ordem genética, civil ou socioafetiva, pois têm os pais a obrigação de exercerem a sua função parental, essencial à formação moral e intelectual de sua prole [...]

Com efeito, especialmente no que tange ao relacionamento paterno-filial, o afeto vem ganhando grande relevância, tanto que a sua falta tem gerado discussões na doutrina e jurisprudência, quando acarreta consequências negativas ao filho abandonado afetivamente. É a chamada tese do abandono paterno-filial (teoria do desamor), conforme Flávio Tartuce (2008b, p. 314).

Parte-se do princípio, como mencionado, que a ausência de afeto ocasiona males para a criança ou adolescente:

Assim, por ser a base da sociedade, a família recebe atenção especial do Estado, tendo em vista a preservação da mesma, uma vez que a ausência de afeto traz em si um conjunto de males causadores de verdadeira tortura ao filho abandonado, causando angústia não apenas pela falta de carinho, mas também como condições de sobrevivência, tendo em vista que o menosprezo vem daquele que jamais deveria eximir-se de dar afeto. (LOMEU, 2010, p. 109).

Isto porque, como sabido, a criança e o adolescente estão em processo de formação de sua personalidade, como seres em desenvolvimento que são, pelo que recebem especial proteção do Estado. (FRAGOSO, 2009, p. 18).

4.2 A PROTEÇÃO JURÍDICA À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE: SERES EM FORMAÇÃO DE SUA PERSONALIDADE E MERECEDORES DE AFETO (DO DIREITO AO DEVER DE CONVIVÊNCIA FAMILIAR)

Nas palavras de Ana Karina Ciríaco Fragoso (2009, p. 17), “a tutela jurídica de crianças e adolescentes sofreu profundas transformações ao longo do tempo no Brasil. Passou-se a adotar um novo subsistema jurídico, informado por princípios próprios, como o melhor interesse da criança e sua proteção integral”.

Acerca da doutrina da proteção integral, preleciona a autora:

A doutrina da proteção integral preconiza que os direitos das crianças e adolescentes têm características especiais, em razão da situação de constante modificação e desenvolvimento dessas pessoas. Afinal, é interesse de todo, país, sociedade e Estado que crianças e adolescentes se tornem adultos plenos, conscientes de suas responsabilidades e aptos a atuarem com plenitude em suas vidas. (FRAGOSO, 2009, p. 22-23).

Esta proteção integral justifica-se porque o ser humano não nasce pronto, sendo que é ao longo de sua vida que constrói a sua personalidade. Nesse sentido, destaca Ana Carolina Brochado Teixeira (2005, p. 140):

A pessoa constrói, no decorrer da vida, a sua identidade e personalidade. Enfim, ela vai se edificando em um processo de autoconhecimento e de interação social. É a partir do relacionamento com o outro que ela se molda e, verdadeiramente, constitui-se em todas as suas dimensões. E, por conseguinte, edifica, também, a sua dignidade de forma genuína, pois, embora esta seja concebida de forma singular, por compor a humanidade de cada ser, ela só se forma plenamente através do olhar do outro.

No contexto de desenvolvimento da criança, verifica-se que é no núcleo familiar que o nível de influência é mais amplo, sendo que os componentes, conforme assevera a referida autora, “[...] atuam no exercício dos direitos de personalidade mutuamente, podendo-se aferir que a convivência – embora pautada na espontaneidade, na gratuidade e na afetividade – é fonte de responsabilidade”. (TEIXEIRA, 2005, p. 141).

Ana Carolina Brochado Teixeira (2005, p. 141) enfatiza, ainda, a importância de se abordar a questão dos direitos da personalidade ao se tratar da responsabilidade civil no âmbito das relações familiares, uma vez que “[...] estamos a refletir sobre a família solidarista, pautada na reciprocidade, no respeito à alteridade, em que a presença do ‘outro’ é essencial para a coexistência”.

Ressalta-se que muitos autores defendem a possibilidade de responsabilidade civil pelo abandono afetivo por se tratar de uma violação ao direito de personalidade da criança e do adolescente, que decorre diretamente do direito a convivência e dos deveres dos pais de assistir, criar e educar os filhos menores, a teor do art. 229 da CRFB/88. (TEIXEIRA, 2005, p. 149).

Destaca Ana Karina Ciríaco Fragoso (2009, p. 20) que as crianças têm direito à integridade psíquica, que é um dos direitos da personalidade, e que “[...] o recebimento de afeto implica em um bom desenvolvimento da auto-estima, sendo de dignidade própria, honra subjetiva, enfim, implica no desenvolvimento de sua própria auto-confiança, dentre tantos outros direitos da personalidade”.

Sobre o direito à integridade psíquica (moral), preleciona Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2008, p. 139):

O direito à integridade moral concerne à proteção conferida aos atributos psicológicos relacionados à pessoa, tais como a sua honra, a liberdade, o recato, a imagem, a vida privada e o nome. Tutela, pois, a higidez psíquica da pessoa, sempre à luz da necessária dignidade humana. São atributos relacionados à incolumidade moral, destinados à preservação do conjunto psicológico da estrutura humana. São as emanções da alma, essencialmente incorpóreas, distintas das projeções físicas do indivíduo.

Conforme a lição de Lizete Peixoto Xavier Schuh (2006, p. 59), o direito à convivência familiar está previsto no art. 227 da CRFB/88 e também no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 4º. Destaca a autora que a convivência familiar é fundamental para o desenvolvimento da personalidade da criança:

A supremacia da convivência familiar, como necessária à vida dos seres humanos, e de incontestável importância na formação da personalidade das crianças, vem, mais uma vez, ser ratificada no art. 23 do ECA, o qual preconiza que a pobreza, a miséria material, não poderá servir de base para afastar os filhos dos seus genitores, o que se dá por meio da decretação da perda ou da suspensão do poder familiar. Ademais, cumpre ao Estado assistir estas famílias necessitadas por meio de programas oficiais de auxílio. (SCHUH, 2006, p. 60).

O direito da criança e do adolescente à convivência familiar é imprescindível na medida em que é a partir da convivência que o pai presta assistência, cria e educa seu filho. A esse respeito, preleciona Ana Carolina Brochado Teixeira (2005, p. 149) que, “na verdade, assistência, criação e educação estão diretamente atreladas à formação da personalidade do menor, bem como ao escopo de realizar os direitos fundamentais dos filhos, seja em que seara for”.

Esclarece a autora a respeito do dever de educação:

Educar um menor, dando-lhe condições de desenvolver sua personalidade, para que ele tome suas próprias decisões e faça as suas escolhas, revela-se através de um processo diálogo permanente, pelo qual quem educa é também educado, construindo-se mutuamente a dignidade dos sujeitos envolvidos. No dever de educar, está implícita a obrigação de promover no filho o desenvolvimento pleno de todos os aspectos da sua personalidade, de modo a prepará-lo para o exercício da cidadania e qualificá-lo para o trabalho, mediante a educação formal e informal, o que atende aos arts. 3º e 53 do ECA. (TEIXEIRA, 2005, p. 149-150).

Giselda Maria Fernandes Hironaka (2007) disserta sobre o tema:

Por fim, o dever de educação da prole incumbe aos pais como forma de se garantir aos filhos uma perfeita conformação moral e intelectual. Os pais devem, assim, desempenhar as funções de educadores e de autoridades familiares para que a criança possa se formar enquanto pessoa humana. O importante, segundo a psicologia, é que a criança possa receber uma educação condigna e receba a noção de autoridade, por meio da imposição de limites já no seio familiar, sob pena de um desajustamento e uma inadequação social posterior, quando o grupo familiar, por si só, já não se fizer presente, ou não se puder fazer ativo na proteção da pessoa do filho.

Ao lado da doutrina da proteção integral encontra-se o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Sobre o aludido princípio, diz-se que “[...] em qualquer decisão que envolva interesses infanto-juvenis, o tomador da decisão, seja ele juiz, pais, médicos, autoridades públicas, etc, deve tomar como primeiro ponto de referência a ser observado o citado princípio”. (FRAGOSO, 2009, p. 23).

Neste contexto, afirma Maria Isabel Pereira da Costa (2008, p. 60) que o melhor para a criança é, sem dúvida, viver cercada de afeto:

O tratamento carinhoso e respeitoso é, sem dúvida, o que melhor atende ao interesse da criança e do adolescente. Se faltar o carinho, o afeto e o respeito pela personalidade da criança, que está em fase de formação, se estará negando a essa criança um direito fundamental protegido pela Constituição.

No mesmo sentido é a lição de Leandro Soares Lomeu (2010, p. 111), de que é assegurado às crianças e aos adolescentes o seu desenvolvimento sadio e harmonioso, a salvo de toda a forma de negligência (art. 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente). Afirma o autor que “para a efetivação desse desenvolvimento, necessário haver entre os envolvidos a presença do afeto, elemento de elevada importância, sendo que a sua ausência desmedida pode gerar danos permanentes no decorrer da vida do filho”. (LOMEU, 2010, p. 111).

Conforme anota Maria Isabel Pereira da Costa (2008, p. 60), “negar-se a conviver com o filho, negar o amparo afetivo, é violar direito fundamental do filho”. Nesse diapasão destaca Cláudia Maria da Silva (2004, p. 141):

Trata-se, em suma, da recusa de uma das funções paternas, sem qualquer motivação, que agride e violenta o menor, comprometendo seriamente seu desenvolvimento e sua formação psíquica, afetiva e moral, trazendo-lhe dor imensurável, além de impor-lhe ao vexame, sofrimento, humilhação social, que, ainda, interfere intensamente em seu comportamento, causando-lhe angústia, aflições e desequilíbrio em seu bem-estar. Mesmo sendo menor, já estão tuteladas sua honra e moral, posto ser um sujeito de direito e, como tal, não pode existir como cidadão sem uma estrutura familiar na qual não há a assunção do verdadeiro “papel de pai”.

Com efeito, essa postura que se exige dos pais independe da situação parental que os genitores se encontram, se divorciados ou não, por força do art. 1.632 do Código Civil. Isto porque incumbe a ambos os pais participarem da construção da personalidade dos filhos, a fim de criarem pessoas responsáveis, com capacidade de responder pelos próprios atos. (TEIXEIRA, 2005, p. 150-151).

Nas palavras de Ana Carolina Brochado Teixeira (2005, p. 151), o exercício da paternidade e da maternidade responsáveis é indispensável à formação da personalidade da criança e do adolescente:

Para que isso aconteça, faz-se necessário presença, afeto, limites, segurança, proteção, exemplo, enfim, atributos que não se esgotam no dever de sustento e no pagamento de alimentos. É preciso muito mais do que isso. É necessário o exercício da paternidade e da maternidade em plenitude, com tempo, dedicação, disponibilidade, trabalho... É necessário preencher uma demanda de amor e afeto que é inerente ao ser humano, principalmente daquele que está em fase de crescimento, de firmar seus valores, de desenvolvimento da sua personalidade.

Desse modo, na medida em que os pais se fazem presente na vida dos filhos, dando-lhes afeto, resta preservado o direito à convivência familiar e, assim, atendido o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

4.3 O DANO MORAL CAUSADO PELA OMISSÃO DO AFETO

De acordo com Flávio Tartuce (2008b, p. 314), a tese do abandono paterno-filial (teoria do desamor) deve ser analisada à luz do princípio da solidariedade social, objetivo da

República (art. 3º, I, da CRFB/88), bem como à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, preleciona Maria Celina Bodin de Moraes (2005, p. 58) que na ponderação dos interesses contrapostos – por parte dos genitores o princípio da liberdade e da parte da criança e do adolescente o princípio da solidariedade familiar – deve prevalecer este último:

[...] Dadas a peculiar condição dos filhos e a responsabilidade dos pais na criação, educação e sustento dos menores, seria incabível valorizar a sua liberdade em detrimento da solidariedade familiar e da própria integridade psíquica dos filhos. Ponderados, pois, os interesses contrapostos, a solidariedade familiar e a integridade psíquica são princípios que sobressaem e se superpõem, com a forma que lhe dá a tutela constitucional, à autonomia dos genitores que, neste caso, dela não são titulares.

A questão da responsabilidade civil pelo abandono paterno-filial, segundo a referida autora, traz duas problemáticas contemporâneas marcantes:

[...] de um lado, está o direito de família, em plena transformação, com a progressiva valorização jurídica dos direitos e interesses dos filhos; de outro lado, tem-se a responsabilidade civil, com suas significativas mutações ao longo das últimas décadas, dentre as quais se destaca a multiplicação das figuras de danos morais ressarcíveis. (BODIN, 2005, p. 45).

De acordo com Walkyria Carvalho Nunes Costa (2008, p. 49), com a instituição do divórcio no país, em 1977, houve significativa mudança no relacionamento paterno-filial, uma vez que:

[...] com a instituição do divórcio, em 1977, muitos ex-casais adotaram o entendimento de que a ruptura familiar ensejava também o rompimento dos laços com a prole, o que era corroborado pelo instituto da guarda exclusiva, em que o parente dela desprovido ignorava o fato de um dia ter gerado um filho.

Neste diapasão, Lizete Peixoto Xavier Shuch (2006, p. 66) afirma que é comum nos divórcios litigiosos o clima de animosidade entre o ex-casal, que acaba por prejudicar os interesses da prole comum: “Na verdade, são relações e problemas conjugais mal resolvidos, cercados de vingança, decretando, em face de uma crise conjugal, uma crise familiar, deixando os filhos expostos à berlinda na guerra de convivência travada”.

Modernamente, no entanto, verifica-se que muitos casais vêm optando pelo instituto da guarda compartilhada, em busca do melhor interesse para os seus filhos.

As transformações na seara do Direito de Família tiveram como marco inicial a CRFB/88, que inovou no tratamento da matéria, em especial quanto à criança e o adolescente e a questão do poder parental:

A intervenção incisiva do legislador, a partir da Constituição de 1988 e do conseqüente Estatuto da Criança e do Adolescente, entretanto, transformou este estado de coisas, com reflexos no Código promulgado em 2002. O poder familiar é hoje concebido como um poder-dever posto no interesse exclusivo do filho e com a finalidade de satisfazer as suas necessidades existenciais, consideradas mais importantes, conforme prevê a cláusula de tutela da dignidade humana. (MORAES, 2005, p. 55).

Como visto, a sociedade e o Estado estão voltados para a proteção integral da criança e do adolescente. Disso decorre que toda e qualquer lesão causada a esses seres em desenvolvimento deve ser reparada, tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana, norma-fim de toda a ordem jurídica. (TEIXEIRA, 2005, p. 144).

Isto porque, como afirma Maria Celina Bodin de Moraes (2005, p. 54), não foi somente a família que mudou. A responsabilidade civil também sofreu profundas mudanças a partir da CRFB/88:

A lógica da responsabilidade civil mudou profundamente nos últimos anos, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988, marco zero de um direito civil renovado, revisitado pelos princípios e valores constitucionais. Foi-se o tempo em que a responsabilidade civil significava apenas a sanção por uma falta, por um ato ilícito cometido, previsto em lei ou no contrato, e representava a consequência de uma conduta antijurídica. Não por acaso, considera-se que uma das revoluções mais importantes, não somente nesta matéria, mas também no próprio direito civil como um todo, foi a passagem da primazia da culpa à primazia do dano, da atenção do autor da ofensa à atenção com a vítima, ou, ainda, a alteração do princípio, prevalecente até o início do século XX, de que “não há responsabilidade sem culpa” para o princípio segundo o qual “a vítima não pode ficar irressarcida”, em vigor no século XXI.

Verifica-se, assim, que a tendência da responsabilidade civil, na atualidade, é voltar os olhos para a proteção da vítima, os danos sofridos e o seu ressarcimento, logo, “[...] se o pai não tem culpa de não amar a sua filha, tem a culpa de tê-la negligenciado [...] abandonado, por não ter cumprido o seu dever de lhe dar assistência moral, por não ter convivido com ela, por não lhe ter educado, todos esses deveres impostos por lei” (MORAES, 2005, p. 54-55).

Segundo a lição de Ana Karina Ciríaco Fragoso (2009, p. 27), os contrários à tese de possibilidade de responsabilização dos pais pelo abandono afetivo afirmam que “[...] a única sanção prevista contra a conduta omissiva de um pai em relação a seu filho é a do art.

1638, inc. II, do CC”. A autora discorda desse entendimento, arguindo que “[...] afirmar que a única punição prevista é a destituição do poder familiar é conceder um benefício a um pai que não quer mesmo ser pai”. (FRAGOSO, 2009, p. 27).

Cumpra observar, como anota a autora, que o Direito de Família está inserido no Direito Civil e, nada obsta a aplicação do direito à indenização por danos morais no âmbito das relações familiares. (FRAGOSO, 2009, p. 27).

Acerca do dano moral no direito de família, preleciona Leandro Lomeu (2010, p. 110):

Algumas hipóteses da possibilidade dos danos morais embarcam perfeitamente nas relações familiares, situações diversas em que os deveres de família são violados. As sevícias, as ofensas morais e físicas, as injúrias graves praticadas por um cônjuge contra o outro, a transmissão e o contágio de doenças graves, o abandono material e moral do companheiro, o abandono material e moral do pai pelo filho e a difamação são alguns exemplos dessa seara.

De acordo com Ana Carolina Brochado Teixeira (2005, p. 151), a concepção de um filho gera responsabilidades, inclusive, quanto ao exercício da autoridade parental:

Entretanto, no momento em que ocorre a concepção – seja ela desejada ou não – inúmeras responsabilidades envolvem este ato, inclusive o exercício da autoridade parental, nos moldes constitucionalmente estabelecidos, ou seja, é preciso que os pais ajam com responsabilidade na estruturação biopsíquica da criança. Por isso, amor não é imposto, mas responsabilidade, sim. Justifica-se, desta forma, o instituto da autoridade parental, tido como um poder-dever, que é irrenunciável. Assim, a ausência e o descompromisso de um genitor podem originar danos aos filhos, principalmente no que tange à sua integridade psíquica, ao deixar uma lacuna em sua vida.

Esclarece a autora que o estado de filiação é um direito da personalidade, porque “[...] é essencial para a concretização da dignidade humana, para a construção da personalidade, ato jurídico dialético, dialógico, que tem duas bases fincadas na alteridade e na percepção da própria importância para o ‘outro’”. (TEIXEIRA, 2005, p. 152).

Nas palavras de Walkyria Carvalho Nunes Costa (2008, p. 49), “ser criado sem pai nem sempre representa um trauma, especialmente no contexto da necessidade material. O cerne da questão é o (a) filho (a) ter consciência de que o pai está vivo e exerce a rejeição por livre escolha, muitas vezes, de maneira vil e ardilosa”.

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2008, p. 161), a violação dos direitos da personalidade acarreta sérias consequências para o lesado:

Sem dúvida a violação dos direitos da personalidade acarreta graves conseqüências na órbita personalíssima, impondo danos de ordem extrapatrimonial (moral). Nesse passo, são previstas sanções jurídicas dirigidas a quem viola os direitos da personalidade de outrem, mediante a fixação de indenizações por danos não-patrimoniais (reparação de danos), bem como através da adoção de providências de caráter inibitório (tutela específica), tendentes à obtenção do resultado equivalente, qual seja, o respeito aos direitos da personalidade.

Segundo a lição de Maria Isabel Pereira da Costa (2008, p. 63), somente é indenizável o dano ocasionado na infância ou adolescência, uma vez que a obrigação decorre do exercício do poder familiar, sendo certo que o adulto não está sujeito a ele. Observa a autora, entretanto, que a cobrança pelo dano sofrido pode ser exigida posteriormente, na idade adulta.

Outro aspecto importante nas indenizações por abandono afetivo refere-se às excludentes da obrigação de indenizar, sobre as quais anota Maria Isabel Pereira da Costa (2008, p. 62):

A verificação sobre a imputabilidade do agente é indispensável, como também a análise se o genitor agiu sob o abrigo de alguma excludente de culpabilidade: legítima defesa, exercício regular de direito, estado de necessidade ou dever legal de agir. E, ainda, se a omissão decorreu em razão de doença, física ou mental do(a) genitor(a), ou por total desconhecimento da existência da relação de paternidade/filiação por parte do genitor.

No mesmo sentido, preleciona Giselda Maria Fernandes Hironaka (2007) que é preciso averiguar se o pai abandonico agiu com culpa ou não, na medida em que apenas será responsabilizado se esta restar caracterizada:

[...] torna-se necessária a comprovação da culpa do genitor não-guardião, que deve ter se ocultado à convivência com o filho, e deliberadamente se negado a participar do desenvolvimento de sua personalidade, de forma negligente ou imprudente. Como o caso é de abandono afetivo, com a concomitante inobservância dos deveres de ordem imaterial atinentes ao poder familiar, expressão maior da relação paterno/materno-filial, configurar-se-á a culpa em sua modalidade omissiva. Desta forma, na conduta omissiva do pai ou da mãe (não-guardião) estará presente a infração aos deveres jurídicos de assistência imaterial e proteção que lhes são impostos como decorrência do poder familiar.

Assim, poderão ocorrer hipóteses em que não restará caracterizada a culpa, como é o caso da fixação, pelo não-guardião, de domicílio em lugar distante que encareça muito o deslocamento, no caso de pessoas desprovidas de recursos financeiros, ou no caso de doença grave do genitor, que precisa se afastar para não colocar os filhos em risco, ou, ainda, na “[...] comum hipótese de não se saber se, realmente, 'este suposto incumprimento é imputável à

própria omissão do genitor não-guardião ou aos obstáculos e impedimentos por parte do genitor guardião” (HIRONAKA, 2007).

Com efeito, deve-se estar atento para o fenômeno da alienação parental. Sobre o tema, anota Maria Berenice Dias (2007, p. 409):

Muitas vezes, quando da ruptura da vida conjugal, um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação e o sentimento de rejeição, de traição, o que faz surgir um desejo de vingança: desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro. O filho é utilizado como instrumento de agressividade – é induzido a odiar o outro genitor. Trata-se de verdadeira campanha de desmoralização. A criança é induzida a afastar-se de quem ama e de quem também a ama. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre ambos. Restando órfão do genitor alienado, acaba se identificando com o genitor patogênico, passando a aceitar como verdadeiro tudo que lhe é informado.

Em atenção a essa realidade das famílias brasileiras, em 26 de agosto de 2010 foi publicada a Lei nº 12.318, que dispõe sobre a alienação parental e prevê medidas que poderão ser tomadas pelo juiz, dentre elas, a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão, além da suspensão da autoridade parental (art. 6º da Lei nº 12.318/10). (BRASIL, 2010).

É preciso, assim, que se apure de qual dos pais é a responsabilidade pelo abandono, uma vez que é comum a ocorrência de manipulações por parte de um dos genitores para atingir o outro, sendo, nestes casos, a criança a verdadeira vítima. (FRAGOSO, 2009, p. 28).

Por esta razão, Lizete Peixoto Xavier Schuh (2006, P. 66) afirma que nas ações de indenização por abandono afetivo:

[...] o juiz, ao analisar o mérito, na formação do seu convencimento, deverá considerar, dentre outros pressupostos, a capacidade processual do autor da ação, o convívio familiar o qual está inserido, se seus genitores estão ou estiveram envolvidos em litígios de ordem familiar, quais os motivos que fizeram com que o elo entre os familiares fosse perdido, ou não consentido, a comprovação dos supostos danos sofridos, bem como a configuração de culpas unilaterais ou concorrentes.

Nehemias Domingos de Melo (2005, p. 231) também comenta sobre a importância de se averiguar de quem é a culpa pelo abandono afetivo:

Não se pode esquecer que as separações de casais, no mais das vezes, se processam num clima de ódio e vingança. Nestas circunstâncias, a experiência tem nos mostrado que aquele que fica com a guarda da criança, quase sempre cria óbices e dificuldades para que o pai, ou a mãe, que não detém a guarda, não tenha acesso à criança. Comumente são transferidos à criança os sentimentos de ódio e vingança

daquele que detém a sua guarda, de tal sorte que, em muitos casos, é a própria criança que passa a não querer ver a mãe ou o pai, supostamente responsável pelas mazelas que a outra parte incute em sua cabeça.

Além da existência de culpa por parte dos pais, destaca Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2007) que se faz necessária a comprovação do dano sofrido pela vítima:

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

Com efeito, com o estabelecimento efetivo de um vínculo de afetividade será mais fácil configurar o dano decorrente da cessação do contato e da convivência entre pais e filhos, na exata medida em que se conseguir demonstrar e comprovar que a sensação de abandono foi nociva à criança.

Assevera a autora que a prova do dano “[...] deve ser feita por perícia técnica, determinada pelo juízo, com o intuito de se analisar o dano real e sua efetiva extensão”. (HIRONAKA, 2007).

Em casos assim, em que será necessária a prova do dano psíquico causado pelo abandono afetivo, por meio de perícias técnicas, Maria Celina Bodin de Moraes (2005, p. 62) assevera que o “o dano moral não seria *in re ipsa*, ou seja, o puro e simples abandono afetivo não ensejaria, por si só, a compensação [...]”

Paulo Luiz Netto Lôbo (2001, p. 6) preleciona sobre o dano moral considerado *in re ipsa*, sem a necessidade de comprovação do prejuízo:

De modo mais amplo, os direitos de personalidade oferecem um conjunto de situações definidas pelo sistema jurídico, inatas à pessoa, cuja lesão faz incidir diretamente a pretensão dos danos morais, de modo objetivo e controlável, sem qualquer necessidade de recurso à existência da dor ou do prejuízo. A responsabilidade opera-se pelo simples fato da violação (*dammu in re ipsa*); assim, verificada a lesão a direito da personalidade, surge a necessidade de reparação do dano moral, não sendo necessária a prova do prejuízo, bastando o nexo de causalidade.

No mesmo sentido é a lição de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2008, p. 161):

No que pertine à caracterização dos danos não-patrimoniais (chamados comumente de danos morais), sobreleva destacar a inexistência de qualquer necessidade de prova da dor, sofrimento, vexame, humilhação, tristeza ou qualquer sentimento negativo. Configura-se o dano moral pela simples e objetiva violação a direito da personalidade.

Sobre o prejuízo causado à criança pelo abandono afetivo, assevera Walkyria Carvalho Nunes Costa (2008, p. 49-50):

O trauma decorrente do abandono afetivo parental imprime uma marca indelével no comportamento da criança ou adolescente. É a espera por alguém que nunca vem ou telefona para ao menos cumprimentar pelo aniversário; a comemoração do Dia das Mães ou dos Pais sem a presença destes; a ausência por anos a fio, enfim, a mais absoluta indiferença.

Uma vez caracterizados a ação culposa do pai faltoso e o dano psíquico causado ao filho, resta saber se há nexo de causalidade entre os dois elementos, já que ninguém pode ser responsabilizado por algo que não tenha dado causa. A esse respeito, preleciona Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2007):

Com efeito, ainda que comprovada a culpa do genitor que assume conduta omissiva e abandona afetivamente a sua prole e ainda que a perícia psicológica consiga detectar e esclarecer os danos sofridos pelo filho abandonado, bem como a sua extensão, mais difícil será estabelecer o necessário nexo de causalidade entre o abandono culposo e o dano vivenciado.

A autora destaca, assim, a importância da perícia técnica para se estabelecer o dano e a sua respectiva causa, “[...] pois não se poderá imputar ao pai um dano que tenha se manifestado em época anterior ao abandono, por exemplo [...]” (HIRONAKA, 2007).

No mesmo sentido assevera Maria Isabel Pereira da Costa (2008, p. 65) que “[...] se faz necessária a atuação de profissional da área da psicologia e/ou psiquiatria para que avalie o grau de dano que sofreu a criança ou o adolescente em razão da omissão de afeto dos pais para fins de determinar-se o tipo de tratamento adequado”.

Outro aspecto debatido pela doutrina é a finalidade da indenização pelo abandono afetivo. Segundo Walkyria Carvalho Nunes Costa (2008, p. 50), a indenização não tem como escopo obrigar um pai a conviver afetivamente com o filho, mas sim “[...] gerar no genitor faltante a consciência de um dever maculado”.

De acordo com Cláudia Maria da Silva (2004, p. 141-142), a reparação dos danos teria função punitiva e dissuasória:

A imposição de sanção civil pela prática de ato danoso – rejeição, desconsideração, negativa, recusa, abandono – pelo genitor em desfavor de sua prole importa em importante freio a tal conduta, além de reconsideração e o refazimento dos laços afetivos. Não se trata, pois, de “dar preço ao amor” – como defendem os que resistem ao tema em foco -, tampouco de “compensar a dor” propriamente dita. Talvez o aspecto mais relevante seja alcançar a função punitiva e dissuasória da reparação dos danos, conscientizando o pai do gravame causado ao filho e

sinalizando para ele, e outros, que sua conduta deve ser cessada e evitada, por ser reprovável e grave.

Para Lizete Peixoto Xavier Schuh (2006, p. 67), a reparação teria caráter punitivo e sancionatório, para desmotivar atitudes semelhantes:

No intuito de responder satisfatoriamente à tutela invocada, a forma encontrada pelo Estado-Juiz é a indenização pecuniária, mais no sentido sancionatório do que propriamente reparador, visto que, dificilmente, após ter se estabelecido o litígio, as partes tenham possibilidade de estabelecerem laços de afetividade. Presume-se que o autor da ação antes de “bater à porta do Judiciário”, já bateu, sem obter êxito, “à porta do seu genitor”. Nestas situações, a condenação do réu ao pagamento de pecúnia terá menos o cunho de reparação do prejuízo e mais um caráter punitivo, sancionatório, de modo a desmotivar toda e qualquer atitude semelhante. Seria uma resposta à sociedade e serviria de alerta àqueles pais que não cumpriram a sua paternidade responsável.

Neste contexto, anota Ana Karina Ciríaco Fragoso (2009, p. 30): “Se, como é certo, o direito não pode resgatar a relação *sub judice*, pode vir a influenciar positivamente relações que não chegaram ainda a se deteriorar”.

Maria Berenice Dias (2007, p 409) enfatiza que, para a criança, o mais benéfico é ter a presença do pai, uma vez que “[...] mesmo que o pai só visite o filho por medo de ser condenado a pagar uma indenização, isso é melhor do que gerar no filho o sentimento de abandono”.

Questão ainda discutida na doutrina é sobre o *quantum* indenizatório. Lizete Peixoto Xavier Schuh (2006, p. 75) assinala ser imprescindível a prudência e a razoabilidade quando do arbitramento. Leciona a autora, ainda, que o valor:

[...] deverá servir para, no mínimo, custear-lhe tratamento médico específico por profissional da área da psicologia ou da psiquiatria, o qual, sabidamente, é oferecido de forma ainda precária pela saúde pública, tornando-se bastante oneroso quando prestado por profissionais não conveniados, além do que, na sua grande maioria, os tratamentos são por extensos períodos, visto que, sabidamente, uma suposta patologia gerada ao longo dos anos não poderá ser sanada em poucas sessões de atendimento. (SCHUH, 2006, p. 75).

Neste norte, Maria Isabel Pereira da Costa (2008, p. 66-67) anota que afeto e dinheiro são grandezas diferentes, entendendo que o afeto não pode virar mercadoria entre os familiares. A autora sugere, assim, o tratamento psicológico como medida mais adequada para reparar os danos sofridos pelas vítimas, “[...] com o objetivo de lhes restituir a saúde emocional ou recompor o dano emocional sofrido ou a menos ensiná-lo a conviver com essa realidade, de maneira que amenize o seu sofrimento”.

De acordo com Cleber Affonso Angeluci (2005, p. 84), a temática do abandono afetivo vem chegando ao Poder Judiciário:

Vê-se hoje a ocorrência do despertar dos juristas para a relevância do afeto nas relações familiares, tanto que já há rumores de pleitos indenizatórios de filhos abandonados afetivamente por seus pais chegando às Cortes Superiores. Pedido de indenização pela dor moral sofrida pelo filho que pretendia apenas ser amado. Amado na acepção mais ampla ou mais restrita do significado amor, amado para ter uma formação digna e constituir-se pessoa humana, sentir-se incluído no mundo social do ser humano.

A primeira decisão abordando o tema da responsabilidade civil pelo abandono afetivo é de 2003, do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, especificamente da Comarca de Capão da Canoa. Na sentença, o magistrado Mario Romano Maggioni condenou um pai ao pagamento de R\$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais) à filha a título de indenização por tê-la abandonado afetivamente, com fundamento no art. 5º, X, da Constituição Federal e art. 22 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). (MAGGIONI, 2004, p. 149).

Extrai-se trechos da sentença:

De se salientar que aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (art. 22, da lei n. 8.069/1990). 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 presença do pai ajude 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 lhes dedicam amor e carinho; assim também em relação aos criminosos. (MAGGIONI, 2004, p. 149).

O magistrado considerou, ainda, que não compete ao Judiciário obrigar ninguém a ser pai, entretanto, afirmou que a paternidade traz responsabilidades:

Por óbvio que o Poder Judiciário não pode obrigar ninguém a ser pai. No entanto, aquele que optou por ser pai – e é o caso do autor – deve se desincumbir de sua função, sob pena de reparar os danos causados aos filhos. Nunca é demais salientar os inúmeros recursos para se evitar a paternidade (vasectomia, preservativos etc.). Ou seja, aquele que não quer ser pai deve se precaver. Não se pode atribuir a terceiros a paternidade. Aquele, desprezado, que deu origem ao filho deve assumir a função paterna não apenas no plano ideal, mas legalmente. Assim, não estamos diante de amores platônicos, mas sim de amor indispensável ao desenvolvimento da criança. A função paterna abrange amar os filhos. Portanto, não basta ser pai biológico ou prestar alimentos ao filho. O sustento é apenas uma das parcelas da paternidade. É preciso ser pai na amplitude legal (sustento, guarda e educação). Quando o legislador atribui aos pais a função de educar os filhos, resta evidente que aos pais incumbe amar os filhos. Pai que não ama filho está não apenas desrespeitando função de ordem moral, mas principalmente de ordem legal, pois não está bem educando seu filho. (MAGGIONI, 2004, p. 149-150).

Cumpra observar, nesse caso de Capão da Canoa-RS, que o processo correu à revelia e o abandono era não só afetivo como também material, uma vez que o pai jamais cumpriu com suas obrigações de sustento, criação e educação da filha, desde o seu nascimento.

Outro caso que se tem notícia é oriundo da Comarca de São Paulo, no qual o magistrado Luis Fernando Cirillo, em 05.06.2004, condenou um pai a indenizar a filha pelo abandono afetivo, na quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). A filha, na peça inicial, alegou que o pai a abandonou poucos meses após o seu nascimento e que constituiu nova família, sendo que nas ocasiões em que se encontravam, geralmente na colônia israelita, ele a ignorava, fingindo não a conhecer, como se sentisse vergonha. (CIRILLO, 2004, p. 152).

Destacam-se trechos da sentença:

Não se pode rejeitar a possibilidade de pagamento de indenização do dano decorrente da falta de afeto simplesmente pela consideração de que o verdadeiro afeto não tem preço, porque também não tem sentido sustentar que a vida de um ente querido, a honra, a imagem e a dignidade de um ser humano tenham preço, e nem por isso se nega o direito à obtenção de um benefício econômico em contraposição à ofensa praticada contra esses bens. (CIRILLO, 2004, p. 152).

Com efeito, como anotou o Magistrado, não se trata de dar preço ao afeto, mas sim de se responsabilizar aquele que descumpriu com o seu dever, uma vez que “[...] a paternidade provoca o surgimento de deveres”. (CIRILLO, 2004, p. 152).

Destacou o magistrado, ainda, que “[...] o abandono efetivo se apresenta também como ofensa à dignidade da pessoa humana, bem jurídico que a indenização do dano moral se destina a tutelar”. (CIRILLO, 2004, p. 153).

Acerca do teor das referidas decisões assevera Nehemias Domingos de Melo (2005, p. 234):

Cumpra assinalar, que não se pode nominar tais decisões de teratológicas, porquanto é preciso rememorar que existe em nosso ordenamento jurídico uma cláusula geral de proteção à pessoa humana, à qual já nos referimos, que está contida no inciso III, do art. 1º da Constituição Federal – a dignidade humana. Ademais, conforme também já assinalado, a preservação da dignidade realiza-se através da proteção aos direitos da personalidade, assegurado o direito de indenização em face da violação para enquadramento como ilícito, na própria Constituição Federal.

A decisão de maior relevância sobre o tema é oriunda do extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais, datada de 01.04.2004, com relatoria do Des. Unias Silva. (MINAS GERAIS, 2004). É a 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, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. (MINAS GERAIS, 2004).

Neste caso, a sentença de 1º grau foi desfavorável para o filho “[...] ao fundamento de que inexistente o nexo causal entre o afastamento paterno e o desenvolvimento de sintomas psicopatológicos pelo autor”. (MINAS GERAIS, 2004). O Des. Unias Silva, por outro lado, entendendo estar presente o nexo de causalidade, julgou procedente o recurso, condenando o pai abandonônico ao pagamento de duzentos salários mínimos. Extrai-se do corpo da decisão:

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. [...] No seio da família da contemporaneidade desenvolveu-se uma relação que se encontra deslocada para a afetividade. Nas concepções mais recentes de família, os pais de família têm certos deveres que independem do seu arbítrio, porque agora quem os determina é o Estado. (MINAS GERAIS, 2004).

Verifica-se, pela leitura do recurso, que o filho conviveu com o pai até os seis anos de idade, sendo que após o nascimento de outra filha, oriundo de relacionamento posterior, o pai afastou-se definitivamente. O filho, assim, buscou incontáveis vezes o pai, a sua presença, sendo esta negada sem qualquer motivo pelo pai, que simplesmente recusava-se a conviver com o filho, em que pese a atenção e dedicação direcionadas à outra filha. (MINAS GERAIS, 2004).

O Magistrado pautou a sua decisão nos princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade, bem como no art. 227 da CRFB/88, e considerou, ao decidir, que:

[...] 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 nexo causal entre ambos. (MINAS GERAIS, 2004).

Da decisão proferida pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais a parte vencida interpôs Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça, ao qual foi dado provimento para reformar a sentença, negando-se ao filho o direito à indenização pelo abandono afetivo. (BRASIL, 2005). É a ementa:

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. (BRASIL, 2005).

Nos fundamentos explicitados, o Relator Ministro Fernando Gonçalves sustentou que:

No caso de abandono ou do descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, porém, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar, antigo pátrio-poder, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 24, quanto no Código Civil, art. 1638, inciso II. (BRASIL, 2005).

O ministro concluiu, por fim, que “[...] como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada”. (BRASIL, 2005).

Rodrigo da Cunha Pereira (2008) comenta a importante decisão acerca da possibilidade de indenização pelo abandono afetivo:

No exercício do poder familiar (conjunto de direitos e obrigações dos pais, art. 1.634 do Código Civil Brasileiro) está claro que este é um dos deveres dos pais em relação aos seus filhos. Disso ninguém duvida e nem foi esta a razão denegatória do STJ ao pedido do filho. As razões apresentadas estão apoiadas em que não se pode coagir um pai a amar seu filho, pois, afinal, o amor não tem preço e não há como obrigar alguém a amar outrem, nem mesmo pais aos filhos, ou vice-versa. Tudo isso é bem compreensível, claro: não é possível obrigar ninguém a amar. No entanto, a esta desatenção e a este desafeto devem corresponder uma sanção, sob pena de termos um direito acéfalo, um direito vazio, um direito inexigível. Se um pai ou uma mãe não quiserem dar atenção, carinho e afeto àqueles que trouxeram ao mundo, ninguém pode obrigá-los, mas à sociedade cumpre o papel solidário de lhes dizer, de alguma forma, que isso não está certo e que tal atitude pode comprometer a formação e o caráter dessas pessoas abandonadas, afetivamente.

Em outras palavras, sustentou o autor que não se trata de obrigar um pai a amar um filho, mas sim de fazê-lo arcar com as suas responsabilidades como pai. Para Rodrigo da Cunha Pereira (2008), em casos como esse fica perfeitamente caracterizado o ato ilícito, como violação ao art. 1.634 do Código Civil:

O ilícito, fato gerador da indenização, segundo a decisão do STJ, acima transcrita, está no descumprimento do exercício do poder familiar (art 1634/ccb) que gera um dano aos direitos de personalidade da criança. É pacífico que qualquer pessoa, qualquer criança para estruturar-se como sujeito e ter um desenvolvimento saudável necessita de alimentos para o corpo e para a alma. O alimento imprescindível para a alma é o amor, o afeto. Isto não pode faltar para o desenvolvimento de uma criança.

Ana Karina Ciríaco Fragoso (2009, p. 28) compartilha do mesmo entendimento:

É fato incontestável que a partir do momento que o filho se dispõe a processar seu pai por abandono afetivo a relação afetiva entre os dois já está em processo adiantado de desgaste. E, certamente não é tarefa do judiciário obrigar alguém a amar e nem é isso que se busca ao acioná-lo. Entretanto, é notória a frustração dos que argumentam contra o dever de indenizar ao constatar que não será mais possível o restabelecimento dessa relação afetiva após tal demanda, talvez, para superar tal sentimento de impotência e frustração devesse o judiciário buscar incessantemente uma conciliação prévia entre o pai e filho, em especial, quando este ainda é criança ou adolescente.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça teve recurso ao Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário 567164), sendo julgado monocraticamente pela relatora Ministra Ellen Gracie, em 02.06.2009, que negou seguimento ao apelo, sob o seguinte argumento:

O apelo extremo é inviável, pois esta Corte fixou o entendimento segundo o qual a análise sobre a indenização por danos morais (art. 5º, V e X, da Carta Magna) limita-se ao âmbito de interpretação de matéria infraconstitucional, inatacável por recurso extraordinário. Ademais, o acórdão recorrido asseverou que a legislação pertinente prevê a punição específica - perda do poder familiar - nos casos de abandono do dever de guarda e educação dos filhos. Assim, afastou a possibilidade de reparação pecuniária por abandono moral, a partir da análise dos fatos e das provas constantes dos autos e da legislação infraconstitucional que disciplina a matéria (Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente), cujo reexame não tem lugar nesta via recursal considerados, respectivamente, o óbice da Súmula STF 279 e a natureza reflexa ou indireta de eventual ofensa ao texto constitucional. (BRASIL, 2009).

Estas são as decisões mais comentadas acerca do tema pela doutrina. Há, entretanto, outras decisões sobre a matéria proferidas pelos Tribunais Pátrios. A título de exemplificação, destaca-se dois julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC).

Conforme notícia publicada no sítio eletrônico do TJSC, datada de 14.11.2008, a primeira decisão do referido tribunal é da lavra do Des. Fernando Carioni, que julgou improcedente a apelação interposta por um filho contra seu pai. Sustentou o relator:

Não se nega a dor tolerada por um filho que cresce sem o afeto do pai, bem como o abalo que o abandono causa ao infante; porém a reparação pecuniária além de não acalantar o sofrimento do filho ou suprir a falta de amor paterno, poderá provocar

um abismo entre pai e filho, na medida que o genitor, após a determinação judicial de reparar o filho por não lhe ter prestado auxílio afetivo, talvez não mais encontre ambiente para reconstruir o relacionamento", afirmou o relator da matéria. (SANTA CATARINA, 2008).

Posteriormente, em 27.05.2010, teve-se notícia de outro caso do TJSC em que, do mesmo modo, foi julgado improcedente recurso de um filho que buscava do genitor indenização por danos morais, contra seu genitor, em razão do abandono afetivo. Destaca-se da notícia:

Para o magistrado, os desentendimentos parecem vir, principalmente, da animosidade existente entre o pai e os avós maternos. "A dificuldade do apelado em visitar seu filho e seu suposto afastamento do convívio não caracterizam o abandono afetivo, pois o apelado aparenta amar e se importar com o filho", disse o relator. O relator sustentou ainda que, mesmo configurado o abandono, uma eventual condenação poderia afastar definitivamente o pai do filho, em prejuízo ao convívio futuro das partes. (SANTA CATARINA, 2010).

Verifica-se, assim, que os Tribunais Pátrios, a exemplo do TJSC, vêm se manifestando em pleitos de indenização em razão do abandono afetivo, propostos por filhos que se sentem abandonados afetivamente por seus pais.

4.4 INDENIZAÇÃO PELO ABANDONO AFETIVO COMO ILÍCITO CIVIL E O PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 700 DE 2007

Tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 700, de 2007 (PLS 700/2007), proposto pelo Senador Marcelo Crivella, que tem como escopo modificar o Estatuto da Criança e do Adolescente para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, bem como outras providências. (BRASIL, 2007).

Uma das mudanças previstas no Projeto é a alteração dos arts. 4º, 5º e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que passariam a vigorar com as seguintes redações:

Art. 4º
 § 1º
 § 2º. Compete aos pais, além de zelar pelos direitos de que trata o art. 3º desta Lei, prestar aos filhos assistência moral, seja por convívio, seja por visitação periódica, que permitam o acompanhamento da formação psicológica, moral e social da pessoa em desenvolvimento.
 § 3º. Para efeitos desta Lei, compreende-se por assistência moral devida aos filhos menores de dezoito anos:

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

Art. 5º.

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

[...]

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda, convivência, assistência material e moral e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais (NR). (BRASIL, 2007).

Na justificação do PLS 700/2007, o Senador Marcelo Crivella assevera que a finalidade da proposta do Projeto encontra fundamento no art. 227 da CRFB/88:

A Lei não tem o poder de alterar a consciência dos pais, mas pode prevenir e solucionar os casos intoleráveis de negligência para com os filhos. Eis a finalidade desta proposta, e fundamenta-se na Constituição Federal, que, no seu art. 227, estabelece, entre os deveres e objetivos do Estado, juntamente com a sociedade e a família, o de assegurar a crianças e adolescentes – além do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer – o direito à dignidade e ao respeito. (BRASIL, 2007).

Destaca o referido senador que o projeto não tem a intenção de impor amor e afeto, apenas de esclarecer que os pais têm o dever constitucional de educar e acompanhar o crescimento de seus filhos, “[...] orientá-los nos momentos mais importantes, prestar-lhes solidariedade e apoio nas situações de sofrimento e, na medida do possível, fazerem-se presentes quando o menor reclama espontaneamente a sua companhia”. (BRASIL, 2007).

O senador destacou, ainda, que “[...] a pensão alimentícia não esgota os deveres dos pais em relação a seus filhos. Seria uma leitura muito pobre da Constituição e do ECA. A relação entre pais e filhos não pode ser reduzida a uma dimensão monetária, de cifras”. Também como justificativa foram citados dispositivos da Declaração dos Direitos da Criança e da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, que apontam “[...] para a necessidade de aprimoramento das normas legais assecuratórias dos direitos das nossas criança e adolescentes [...]” (BRASIL, 2007).

O PLS 700/2007 foi distribuído, em 06.12.2007, para a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), sendo que, em 28.04.2010, recebeu parecer de aprovação da Comissão, com emendas do Senador Valdir Raupp. Dentre as emendas está a substituição da expressão “abandono moral” por “abandono afetivo”, bem como pela exclusão da

responsabilidade penal pelo abandono afetivo, sob o argumento de que, “se o direito civil, através da competente indenização, se mostra adequado ao enfrentamento do abandono afetivo, não há porque se acionar também o direito penal, que deve ter preservado seu caráter de *ultima ratio*. (BRASIL, 2007).

Na sequência, o PLS 700/2007 seguiu para a Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH), a quem compete a decisão terminativa. Em 17.12.2010, o relator designado para a matéria, Senador Gerson Camata, na Minuta do Relatório concluiu pela aprovação da matéria, nos termos em que foi aprovada na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

Extrai-se de seu parecer:

[...] Além do dever de guarda, os pais têm o dever de ter o filho em sua companhia, cumprindo uma das funções familiares mais importantes para a formação da personalidade dos membros da família: a dedicação de atenção e afeto. E, mesmo sendo consenso que a paternidade não gera apenas deveres de assistência material, mas também de formação moral e afetiva, essa questão ainda não está regulada. Dessa forma, apesar de o ECA representar real avanço na garantia dos direitos de crianças e adolescentes, ainda faz-se necessário protegê-los contra o descaso afetivo, tão lesivo à sua formação. Assim, cientes de que responsabilidade dos pais pelos filhos não se resume exclusivamente ao dever de alimentar, mas também ao dever de possibilitar seu desenvolvimento humano pleno, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, entendemos que a proposta corrige uma lacuna em nosso ordenamento jurídico e, por essa razão, é merecedora de nosso apoio. (BRASIL, 2007).

Em face do art. 332 do Regimento Interno do Senado Federal , que dispõe sobre as proposições que continuam a tramitar ao final da legislatura, e do Ato nº 4, de 2010, da Mesa do Senado Federal, foi designado novo relator para a matéria, Senador Demóstenes Torres. (BRASIL, 2007).

Em 02.06.2011, o referido Senador concluiu pela aprovação do Projeto de Lei do Senado nº 700, de 2007, com as emendas adotadas pela CCJ. Desde a data mencionada, o Projeto encontra-se pronto para a pauta na CDH.

Por fim, diante do exposto, verifica-se que casos de responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo parental vêm chegando ao Judiciário, sendo que existem decisões que acatam a tese do abandono afetivo e outras que a afastam. Do mesmo modo, observa-se que o Poder Legislativo também se mostra interessado em tutelar os interesses de crianças e adolescentes nesta situação, o que se verifica por meio do Projeto de Lei do Senado nº 700, de 2007, o qual está em trâmite no Senado Federal.

5 CONCLUSÃO

O conceito de família sofreu profundas alterações ao longo dos séculos, desde a família romana, na qual predominava a consanguinidade e o patriarcalismo, até a família atual, *locus* do afeto e da igualdade. Tal mudança teve como marco importante a Revolução Industrial, momento em que a mulher passou a se inserir no mercado de trabalho e a ter mais autonomia.

A CRFB/88 é considerada um marco no ordenamento jurídico brasileiro, tendo inovado no campo social e nos direitos e garantias fundamentais. Destaca-se como superprincípio, orientador de todo o sistema normativo, o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana. Dele, decorre que é o Estado que existe em função da pessoa, e não o contrário. Logo, o Estado deve oferecer condições mínimas ao ser humano para que sua dignidade seja respeitada, para que ele exista e viva de forma digna.

Na área do Direito de Família também verificam-se os avanços advindos da Constituição Cidadã, tanto que, modernamente, fala-se em um Direito de Família pautado nos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade familiar, da igualdade entre os filhos e entre os cônjuges, da paternidade e maternidade responsáveis entre outros. A Constituição também reconheceu como entidade familiar, ao lado da família formada oriunda do casamento, a união estável e as famílias monoparentais.

Com efeito, fala-se atualmente em uma família pautada no afeto e no amor, daí o reconhecimento pela doutrina e jurisprudência da filiação socioafetiva e, recentemente, pelo Supremo Tribunal Federal, da união homoafetiva como entidade familiar, o que já havia ocorrido na doutrina.

O instituto do poder familiar, previsto no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente, também se modificou ao longo dos séculos. A expressão “pátrio poder” foi substituída por “poder familiar”, tendo em vista que hoje a autoridade parental é exercida de forma igualitária por ambos os cônjuges, em substituição à figura do poder absoluto, ligado ao *pater*, que outrora tinha o direito sobre a vida e a morte do filho. Atualmente, os pais têm os seus deveres fiscalizados pelo Estado, que pode inclusive suspender ou mesmo cessar definitivamente o poder familiar, em busca do melhor interesse da criança e do adolescente.

Além do poder familiar, outro instituto que sofreu profundas mudanças é o da responsabilidade civil. Dispõe a lei civil que aquele que causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito e deve repará-lo. De fato, sempre existiu entre os

homens a ideia de punir aquele que causar dano a outrem. Antigamente, as desavenças eram resolvidas por meio da vingança privada; posteriormente, o Estado trouxe para si a função de punir o causador do dano, não mais podendo o lesado fazer justiça com as próprias mãos, com exceção de situações permitidas pela lei, como a legítima defesa, estado de necessidade etc., ocasiões em que a vítima agirá sob o manto da proteção estatal.

A grande alteração trazida pela CRFB/88 foi a previsão de reparabilidade dos danos morais, ou seja, aquele que causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, deve repará-lo. O dano moral, segundo a melhor doutrina, pode ser entendido como um dano aos direitos de personalidade do indivíduo, que são direitos que não possuem valor econômico, dentre eles a imagem, o bom nome, a intimidade, a integridade psíquica, a vida privada, a honra etc. Por ser insuscetível de avaliação pecuniária, o dano moral só pode ser compensado por meio de uma obrigação pecuniária, possuindo, assim, função compensatória e sancionadora.

A Lei nº 8.069/90, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, é considerada uma das leis mais avançadas no que diz respeito aos direitos da criança e do adolescente. Com efeito, nela consagrou-se a Doutrina da Proteção Integral, pautada no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Esta doutrina justifica-se porque é na tenra idade que o ser humano precisa de mais cuidados, de atenção, de afeto e de amor para que se desenvolva saudavelmente.

A CRFB/88 e o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõem que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar às crianças, adolescentes e jovens a dignidade, a educação, a convivência familiar entre outros. Assim, entende-se que o pai ou a mãe que não detém a guarda da criança não tem somente a obrigação de lhe pagar uma pensão alimentícia, eis que tem o dever de conviver com o filho. A educação, no mais, não compreende apenas uma matrícula na escola: compreende afeto, limites, e, acima de tudo, presença. Através do processo de educação, o pai prepara o filho para o exercício da cidadania, ensina ao menor valores para a vida, algo que as crianças não encontram facilmente nas Instituições de Ensino.

Ademais, como mencionado alhures, está previsto na CRFB/88 o princípio da paternidade e maternidade responsáveis. Entende-se, assim, que os pais não podem simplesmente alegar que não queriam ser pais, uma vez que eles devem arcar com os seus atos. O que não pode ocorrer é o filho virar vítima de seu próprio pai, uma vez que não tem culpa de ter vindo ao mundo.

Como pressupostos da responsabilidade civil por abandono afetivo, tem-se que a conduta do pai abandonico deve ser voluntária, logo, deve-se apurar de quem é a

responsabilidade pela ruptura do vínculo afetivo. Deve-se estar atento, assim, à questão da alienação parental, porquanto no momento em que um pai usa a criança para se vingar do outro genitor, este também passa a ser vítima dessa relação doentia.

Outro requisito que deve estar comprovado é a existência de dano psíquico à criança e que este dano tenha sido causado pelo abandono do pai, restando caracterizado, desse modo, o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

O Estado, assim, deve voltar os olhos para a proteção da vítima, seus danos e buscar o devido ressarcimento, não podendo consentir com a situação de o filho ser “órfão” de um pai vivo, que simplesmente se nega a conviver com aquele. De fato, ser genitor é fácil, difícil é ser pai, na acepção mais plena e bela da palavra. Ser pai é ter cuidados, é demonstrar afeto e amor pela sua prole. Assim, entende-se que há embasamento jurídico para se responsabilizar um pai pelo abandono afetivo voluntário e definitivo de seu filho.

Por fim, espera-se que o presente estudo auxilie os operadores do direito no estudo de tema tão árido no Direito Brasileiro, esclarecendo-se, obviamente, que a pretensão da pesquisa não visa esgotar o assunto.

REFERÊNCIAS

ANGELUCI, Cleber Affonso. O valor do afeto para a dignidade humana nas relações de família. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 331, p. 75-85, maio 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1.

BIANCA, C. Massimo. **Diritto civile: la famiglia - le successioni**. Milano: Giuffrè, 1989, v. 2, p. 15.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 maio 2011.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 maio 2011.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L3071.htm>>. Acesso em: 10 maio 2011.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del2848.htm>>. Acesso em: 10 maio 2011.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>>. Acesso em: 10 maio 2011.

BRASIL. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 15 fev. 2011.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 700 de 2007**. Modifica a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (“Estatuto da Criança e do Adolescente”) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83516>. Acesso em: 01 jun. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 757.411-MG. Recorrente: Vicente de Paulo Ferro de Oliveira Fortes e Recorrido: Alexandre Batista Fortes. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, DF, 29 de novembro de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500854643&dt_publicacao=27/03/2006>. Acesso em: 13 maio 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 567164. Recorrente: Alexandre Batista Fortes e Recorrido: Vicente de Paulo Ferro de Oliveira Fortes. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 14 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/porta/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=567164&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 13 maio 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Supremo reconhece união homoafetiva. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/porta/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 10 maio 2011.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Repensando o direito de família**: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 485-511.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

CIRILLO, Luis Fernando. Indenização ao Filho: ofensa à dignidade da pessoa humana. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 6, n. 25, p. 151/160, ago/set 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: família; sucessões. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5.

_____. **Curso de direito civil**: obrigações; responsabilidade civil. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. A responsabilidade civil dos pais pela omissão do afeto na formação da personalidade dos filhos. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 56, n. 368, p. 45-69, jun. 2008.

COSTA, Walkyria Carvalho Nunes. Abandono afetivo parental: a traição do dever de apoio moral. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, v. 12, n. 276, p. 48-50, jun. 2008.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 19. ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 5.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 23. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 7.

_____. **Código Civil anotado**. 11. ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2005.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 16 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil**: teoria geral. 7. ed. atual. pela Lei n 11.382/06. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FONTANELLA, Patrícia. **União Homossexual no Direito Brasileiro**: enfoque a partir do garantismo jurídico. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

FRAGOSO, Ana Karina Ciríaco. Abandono afetivo: uma questão de personalidade. **Revista da ESMAPE: Escola Superior da Magistratura de Pernambuco**, Recife, v. 14, n. 29, p. 17-38, jan./jun.2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3.

GAMA, Guilherme Calmon 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.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 6.

_____. **Responsabilidade civil**. 8. ed. rev. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. 2007. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>>. Acesso em: 12 maio 2011.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e o novo Código Civil**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 147-162.

_____. Danos morais e direitos da personalidade. **Revista Jurídica**, São Paulo, v. 284, p. 5-20, jun. 2001.

LOMEU, Leandro Soares. Afeto, abandono, responsabilidade e limite: diálogos sobre ponderação. **Revista IOB de Direito de Família**, São Paulo, v. 11, n. 57, p. 105-117, dez./jan.2010.

MADALENO, Rolf. **Repensando o Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

MAGGIONI, Mario Romano. Indenização ao Filho: danos psicológicos por abandono. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 6, n. 25, p. 148-150, ago/set 2004.
MELO, Nehemias Domingos de. **Da culpa e do risco**: como fundamentos da responsabilidade civil. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 408.550-5. Apelante: Alexandre Batista Fortes (menor púbere assistido por sua mãe) e Apelado: Vicente de Paulo Ferro de Oliveira Fortes. Relator: Des. Unias Silva. Belo Horizonte, MG, 01 de abril de 2004. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&txt_processo=408550&complemento=0&sequencial=0&palavrasConsulta=408.550-5%2520&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>. Acesso em: 13 maio 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Deveres Parentais e Responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 7, n. 31, p. 39/66, ago/set. 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito de família. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2007a. v. 2.

_____. **Curso de direito civil**: direito das obrigações: 2ª parte. 35. ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2007b. v. 5.

NERY Junior, Nelson. Rosa Maria de Andrade Nery. **Código civil comentado e legislação extravagante**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Euclides de; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Do direito de família. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e o novo Código Civil**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 1-8.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/b_onu_m_12_1948.htm>. Acesso em: 10 maio 2011.

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

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Nem só de pão vive o Homem**: Responsabilidade civil por abandono afetivo. 2008. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=392>>. Acesso em: 12 maio 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. Responsabilidade civil. 20. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Abandono de filho não pode ser indenizado com dinheiro. 2008. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/noticias/listanoticia!viewNoticia.action?cdnoticia=17819>>. Acesso em: 26 maio 2010.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Filho pede, mas não leva, indenização por suposto abandono afetivo. 2010. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/noticias/listanoticia!viewNoticia.action?cdnoticia=20843>>. Acesso em: 26 maio 2010.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o novo código civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 35, p. 53-77, abr. 2006.

SILVA, Cláudia Maria da. Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 6, n. 25, p. 122/147, ago/set 2004.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2004.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: família**. 3. ed. São Paulo: Método, 2008a. v. 5.

_____. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 3. 3d. São Paulo: Método, 2008b. v. 2.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 7, n. 32, p. 138-158, out/nov. 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 6.

_____. **Direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 4.

VERONESE, Josiane Rose Petry. et al. **Poder familiar e Tutela: À Luz do Novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005.

VIANNA, Guaraci de Campos. **Direito infante-juvenil: teoria, prática e aspectos multidisciplinares**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2004.