

ABANDONO AFETIVO: RESPONSABILIDADE JURÍDICA NA RELAÇÃO ENTRE PAIS E FILHOS DIANTE DA OBRIGAÇÃO LEGAL E MATERIAL

Larissa Lamas da Cunha¹

Marcelo Henrique Sousa Torres²

RESUMO

O presente trabalho dispõe a respeito de um estudo no âmbito da Responsabilidade Civil Brasileira, trazendo uma possibilidade de se responsabilizar o abandono por parte da figura dos pais a seus filhos. A responsabilidade civil não guarda compatibilidade com o estudo das famílias, posto que, até a presente análise não havia se visto, ainda, uma possibilidade de adequar o instituto da responsabilidade nessa seara. A família é a célula mater da sociedade, o núcleo mais importante e do qual surgem as primeiras relações afetivas do indivíduo. Tendo em vista o papel dos pais na criação, educação e gestão da sobrevivência dos seus filhos, resultante da autoridade parental, e considerando ser esta um poder dever, faz-se indispensável estudar a medida compensatória a ser aplicada nos casos de abandono por parte desses responsáveis.

Palavras-chave: família; pais; amor; abandono; responsabilidade.

ABSTRACT

The present document discusses about a study at Brazillian Civil Responsibility area, bringing a possibility of responsabilize the abandonment by parents to your children. The Civil Responsibility doesn't have compatibility with the families studies, because, until this analise, never had been seen, yet, a possibility to suit the responsibility institute in this area. The Family is the society mother cell, the importantest core and which born the first affectives relations of people. Looking for the parentes paper at creation, education and children's sobrevivence management, resultant of parental authority, and considering to be this a power duty, it's indispensasble to study the compensatory measure to be applied at parentes abandone cases.

Key-words: family; parents; love; abandonment; responsibilit.

¹ Discente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande Do Norte UNI-RN.

² Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande Do Norte UNI-RN.

1 INTRODUÇÃO

O Estado, ente federativo responsável pela organização e controle da sociedade, vem se tornando cada vez mais participativo nas relações privadas, com a finalidade de solucionar o embate entre interesses públicos e privados. Esta intervenção estatal visa assegurar os elementos principiológicos, tal qual a dignidade da pessoa humana, a função social da propriedade e o direito de convivência familiar.

A responsabilidade civil do Poder Público representa, neste contexto, a possibilidade de o Estado, à luz do caso concreto, impor como medida reparatória um valor pecuniário a ser pago por uma pessoa em favor de outrem, a quem tenha lesado. Esse instituto, além de amplo, tem muitas vertentes no direito civil, tendo, no entanto, três elementos como imprescindíveis para ser caracterizado, quais sejam, o ato lesivo, o dano e o nexo da causalidade.

Em meio a essa discussão a respeito da intervenção do Estado, e da possibilidade de se imputar a alguém medida reparadora, surge o instituto da responsabilidade civil por abandono paterno filial, que nada mais é do que a obrigação de um pai reparar os danos causados, devido à sua ausência, ao filho.

O princípio da intervenção mínima do Estado será um dos principais a ser analisado, tendo a função de equilibrar a importância do Estado na segurança e organização da sociedade e a liberdade dos particulares de atuarem sem a intervenção do poder público em suas esferas privadas. A relação de família é uma relação privada, na qual, em tese, caberia aos pais manter o controle da mesma, juntamente com o Estado, posto que a família seja a base da sociedade, o núcleo mais importante que nela se insere.

Tendo em vista a importância da família, bem como a amplitude do poder familiar, devemos analisar a necessidade e, até mesmo, possibilidade, de o Estado intervir na atuação dos pais na formação de seus filhos. Seriam os pais obrigados a dar atenção e carinho a seus filhos? Existe proteção no ordenamento jurídico brasileiro para fundamentar tal tese? Qual o nexo de causalidade encontrado pelos que defendem a teoria da responsabilização do Estado? Seria essa teoria cabível na situação ora proposta?

A teoria surge, portanto, fundamentada no princípio da afetividade, ao lado de todos os princípios basilares do direito de família, o qual pode vir a ser enxergado como um

subprincípio da dignidade da pessoa humana, ou uma extensão desse princípio maior do constitucionalismo brasileiro.

O abandono afetivo é alvo dessa discussão, posto que se esteja em jogo o binômio da monetarização do afeto X a irresponsabilidade parental. Questiona-se: seria a perda do poder familiar sanção suficiente aos genitores que cometem o ato de abandono afetivo? Seria certo atribuir carga monetária a autoridade parental? Caso contrário, seria coadunar com o ato de abandono? Através de uma análise jurídico-psicológica analisa-se essa vertente e suas diferentes nuances.

2 PRINCÍPIOS DO ABANDONO AFETIVO

Diante do abandono afetivo sofrido pelos filhos, estes passaram a requerer perante a Justiça a condenação dos pais ao pagamento de indenização pelos danos morais, emocionais e psíquicos, ocasionados pela negligência, ou pela falta completa de convívio com seu pai, e a negação de doação de amor, proteção e cuidados na relações paternas.

A defesa desses interesses do filho abandonado tem base no princípio da dignidade da pessoa humana, acolhida pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e Adolescente. Assim, o desrespeito à violação do princípio do melhor interesse da Criança e Adolescente, em seu sentido lato, passou a fundamentar a responsabilização civil do infrator lesivo, por força dos incisos V e X do Artigo 5º da Constituição da República, que asseguram a reparação do dano moral decorrente da violação à honra.

Maria Celina Bodin de Moraes (2010) considera que o abandono afetivo do filho pelos pais afronta não apenas o princípio maior da dignidade humana, pois ao lhe ser negado o direito de convivência afetiva, restariam violados os demais princípios, como o da solidariedade, o da paternidade responsável e do melhor interesse da criança e do adolescente. Havendo violação desses princípios estaria configurado o dano moral, segundo a jurista:

A Constituição Federal e a Lei obrigam os genitores a cuidar dos filhos menores: Na ausência deste cuidado, com prejuízos evidentes à integridade de crianças e adolescentes pessoas a quem o legislador atribuiu prioridade absoluta, há grave dano moral que merece sem dúvida ser reparado. A importância da figura paterna na educação de um filho não precisa de maiores comprovações. É notória a sua imprescindibilidade.

Assim como da figura materna, para a adequada estruturação da personalidade da criança. Quando a falta da figura paterna se der, sem que o pai biológico tenha sido substituído por alguém, e configurar-se a ausência do exercício da assistência moral devida ao filho, ou dano moral estará caracterizado (MORAIS, 2010, p. 65).

O Estado vem sendo convocado a intervir nas relações privadas com base nos Princípios Constitucionais. Com o objetivo de proteger os afetos que constituem o núcleo familiar, impondo a responsabilidade para a preservação da convivência e a reparação pelos danos advindos de sua frustração.

Os princípios constitucionais da dignidade, da afetividade, do dever de convivência e da paternidade responsável, ainda que acolhidos pelo Código Civil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, somente eles não seriam suficientes à efetivação da convivência entre pais e filhos. O indicado seria a previsão expressa do ato ilícito e as penalidades em caso de abandono afetivo, com o objetivo de impedir condutas lesivas a criança ou adolescente.

No texto do IBDFAM (Instituto Brasileiro do Direito das Famílias), argumenta que a responsabilidade parental possui subsídios constitucionais consubstanciados nos princípios da paternidade responsável e absoluta prioridade da criança e adolescente:

Não podemos exigir amor de alguém, mas podemos exigir que haja o respeito aos preceitos constitucionais que, inclusive, afastam qualquer forma de negligência parental. Aliás, por uma interpretação lógica sistemática, quando a Constituição prevê qualquer forma de negligência, podemos concluir tanto a patrimonial quanto a extrapatrimonial, sendo que, está última, envolve o cuidado com o ser humano (Boletim do IBDFAM datado 06 de jun.2011).

O abandono afetivo é considerado por muitos juristas, onde falam deste problema de ordem pública, criticando a ausência de legislação específica que trate este assunto.

3 A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA RELAÇÃO FAMILIAR

A intenção da coerção estatal ante o poder familiar é diminuir e coibir o descaso do pai com os seus filhos, nada mais justo e punitivo do que reparar o dano causado a criança, fazendo-o pagar o seu débito com seu filho, desencorajando outros pais a repetir o mesmo ato negligente, de desamparar o filho de atenção, amor, carinho e cuidados, afinal de contas, o filho não é culpado de ter nascido, mais precisa do amparo dos pais para futuro ser um adulto equilibrado e sem carências ou traumas por falta desta materna.

Há uma corrente majoritária do Direito a favor da condenação indenizatória, diante das críticas da valoração pecuniária afetos no judiciário, recebidas estas críticas de outros juristas, psicanalistas e pensadores sociais, o discurso foi atenuado, estes negando o fato de tratar-se do preço do afeto ou de imposição do amor e a considerá-los bens tuteláveis pelo preceito ou dever legal, como outro bem passível de cobrança ou reparação sob a forma coercitiva do Estado.

Maria Berenice Dias, ao tratar do abandono afetivo, passou a dar outra concepção à falta de afeto, entendendo que a necessidade afetiva passou ser um bem tutelado pelo Estado e que para manter o vínculo familiar vale tudo até mesmo a sombra do medo de condenação pecuniária por parte do pai, conforme se vislumbra abaixo:

Mesmo que pais estejam separados, a necessidade passou a ser um bem juridicamente tutelado. Claro que o relacionamento mantido sob pena de recompensa financeira não é a forma mais correta de estabelecer-se um veículo afetivo. Ainda assim, mesmo que o pai só visite o filho por medo de ser condenado a pagar uma indenização, isso é melhor que gerar um filho no sentido do abandono. Ora, se os pais não conseguem dimensionar a necessidade de amar e conviver com os filhos, que não pediram para nascer, imperioso que a justiça imponha coactamente esta obrigação. (DIAS, 2005, p.405).

O posicionamento defendido por Rodrigo da Cunha Pereira (2011), jurista pátrio que dedica à interlocução Direito e Psicanálise, com diversos artigos e compêndios publicados sobre o tema, é tênue ao defender a causa dos filhos abandonados afetivamente pelo pai, visando à reparação pecuniária de supostos danos, apregoa a intervenção estatal no campo das subjetividades privilegiando o dogmatismo positivista na imposição do dever de afeto, em defesa de uma objetivação da subjetividade:

O afeto, no sentido de cuidado, com conduta, não pode faltar para o desenvolvimento de uma criança. Ao agir em com a função de pai e mãe, está-se objetivando o afeto e o tirando do campo da subjetividade apenas. (...). A ausência deste sentimento não exclui a necessidade e obrigação de condutas paternas e maternas. Sendo ação, a conduta afetiva é um dever e pode ser imposto pelo Judiciário, presente ou não o sentimento. (PEREIRA, 2010 *apud* BRAGA, 2014).

A Organização das Nações Unidas (ONU) propôs que a felicidade passe a ser tutelada pelo Estado. Neste viés, o Senador Cristóvão Buarque apresentou, ao Senado Federal, o Projeto de Emenda Constitucional nº19/2010, popularmente conhecido como “PEC da

Felicidade”, visando não apenas sua tutela, conforme a orientação da ONU, mas, sobretudo, garanti-la constitucionalmente a todo cidadão, ao incluí-la no rol de direitos sociais dispostos no art. 6º da Carta Magna Brasileira.

Desta forma, seria por meio do direito à felicidade que se asseguraria o pagamento de dano moral quando causado por abandono afetivo, e conseqüentemente, confirmando a tendência do Estado de intervir cada vez mais no âmbito exclusivamente subjetivo da natureza humana.

À norma jurídica, obviamente, deve corresponder uma sanção, sob pena de se tornar mera regra ou princípio moral. Por isso a necessidade de responsabilização dos pais pelo não cuidado, e principalmente, pelo abandono dos filhos, independentemente do divórcio do casal. A responsabilidade é a essência do afeto e do cuidado, como competente e sabiamente já descreveu Kant: “aquilo que eu reconheço como um sentimento de respeito que não significa senão a consciência da subordinação de minha vontade a uma lei, sem intervenção de outras influências sobre a minha sensibilidade” [...]. O caráter punitivo e preventivo, aliados a uma necessidade pedagógica da reparação civil, significam um freio a tal ato danoso, àquele que não escolheu nascer (PEREIRA, 2011, p. 12-3)

4 O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NO DIREITO DA FAMÍLIA

A família nos dias atuais esta mais complexa, pois não há só um tipo de família tradicional, o pai, a mãe e os filhos, hoje há uniões livres, homo e heteroafetivas, e parentescos não apenas com vínculos consanguíneos, mais também através laços afetivos que passaram a ser vistos com maior dignidade.

O aspecto afetivo passou a ser de grande relevância e como aspecto central numa relação familiar, independente do vínculo biológico, matrimonial e registral, onde a assumiu o papel de vetor destas relações.

A efetiva relação paterno-filial, não é apenas a descendência biológica nem a de legitimação jurídica, a verdadeira paternidade, é uma complexa integração, do pai, mãe e filho. Essa paternidade se constrói, o pai não é aquele que apenas emprestou colaboração na genética da criança, muito menos aquele pai no qual o ordenamento jurídico atribuiu a paternidade. Há uma relação paterno-filial, ao longo dos anos e de uma convivência se cria a sócio-afetividade, no plano jurídico dá-se importância a esta relação de amor, carinho, proteção e cuidados criados entre um pai e filho ou mãe e filho, e no plano jurídico, é plena esta noção de estado de filho.

O Código Civil de 2002, alberga a afetividade acolhe a afetividade, mesmo que implicitamente, é a que reconhece a possibilidade de parentesco afetivo, o legislador admite parentescos de outra origem (conforme art.1.593, CC). Ao definir o parentesco a legislação faz remissão ao vínculo natural, civil, consanguíneo e de outra origem, o que envolve claramente parentesco decorrente da socioafetividade. Esta abertura conferida pelo legislador permite o reconhecimento da afetividade nas questões de parentesco, o que restou afirmado pelo Enunciado número 103 da Primeira Jornada de Direito Civil:

ENUNCIADO nº 103 – Art.1.593: O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou a mãe) que não contribuiu com seu material fecundado, quer da paternidade sócio-afetiva, fundada na posse do estado filho.

O tratamento jurídico dos casos de abandono afetivo se enquadra na seara sujeita à apreciação pela esfera pública, ou seja, situação de omissão parental passível averiguação pelo Poder Judiciário por cuidar de pessoa em estado de vulnerabilidade.

Quando os Princípios da Parentalidade e da proteção integral da criança e do adolescente, são infringidos através deste abandono afetivo paternal, há clara possibilidade de do Estado, o dever de cuidado do pai-ofensor infringe um comando legal que envolve direitos de um vulnerável, que gozam de ampla proteção, de maneira que poderá a vir ter que responder pelos efeitos decorrentes de sua conduta.

A ponderação entre a liberdade do genitor em exercer ou não seus deveres de pai/mãe e os direitos do menos vulnerável de ver atendidas suas necessidades de carinho, proteção e amor, privilegia a tutela do infante (a partir até mesmo princípios constitucionais da paternidade responsável e proteção integral da criança). Prevalecerá o interesse do menor vulnerável.

4.1 PRINCÍPIO DO MAIOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (art. 227, caput, da CF/88, e arts. 1.583 e 1.584 do CC)

O princípio do maior interesse da criança e do adolescente é de origem inglesa, do *parens patriae*, como prerrogativa do rei em proteger os que não tinham como o fazê-lo em causa própria. Esse princípio representa uma diretriz determinante nas relações dos pais

perante seus filhos menores e não emancipados, bem como a relação da sociedade e do Estado para com esses menores em formação.

O Estatuto da criança e do adolescente traz os fundamentos para tal preceito, havendo previsão expressa no sentido de que criança é o menor até os doze anos de idade incompletos, ao passo que o adolescente vai desse patamar máximo da criança aos 18 anos de idade, art.3º.

Esses dispositivos legais reconhecem e regulamentam a guarda do menor, em âmbito de autoridade parental. Os princípios em comento foram alterados em 2008, pela lei 11.698, que determinou a guarda compartilhada como a regra geral, desconstruindo a idéia de que seria o mais coerente como padrão, a chamada guarda unilateral, exercida por apenas um dos responsáveis do menor, ficando a cargo do outro a regulamentação de visitas.

Paulo Lôbo conceitua bem o princípio do melhor interesse, afirmando que:

O Princípio do melhor interesse significa que a criança – incluindo o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos direitos da Criança- deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade. Em verdade ocorreu uma completa inversão de prioridades, nas relações entre pais e filhos, seja na convivência familiar, seja nos casos de situações de conflitos, como nas separações de casais. O pátrio poder existia em função do pai; já o poder familiar existe em função e no interesse do filho. Nas separações dos pais o interesse do filho era secundário ou irrelevante; hoje, qualquer decisão deve ser tomada considerando seu melhor interesse.

Diante do quanto exposto, o desafio é converter a população das crianças e adolescentes em sujeitos de direito, efetivamente, não os tratando, como objeto passivo, mas sim passando a vê-los como titulares de direitos juridicamente protegidos.

5 O DANO AFETIVO E A PERSPECTIVA JURÍDICA

Diante da nova perspectiva do Direito de Família surge uma nova modalidade de indenização por dano moral, ainda não aceita pela maioria dos Tribunais, tratando a Responsabilidade Civil por abandono afetivo parental como um direito subjetivo, devendo ser observado que há, na realidade, um equívoco constitucional e social, o qual deve ser revisto pelos nossos Tribunais. Deve se evidenciar como a falta de afeto interfere nas relações familiares, tornando o filho abandonado afetivamente um ser humano rodeado de sentimentos negativos como frustrações e tristezas.

A palavra “responsabilidade” tem sua origem no verbo latino “respondere”, significando a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de suas atividades, contendo ainda, a raiz latina de “spondeo”, fórmula através da qual se vinculava, no Direito Romano, o devedor nos contratos verbais”

Quando há um prejuízo que em decorrência dele origina um fato social, traz a tona o problema da responsabilidade. E é através desta que há a reconstrução do equilíbrio moral e patrimonial que foi perdido. O interesse em se restabelecer o equilíbrio violado é o que constitui o princípio norteador da responsabilidade civil.

A responsabilidade civil está dentro dos direitos obrigacionais, a prática de um ato ilícito gera uma obrigação, um dever de indenizar a vítima que foi lesada pelo ato. O instituto é trabalhado desta forma no dia a dia dos operadores do direito, sempre havendo uma reparação de danos, uma indenização pecuniária ao final de toda demanda processual que gere uma responsabilidade ao autor.

Quando o agente causador do dano, com o seu comportamento, transgredir uma lei preexistente ou ocasione dano a um terceiro a responsabilidade passa a ter duas possibilidades de surgimento: a contratual e a extracontratual.

A Responsabilidade Contratual encontra-se no dispositivo 389 do Código Civil, “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”. Já a segunda, denominada de Responsabilidade Civil Extracontratual ou Aquiliana (*Lex Aquillia*), consta como regra geral do art. 186¹, CC, do ato ilícito. E ocorre quando a norma

¹ **Art. 186:** Aquele que, **por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem**, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

jurídica violada for diretamente a norma legal (lei). Neste tipo de responsabilidade o agente transgressor viola uma norma jurídica legal preexistente.²³

Atualmente, o requisito “culpa ou dolo do agente” traz a cogitação de dolo logo no início (ação ou omissão voluntária) e a culpa (negligência ou imprudência). Conceituando assim, dolo como na vontade de cometer uma violação de direito, e a culpa, na falta de diligência desta.

É o pilar fundamental para a solidificação da construção da responsabilidade que sem o requisito do nexo causal não há obrigação de indenizar. Se há o dano, porém, a sua causa não está relacionada com o que o agente realizou não há vinculação. De acordo com o Carlos Roberto Gonçalves é a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente que por seguinte, ocasiona o dano verificado.

Para que seja caracterizado o dano, deve ser analisada a violação de um direito e a sua correlação direta com a causa do dano a terceiros. Sem a prova do dano não há como alguém ser responsabilizado. É elemento essencial obter um prejuízo sofrido tanto de ordem material como moral. Portanto, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo. Sempre será devida a indenização quando se constatar que um ato ilícito resultou em um dano.

A proteção ao direito à convivência familiar está no Estatuto da Criança e do Adolescente em seus arts. 4º, *caput*, e 19ª 52. A percepção do cuidado como tendo valor jurídico já foi incorporada em ordenamento jurídico como se observa no artigo 227 da CF/88. Dessa forma, a legislação prevê que é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, entre outros, o direito à dignidade e à convivência familiar e comunitária.

No transcorrer dos anos o dano essencialmente moral foi pacificado no entendimento jurisprudencial. E está se tornando cada vez mais comum, demandas envolvendo filhos que se queixam da ausência dos pais, pois o ato preenche os pressupostos de admissibilidade da responsabilidade civil.

² **Artigo 187. Também comete ato ilícito** o titular de um direito que, ao exercê-lo, **excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.**

³ **Artigo 927. Aquele que, por ato ilícito (artigos. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.**”³³

O dano moral é hoje um dos temas de Direito Civil que mais se transforma ao longo dos anos. Com a constante transformação da jurisprudência moderna fez com que situações antes inimagináveis que ensejassem o dano moral, hoje se tornassem lides processuais. A possibilidade de indenização é pacificada no nosso ordenamento jurídico, sendo que a magna carta de 1988 prevê acerca da possibilidade de proteção jurídica a agravos imateriais. Também com base na doutrina dominante e a jurisprudência que a cada dia traz inovações no instituto do dano moral.

“Constitui dano moral a ação ou omissão que ofenda o patrimônio moral da pessoa física ou jurídica, e dos entes políticos, ainda que não atinja o seu conceito na coletividade.”

É conceituado como dano moral quando a lesão designada não produzir qualquer efeito patrimonial. Ou seja, o dano será de esfera moral quando a diminuição de um bem jurídico abranger a honra, a dignidade, a intimidade, a vida e etc. Atingindo assim, o ofendido como pessoa sem tocar no seu patrimônio. Acarretando a ele uma série de sofrimentos, dores, tristezas, humilhações.

Ao configurar o dano moral é preciso que se evitem excessos, pois só deve ser designado como dano moral “a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem estar. Meros dissabores, aborrecimentos e mágoas estão fora da órbita do dano moral, pois tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo”.

Adentrando no tema deste artigo, a ausência da figura paternal pode perfeitamente ser lamentada pela criança, absolutamente incapaz na esfera cível, podendo postular, através de um representante, ação de indenização por danos morais em face de seu pai ou mãe que tenha praticado o dano.

Provar um dano moral é muito complexo. Com isso, é concedida ao magistrado a faculdade de deduzir não só de provas que o sujeito passivo veio a experimentar a ofensa sofrida.

Rodolfo Pamplona Filho fundamentado nos ensinamentos de Wladimir Valler, explica que em matéria de prova há três correntes distintas:

“Primeira: necessidade de atividade probatória, assim como ocorre com o dano patrimonial;

Segunda: sustenta a tese *in re ipsa*, segundo a qual o dano moral não precisa ser provado, sendo presumido pelo comportamento do agente;

Terceira: é denominada de intermediária, que se sustenta sobre a presunção formada na mente do juiz, ou seja, ele, na condição de homem, extrai dos fatos da causa a idéia de ocorrência ou não do acontecimento”. (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. 2012, p. 740).

É necessário analisar a posição dos doutrinadores neste sentido, sendo que a indenização em decorrência do dano moral configura uma compensação, seja ele por demasiada tristeza, por demasiado sofrimento, em face de uma dor, trauma ou perda.

A responsabilidade civil saiu da esfera contratual para entrar no direito de família brasileiro buscando na indenização pecuniária uma forma de suprir um espaço vazio deixado em razão do grande sofrimento causado pelo abandono afetivo parental.

No Código Penal Brasileiro, no título VII “dos crimes contra família”, dispõe de três formas de abandono, sendo eles: o abandono material, abandono intelectual, e por fim, o abandono moral.

O abandono afetivo, entretanto, tema em questão deste artigo não foi positivado na lei ou sequer mencionado na Constituição Federal (artigo 227, caput). E por mais que tenha havido esforços por parte do legislador, ele não estipulou penas de caráter punitivo pela inobservância do elemento “dever de afeto”. Assegurou somente o dever da família, do estado e da sociedade. Foi um erro do legislador constitucional, dormiu no ponto ao não fazer nenhuma referência ao afeto, sendo que ele está diretamente relacionado ao desenvolvimento do caráter da pessoa.

O direito dos filhos serem visitados pela mãe ou pelo pai não guardião é direito constituído pela Constituição, tornando um direito-dever os pais em dar continuidade a convivência com os filhos sob pena de abandono afetivo, moral.

Este direito é ainda alicerçado na necessidade de cultivar o afeto na relação paterno, filial, e de manter um convívio familiar real, efetivo e eficaz, pois mesmo não havendo coabitação, a finalidade deste instituto é a manutenção de uma natural e adequada comunicação filho com o pai ou mãe com que não convive.

Para que a família realmente cumpra o previsto constitucionalmente, deve priorizar o convívio familiar, e para isso, é necessário mais que responsabilidade, é preciso ter afetividade, porquanto uma convivência equilibrada na infância e adolescência, tem como efeito maiores probabilidades de atingir a realização pessoal na idade adulta, bem comum indivíduo equilibrado e seguro para enfrentar as intempéries da vida.

“O abandono afetivo é tão prejudicial quanto o abandono material. Ou mais. A carência material pode ser superada com a dedicação de um dos genitores ao trabalho; a de afeto não, porquanto corrói princípios morais se estes não estão consolidados na personalidade da criança ou adolescente”.

O abandono gera um desamparo por parte do agente passivo, que via de regra, são os filhos. Não obstante, são eles a parte mais frágil e que mais sofre quando há uma separação do núcleo familiar.

Interligado ao princípio da dignidade está o da afetividade. Este é o principal fundamento das relações familiares. E por mais que não haja no texto maior da magna carta sua caracterização como um direito fundamental, pode-se dizer que o afeto decorre da constante valorização da dignidade da pessoa humana, sendo assim por essência, cláusula pétrea, um direito fundamental do cidadão.

A estrutura familiar não se limita mais apenas ao vínculo biológico. Ela traz o afeto como sua maior característica atualmente. Não cabendo ao pai e a mãe dar somente os alimentos. A nova temática do Direito de Família é dar a devida atenção aos filhos com afeto, educação, proteção e respeito para que esta criança em formação se desenvolva emocionalmente equilibrada.

Têm se atribuído à reparação civil uma nova função: a função pedagógica, educativa. Muito mais do que compensar à vítima do dano sofrido ou punir o ofensor, a reparação civil tem a função de alertar à sociedade que condutas semelhantes àquela do ofensor não serão permitidas pelo ordenamento jurídico, portanto, uma função de desestimular condutas semelhantes.

É claro que o dinheiro não tem a capacidade de eliminar a agressão moral sofrida. Porém, servirá como um consolo, no sentido de atenuar o dano decorrente do abandono. Podendo ele ser utilizado para financiar às custas de um tratamento psicológico, por exemplo. E também mostrar aos pais negligentes que esta conduta é vista como incorreta pelo ordenamento jurídico brasileiro. Obrigando aos pais a cumprir o Pátrio Poder. Não há uma tabela de preços para este tipo de sofrimento, o dano é incalculável, sendo a sua função meramente de caráter satisfatório.

O abandono afetivo parental como fato gerador de indenizar traduz no argumento de que o dano sofrido pela criança seja baseado em uma conduta negligente do pai haja vista que configura espécie de dano moral e ofensa ao direito de personalidade da criança.

A falta do afeto por parte de um dos progenitores é um vazio que nunca será suprido. A criança pode viver a sua vida toda ao redor dos avós, tios e primos, sendo amada por todos. E mesmo assim, sentir uma tristeza profunda pela falta do pai que a abandonou.

Segundo a melhor doutrina, **o direito do amor é uma prerrogativa fundamental do menor**, uma vez que entre os seus direitos, essenciais, se coloca, em primeiro plano, o de receber uma carga afetiva dos genitores, o que é primaz para a sua formação como pessoa humana (TARTUCE, 2012, p.12-3).

5.1 CONDUTA

A conduta do agente é o que, alicerçada na culpa e no dano causado, geram o dever de reparação do dano. Dessa forma, deve o agente agir ou se omitir a determinado fato, classificados como ação em sentido lato, abrangendo assim, uma ação *stricto sensu* e uma omissão. Cavalieri Filho traz um conceito de conduta, senão veja-se:

“Entende-se, pois, por conduta o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas. A ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico, ou subjetivo”. (CAVALIERI, 2008, pág. 24)

Assim, é por meio da ação ou omissão que a conduta humana causa dano a outrem. Eis que o dano pode ser causado por ato próprio ou de terceiro que esteja sobre a responsabilidade do agente, da mesma forma, por danos causados por coisas que estejam sob a guarda deste. Nesse sentido expõe Nader (2010, pág. 67):

“O dever de reparação pode ser uma decorrência da conduta do próprio responsável, de terceiro por cujos atos responda, como a situação em que se encontram os pais em relação aos filhos incapazes (culpa *in vigilando*) ou o empregador em face aos danos causados por empregados a terceiros (culpa *in elegendo*). Pode advir, ainda, de coisa inanimada ou de animal sob a sua guarda.”

A princípio, para que haja o dever de indenizar é necessária à existência de uma conduta ilícita, contudo, não se afasta a possibilidade de indenização por ato praticado por conduta lícita.

O ato de vontade é essencial para a conduta humana, pois exterioriza a consciência da ação ou omissão do agente, mesmo que este, não possua o discernimento do dano que pode efetivamente causar, mediante sua conduta.

Nesse norte, caracteriza-se a ação como um comportamento positivo, no qual o agente causa o dano operando, sem, contudo prever o resultado. Cavalieri Filho, 2010, pág. 24, discorre acerca da ação:

“A ação é a forma mais comum de exteriorização da conduta, porque, fora do domínio contratual, as pessoas estão obrigadas a abster-se da prática de atos que possam lesar o seu semelhante, de sorte que a violação desse *dever geral de abstenção* se obtém através de um fazer”.

A omissão, todavia, tem como característica um comportamento negativo, sendo que este, normalmente, não gera o dever de indenizar. Apesar disso, possuindo o agente o dever jurídico de agir, de impedir o resultado e, se não o fizer, por deixar de agir ou por não fazer nada para impedir o resultado quando imperiosa sua ação, deverá indenizar o lesado.

“[...] Só pode ser responsabilizado por omissão quem tiver o dever jurídico de agir, vale dizer, estiver numa situação jurídica que o obrigue a impedir a ocorrência do resultado. Se assim não fosse, toda e qualquer omissão seria relevante e, conseqüentemente, todos teriam contas a prestar à Justiça.” (CAVALIERI, 2008, pág. 25).

Denota-se que um dos pressupostos que deve ser analisado para uma possível verificação de responsabilidade civil, é a conduta. Que se concretiza mediante uma ação ou omissão do agente.

5.2 DANO

O dano significa uma lesão de dano moral ou patrimonial e com o decorrer dos anos a forma de analisar o dano na responsabilidade civil passou a ser diferente, posto que se iniciou uma análise, tanto de dano patrimonial, bem como de dano moral. Com esse novo posicionamento, Cavalieri Filho, conceituou o dano, veja-se:

“Conceitua-se, então, 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.” (CAVALIERI, 2010, pág. 71).

Pela legislação moderna, entende-se que somente haverá responsabilidade civil se houver dano, pois, dessa forma, se caracterizará a existência de um ato ilícito, não sendo necessária a ocorrência da culpa ou dolo, mas imprescindível que haja o dano efetivo a uma das partes. Observe-se:

“O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano”. (CAVALIERI, 2010, pág. 70).

Ainda:

“Nos termos da Lei Civil, somente haverá ato ilícito em caso de dano material ou moral. Daí poder-se afirmar que o elemento *dano* é essencial à caracterização do ato ilícito”. (NADER, 2010, pág. 73).

Para que o dano causado seja suscetível de reparação, depende que o dano seja injusto, ou que não seja previsível sua proteção no ordenamento jurídico. Encontram-se protegidos no âmbito jurídico os danos gerados mediante a legítima defesa, exercício regular de direito ou para extrair perigo eminente (NADER, 2010).

O dano ocorrerá em face de patrimônios individuais que são divididos em bens materiais e imateriais. Os bens materiais são aqueles em que se torna possível à verificação e avaliação da prestação pecuniária. Já os bens imateriais compreendem aqueles inerentes à personalidade, a vida, a hora, a liberdade, os quais tornam mais complexa à fixação de indenização ao dano possivelmente causado (NADER, 2010, pág. 86).

Cavaleri Filho, (2008, pág. 80), ensina que com a Constituição de 1988, novas normas foram introduzidas em seu texto, trazendo novas formas de dano. Entre as quais se instituiu o dano moral, também conhecido como dano extrapatrimonial, que será tratado em item distinto.

Por fim, denota-se que o dano é essencial que ocorra um dano a vítima de ato ilícito, objetivando uma responsabilidade civil futura ao ofensor.

5.3 NEXO DE CAUSALIDADE

O nexo causal é de suma importância para que outros elementos instituidores da responsabilidade civil venham a serem identificados, sendo que é o liame entre a conduta do agente e o dano.

Necessário analisar primeiro o nexo de causalidade, se o agente deu causa ao dano, para posteriormente verificar a se houve culpa ou não no ato praticado. Tendo em vista que ninguém deve responder por algo a que não deu causa. Devendo analisar, se o dano causado à vítima ocorreu face ao ato ilícito praticado pela mesma. Por isso é de suma importância a exigência do nexo causal.

“Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato. Daí a relevância do chamado *nexo causal*. Cuida-se, então, de saber quando um determinado resultado é imputável ao agente; que relação deve existir entre o dano e o fato para que este, sob a ótica do Direito, possa ser considerado causa daquele”. (CAVALIERI, 2010, pág. 46).

É o nexo causal o vínculo entre a causa e efeito, bem como entre a conduta e o resultado, sendo que decorrem das leis naturais. Mediante a observação dos elementos acima descritos é que se identificará o causador do dano. Nesse sentido, Cavalieri Filho, (2008, pág. 46) expõe: “O conceito de nexo causal não é jurídico; decorre das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado”.

Nader (2010, pág. 114) aponta que em determinados casos a presença de nexo de causalidade é dispensável, ou seja, a prova da ocorrência do dano e as circunstâncias já indicam a culpa do agente, um bom exemplo seria nos casos de acidentes nucleares. Contudo, para os casos em que há necessidade da existência do nexo causal e, frente à dificuldade para determinar sua presença, criou-se três teorias, sendo essas, a teoria da equivalência dos antecedentes, a teoria da causalidade adequada e a teoria do dano direto e imediato.

A teoria da equivalência dos antecedentes delimita que todas as condutas conduzem ao prejuízo, não distingue causa e condição, assim, se várias causas concorrem para o mesmo resultado, a todos serão atribuídos valor idêntico, eis que se equivalem as causas (DAMIAN, 2009).

“Toda e qualquer circunstância que haja ocorrido para produzir o dano é considerada uma causa. A sua equivalência resulta de que, suprimida uma

delas, o dano não se verifica”. Ou seja, todos os antecedentes fáticos que contribuírem para o resultado são causa dele”. (GONÇALVES, 2003, pág. 521).

No mesmo sentido Cavalieri Filho expõe:

“Se várias condições concorrerem para o mesmo resultado, todas têm o mesmo valor, a mesma relevância, todas se equivalem. Não se indaga se uma delas foi mais ou menos eficaz, mais ou menos adequada. Causa é ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido, sem distinção da maior ou menor relevância que cada uma teve.” (CAVALIERI, 2008, pág. 47).

Já a teoria da causalidade adequada é aquela que considera como causa do dano a condição que por si só produziu referido dano. Busca-se nessa teoria a causa mais adequada, ou seja, a causa que efetivamente produziu o dano, não levando em considerações as demais causas que possam ter ocorrido até o resultado final. (FONTELES, 2009).

“Diferentemente da teoria anterior, esta faz distinção entre causa e condição, entre os antecedentes que tiverem maior ou menor relevância. Estabelecido que várias condições concorreram para o resultado, e isso é feito através do mesmo processo mental hipotético (até aqui as teorias seguem o mesmo caminho), é necessário agora verificar qual foi a mais adequada. Causa será apenas aquela que foi mais determinante, desconsiderando-se as demais”. (CAVALIERI, 2008, pág. 48).

Pela doutrina e jurisprudência brasileira é essa teoria a adotada em nosso ordenamento, para solução dos litígios da responsabilidade civil.

No entanto, a teoria dos danos diretos e imediatos é aquela que defende que a obrigação de reparar o dano que surge de forma direta e imediata de determinada causa. Analisa-se como causa do dano a mais próxima ao resultado. Diz-se que tal teoria tem sua base no Código Civil em seu art. 403.

“Também denominada *teoria da causa próxima*, os adeptos dessa concepção indicam por responsável pelos danos o ultimo agente da cadeia causal. Das várias condições que atuaram, sucessivamente, para a realização do prejuízo, a causa deste seria a ultima, da qual dependeu diretamente”. (NADER, 2010, pág. 118).

Na responsabilidade civil é necessário que haja nexo causal para que o agente seja responsabilizado. Dessa forma, se o agente não deu causa ao dano, não irá responder por ele.

Bem como, não responderá se agir mediante as causas de excludentes do nexo causal, conhecidas como as excludentes de responsabilidade. Eis que as excludentes surgem ao momento em que o agente, ante a impossibilidade superveniente não cumpre a obrigação a ele imputada. Referida impossibilidade surge nos casos de caso fortuito, força maior e por culpa exclusiva da vítima ou de terceiro. Cavalieri Filho disserta acerca do exposto:

“[...] Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato [...]” (CAVALIERI, 2008, pág. 46).

No caso de culpa exclusiva da vítima está excluído o nexo causal. Em primeira análise se identifica o agente como causador do dano. Porém, em uma análise mais profunda se chega à conclusão de que a própria vítima foi a causadora do dano, sendo que está supostamente agiu com culpa ou dolo. Desaparecendo nesse contexto a responsabilidade.

Nesse sentido ensina Cavalieri Filho, (2008, pág. 64):

“Advirta-se mais uma vez, portanto, que o fato exclusivo da vítima exclui o próprio nexo causal em relação ao aparentemente causador do direito do dano, pelo que não se deve falar em simples ausência de culpa deste, mas em causas de isenção de responsabilidade”.

Nader, (2010, pág. 123), também se manifesta sobre a culpa exclusiva da vítima, vejamos:

“Embora se constate o dano a outrem e a conduta do agente, este não será responsável caso se comprove a culpa exclusiva da vítima, ou seja, a inexistência da causalidade entre a ação ou omissão do agente e o resultado lesivo. Isto ocorre, por exemplo, quando o agente trafega em seu veículo e a vítima, consciente ou por imprudência, se projeta diante do automóvel, vindo a sofrer lesões corporais ou a perda da vida.”

Já o caso fortuito é algo imprevisível e incontornável, derivados da ação humana e a força maior são fatos que obtêm a sua causa derivada das forças da natureza. Contudo, ambos são eventos inevitáveis, sendo que excluem a relação de causalidade entre o prejuízo gerado à vítima e a conduta do suposto agente. O Código Civil em seu art. 393, não distingue caso fortuito e força maior.

Nesse norte, Cavalieri Filho explica:

“Entendemos, todavia, que a diferença existe, e é a seguinte: estaremos em face do *caso fortuito* quando se tratar de evento imprevisível e, por isso,

inevitável; se o evento for inevitável, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da Natureza, como as tempestades, enchentes, etc., estaremos em face de *força maior*, como o próprio nome o diz”. (CAVALIERI, 2010, pág. 65).

Igualmente, ensina Nader, (2010, pág. 120):

“Há danos que, não obstante a ação ou omissão do agente capaz de produzi-los, decorrem efetivamente de forças da natureza ou de fato de terceiro – *caso fortuito ou força maior* –, acontecimento que rompe o nexo etiológico e promove, destarte, a exclusão da responsabilidade civil. A característica comum do caso fortuito e força maior é a sua *imprevisibilidade* ou *inevitabilidade*.”

O fato de terceiro surge quando o resultado ocorre mediante uma conduta de um terceiro, mas ainda assim, caberá ao causador do dano direto, a responsabilidade de indenizar a vítima. Conforme dispõe os artigos 929 e 930 do Código Civil.

Nader descreve acerca do fato de terceiro:

“*Fato de Terceiro*, na responsabilidade civil, é a conduta de quem verdadeiramente é responsável por um dano e não a pessoa indigitada como a sua causadora; é a prática do dano por pessoa aparentemente alheia à causa determinante, atribuída a outrem”. (NADER, 2010, pág. 124).

Destarte, conclui-se que não havendo nexo causal entre a conduta do agente e o resultado, não ocorrerá o dever de reparar o dano supostamente causado.

5.3 A CULPA

Na responsabilidade civil brasileira admite-se a culpa como pressuposto, contudo pode haver responsabilidade sem que haja a culpa. Não sendo considerado, dessa forma, essencial perante aos demais pressupostos. Na culpa, o agente não possui a intenção de causar o dano, mas devido a um comportamento negligente, imprudente e imperito, gera a violação de um dever preexistente, vindo a provocar o dano. (VEIRA, 2003).

Paulo Nader, (2010, pág. 98), descreve culpa como a ação quando o agente “[...] não age intencionalmente, mas tem a ciência dos riscos da conduta e ainda assim pratica o ato ou omissão, provocando danos a outrem”.

Ainda, nesse sentido Stolco explana:

“Quando existe a intenção deliberada de ofender o direito, ou de ocasionar prejuízo a outrem, há o dolo, isto é, o pleno conhecimento do mal e o direto propósito de o praticar. **Se não houvesse esse intento deliberado, proposital, mas o prejuízo veio a surgir, por imprudência ou negligência, existe a culpa (stricto sensu)**”. (STOCO, 2007, pág. 133). (grifo nosso).

Nader (2010, pág. 98) coloca que a essência da culpa é a previsibilidade e a inevitabilidade, posto que o agente possui consciência do dano que pode causar a outrem, contudo quando de sua ocorrência torna-se inevitável o dano.

Ensina Cavalieri Filho (2008, pág. 37) que a culpa é elemento fundamental somente à teoria subjetiva, eis que na teoria objetiva esta é dispensável. Sendo que pode ser dividida em várias espécies, tais quais, Culpa grave, leve e levíssima; culpa contratual e extracontratual; Culpa “in elegendo”, “in vigilando” e “in custodiando”; Culpa presumida e culpa contra a legalidade; Culpa concorrente.

A culpa grave ocorre quando o agente causador do dano age abusivamente de forma descuidada. Chega a ser próximo ao dolo, tendo em vista o grau de imprudência do agente. Veja-se a descrição de Nader, (2010, pág. 101): “A primeira se verifica quando o autor comete uma falta perceptível ao senso comum, altamente censurável, como ao se descuidar de cuidados elementares”.

No mesmo sentido, Cavalieri Filho:

“Examinada pelo ângulo da gravidade, a culpa será grave se o agente atuar com grosseira falta de cautela, com descuido injustificável ao homem normal, impróprio ao comum dos homens.” (CAVALIERI, 2008, pág. 37).

A culpa leve e levíssima decorre de ato ou omissão, sendo que a primeira se concretiza quando o agente não toma as cautelas necessárias de atenção ordinária, de um agente cumpridor de seus deveres, eis que bastava um pouco de previdência para evitar o dano. A segunda, entretanto, é aquela em que a ação ou omissão do agente somente poderia ser evitada se houvesse uma atenção extraordinária deste, mediante uma habilidade especial ou conhecimento singular, bem como seria necessária à máxima diligência para conseguir evitar o efeito danoso.

Nader explica:

“Na culpa leve ou levíssima o ato ou omissão decorre de uma falta sem maior comprometimento ético, suscetível de ser praticada na rotina do trabalho ou de uma atividade de lazer. Não há como distinguir, conceitualmente, ambos graus, senão recorrendo-se ao óbvio: a *culpa leve* não se reveste de maior profundidade, como na *grave*, nem chega a ser corriqueira, como a *levíssima*”. (NADER, 2010, pág. 101).

A culpa presumida se identifica pelo próprio fato, posto que este já expressará a culpa do sujeito. Dessa forma, inverte-se o ônus da prova, eis que passará ao agente causador provar a sua inocência. Observe-se a colocação de Cavalieri Filho, (2008, pág. 39): “O causador do dano até prova em contrário, presume-se culpado; mas, por de tratar de presunção relativa – *juris tantum* -, pode elidir essa presunção provando que não teve culpa”. A culpa contra a legalidade é aquela em que ocorre o descumprimento de um mandamento legal, este será automaticamente culpado. Cavalieri Filho, (2008, pág. 40), também explica: “Fala-se em *culpa contra a legalidade* quando o dever violado resulta de texto expresso da lei ou regulamento”.

“Quando a causa do dano for atribuída exclusivamente ao prejudicado, não haverá obrigação de ressarcimento; entretanto, se a culpa, além da vítima, for também de outrem, este arcará com a indenização proporcionalmente à sua contribuição para o resultado danoso.” (NADER, 2010, pág. 102)

Ainda, Cavalieri Filho explana:

“Fala-se em culpa concorrente quando, paralelamente à conduta do agente causador do dano, há também conduta culposa da vítima, de modo que o evento danoso decorre do comportamento culposos de ambos”. (CAVALIERI, 2008, pág. 41).

Denota-se, pelo exposto que a culpa é um dos pressupostos para a responsabilização civil, contudo pode ela estar presente ou não na configuração da conduta danosa para que o agente seja obrigado à reparação.

6 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO PATERNO

A responsabilidade civil é o dever de um agente em face de uma conduta ilícita praticada, a qual ocasionou um dano a outrem, havendo nexos de causalidade entre os elementos da conduta humana praticado e o dano ocasionado, independente da sua natureza.

Como visto, existe a responsabilidade objetiva e subjetiva, na qual além dos elementos gerais do instituto, englobará o elemento culpa.

Os pais, desde os primórdios das relações civis, têm funções imprescindíveis aos filhos, principalmente os que ainda se encontram em fase de formação. Houve muitas transformações no instituto das famílias, bem como no pátrio poder, o qual na Roma Antiga era depositado às mãos da figura paterna e é conhecido como autoridade parental, representando o conjunto de direito e deveres inerentes aos pais, de maneira igualitária.

7 O ELEMENTO DA CULPA NA RESPONSABILIDADE CIVIL

A culpa é considerada um dos pressupostos da responsabilidade subjetiva. Anderson Schreiber a considera, por esta razão, “a categoria nuclear da responsabilidade civil concebida pelos juristas da Modernidade”.

A despeito da sua importância, o legislador pátrio, tanto o do início do Século XX, quanto o do início do Século XXI, durante o processo de elaboração do Código Civil, optou por não apresentar qualquer conceito para a culpa, passando esta responsabilidade para os doutrinadores.

É importante destacar, a existência de certo dissenso doutrinário acerca do tema, razão pela qual serão apresentados os entendimentos mais tradicionais e, da mesma forma, aqueles considerados mais modernos.

Leonardo Vieira Santos defende que a culpa poderia ser compreendida como “o erro de conduta do indivíduo que não se comporta da maneira normalmente esperada para evitar danos a terceiros, independentemente da efetiva materialização destes danos”.

Anderson Schreiber, por sua vez, pontua que, ao definir a noção jurídica de culpa, muitos doutrinadores costumam se valer de elementos psicológicos ou anímicos. Esta atribuição de um caráter moral à noção de culpa, na visão do autor, influenciou profundamente a construção do sistema de responsabilidade civil, circunstância que teria dado origem a um verdadeiro obstáculo para a reparação dos danos.

8 POSICIONAMENTOS DOS TRIBUNAIS

No Brasil, com o passar do tempo, os Tribunais brasileiros vêm proferindo cada vez mais decisões tratando da responsabilização dos pais em decorrência do abandono. Tribunais como o do Rio Grande do Sul e o de Minas Gerais são destaques na matéria, conforme se verá a seguir.

A matéria ora em comento, ainda não foi objeto de apuração de mérito por parte do Supremo Tribunal Federal - STF, assim sendo, há ainda muito a amadurecer o estudo da responsabilização em face do abandono paterno filial, para poder se falar em uma jurisprudência sólida.

Em vários locais do Brasil surgem decisões a respeito da abordagem, reconhecendo a possibilidade jurídica da reparação no caso guerreado, considerando o caráter controverso e polêmico da matéria. Há, inclusive, precedente contrário do Superior Tribunal de Justiça.

Da análise das jurisprudências pátrias, pode-se perceber que ainda há muitos Tribunais silentes a respeito da matéria ou que pouco a abordam, havendo a ampla incidência das mesmas, normalmente, nos Tribunais vanguardistas e de maior amplitude no país, a exemplo do Rio Grande do Sul, Minas Gerais e São Paulo, abaixo colacionados.

A jurisprudência do STJ era consolidada no sentido da negativa à aplicação da teoria da responsabilidade civil nos casos de abandono paterno filial, desconsiderando a possibilidade da monetarização do afeto e discorda da possibilidade de atribuir valor ao papel do genitor de dar amor ao seu filho.

Ainda que minoritariamente, já se vislumbra no cenário jurídico brasileiro um avanço quanto ao entendimento da matéria que aqui se discute, em todas as suas instâncias. O Superior Tribunal de Justiça, por meio de suas decisões, já se coaduna com a noção de que há sim o dever de reparação monetária por aquele que abandonou o infante ou adolescente.

Frise-se, desde já, como já disposto, que o cunho desta reparação é punitiva, e jamais compensatória.

O caso julgado é de São Paulo. A autora obteve reconhecimento judicial de paternidade e entrou com ação contra o pai por ter sofrido abandono material e afetivo durante a infância e adolescência. O juiz de primeira instância julgou o pedido improcedente e atribuiu o distanciamento do pai a um "comportamento agressivo" da mãe dela em relação ao pai. A mulher apelou à segunda instância e afirmou que o pai era "abastado e próspero". O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) reformou a sentença e fixou a indenização em R\$ 415 mil.

No recurso ao STJ, o pai alegou que não houve abandono e, mesmo que tivesse feito isso, não haveria ilícito a ser indenizável e a única punição possível pela falta com as obrigações paternas seria a perda do poder familiar.

A Ministra Nancy Andrichi, da Terceira Turma, no entanto, considerou que é possível exigir indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo pelos pais. "Amar é faculdade, cuidar é dever", afirmou ela na sentença. Para ela, não há motivo para tratar os danos das relações familiares de forma diferente de outros danos civis.

A Ministra ressaltou que nas relações familiares o dano moral pode envolver questões subjetivas, como afetividade, mágoa ou amor, tornando difícil a identificação dos elementos que tradicionalmente compõem o dano moral indenizável: dano, culpa do autor e nexo causal. Porém, entendeu que a paternidade traz vínculo objetivo, com previsões legais e constitucionais de obrigações mínimas.

No caso analisado, a Magistrada ressaltou que a filha superou as dificuldades sentimentais ocasionadas pelo tratamento como "filha de segunda classe", sem que fossem oferecidas as mesmas condições de desenvolvimento dadas aos filhos posteriores, mesmo diante da "evidente" presunção de paternidade e até depois de seu reconhecimento judicial.

Alcançou inserção profissional, constituiu família e filhos e conseguiu "crescer com razoável prumo". Porém, os sentimentos de mágoa e tristeza causados pela negligência paterna perduraram, caracterizando o dano. O valor de indenização estabelecido pelo TJ-SP, porém, foi considerado alto pelo STJ, que reduziu a R\$ 200 mil, valor que deve ser atualizado a partir de 26 de novembro de 2008, data do julgamento pelo tribunal paulista.

9 PROJETOS DE LEI

Insta salientar, por fim, a existência no Congresso de dois projetos de lei em trâmite. O de nº 700/07 é um projeto do Senado, havendo ainda outro da Câmara, nº 4.294/08, os quais preveem exatamente a possibilidade de se aplicar o instituto da indenização por dano moral nos casos de ocorrência do abandono afetivo.

O Projeto de Lei 700/07, do Senado, proposto pelo senador Marcelo Crivella (PRB-RJ), se encontra tramitando perante a Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa.

Esse projeto baseia-se na noção de responsabilidade parental, analisando aí os princípios como o melhor interesse da criança e artigos de leis.

Neste projeto de lei, PLS 700/07, existe, ainda, a previsão da caracterização do abandono afetivo como uma conduta ilícita, definindo a assistência afetiva devida pelos pais aos filhos menores de 18 anos como a orientação quanto às principais escolhas e oportunidades.

O segundo Projeto de Lei, de iniciativa da Câmara dos Deputados, tem como objetivo dispor a respeito da responsabilidade civil em razão do prejuízo tanto em face dos filhos quanto dos pais idosos, em virtude de atos de abandono afetivo.

Há, ainda, em discussão a possibilidade de se alterar o ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente, já aprovada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CJC) em abril de 2010, para prever um dever de reparação por parte dos pais e mães que deixarem de prestar assistência afetiva aos seus filhos, independente de sua natureza. Nesse projeto trata-se também dos pais que não tem a guarda dos filhos, afirmando que a eles caberá o dever de fiscalização da educação e cuidado fornecido pelo outro genitor ao filho.

Além dos deveres filiais já previstos no ordenamento pátrio, a alteração do ECA traria aos pais o dever de convivência e assistência material e moral, passando-se a considerar esse aspecto nas decisões judiciais de destituição de tutela e de suspensão ou destituição do poder familiar.

Há, ainda, em trâmite na Câmara o Projeto de Lei 4294/08 do deputado Carlos Bezerra (PMDB-MT) que sujeita pais que abandonarem afetivamente seus filhos a pagamento de indenização por dano moral. A proposta altera o Código Civil. Da mesma forma, o projeto modifica o Estatuto do Idoso (Lei 10.741 /03) para prever também esse direito aos pais abandonados pelos filhos.

10 CONCLUSÃO

A justiça é a lei do processo, e essa lei do processo às vezes é distinta da lei da vida. Deve-se pensar sobre essa errônea identidade do dano moral com dor, que é apenas consequência da lesão, dano moral é reparação por direitos absolutos violados.

O distanciamento afetivo entre pais e filhos não deverá constituir, por si só, situação capaz de gerar a indenização por dano moral, constituindo antes um fato da vida.

É inevitável que se questione o que levou uma pessoa a se afastar de um filho, o que se analisa tomando como base as raízes do afeto ou do amor, e da negação destes, mergulhando de maneira inevitável nas categorias do imanente e do transcendente, implicando, assim, indébita invasão do campo jurídico ao terreno conceitual impreciso.

Vive-se em um sistema capitalista, materialista, em que os anseios pelo compromisso social não passam de mera retórica política, em si mesma desonesta e irresponsável. Diferente do que muitos acreditam, a indenização não pode simplesmente resolver tudo, pois tem que se levar em conta, primeiramente, que afeto não tem preço, e valor econômico nenhum poderá restituir a ausência de carinho perante o filho.

É difícil negar o cabimento da reparação pecuniária no âmbito do abandono paterno filial, quando se pensa nas consequências fáticas que tal ato pode gerar.

A indústria do dano moral tende a crescer com a emergência de novos institutos permitindo a reparação como medida cabível, e cada vez mais se vê a banalização dos pedidos de compensação, muitos baseados simplesmente em situações naturalmente palpáveis, o que no contexto representa o cabimento do instituto por ter havido o abandono do filho, independente da análise do motivo e do elemento subjetivo da culpa ou do dolo.

A caracterização do cabimento da responsabilidade civil ante o abandono paterno filial requer uma análise muito além do direito, na qual se avalie as consequências de cunho psicológico e comportamental na figura do filho, as quais guardem nexo de causalidade com o ato de abandono do responsável pelo mesmo.

A indenização por abandono afetivo, se for utilizada com parcimônia e bom senso, sem ser transformada em verdadeiro altar de vaidades e vinganças ou em fonte de lucro fácil, poderá converte-se em instrumento de grande importância para a configuração de um Direito de Família mais consentâneo com a contemporaneidade, podendo desempenhar, inclusive um papel pedagógico no seio das relações familiares.

Além da averiguação dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil, quais sejam o ato danoso, a lesão, o nexo de causalidade e o elemento subjetivo, deve-se atentar

para as excludentes de responsabilidade, posto que se faça coerente à aplicação desses institutos ante a situação de abandono.

Assim sendo, nos casos em que não reste configurada a culpa ou dolo do agente abandonador ou, ainda, que não seja visualizada a caracterização do nexo de causalidade entre o ato de abandono do filho e as consequências negativas ao abandonado, restará, com a mais solar evidência, afastada a incidência do instituto da reparação civil por abandono paterno filial.

Diante do mundo em que hoje se apresenta não há como se afastar por completo o instituto da reparação civil nos casos de abandono paterno filial. As compensações indenizatórias em face de danos que pais possam causar a seus filhos, por força de uma conduta imprópria, encontram-se inseridas 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.

As crianças e adolescentes são seres em desenvolvimento e que para se formarem e chegarem a ser um alguém depende de necessidades básicas, que não só alimentos, vestimentas e água, mas muito mais do que isso os suprimentos que fazem uma pessoa vir a desenvolver-se com dignidade, equilíbrio emocional saudável, para inserir-se na sociedade como um indivíduo capaz, próspero, responsável, independente e sem traumas na fase adulta.

REFERÊNCIAS

ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto de. **Aspectos da Paternidade no novo Código Civil**. Editora: Saraiva. São Paulo, 2004.

BRAGA, Júlio César de Oliveira. **Abandono Afetivo: Do Direito à Psicanálise**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2014.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Editora Renovar. Rio de Janeiro, 2013.

COSTA, Maria Aracy Menezes de. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. Coad edição especial. Rio de Janeiro, 2005.

CURY; Garrido; Marçura. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado**. 3 ed. Revisado e atualizado. Editora: Revista dos Tribunais. São Paulo, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9 ed. Editora: Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013.

FERRY, Luc. **Famílias, Amo Vocês: Política e Vida Privada da Era da Globalização**. Rio de Janeiro, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional**. 2. Ed. Rev. Saraiva. São Paulo: 2012, p. 740.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 10 ed. Editora: Saraiva. São Paulo, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Decisões Inovadoras e Mudanças de Paradigmas**. Editora: Del Rey, 2005.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil Responsabilidade Civil**. Vol.7. 3ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família. Uma abordagem psicanalítica**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

Projeto de Lei nº 4294/2008. O deputado Carlos Bezerra pretende acrescentar parágrafo único ao artigo 1.632 da Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002 e § 2º ao artigo 3º da Lei 10.741 de 1º de outubro de 2003. Acesso em: 28/04/2012.

ROLF, Madeleno. **Curso de Direito de Família**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SANTOS, Leonardo Vieira. **Responsabilidade Civil e a questão da Culpa no Direito Brasileiro**. Salvador: JusPodivm, 2008.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 16.

SHINYASHIKI, Roberto. **Pais e filhos: companheiros de viagem**. 38ª Ed. Editora Gente. São Paulo: 1992.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. Método. São Paulo: 2011

