

O DANO MORAL NO ABANDONO AFETIVO

Kátia Cristina Pinheiro Abrantes Figueiredo¹

Bruno Tavares Padilha Bezerra²

RESUMO

Em Desenvolvimento.

Palavras-chave: Constitucional Federal. Direito das Famílias. Filiação. Afeto. Afetividade.

¹ Discente do 10º Período do Curso de Direito do UNIRN – E-mail: katiaabrantes@hotmail.com

² Advogado Sócio Da Padilha e Vasconcelos Advogados Associados.

Professor Mestre Da Universidade Potiguar das cadeiras de Prática Jurídica Laboral, Processo Civil e Coordenador da linha de pesquisa 02.

Professor Mestre DO UNIRN das cadeiras de Processo Civil, Prática Laboral, Administrativa e Coordenador do Projeto de Extensão de Mediação e Arbitragem.

Diretor De Ensino e Cultura Da Associação Dos Advogados Do Rio Grande Do Norte

Doutorando pela Universidade Do Pais Vasco – Espanha – E-mail: bruno@padilhaevasconcelos.com.br

1. INTRODUÇÃO

Em Desenvolvimento.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E DA FAMÍLIA

Inicialmente torna-se importante compreendermos como se deu a evolução a cerca do instituto da família na História da humanidade. Esse processo de evolução ocorreu em face das mudanças sociais ao longo dos anos.

Por conta disso, determinar com clareza a sua origem no passado torna-se uma tarefa difícil, já que não existem documentos que comprovem como se dava a convivência familiar nos tempos mais remotos.

Alguns estudiosos como McLennan, Morgan e Bachofen tentaram desvendar os mistérios acerca da família na antiguidade, a sua formação e organização, mas até os dias atuais poucas conclusões foram alcançadas, das quais os seres humanos possuíam diversos relacionamentos, ou seja, tanto homens quanto mulheres se relacionavam com mais de um parceiro, existindo então a presença da poligamia entre as pessoas, como também o fato da predominância do poder materno, pois devido às mulheres terem relacionamento com diversos homens, não se podia saber ao certo a paternidade dos filhos provenientes dessas relações.

Com o passar do tempo e conseqüentemente a evolução da humanidade, chegou-se à época da civilização, quando então a poligamia deu lugar à monogamia e está passou a prevalecer entre os humanos. É possível dizer que a família tal qual percebemos hoje teve origem na civilização romana.

A organização familiar romana repousava na autoridade incontestada do *pater familias* em sua casa e na disciplina férrea que nela existia, era caracterizada como uma unidade jurídica, econômica e religiosa onde, uma espécie de chefe e senhor de toda a família a qual pertencia, trazendo à tona o patriarcalismo. Nesta fase, observa-se que o homem exercia poderes de vida e morte sobre a sua esposa e descendentes, usava de ordens imperiosas, em autoridade extremamente severa.

O pater famílias era o chefe da família, onde exercia todo o seu poder sobre aqueles que estavam sob sua autoridade, conforme se demonstra a seguir:

Em Roma, a família era definida como o conjunto de pessoas que estavam sob a *patria potestas* do ascendente comum vivo mais velho. O conceito de família independia assim da consanguinidade. O *pater familias* exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e sobre as mulheres casadas com *manus* com os seus descendentes. (WALD, 2000, p. 09)

Na época do Cristianismo em Roma, a igreja passa a ditar que a formação da família deveria ser baseada no matrimônio, realizada através de um ato religioso, pautado pela procriação e

pelo sacramento do casamento indissolúvel, não poderia ser desfeito pelas partes e somente a morte poderia fazê-lo.

O matrimônio era tido como algo sagrado, do qual não poderia ser dissolvido, não se permitindo, portanto, o divórcio por iniciativa por uma ou ambas as partes.

Na doutrina canônica, o matrimônio é concebido como sacramento, reconhecendo-se a indissolubilidade do vínculo e só se discutindo o problema do divórcio em relação aos infiéis, cujo casamento não se reveste de caráter sagrado. (WALD, 2000, p. 13)

Em relação aos povos germânicos, o que prevaleceu foi o pátrio poder, a família era a estrutura social básica de caráter monogâmico, tendo o pai como elemento central e não como chefe e senhor de toda família.

Seguidamente, A reforma protestante de Lutero, deu início a secularização do casamento civil, já que para este não só o casamento religioso era suficiente para iniciar a formação de uma família.

Na sociedade pré-industrial, a unidade econômica básica em que a maioria das pessoas trabalhava era o ambiente familiar, onde mulheres e crianças começaram a participar na economia doméstica, ganhando lugar dentro da família e contribuindo para a abolição do sistema patriarcal.

A estrutura da família se alterou, tornou-se **nuclear**, restrita ao casal e a sua prole. Acabou a prevalência do seu caráter produtivo e reprodutivo. A família migrou do campo para as cidades e passou a conviver em espaços menores. Isso levou à aproximação dos seus membros, sendo mais prestigiado o **vínculo afetivo** que envolve seus integrantes. Surge a concepção da família formada por laços afetivos de carinho, de amor. (DIAS, 2014, p. 28)

A família continuou transformando-se, deixou de ser uma entidade voltada a manter os bens e a honra e começou a voltar-se à afeição. O modelo de núcleo familiar da atualidade já não é o mesmo de outrora, não comporta mais o autoritarismo, agora passa a se fundir também pelos laços de afeto.

Não importa a posição que o indivíduo ocupa na família, ou qual a espécie de grupamento familiar a que ele pertence – o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade. (HIRONAKA, apud, Dias, 2014, p. 27)

O antigo Código Civil de 1916 instituiu o modelo da sociedade daquela época, onde somente era reconhecida aquela família exclusivamente constituída através do matrimônio indissolúvel. Trazia uma estreita e discriminatória visão da família, limitava o grupo originário do casamento, os filhos havidos fora do casamento não eram reconhecidos, eram chamados de

ilegítimos, excluindo os seus direitos, na vã tentativa da preservação do matrimônio.

O viés protetivo à família no Código Civil pretérito era flagrante. Vedava quaisquer direitos aos integrantes de **relações extramatrimoniais**. Era nula a doação feita pelo cônjuge adúltero ao seu cúmplice (CC/1916 1.177), que também não podia ser beneficiário de seguro de vida (CC/1916 1.474). A concubina do testador casado não podia ser contemplada no testamento (CC/1916 1.719 III). (DIAS, 2013, p. 30)

A Constituição Federal de 1988 inovou e trouxe uma nova ordem de valores, desta forma a dignidade da pessoa humana passou a ser privilegiada contribuindo verdadeiramente para esta revolução no Direito de Família. Nela destacam-se algumas mudanças dentre as quais podemos citar o § 6º do art. 227 que altera o sistema de filiação contribuindo sobremaneira para que não haja discriminações que decorram do fato de a concepção ter ocorrido dentro ou fora do casamento, afirmando que “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”. Outras inovações estão nos artigos 5º, inciso I, “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”, e § 5º do art. 226, “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”, consagrando o princípio da igualdade entre homens e mulheres, derogando mais de cem artigos do Código Civil de 1916.

O ordenamento jurídico brasileiro estabeleceu a proteção da dignidade do ser humano como valor supremo, assegurando a todas as pessoas indistintamente, a efetividade dos direitos e das garantias fundamentais. Temos, então, que o princípio da dignidade da pessoa humana é o núcleo da Constituição Federal de 1988, sendo que dele derivam-se os demais princípios e direitos fundamentais constitucionalmente consagrados.

3. PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM O DIREITO DAS FAMÍLIAS

A Constituição Federal de 1988 traz um novo modo de ver o direito, emerge daí os princípios constitucionais que passam a impor eficácia a todas as suas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais conforme o § 1º do artigo 5º desta Constituição que diz que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, provocando sensível mudança na maneira de interpretar a lei.

Paulo Bonavides (BONAVIDES, 2005) afirma que “Os princípios constitucionais foram convertidos em alicerce normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico do sistema constitucional.”

Com o reconhecimento dos direitos humanos o alargamento da esfera de direitos merecedores de tutela ganhou mais força. Os princípios constitucionais passaram a ser balizadores da lei, tornando-se indispensáveis para a aproximação do ideal de justiça, adquirindo eficácia

imediate e aderindo ao sistema positivo, abandonando o estado de virtualidade e compondo a nova base axiológica.

Com a constitucionalização do direito civil e a dignidade da pessoa humana através do fundamento do Estado Democrático de Direito, o positivismo tornou-se insuficiente. O princípio da interpretação conforme a Constituição passa a difundir que a lei deve ser interpretada, sempre, a partir da lei maior, os princípios constitucionais passam a informar todo o sistema legal, viabilizando em todas as relações jurídicas o alcance da dignidade humana.

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um princípio mandamental obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. (MELLO, apud, Dias, 2014, p. 61)

Além dos princípios gerais, existem os princípios específicos do direito de família, posto que a respectiva seara do direito apresenta-se como um microsistema jurídico dotado de suas peculiaridades e princípios próprios.

3.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade é ápice do Estado Democrático de Direito e é um amparo de sustentação dos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Ele foi elevado a fundamento na nossa Constituição com previsão no artigo 1º, III, é por meio desse princípio que começou a ter uma maior atenção nas situações existenciais, passando a existir tutelas jurídicas do homem voltadas à sua qualidade humana, é considerado um macroprincípio do qual irradiam todos os outros.

O princípio da dignidade humana é o mais universal de todos os princípios. É um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade, uma coleção de princípios éticos. (DIAS, 2012, p. 62)

Esse princípio fixou-se nas relações individuais e sociais de maneira fundamental, não podendo ficar distante do direito de família. Importante adiantar que o princípio da dignidade da pessoa humana, é a base para todas as ações judiciais que pleiteiam uma indenização por abandono afetivo.

3.2. Princípio da Liberdade

Esse princípio encontra-se elencado no inciso II, do art. 5º da constituição federal, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

A liberdade além de ser direito e garantia fundamental, é princípio basilar da democracia, devendo ser respeitada no sentido de não atingir a esfera de direitos de uma pessoa, apenas para garantir o exercício de liberdade de terceiros.

A liberdade requer tratamento isonômico no âmbito familiar, podemos ver esse princípio redimensionando o conceito de família moderna. Isto porque, em obediência ao princípio da liberdade é assegurado o direito de constituir uma relação familiar, seja pelo casamento ou união estável ou ainda nas diversas formas de instituição, na escolha do regime de bens como também na possibilidade entre separação ou divórcio, tendo a possibilidade de procurar a forma que melhor convier para a união em respeito às afetividades.

O princípio da liberdade deve ser analisado em conformidade com o princípio da igualdade.

Para Maria Berenice Dias (2014, p. 66), “inexistindo o pressuposto da igualdade, haverá dominação e sujeição, não liberdade.”

Isto quer dizer que liberdade sem igualdade é a mesma coisa que dominação, pois tudo que é possível para um indivíduo necessariamente deverá ser ao outro na mesma medida e proporção.

3.3. Princípio da Solidariedade Familiar

O princípio da solidariedade familiar possui assento constitucional, estando consagrado no inciso I do art. 3º da Constituição Federal de 1988, (“Art. 3º, Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;”), no sentido de buscar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. A solidariedade propriamente dita compreende a fraternidade e a reciprocidade, é o que cada um deve ao outro, tem origem nos vínculos afetivos e está ligado diretamente a preceitos éticos.

A lei utiliza-se da solidariedade dentro das relações familiares ao estabelecer deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, aproveitando-se o Estado, desta forma, de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente a cada cidadão.

Basta atentar que, em se tratando de crianças e de adolescentes, é atribuído primeiramente à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação (CF 227). Impor aos pais o dever de assistência aos filhos decorre do princípio da solidariedade (CF 229). O dever de amparo às pessoas idosas dispõe mesmo conteúdo solidário (CF 230). (DIAS, 2014, p. 69)

Esse princípio repercute diretamente nas relações familiares. Isso justifica nos termos do art. 1.694 do atual código civil, (“Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.”) que em caso de

necessidade prevê o pagamento de alimentos nos relacionamentos pessoais, que implica respeito e consideração mútuos em relação aos membros da família.

O dever de prestar alimentos funda-se na solidariedade humana e econômica que deve existir entre os membros da família ou parentes. Há um dever legal de mútuo auxílio familiar, transformado em norma, ou mandamento jurídico. Originariamente, não passava de um dever moral, ou uma obrigação ética, que no direito romano se expressava na equidade, ou no *officium pietatis*, ou na caritas. No entanto, as razões que obrigam a sustentar os parentes e a dar assistência ao cônjuge transcendem as simples justificativas morais ou sentimentais, encontrando sua origem no próprio direito natural. (GONÇALVES, 2005, p. 441)

3.4. Princípio da Proteção Integral a Criança e ao Adolescente

O princípio da proteção integral da criança e do adolescente tem como marco de origem legal a Constituição Federal de 1988, mais precisamente o seu dispositivo 227, (“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.”). Nele o constituinte estabeleceu como 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.

O princípio, em síntese, norteia a construção de todo o ordenamento jurídico voltado à proteção dos direitos da criança e do adolescente, tanto pelo Estado, como pela sociedade e principalmente a família, tendo em foco a vulnerabilidade e fragilidade dos menores de 18 (dezoito) anos de idade, que necessitam de proteção e cuidados necessários para o desenvolvimento sadio, resguardando esses sujeitos, pois a violação dos seus direitos básicos pode gerar danos irreparáveis à sua integridade física e psicológica. Diante disso foi promulgado o Estatuto da Criança e do adolescente no qual regula o artigo 227 da Constituição Federal.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, representa um marco jurídico que instaurou a proteção integral e uma carta de direitos fundamentais à infância e a juventude. Veio regulamentar, garantir e inovar através de um mandamento constitucional o qual impõem à família, à sociedade e ao Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a

convivência familiar e comunitária.

O objetivo maior do Estatuto da Criança e do Adolescente é proteger a criança e o adolescente de toda e qualquer forma de abuso, bem como garantir que todos os direitos estabelecidos na Constituição lhes sejam assistidos. Além de disciplinar os mecanismos os quais devem ser utilizados para que a família, a sociedade e o Estado garantam todos os direitos inerentes ao menor.

3.5. Princípio da Afetividade

Antes de se abordar o tema afetividade, torna-se necessário a compreensão do seu significado real. Em suma, a afetividade é um termo que se origina da palavra afeto, designando a qualidade que abrange todos os fenômenos afetivos.

Para a psicologia, a afetividade é a capacidade de o ser humano, de forma individual experimentar o conjunto de fenômenos afetivos, ou seja, emoções, paixões, sentimentos.

O afeto é um dos sentimentos mais importantes vividos pelo ser humano. É a partir dele que o homem refina o seu relacionamento para com o seu semelhante.

Vale frisar que o afeto é um sentimento do qual podem ser extraídas diversas qualidades próprias do ser humano tais como o amor, a afeição, o envolvimento, a ligação, a cumplicidade, o respeito, o carinho, a ajuda, dentre outras, afinal, estabelecer vínculos com seus semelhantes sempre foi uma necessidade do ser humano, trata-se, portanto, de um fato natural ligado à própria natureza humana.

O afeto não é um sentimento novo, ele surgiu desde a origem do homem, quando este, sentindo a necessidade de se relacionar com seu semelhante, aproximasse de outros indivíduos para poder se proteger, buscando o fortalecimento pessoal na convivência entre grupos.

Em relação ao afeto, deve-se considerar não só os aspectos ligados à necessidade de o homem buscar construir vínculos afetivos para atender objetivos básicos de sobrevivência, satisfação sexual e procriação, mas também seus anseios psíquicos, como evitar a solidão, obter carinho, ter proteção e, sobretudo, amar e ser amado.

Nesse contexto, percebe-se que o afeto nasce de conceitos mais íntimos, inseridos na convivência e no sentimento de pertencer a determinado grupo familiar, extraindo-se daí esperanças, valores, sentimentos, solidariedade, afeto com o objetivo de se alcançar a felicidade.

Não importa a posição que o indivíduo ocupa na família, ou qual a espécie de

grupamento familiar a que ele pertence – o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade. (HIRONAKA, apud, Dias, 2014, p.27)

Esse princípio fundamenta as relações interpessoais, pois a família contemporânea não se justifica sem a existência do afeto. A afetividade é elemento formador e estruturador da entidade familiar, proporcionando à família uma relação onde o afeto é um pressuposto básico, devendo tudo o que for vinculado a ele, ter a proteção do Estado.

A Constituição Federal de 1988 consolidou o princípio da dignidade humana, e este ajudou a sustentar o princípio da afetividade, associado aos princípios da responsabilidade, solidariedade, paternidade responsável e igualdade.

O afeto passa então a ter reconhecimento jurídico e, apesar de não estar expressamente inserido no texto legal, foi elevado a princípio constitucional. A afetividade então, que antigamente era somente objeto de estudo dos educadores, psicólogos e cientistas, passa a ser observado também por juristas.

Atualmente, o princípio da afetividade vem ganhando mais espaço dentro da convivência humana. Várias relações construídas pelo afeto foram reconhecidas constitucionalmente, fortalecendo cada vez mais este princípio que é norteador do Direito das Famílias.

4. Poder Familiar

Em Desenvolvimento.

5. Responsabilidade Civil

A história da humanidade nos tem mostrado quão tem sido a evolução do direito através dos tempos, foram inúmeras modificações ocorridas desde as épocas mais remotas até os dias atuais.

Na antiguidade, as sociedades eram regidas pelas vivências e costumes, contudo, as reações a ofensas, danos, lesões eram de forma direta e com violência. Neste período não se falava em Direitos nem tão pouco em proporcionalidade, e sim em vingança, em violência, em uma forma de fazer justiça com as próprias mãos. (GONÇALVES, 2014, p. 24)

Em Roma, prevalecia de modo originário o sentimento da própria razão, ou seja, de o ofendido se tornar um justiceiro e fazer a sua própria justiça. Com isso, torna-se evidente a necessidade de intervenção de um poder público para legitimar as formas para reparação de danos.

Com isso, o Poder Público passa a intervir aplicando o instituto da Lei do Talião, onde se

retribuía o mal com uma pena. A pena do Talião tinha um brocardo bem conhecido, o famoso “olho por olho, dente por dente”, no qual o injustiçado poderia reagir lesando na mesma proporção àquele que lhe havia prejudicado. O sentimento de vingança ainda continuava, porém de uma forma proporcional, onde o Poder Público autorizava, justificando que somente assim haveria a compensação na reparação do dano.

A vingança importava na reparação de um dano com a prática de outro dano. Impossibilitava-se, de fato, qualquer consideração sobre a noção jurídica de culpa leve ou lata, uma vez que se equiparava a prática de um delito a outro, com base da Lei do Talião, que limitava a represália da vítima sobre o agressor à proporcionalidade do dano causado. (LISBOA, 2010, p. 252)

Em seguida surge a composição voluntária, nesse período vigorou a ideia de que seria mais vantajoso substituir a vingança, por uma compensação econômica, ou seja, o agressor repararia o dano que causou à vítima, compensando-a com o pagamento de uma quantia de dinheiro ou bens, de uma forma proporcional à sua agressão. Origina-se daí a busca por uma justiça menos agressiva, a vingança passa a ser substituída pela composição regida já pelo Poder Público, onde o legislador começa a legalizar a indenização, bloqueando a vingança e o constrangimento.

O próximo passo se dá quando o Estado surge com a composição legal ou tarifada, que passa a se tornar obrigatória para o agressor. O Estado então começa a arbitrar o valor da punição a ser paga pelo agressor de acordo com cada caso. Nasce a ideia de obrigatoriedade na reparação de lesões.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, (GONÇALVES, 2014), “Num estágio mais avançado, quando já existe uma soberana autoridade, o legislador veda à vítima fazer justiça pelas próprias mãos. A composição econômica, de voluntária que era, passa a ser obrigatória, e, ao demais disso, tarifada.”

O meio de responsabilização em Roma a seguir se deu pela “*Lex Aquilia de Damno*”, onde punia-se a culpa pelos danos que fossem causados injustamente. O instituto chamado da “*Lex Aquilia de Damno*” determinava que a forma de reparação à lesão provocada a outrem deveria ser financeira. Sendo assim, o titular do bem deveria obter o pagamento em dinheiro de quem lhe causasse o dano.

Através da “*Lex Aquilia de Damno*” o Estado fixou a necessidade da existência da culpa para que houvesse a reparação do dano causado, reparações essas que deveriam se dar de forma proporcional ao prejuízo e de caráter financeiro.

A *Lex Aquilia de Damno* veio a cristalizar a ideia de reparação pecuniária do dano,

impondo que o patrimônio do lesante suportasse os ônus da reparação, em razão do valor da res, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse precedido sem culpa. (DINIZ, 2010, p.11)

Percebe-se uma evolução da responsabilidade civil com a ideia de culpa como elemento fundamental para o dever de indenizar, ganhando força a responsabilidade civil subjetiva, que posteriormente é consagrada nos códigos civis da modernidade como o código civil Francês, Alemão e Brasileiro de 1916, vigente até os dias atuais, visto que foi recepcionado pelo Código Civil de 2002.

Carlos Roberto Gonçalves, (GONÇALVES, 2014) leciona que: “O Código Civil de 1916 filiou-se a teoria subjetiva, que exige prova de culpa ou dolo do causador do dano para que seja obrigado a repará-lo.”

Portanto, é fácil constatar a evolução pela qual passou o instituto da responsabilidade civil, principalmente quando observa-se o passado e percebe-se que houve a proibição da vingança, da autotutela, da famosa justiça com as próprias mãos, para uma responsabilização baseada da culpa, onde a reparação do dano passa a ser de cunho financeiro e proporcional à lesão.

5.1. Funções da Responsabilidade Civil

Primeiramente é importante introduzir o conceito de Responsabilidade Civil, que significa o dever jurídico de recomposição do dano sofrido, imposto ao causador direto ou indireto do dano. Nas palavras de Sergio Cavalieri Filho:

A responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida. Assim toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil. (CAVALIERI, 2010, p.02)

A responsabilidade civil tem como principal função submeter o agente causador do dano a repará-lo, garantindo um direito ao lesado de não ficar prejudicado frente à lesão. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves:

Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil. (GONÇALVES, 2014, p. 19)

A reparação é a segunda função da responsabilidade civil, trata-se de uma forma de sanção civil, impondo-se uma indenização na proporção do dano causado, restaurando o equilíbrio moral e patrimonial e conseqüentemente proporcionando uma segurança jurídica ao ofendido. Para

Everaldo Augusto Cambler:

A função da responsabilidade civil é principalmente ressarcir os prejuízos da vítima. A recomposição do patrimônio ou do direito do sujeito lesado por ato juridicamente imputável a outrem é o objetivo primário das regras de responsabilização. [...] A ordem jurídica procura garantir a todos os sujeitos a preservação de seus direitos (patrimoniais ou da personalidade), no sentido de assegurar sua recomposição. (CAMBLER, 2012, p. 129)

Vale salientar que o instituto da responsabilidade civil, também tem a função pedagógica, de servir como uma sanção civil, fazendo com que a condenação seja uma forma de coibir que a pessoa ou outras ajam da mesma forma, cometendo novamente o mesmo erro, além, é claro, do seu intuito patrimonial, que é o da restituição ao status que se encontrava o bem, com o fim de minimizar os efeitos decorrentes do dano.

5.2. Elementos da Responsabilidade Civil

Alguns requisitos essenciais são necessários para que se admita a responsabilidade civil e consequentemente se reconheça a reparação do dano, quais sejam: ação ou omissão, relação de causalidade e o dano à vítima. A ausência de um desses elementos impede essa responsabilização civil, para Maria Helena Diniz:

Entendemos que a responsabilidade civil requer: a) Existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente; b) ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado a vítima por ato comissivo ou omissivo do agente ou de terceiro por quem o imputado responde; c) nexos de causalidade entre o dano e a ação, pois a responsabilidade civil não poderá existir sem o vínculo entre a ação e o dano. (DINIZ, 2010, p. 37/38)

Em se tratando de ação ou omissão, o código civil de 2002 prevê para qualquer pessoa a responsabilização por cada ação praticada, seja ela, comissiva ou omissiva, lícita ou ilícita, fundada na culpa ou risco, que venha causar dano a outrem. Na conduta comissiva, o agente pratica a ação, ao passo que na conduta omissiva, o agente se omite, deixa de praticar a ação. Deve-se observar se o agente agiu com a culpa ou o dolo, da mesma forma, torna-se importante verificar se o agente poderia ter agido de outra forma de acordo com a circunstância do caso concreto. Sérgio Cavalieri Filho enfatiza que:

A ação é a forma mais comum de exteriorização da conduta (...). Consiste, pois, em um movimento corpóreo, comissivo, um comportamento positivo, como a destruição de coisa alheia, a morte ou lesão corporal causada em alguém, e assim por diante. Já a omissão, forma menos comum de comportamento, caracteriza-se pela inatividade, abstenção de alguma coisa devida. (CAVALIERI, 2010, p.24)

Vale ressaltar que a ação deve ocorrer de forma voluntária, ou seja, controlada pelo autor, pois para condutas praticadas por ameaça, coação, e sob estado de inconsciência não deve haver

responsabilização.

A relação de causalidade é a relação que une a causa ao dano. Sabe-se que a causa que gerou o dano deve ser uma conduta omissiva ou comissiva do agente, sendo que, sem a relação entre causa e dano não se pode falar em dever de indenizar. Se houve o dano, mas a causa não está relacionada com o comportamento do agente, não há obrigação de indenizar.

O nexo causal liga o dano à ação do agente, e sem esse nexo não há responsabilidade civil, pois a causalidade é elemento obrigatório para ensejo de responsabilização e deverá ser provado. Nos ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves:

É a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Vem expresso no verbo “causar”, utilizado no artigo 186. Sem ela, não existe a obrigação de indenizar. Se houve o dano mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar. (GONÇALVES, 2014, p.54)

É importante verificar o dano como elemento necessário para caracterização da responsabilidade civil, visto que não há responsabilização civil sem dano, podendo este ser de natureza material ou moral, sendo que as ofensas aos direitos da personalidade ensejam dano, e autorizam uma reparação pecuniária mesmo que nenhum prejuízo material advinha dessas ofensas. Segundo Maria Helena Diniz:

Não pode haver responsabilidade civil sem a existência de um dano a um bem jurídico, sendo imprescritível a prova real e concreta dessa lesão. Deveras, para que haja pagamento da indenização pleiteada é necessário comprovar a ocorrência de um dano patrimonial ou moral, fundados não na índole dos direitos subjetivos afetados, mas nos efeitos da lesão jurídica. (DINIZ, 2010, p. 61)

Por conseguinte, o dano é uma ofensa a um bem jurídico e, sendo este provado, haverá a possibilidade de indenização. Deste modo, o agente deverá reparar o dano causado à vítima. Quando o dano for de natureza patrimonial, pode-se falar em reparação integral, pois dá para calcular o material. Porém, quando o dano for de cunho moral, não há que se falar em reparação integral, e sim numa reparação proporcional, pois não há valor que calcule a lesão moralmente sofrida pelo indivíduo, já que não se pode avaliar a dor, a emoção, a aflição, ou seja, a sensação dolorosa experimentada pelo indivíduo.

5.3. Classificações da Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil poderá ser dividida em algumas espécies, quais sejam: contratual, quando decorrer de um contrato, de uma manifestação de vontade entre as partes, ou extracontratual, quando decorre de uma violação a um dever legal. Pode ser ainda subjetiva, quando

se baseia na ideia de culpa, ou objetiva, quando não há necessidade da comprovação de dolo ou culpa do agente.

5.3.1. Responsabilidade Contratual

Prevista no artigo 389 do Código Civil de 2002, a responsabilidade civil contratual é aquela proveniente de uma violação de obrigação disposta em um negócio jurídico, que cause prejuízo a outrem. Nessa espécie de responsabilidade, o agente descumpre aquilo que foi pactuado e se torna inadimplente. Nas palavras de Maria Helena Diniz:

A responsabilidade contratual se oriunda de inexecução de negócio jurídico bilateral ou unilateral. Resulta, portanto, de ilícito contratual, ou seja, de falta de adimplemento ou da mora no cumprimento de qualquer obrigação. É uma infração a um dever especial estabelecido pela vontade dos contratantes, por isso decorre de relação obrigacional preexistente. (DINIZ, 2010, p. 129)

Nessa espécie de responsabilidade, o dano provocado a outrem se dá por um inadimplemento de obrigação, o que levará o agente a recompor o bem lesionado ao status quo ante dos prejuízos causados, fazendo com que haja a harmonia do equilíbrio abalado.

Para Carlos Roberto Gonçalves (GONÇAVES, 2014), o importante é sabermos que nessa responsabilidade o agente só não será condenado a reparar o dano se provar a ocorrência de alguma das excludentes admitidas na lei, que são a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e força maior.

Portanto, haverá responsabilidade civil contratual quando o dever jurídico violado, seja de forma parcial ou total, estiver previsto em um contrato, ou seja, há uma relação jurídica pré-existente entre as partes, pois o contrato traz esse vínculo jurídico.

5.3.2. Responsabilidade Extracontratual

Na responsabilidade civil extracontratual não há nenhum vínculo jurídico existente entre a vítima e o causador do dano e sim uma infração a um dever legal, sua previsão normativa encontra-se descrita no artigo 186 do Código Civil Brasileiro de 2002. Segundo Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES, 2014), essa responsabilidade abrange a violação dos deveres legais de abstenção ou omissão, como os que correspondem aos direitos reais, aos direitos da personalidade.

Percebe-se que essa responsabilidade surge de uma conduta, cuja consequência é a mesma da responsabilidade contratual, ou seja, recompor os prejuízos causados a outrem. Porém, sabe-se que prejuízos de natureza moral e ofensas a direitos da personalidade são irreparáveis psicologicamente, pois existem danos que ficam marcados na vida do ofendido. No entanto, a reparação tem o cunho de amenizar os danos.

Para Sergio Cavaliere Filho (CAVALIERI, 2010): “Se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexistia qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual.”.

Infere-se daí que a responsabilidade extracontratual está pautada na inobservância da lei, causando uma lesão a um direito, sendo que essa lesão além de patrimonial poderá ser também de natureza moral e que fira direitos da personalidade. Vale lembrar ainda que nessa espécie não há uma relação jurídica preexistente entre as partes.

5.3.3. Responsabilidade Subjetiva

Este tipo de responsabilidade baseia-se na ideia de culpa e dolo como alicerce da responsabilidade civil, ou seja, aquele que age com culpa ou dolo em desfavor de outrem tem o dever de indenizar. Deste modo, a culpa ou dolo do agente é necessário para que haja o dever de reparar, cabendo ao lesado à demonstração que o agente que o lesionou agiu desta forma. Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

Essa teoria, também chamada de teoria da culpa, ou subjetiva, pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Em não havendo culpa, não há responsabilidade. Diz-se, pois ser subjetiva a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. (GONÇALVES, 2014, p.48)

Deste modo, o agente que causar o dano somente terá responsabilidade civil de indenizar o agente lesado se tiver agido com dolo ou culpa, sendo sua responsabilidade individual direta ou indireta. Direta quando o agente responder por ato próprio, e, indireta quando responder por ato de terceiro. Sendo assim, a prova da culpa ou dolo do agente será necessária para que surja o dever de reparação.

5.3.4. Responsabilidade Objetiva

A responsabilidade civil objetiva tem como fundamento a existência do dano, ou seja, para que haja indenização basta que exista o dano proveniente de uma conduta comissiva ou omissiva e nexo causal entre ambos, não necessitando a prova da culpa ou dolo do agente.

O fundamento da responsabilidade objetiva é o risco, não devendo ser analisado se a conduta do agente foi culposa ou dolosa, uma vez que o simples nexo causal entre o prejuízo sofrido pela vítima e a ação do agente, basta para que tenha o dever de indenizar.

Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES, 2014) diz: “Na responsabilidade objetiva prescinde-se totalmente da prova da culpa. Ela é reconhecida, independentemente de culpa. Basta,

assim, que haja relação de causalidade entre a ação e o dano”.

Desse modo, na responsabilidade objetiva, o agente lesado não precisa provar a culpa e dolo do agente causador do dano, uma vez que o simples dano proveniente de uma conduta juntamente com o liame existente entre ação e dano, enseja à responsabilidade civil, portanto, à reparação do dano.

5.4. Responsabilidade Civil dos Pais em Relação aos Filhos

A natureza da responsabilidade dos pais em relação aos filhos é objetiva, uma vez que cabe àqueles o dever de cuidado para com os filhos, bem como a promoção do desenvolvimento da personalidade destes. A inobservância das responsabilidades dos pais, ou seja, a negligência destes em relação aos seus filhos pode causar traumas e danos psicológicos difíceis de serem superados.

Nesse tipo de responsabilidade não há que se falar em conduta culposa ou dolosa, mas em omissão em relação a um dever de zelo. Nessa perspectiva, pais que abandonam filhos são omissos em relação ao dever de cuidado e deverão ser responsabilizados. Pelos ensinamentos de Maria Berenice Dias:

A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao deixar de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação.[...] Por certo, o STJ reconheceu o cuidado como valor jurídico, identificando o abandono afetivo como ilícito civil, a ensejar o dever de indenizar. (DIAS, 2015, p. 97)

Os direitos dos filhos encontram guarida tanto no artigo 227, caput da Constituição Federal de 1988 quanto em princípios. O legislador determinou que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem uma série de direitos, inclusive o da convivência familiar, colocando a salvo de toda forma de negligência. Desse modo, não há que se negar que os direitos da criança, jovem e adolescente estão expostos na lei. Portanto, o pai ou a mãe que não assegurem os direitos dos seus filhos, estarão agindo em desacordo com a lei.

6. Abandono Afetivo

De forma resumida, o que caracteriza o abandono afetivo é a ausência de afeto entre pais e filhos. A ausência de dar o afeto é caracterizada como uma conduta omissiva dos pais em relação ao cumprimento dos deveres que lhe são atribuídos decorrentes do poder familiar.

Giselda Hironaka conceitua o abandono afetivo como: “[...] omissão dos pais, ou de um deles, pelo menos relativamente ao dever de educação, entendido este na sua acepção mais ampla,

permeado de afeto, carinho, atenção, desvelo [...]”³

Os pais ao agirem de forma omissiva, ou seja, não contribuindo na formação pessoal dos filhos, estão sendo negligentes com o direito destes, pois tudo que as crianças e adolescentes anseiam nessa fase de formulação da sua personalidade é de atenção, carinho, e afeto. A ausência de afeto, juntamente com a ausência do estrito cumprimento do dever de convivência familiar, caracteriza o abandono afetivo, visto que a criação e participação na vida dos filhos é um dever dos pais e um direito dos filhos.

A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a vertentes patrimoniais. A essência existencial do poder parental é a mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar. (DIAS, 2013, p. 388)

Para Rui Stoco, (STOCO, 2007), “A dor sofrida pelo filho em razão do abandono e desamparo dos pais, privando-o do direito á convivência, ao amparo afetivo, moral, psíquico e material é não só terrível, como irreversível.”

6. Da Possibilidade de Indenização por Abandono Afetivo

Em Desenvolvimento.

7. Conclusão

Em Desenvolvimento.

³ HIRONAKA, Giselda. **Responsabilidade civil na relação paterno-filial**. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/4192/responsabilidade-civil-na-relacao-paterno-filial/2>. Acesso em 25/10/2017.

BIBLIOGRAFIA

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990**. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 2002.

BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. – 3 ed. Revista, atualizada e ampliada. – São Paulo: Revista do Tribunais. 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. – 9 ed. Revista, atualizada e ampliada. – São Paulo: Revista do Tribunais. 2014.

GANGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Volume III. Responsabilidade Civil. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 57.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Vol. VI – **Direito de Família**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Vol. VII – **Direito de das Sucessões**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; CAHALI, Francisco José. **Direito das Sucessões**. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2014.

<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2142/TCC-RESPONSABILIDADE%20CIVIL%20POR%20ABANDONO%20AFETIVO-PRONTO.pdf?sequence=1>

<http://esamcuberlandia.com.br/revistaidea/index.php/idea/article/viewFile/118/95>

http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_1/junia_reis.pdf

https://leonardobatista5680.jusbrasil.com.br/artigos/243053137/responsabilidade-civil-por-abandono-afetivo-parental?ref=topic_feed

<https://lorenaadv09.jusbrasil.com.br/artigos/432015174/abandono-afetivo>

MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. In: [Código Civil](#) interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 4ª edição. São Paulo: Editora Manole, 2011. P. 688.

THE MORAL DAMAGE IN AFFECTION ABANDONMENT

ABSTRACT

Em Desenvolvimento.

Keywords: Federal Constitutional. Family Law. Filiation. Affection. Affectivity.