

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO “EURÍPIDES DE MARÍLIA” - UNIVEM
CURSO DE DIREITO

NATÁLIA SEGURA LANDIM

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO
AFETIVO DOS PAIS PERANTE AOS FILHOS**

MARILIA
2015

NATÁLIA SEGURA LANDIM

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO
AFETIVO DOS PAIS PERANTE AOS FILHOS**

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha” – Mantenedora do Centro Universitário “Eurípides de Marília” – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador:
Prof^ª. Dra. Iara Rodrigues de Toledo

MARÍLIA
2015

LANDIM, Natália Segura

A responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo dos pais perante aos filhos/ Natália Segura Landim; orientadora: Iara Rodrigues de Toledo. Marília, SP: [s.n.], 2015.

51 f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) - Curso de Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2015.

1. Responsabilidade civil 2. Abandono afetivo 3. Dano moral

CDD: 342.16



Natália Segura Landim

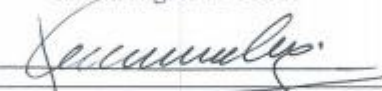
RA: 47261-1

A Responsabilidade Civil Decorrente do Abandono Afetivo dos Pais Perante
aos Filhos.

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa
de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel
em Direito.

Nota: 9,0 (menc)

ORIENTADOR(A): 
Lara Rodrigues de Toledo

1º EXAMINADOR(A): 
Lafayette Pozzoli

2º EXAMINADOR(A): 
Luana Pereira Lacerda

Marília, 04 de dezembro de 2015.

Dedico a VOCÊ...

Que concentra a sua atenção, neste momento, a este trabalho.

Que com paciência se dispõe a ler cada detalhe.

E que, de alguma forma, me incentivou a produzi-lo.

Seja com amor, seja com atenção, seja com carinho.

Obrigada!

AGRADECIMENTOS

A Deus,

Por ter ouvido meus pedidos e também meu coração, e acima de tudo, por ter me guiado e me amparado em meio a tantos desafios e obstáculos.

Aos meus pais, Audrey e Patrícia,

Por terem me dado a oportunidade de formar conhecimentos, e por me ensinarem a ser persistente e dedicada.

À minha irmã, Gabriela,

Por não ter deixado que os meus medos tomassem o lugar dos meus sonhos, sempre me incentivando a lutar bravamente.

Ao meu noivo, futuro marido, Murilo,

Por me amar acima de todas as coisas, e me permitir ser eu mesma, por inteiro, para aprender a ser dois.

À minha amada e querida orientadora, Professora Lara,

Por ser sempre tão dedicada a ensinar, e principalmente, pela atenção dada a cada mínimo detalhe.

À minha psicóloga e querida amiga, Caroline Nicolini,

Por me ouvir e me ajudar na busca incessante pelo equilíbrio, e especialmente, por permitir que eu seja eu mesma, sempre.

Enfim...

À minha FAMÍLIA,

Que é a melhor parte de mim!!!

**Não se cubra de razão.
Se cubra de Amor e descubra a razão de tudo.**

Lucão

LANDIM, Natália Segura. **A responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo dos pais perante aos filhos.** 2015. 51 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro

Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2015.

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto de estudo, “A responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo dos pais perante aos filhos”. A família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. A afetividade no ambiente familiar sempre foi de extrema importância e nos dias atuais tem sido cada dia mais. O amor, o carinho, e o afeto propriamente dito, devem estar presentes nesta relação. Os pais têm o dever de cuidado perante os seus filhos. No entanto, não é sempre assim que acontece. O abandono afetivo pode ocasionar a obrigação de os pais indenizarem os seus filhos. Portanto, a ideia central deste trabalho é a análise da incidência ou não da responsabilidade civil nas situações onde exista o abandono afetivo, capaz de incidir em danos morais. O estudo será realizado sobre o prisma do princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Abandono afetivo. Dano moral.

Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2015.

ABSTRACT

This work has as object of study, “Liability of the affective abandonment of parents towards their children”. The family is a sociological reality and forms the basis of the State, the fundamental nucleus in which rests the entire social organization. The affection in the family environment has always been of utmost importance, and nowadays has been every day. Love, affection, and love itself, must be present in this relationship. Parents have a duty of care towards their children. However, it is not always how it happens. The emotional abandonment can bring about the obligation to indemnify the parents their children. Therefore, the central idea of this work is to analyze the incidence or not of civil liability in situations where there is emotional abandonment, able to focus on moral damages. The study will be conducted on the prism of the principle of human dignity.

Keywords: Liability. Emotional neglect. Emotional damage.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 01 – DA RESPONSABILIDADE CIVIL	13
1.1 Breve evolução histórica da responsabilidade civil.....	13
1.2 Conceito.....	15
1.3 Funções	16
1.4 Espécies.....	16
1.4.1 Responsabilidade moral e responsabilidade jurídica.....	17
1.4.2 Responsabilidade extracontratual e responsabilidade contratual.....	17
1.4.3 Responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva.....	17
1.5 Elementos ou pressupostos	18
1.5.1 Conduta	18
1.5.2 Culpa	19
1.5.3 Dano	20
1.5.4 Nexo de Causalidade	20
1.6 Da responsabilidade civil e a família	20
CAPÍTULO 02 – DIREITO E AFETIVIDADE	23
2.1 Do fenômeno da “constitucionalização” do Direito de Família	23
2.2 A afetividade nas relações jurídicas	25
2.2.1 Da compreensão da afetividade	26
2.2.2 A afetividade no Direito Constitucional.....	26
2.2.3 A centralidade da pessoa humana	26
2.2.4 O princípio jurídico da afetividade	28
2.2.5 A afetividade no Direito Civil	29
2.2.6 A afetividade no Direito de Família	30
2.3 Família e afeto	31
2.3.1 Do conceito de família	32
2.3.2 Do poder familiar	33
2.3.3 Do abandono afetivo.....	34
CAPÍTULO 03 – DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO...	36
3.1 Dano moral no tempo e no espaço.....	36
3.1.1 Conceito.....	36
3.1.2 Os danos morais ou afetivos	37
3.1.3 Configuração do dano moral no plano do ato ilícito	38
3.2 A tutela jurídica da afetividade	38
3.2.1 A quantificação dos danos morais ou afetivos	39
3.2.2 Condições para imputação da responsabilidade civil por abandono afetivo	41
3.3 Comentários à decisão do STF de 24.04.2012 RESP. 1159242/SP.....	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	48

INTRODUÇÃO

O Direito Civil nos últimos anos sofreu modificações já que ele passou a ser analisado sob o prisma da Constituição Federal e de seu princípio basilar: a dignidade da pessoa humana. Tem-se que o ramo que mais sofreu mudanças foi o Direito de Família ao adquirir novos contornos, pois passou a ter como base do ordenamento jurídico o ser humano.

Uma das grandes alterações que fora introduzida no ordenamento jurídico atual foi o afeto, de modo que ele começou a ser considerado o fator preponderante na organização estrutural das entidades familiares. O respectivo trabalho, em vista disso, pretende analisar se o afeto é fundamento capaz de acarretar a responsabilização dos pais pelo abandono afetivo.

A família é conhecida por diversos doutrinadores como sendo a *célula mater* da sociedade, cuja importância é tão vasta que não poderia deixar de ser tratada pela Carta Magna. Analisando o Art. 226, caput, da Constituição Federal tem-se estabelecido que a família é a “base da sociedade”, gozando de especial proteção do Estado.

A família *lato sensu*, conforme trata Gonçalves (2014, p. 17), abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção, sendo composta pelos cônjuges e companheiros, parentes e afins.

A família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Em outras palavras, a família consiste em elemento essencial para o desenvolvimento saudável dos filhos em todas as esferas, isso porque ela é inevitavelmente o primeiro grupo social do qual o ser humano faz parte.

Sabe-se que a afetividade no ambiente familiar sempre foi de extrema importância e nos dias atuais tem sido cada dia mais. Não é somente o poder familiar, com todo o seu conjunto de direitos e obrigações dos pais perante aos seus filhos, que deve ser exercido. O amor, o carinho, e o afeto propriamente dito, devem estar presentes nesta relação.

De acordo com Bueno (1996) é entendido por “AFETO, s.m. Afeição; amizade; simpatia; paixão; adj. Amigo; afeiçoado; atacado; atingido por enfermidade”. Observa-se, com isso, que para que aos filhos não sejam causadas fragilidades e danos é preciso que a afetividade parental esteja presente no âmbito familiar.

O amor da mãe, o limite do pai, a presença parental de amparo, carinho e cumplicidade devem estar presentes no âmbito familiar, pois uma falha na realização deste afeto vindo dos pais pode acarretar deficiências emocionais para o resto da vida da criança e do adolescente.

Por ser o menor totalmente vulnerável e especialmente por ser através da afetividade que a sua personalidade é construída, o abandono afetivo pode ocasionar a obrigação de os pais indenizarem os seus filhos. No entanto, deverá o caso concreto ser analisado, a fim de que seja avaliado se houve o preenchimento dos requisitos da responsabilidade civil.

Por este motivo, o respectivo trabalho visa a discussão de um problema de um modo abrangedor e específico: a falta de afetividade dos pais perante aos filhos no âmbito familiar e suas consequências para o desenvolvimento completo e saudável dos filhos. Será estudado como forma de complementação o tema da responsabilidade civil no seu todo, e por fim, a possibilidade de indenização por danos morais em decorrência desta falta de afeto.

O estudo central deste assunto proposto é de grande valia, pois como se sabe, atualmente, todas as pessoas caminham em busca da tão sonhada felicidade, e esta somente estará completa quando o verdadeiro elo entre os membros do grupo familiar forem verdadeiros o bastante para que as necessidades materiais, e as demais, como o tempo, a amizade, o companheirismo e a cumplicidade ao filho sejam superadas.

Objetiva-se com esta pesquisa analisar os requisitos da responsabilidade civil com o propósito de remetê-la ao abandono afetivo, pois, como demonstrado acima, a falta de afeto por parte dos pais perante aos filhos nas relações familiares podem acarretar uma má formação da personalidade dos respectivos filhos.

Quanto aos objetivos específicos, pretende-se a identificação e demonstração dos requisitos caracterizadores da responsabilidade civil, a demonstração dos principais deveres e obrigações dos pais perante aos filhos para realização plena das funções parentais, ademais, demonstrar que o cuidado é um bem jurídico e que deve ser apreciado, pois constitui fator essencial no desenvolvimento humano; e, por fim, verificar os problemas e soluções ao abandono afetivo ocasionado pela falta de afetividade.

Em relação ao método de abordagem utilizado, pode-se dizer que a pesquisa será desenvolvida segundo a teoria qualitativa. Além disso, a mesma será abordada por meio do método hipotético-dedutivo. Em relação aos procedimentos técnicos, a pesquisa classificar-se-á como: bibliográfica, documental e de levantamento.

A coleta de dados da respectiva pesquisa será realizada por meio de documentação indireta, já que será utilizado como meio de organização um plano de trabalho, o qual terá como objetivo principal orientar na identificação e seleção das fontes bibliográficas e documentais que serão utilizadas.

Serão observados diversos materiais jurídicos já existentes, bibliografias já tornadas públicas sobre o tema, legislações apropriadas, e jurisprudências relevantes para o estudo.

Todo o material será obtido por meio de revistas jurídicas, artigos publicados, doutrinas especializadas, acordos de tribunais superiores, textos publicados via internet, entre outros.

A fim de que sejam coletadas informações acerca do problema, para a pesquisa de campo, isto é, de levantamento, serão observados os fatos que já ocorreram, de modo que os relevantes sejam coletados e registrados em momento oportuno, e por fim, será feita a análise.

Com relação à análise de dados segue-se uma linha de realização. Os dados bibliográficos relativos ao objeto de estudo e problema proposto serão apresentados, e após, os dados coletados serão demonstrados. Feito isso, será realizada uma análise comparativa dos resultados alcançados, visto que as conclusões alcançadas poderão possibilitar de uma vez por todas a indenização gerada aos pais em decorrência do abandono afetivo perante aos seus filhos.

Para facilitar e auxiliar a elaboração deste trabalho fora dividido o estudo em três capítulos. Em um primeiro momento e iniciando o estudo, será feita uma breve análise da evolução histórica da responsabilidade civil, passando a ser abordada na sua concepção, a sua natureza jurídica, também qual é a sua finalidade, e por fim, a classificação e seus elementos.

Em um segundo momento, o estudo estará vinculado ao abandono afetivo em sentido estrito. Será estudada a afetividade de uma maneira precisa, de modo que esta será relacionada com o Direito de uma forma geral. Neste momento também estarão evidenciadas e confirmadas as consequências resultantes da falta de afeto.

Por fim, em um terceiro momento, a busca será pela realização de um link entre a responsabilidade civil dos pais perante os seus filhos em decorrência do abandono afetivo sofrido. Será realizada a quantificação do dano moral e também estudada a sua finalidade. Entendimentos jurisprudenciais serão utilizados para se alcançar este enfoque.

Pelo exposto acima, conclui-se que o respectivo trabalho visa demonstrar a possibilidade de indenização em decorrência do abandono afetivo dos pais perante aos filhos, uma vez que a sua presença é de fundamental importância na vida dos filhos. O amor daqueles perante a estes não pode ser imposto, mas a responsabilidade, sim. Estará confirmado que fornecer suporte material apenas não é suficiente para o desenvolvimento da criança e do adolescente.

CAPÍTULO 1 – DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 Breve evolução histórica da responsabilidade civil

A teoria geral da responsabilidade civil nem sempre foi tratada do modo que é atualmente. Ela sofreu modificações com o passar do tempo, ou seja, ela foi se desenvolvendo historicamente. Como relata Diniz (2014, p. 27), a responsabilidade civil apresenta uma evolução pluridimensional, pois sua expansão se deu quanto à sua história, aos seus fundamentos, à sua extensão ou área de incidência e à sua profundidade ou densidade.

Historicamente, em um primeiro momento, a responsabilidade civil imperava através da vingança coletiva, que era caracterizada pela reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes. Posteriormente, evoluiu para uma reação individual, que era a vingança privada, em que os homens faziam justiça pelas próprias mãos.

Nesta época dos primórdios da humanidade, o fator culpa não existia, e o dano causado provocava no ofendido uma reação imediata, instintiva e brutal. Reparava-se o mal com o mal, sob o amparo da Lei de Tabela, a qual é substanciada pelas penas de “olho por olho, dente por dente” e “quem com ferro fere, com ferro será ferido”.

Passado esse período surgiu o período da composição. O ofendido tinha interesse em entrar em composição com o autor da ofensa do que cobrar a retaliação, a fim de que ele reparasse o dano mediante uma prestação em certa quantia de dinheiro. Neste primeiro momento, a composição era voluntária e não obrigatória.

Ao existir uma soberana autoridade, a vítima ficou proibida de fazer justiça com as próprias mãos, passando a composição econômica ser obrigatória. Essa é a época do Código de Ur-Nammu, do Código de Manu e da Lei das XII Tábuas. Foi neste período que o Estado assumiu a função de punir, passando a existir a ação de indenização por meio da Lei de Aquília.

Sobre a Lei de Aquília disserta Maria Helena Diniz (2014, p. 28):

A Lex Aquila de damno veio a cristalizar a ideia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse o ônus da reparação, em razão do valor da *res*, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem culpa.

A *Lex Aquilia* trouxe, de certa forma, o princípio geral regulador da reparação do dano. Isso porque, a partir dela é que à conduta culposa do agente atribuiu-se o dano. Foi ela

quem estabeleceu as bases da responsabilidade extracontratual e criou uma forma pecuniária de indenização do prejuízo, com base no estabelecimento de seu valor.

No entanto, o Direito Francês passou a aperfeiçoar, de maneira gradativa, as ideias românicas. Outros povos foram sendo influenciados com o passar do tempo, por meio de certos princípios: direito à reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil da penal; a existência de uma culpa contratual, etc. (GONÇALVES, 2014, p. 26).

Apesar disso, conforme explica Diniz (2014, p. 29), a responsabilidade civil também evoluiu em relação ao fundamento. O dever de reparação não restou baseado somente na culpa, hipótese em que a teoria é subjetiva, como também no risco, caso em que passa a ser objetiva. Segundo ela, essa evolução, de certa forma, contribuiu para a ampliação da indenização por danos, sem existência de culpa.

Em se tratando do Direito Brasileiro, sabe-se que em uma primeira fase, a reparação era condicionada somente à condenação criminal. Entretanto, ao ser adotado o princípio da independência da jurisdição civil e criminal isso foi modificado. O Código Civil de 1916 filiou-se na época à teoria subjetiva, que exige prova de culpa ou de dolo do causador do dano para que seja obrigado a repará-lo.

Entretanto, o processo de humanização ocasionou o surgimento de novas teorias, que acabou por propiciar uma maior proteção às vítimas. O Código Civil de 2002 manteve o princípio da responsabilidade com base na culpa, conforme pode ser visto em seu art. 927, mas, em contrapartida, adotou também o princípio da responsabilidade independentemente dela, em seu parágrafo único, do mesmo artigo acima citado.

Surgiu então a teoria objetiva, a qual, conforme demonstra Gonçalves (2014, p. 28), funda-se num princípio de equidade, existente desde o Direito Romano. Segundo essa teoria, aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes, ou seja, quem aufere lucros, deve suportar os riscos.

É possível notar ao analisar alguns artigos do atual Código Civil, como por exemplo, o art. 186 e 187, e o art. 927, que as duas teorias, tanto a subjetiva, como a objetiva são utilizadas para definir o ato ilícito e o dever de indenizá-lo. A partir disso, nota-se que a culpa continua sendo o fundamento da responsabilidade civil, e que o risco não o anulou, constituindo-se, ao seu lado, também como fundamento da responsabilidade civil.

1.2 Conceito

Em um primeiro momento é necessário destacar o fato de existir distinção entre obrigação e responsabilidade. De acordo com Gonçalves (2014, p. 20) a obrigação “é o vínculo jurídico que confere ao credor o direito de exigir do devedor o cumprimento de determinada prestação”. Ainda a respeito ele dispõe:

A obrigação nasce de diversas fontes e deve ser cumprida livre e espontaneamente. Quando tal não ocorre e sobrevém o inadimplemento, surge a responsabilidade. Não se confundem, pois, obrigação e responsabilidade. Esta só surge se o devedor não cumpre espontaneamente a primeira. A responsabilidade é, pois, a consequência jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional.

Mesmo existindo uma correlação entre responsabilidade e obrigação, nota-se que uma pode existir sem a outra. Isso porque a obrigação é sempre um dever jurídico originário, enquanto a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, ou seja, a responsabilidade é uma consequência à violação da obrigação (GONÇALVES, 2014, p. 21).

Feito isso, passa a ser importante tratar do termo propriamente dito. Conforme disserta em seu livro o doutrinador Venosa (2014, p. 1), o termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deve arcar com as consequências de um ato, fato, ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar.

A responsabilidade civil está regulamentada no Código Civil de 2002 no artigo 186: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ao ilícito”. Ela também está disciplinada no art. 927 do mesmo Código: “aquele que por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Maria Helena Diniz (2014, p. 50) conceitua a responsabilidade civil como sendo:

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

Sobre o tema disserta também Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 24):

Responsabilidade civil é, assim, um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Destarte, toda conduta humana que, violando direito jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil.

Ao interpretar os dispositivos acima mencionados conclui-se que a responsabilidade civil é uma obrigação de reparação imposta pela lei, ao sujeito, que por culpa ou omissão, tenha causado um dano à terceiro. Em outras palavras, quem pratica um ato ou mesmo pratica uma omissão que acaba por resultar um dano, tem obrigação de suportar as consequências pelo seu feito.

1.3 Funções

O estudo deste tema é de grande valia, nos tempos atuais, pois ele, segundo Diniz (2014, p. 21) restaura um equilíbrio moral e patrimonial desfeito e redistribui a riqueza conforme os ditames da justiça, tutelando a pertinência de um bem, com todas as suas utilidades, presentes e futuras, a um sujeito determinado.

Como pondera José Antônio Nogueira (1994, p. 15), citado por Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 22), o problema da responsabilidade é o próprio problema do direito, visto que “todo o direito assenta na ideia da ação, seguida da reação, de restabelecimento de uma harmonia quebrada”. Isso porque, a fonte geradora da responsabilidade civil é o interesse em restabelecer o equilíbrio violado pelo dano.

Percebe-se, com isso, que a responsabilidade civil envolve a reparação do dano causado a outrem, desfazendo tanto quanto possível seus efeitos, restituindo o prejudicado ao *statu quo ante*. Aliás, de maneira mais direta, é possível afirmar que a responsabilidade civil simboliza uma relação obrigacional que tem por objeto a prestação de ressarcimento.

1.4 Espécies

A expressão “responsabilidade” por si só tem significado de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir. No entanto, ela se apresenta por meio de diferentes espécies, das quais algumas merecem destaque.

1.4.1 Responsabilidade moral e responsabilidade jurídica

A responsabilidade jurídica passa a existir com a ocorrência de uma infração de norma jurídica civil ou penal que, conseqüentemente, causa danos infringentes à paz social. Maria Helena Diniz (2014, p. 39) explica essa questão:

Assim sendo, se houver prejuízo a um indivíduo, à coletividade, ou a ambos, turbando a ordem social, a sociedade reagirá contra esses fatos, obrigando o lesante a recompor o statu quo ante, a pagar uma indenização ou a cumprir pena, com o intuito de impedir que ele volte a acarretar o desequilíbrio social e de evitar que outras pessoas o imitem.

A responsabilidade moral, no entanto, surge com o desrespeito à norma moral, de modo que o foco é a consciência individual. Do ponto de vista dessa responsabilidade, explica Diniz (2014, p. 40), “o ofensor se sentirá moralmente responsável perante Deus ou perante sua própria consciência, conforme seja ou não um homem de fé”.

Vale ressaltar que a responsabilidade moral não causa repercussão na ordem jurídica, já que ela não se exterioriza socialmente. Ela supõe que o agente dispõe de livre arbítrio, e consciência da obrigação. Por isso, mesmo que a responsabilidade moral deva atingir uma norma jurídica, nada ocorre, sendo a sua única sanção a sua própria consciência.

1.4.2 Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual

A responsabilidade quanto ao seu fato gerador pode ser classificada como responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual. A responsabilidade extracontratual é trazida por Gonçalves (2014, p. 44) como sendo a responsabilidade que não deriva de contrato, isto é, que deriva de ato ilícito extracontratual.

Nesta espécie de responsabilidade, a qual também pode ser chamada de aquiliana, o agente infringe um dever legal. Em outras palavras, a responsabilidade extracontratual é resultante do inadimplemento normativo, isto é, conforme cita Diniz (2014, p. 150) “é a inobservância da lei, ou melhor, é a lesão a um direito, sem que entre o ofensor e o ofendido preexista qualquer relação jurídica”.

Já a responsabilidade contratual se oriunda de inexecução de negócio jurídico bilateral ou unilateral. Ela resulta, portanto, segundo Diniz (2014, p. 149), de ilícito contratual, ou seja, de falta de adimplemento ou da mora no cumprimento de qualquer

obrigação. Por outra forma, diz-se que a responsabilidade contratual é a infração a um dever especial, estabelecido pela vontade.

1.4.3 Responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva

Com relação ao fundamento da responsabilidade, ela se apresentará como responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva. Nesta classificação, observa-se como elemento da obrigação de reparar o dano, a culpa.

Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 48) explica a responsabilidade objetiva da respectiva maneira:

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou “objetiva”, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Essa teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independente de culpa.

Percebe-se, com isso, que nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Nesta modalidade, prescinde-se totalmente da prova da culpa. Basta, assim, que haja relação de causalidade entre a ação e o dano.

No entanto, na responsabilidade subjetiva é diferente. A prova da culpa do agente será necessária para que surja o dever de reparar. O Código Civil brasileiro filiou-se como regra a esta teoria. Esta questão pode ser verificada no art. 186, que erigiu o dolo e a culpa como fundamentos para a obrigação de reparar o dano.

1.5 Elementos ou pressupostos

Necessário consignar, neste momento, que há uma grande imprecisão doutrinária a respeito dos pressupostos necessários à configuração da responsabilidade civil. Por exemplo, alguns doutrinadores citam o fato danoso, o prejuízo, e o liame entre eles; enquanto outros, falam sobre a culpa e a imputabilidade; ou mesmo exige o fato danoso, o dano e a antijuricidade ou culpabilidade.

Stolze (2014, p. 742), em específico, explica que a responsabilidade civil deriva da transgressão de uma norma jurídica preexistente, impondo, ao causador do dano, a

consequente obrigação de indenizar a vítima, de modo que se decompõe em três elementos fundamentais, a saber: conduta humana; dano; e o nexo de causalidade.

No entanto, Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 53) cita a existência de um quarto elemento, que é a culpa. Ele esclarece:

Para obter a reparação do dano, a vítima geralmente tem de provar dolo ou culpa *stricto sensu* do agente, segundo a teoria subjetiva adotada em nosso diploma civil. Entretanto, como essa prova muitas vezes se torna difícil de ser conseguida, o nosso direito positivo admite, em hipóteses específicas, alguns casos de responsabilidade sem culpa: a responsabilidade objetiva, com base especialmente na teoria do risco.

Vejamos, então, de maneira separada, cada um dos elementos acima citados.

1.5.1 Conduta

Para que seja configurada a responsabilidade civil, é necessária a existência de uma conduta humana, que pode ser comissiva ou omissiva, isto é, positiva ou negativa, própria ou de terceiros, ou mesmo, ilícita, que é a regra geral, ou lícita, que ocorre em situações excepcionais.

Em outras palavras, é necessária a existência de um ato ilícito, que pressupõe uma ação ou uma omissão, contrária ao ordenamento jurídico, que cause dano a outrem. Há a possibilidade de a conduta ser desempenhada pela própria causadora do dano, ou por aquele que foi fruto de ato praticado por terceiro.

Resta saber que a conduta humana praticada remete a um ato positivo, um agir, algo que se materializa, ao passo que a omissão é um ato negativo, algo que deixou de fazer. Geralmente a ação é mais fácil de ser compreendida, pois ela se exterioriza no fazer, no ato humano. Já a omissão existe quando a pessoa tinha o dever de agir e não o fez, gerando dano.

1.5.2 Culpa

Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 54) esclarece sobre a natureza e a extensão da culpa:

Culpa lata ou “grave” é a falta imprópria ao comum dos homens, é a modalidade que mais se avizinha do dolo. Culpa “leve” é a falta evitável com atenção ordinária. Culpa “levíssima” é a falta só evitável com atenção extraordinária, com especial habilidade ou conhecimento singular. Na responsabilidade aquiliana, a mais ligeira culpa produz obrigação de indenizar.

Como há a possibilidade de existência da responsabilidade sem o ensejo da culpa, é possível afirmar que ela não é imprescindível como os demais pressupostos.

1.5.3 Dano

O dano é elemento imprescindível para a configuração da responsabilidade civil, podendo ser moral e/ou patrimonial. Os demais requisitos somente serão analisados se o dano for constatado, caso contrário, os demais elementos não serão avaliados.

O dano pode ser conceituado como sendo a violação a um interesse juridicamente tutelado, seja de natureza patrimonial, seja de violação a um direito de personalidade. Ele é decorrente de uma lesão psíquica, pois afere o íntimo do indivíduo, causando um transtorno capaz de atingir seus direitos de personalidade.

Para que exista a responsabilidade civil é necessário que o dano seja certo a um bem ou interesse jurídico, sendo de extrema importância a realização de prova real e concreta desta lesão. No entanto, é indispensável que exista uma relação entre a conduta praticada e o dano sofrido a fim de que exista o dever de reparar.

1.5.4 Nexo de causalidade

Deve existir uma vinculação entre a conduta humana e o dano para que exista a responsabilidade civil. Pode-se dizer, por isso, que o nexo de causalidade entre o dano e a ação é o fato gerador da responsabilidade civil. Aliás, o pedido de indenização será julgado sempre improcedente se o lesado sofrer um dano, mas este não for resultado da conduta do réu.

1.6 Da responsabilidade civil e a família

Tanto a doutrina como a jurisprudência brasileira diverge bastante com relação a suas afirmações sobre a responsabilidade civil no âmbito do direito de família, sendo, por isso, uma temática polêmica e controversa. Nota-se, com isso, uma bipartição de ideias, teorias, entendimentos, enfim, opiniões.

É possível observar, em um primeiro momento, que existe uma colisão de dois valores básicos do ordenamento jurídico, os quais podem ser encontrados na Constituição

Federal de 1988: em seu art. 1º, inciso III, o chamado princípio da dignidade da pessoa humana; e no sentido contrário, a função social da entidade familiar em seu art. 227.

O princípio da dignidade da pessoa humana dá unidade e coerência aos direitos fundamentais que se encontram sob o tronco constitucional, assegurando a integridade da pessoa a qualquer tipo de agressão ou ameaça de lesão a direitos, enquanto há também, o interesse da entidade familiar, qual seja a necessidade de proteção da dignidade do membro da família, posto que o Estado deve preservar a família como instituição social.

Não é somente esta situação que divide teorias, uma vez que há um grande contingente de argumentos, conforme Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2005, p. 360) disserta:

Como facilmente se percebe das alterações do nosso ordenamento nos últimos quinze anos, o Direito Civil cada vez mais se constitucionaliza, mercê das inúmeras disposições inseridas na Carta, cujos muitos princípios, regras e políticas dizem diretamente com o direito privado. Nessa linha, o Direito de Família se abre a considerações de ordem social e mostra uma tendência à 'socialidade', de que nos fala o Mestre Reale. Porém, o ordenamento tende a deixar cada vez mais a critério das pessoas a decisão sobre o casamento e sua dissolução, amplia o direito do filho, e nesses pontos reforça o individualismo e a autonomia da vontade; o interesse predominante passa a ser o da pessoa, não o da entidade familiar.

Observa-se, nos dias atuais, uma grande demanda relacionando o interesse individual da pessoa com a reparação civil, e com relação à família isto não é diferente. Isso porque estabelecemos com as outras pessoas e com as coisas alguns vínculos que marcam a nossa existência, alterando em maior ou menor grau o rumo das nossas vidas, e ao mesmo tempo, influenciamos também as outras pessoas e coisas, marcando e alterando a sua existência.

Romualdo Baptista dos Santos (2011, p. 195) em seu livro explica de uma maneira mais clara este acontecimento:

Na atualidade, muitos relacionamentos amorosos são marcados pela fluidez e precariedade, visto que as pessoas se unem e se separam com extrema facilidade e rapidez. Alguns relacionamentos fazem-se pelo casamento, outros por união estável e muitos outros apenas por alguma forma de namoro. O fato é que desses relacionamentos fluidos e passageiros não raro decorre o nascimento de filhos, a demandar atenção e cuidado dos pais.

É comum ocorrer o afastamento dos pais perante seus filhos, deixando de lhes prestar a necessária assistência afetiva e material, em decorrência do final do relacionamento amoroso, ou mesmo porque este foi concebido contra a sua vontade no bojo de um relacionamento sem compromisso.

No entanto, a responsabilidade dos pais por seus filhos existe e deve ser ao menos respeitada e seguida. Como é sabido, é devida a prestação de alimentos, necessária uma regulamentação de visitas, e é possível, em casos extremos, ensejar a condenação ao pagamento de indenização por abandono afetivo.

Isso não é tão simples assim. Atualmente existe uma extrema dificuldade no reconhecimento de que o pai tem o dever de prestar afeto ao filho. Aqueles que não aceitam a temática da família e da responsabilidade civil justificam suas opiniões com expressões do tipo “amor não se compra”, “não se pode monetarizar as relações familiares”, “o Estado não pode obrigar ninguém a amar”.

Descreve Karow (2012, p. 162) em seu livro após a realização de sua pesquisa científica que “as demandas de reparação civil por abandono afetivo passaram a ser ajuizadas, e os filhos do abandono e da indiferença passaram a bater às portas do judiciário para reclamar uma resposta as suas dores”.

Portanto, conclui-se que a pessoa humana e seus atributos por serem objetos centrais de proteção pelo Direito permitem a configuração de danos morais passíveis de serem indenizados. Conforme relata Santos (2011, p. 194) “sempre e toda vez que determinada conduta produz danos à estrutura afetiva de uma pessoa, surge a possibilidade de se promover a respectiva reparação dos danos morais ou afetivos”.

CAPÍTULO 2 – DIREITO E AFETIVIDADE

2.1 Do fenômeno da “constitucionalização” do Direito de Família

O Código Civil, assim como os demais Códigos existentes no ordenamento jurídico brasileiro, tem papel fundamental na vida em sociedade, uma vez que ele é responsável por regulamentar todo o conjunto de normas e regras aplicáveis às pessoas. Essas pessoas são, por exemplo, o pai de família, o comerciante, ou seja, a pessoa considerada em sua circunstância de vida.

Seus elaboradores, com base no princípio da concretude, criaram uma legislação voltada para o ser humano “in concreto”. Este princípio da concretude, porém, se desdobra em três outros princípios muito importantes para o entendimento do ordenamento civil brasileiro, quais sejam os princípios da eticidade, da socialidade e da operabilidade.

De acordo com o princípio da socialidade, tem-se que o Direito busca regular a vida em sociedade, por meio de condições para que as pessoas realizem seus negócios e pratiquem seus atos jurídicos no ambiente social. O princípio da eticidade, em contrapartida, se refere à qualidade das condutas prestadas na vida social. Por fim, o da operabilidade, considera que a legislação em um todo serve como uma ferramenta para os operadores do Direito para resolver conflitos de interesses que existem na vida em concreto.

Por outro lado, conforme explica Karow (2012, p. 64) “constata-se a dificuldade de o Código Civil atual manter-se como centralizador de todo o sistema, em função da impossibilidade de abarcar com especificidade todas as relações estreitas”. Apesar dessa dificuldade, a atual legislação consegue dividir o sistema em leis esparsas e desta forma manter o seu papel de eixo do direito privado.

As leis esparsas existentes servem, acima de tudo, para demonstrar que não é possível um esgotamento de todas as relações jurídicas da sociedade. Mas, ainda que muitos temas corriqueiros sejam abrangidos de forma exata na legislação civil, a Constituição Federal não deixou de ser o topo do ordenamento jurídico, conforme esclarece Maria Berenice Dias (2005, p. 33):

Grande parte do Direito Civil está na Constituição, que acabou enlaçando os temas sociais juridicamente relevantes para garantir-lhes efetividade. A intervenção do Estado nas relações de direito privado permite o revigoramento das instituições de direito civil e, diante do novo texto constitucional, forçoso ao intérprete redesenhar o tecido do Direito Civil à luz da Constituição.

Feita uma análise da Constituição Republicana de 1988 comparando-a com o Direito de Família percebe-se que este possui vestígios dos direitos fundamentais e reflete os princípios estabelecidos constitucionalmente em grande parte do tempo. Vê-se com clareza esta situação no momento em que as normas remetem à dignidade da pessoa humana, à igualdade entre os cônjuges e filhos, à afetividade e até a função social da família.

Este fato demonstra a ideia trazida acima, pois, o direito privado deixou de ser o paiol da vontade individual e o direito público não mais se ocupou só da subordinação do cidadão. Isso resultou em uma maior importância às situações delineadas cotidianamente, sendo os Tribunais os grandes personagens desta história no momento em que começaram a legislar através da jurisprudência por falta de legislação específica.

Ao ser minimizada a separação entre o direito público e o direito privado com a promulgação da Constituição Federal de 1988, passou a ser disciplinada a família a partir da Constituição, conforme pode ser visto em seu art. 226: “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Sobre isso disserta Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2008, p. XIV apresentação):

A família passa a ser funcionalizada e condicionada à realização de valores que se encontram na base do ordenamento jurídico, inclusive no fundamento da dignidade da pessoa humana e no objetivo da construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

A partir deste momento, portanto, conforme explica Karow (2012, p. 70) “a família passa a ser espaço de realização pessoal de seus membros (leia-se a dignidade dos mesmos), deixando de ser instrumento de dominação e controle estatal, garantindo que os membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo”.

Como é sabido, o Estado em seu ápice de Estado-garantidor conferiu garantias à família, de modo que ficou acentuada essa nova proteção estatal, por meio das mais diversas políticas públicas. Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2008, p. 118) comenta a respeito:

Se, no modelo codificado de família de 1916, os interesses protegidos eram fundamentalmente aqueles relacionados à pessoa do homem – na condição de marido e de pai – e ao patrimônio por ele construído – logicamente que contando com a colaboração e o trabalho dos demais, especialmente na época em que a população brasileira era majoritariamente rural, o perfil da nova família desconsidera tais interesses para reconhecer todos os seus integrantes como pessoas humanas, e como tais, titulares de direitos e interesses especialmente de natureza existencial, como os direitos de personalidade.

Ao observar o fato da constitucionalização do Direito de Família, percebe-se que este é um dos ramos que mais sofrera modificações com base no princípio da dignidade da pessoa humana, o qual dedica, conforme demonstrado acima, grande proteção ao conteúdo da família atribuída pelo Estado, de modo que o Direito que antes se direcionava à proteção do patrimônio, atualmente se orienta para a proteção da pessoa e da sua dignidade.

Conclui-se precisamente que a Constituição Federal buscou eminentemente um resgate do valor humano, de maneira que a dignidade da pessoa foi consagrada e os demais direitos fundamentais foram colocados sobre toda e qualquer outra disposição estatal, ou seja, a dignidade da pessoa está acima de tudo e deve ser respeitada.

2.2 A afetividade nas relações jurídicas

Assim como a Constituição Federal de 1988 buscou eminentemente um resgate do valor humano, Karow (2012, p. 123) explica que o Direito de Família tem cada vez mais priorizado a valorização do indivíduo dentro do grupo familiar, de modo que ele passou a ocupar o primeiro lugar em face de qualquer outra circunstância, justamente por caminhar o Direito de Família em harmonia com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste momento de “engrandecimento” da pessoa humana, veio a surgir, conseqüentemente, a liberdade e a autenticidade. Aline Biasuz Suarez Karow (2012, p. 124) explica:

Casais se separam por reconhecerem que não há mais afeto entre si. Famílias alternativas formam-se em função do vínculo afetivo existente. Crianças demonstram desejo de residir com um dos pais ou avós em função dos laços de afeto. Adoções são deferidas em função do vínculo afetivo preestabelecido. Registros de nascimentos podem ser anulados em face de nunca haver tido o estabelecimento da socioafetividade. O estado de filho consolida-se com o estabelecimento do afeto.

Não há dúvidas, diante de toda essa tendência do sistema jurídico traçado nos últimos tempos, de que as relações familiares estão cursando o caminho dos laços do afeto. Vale ressaltar que segundo Bueno (1996) o afeto significa “afeição, amizade, simpatia, paixão”. Realmente, para que aos filhos não sejam causadas fragilidades e danos é preciso que a afetividade parental esteja presente no âmbito familiar.

Por isso, necessário se faz neste momento analisar, de maneira sucinta, a afetividade nas relações jurídicas.

2.2.1 Da compreensão da afetividade

A afetividade segundo Santos (2011, p. 49) não pode ser mensurada e nem quantificada já que ela não possui uma extensão e muito menos ocupa um lugar no espaço. A afetividade é algo, do mesmo modo que a inteligência, que emana do ser humano unicamente e é revelada no relacionamento com as demais pessoas.

Por ser a afetividade uma qualidade inerente aos seres humanos, pode-se dizer que ela também é o conjunto de afetos presentes em cada pessoa. Por este motivo, ela pode ser estudada e organizada para dela se extrair uma melhor aplicabilidade no ser humano.

Por estar a afetividade na base da conduta humana e o Direito ter o papel de cuidar de condutas exigíveis mediante coerção, tem-se que a afetividade se encontra na base de toda a conduta jurídica. Ela influencia muitos ramos do Direito, estando mais evidente no Direito de Família já que a existência de laços afetivos é condição para a configuração das famílias.

Santos conclui (2011, p. 95) que “a afetividade se relaciona com o Direito, sob o ponto de vista da coercitividade, indagando-se, então, sobre a possibilidade de se exigir juridicamente a prestação do afeto”.

A possibilidade de se exigir juridicamente a prestação do afeto é exatamente a questão principal para o desenvolvimento deste trabalho de Conclusão de Curso, pois, visa-se a análise da possibilidade ou não de indenização civil pelo abandono afetivo na relação familiar dos pais perante os seus filhos.

2.2.2A afetividade no Direito Constitucional

A Constituição Federal está situada no topo do ordenamento jurídico e serve de parâmetro de validade a todas as demais espécies normativas. Ela representa, em outras palavras, a lei fundamental e suprema do Brasil, isto é, a “expressão do sentimento da nação”. (SANTOS, 2011, p. 127).

Para Verdù (2006, p. 34) citado por Romualdo Baptista dos Santos (2011, p. 128) o Direito se baseia nas convicções determinadas pela consciência jurídica:

O que determina a positividade de uma norma não é a existência de um poder ou sanção, mas sim a convicção de que aquela norma existe de tal modo e não poderia existir de modo diverso. Sendo assim, as normas não surtiriam efeito se não atravessassem as consciências, determinando-lhes o modo de pensar, de sentir e de querer.

Através deste preceito, passa a ser possível ligar a Constituição e o estudo do Direito Constitucional à afetividade de uma maneira direta já que eles não existem sem a vontade, sem o sentimento, e sem a determinação das pessoas que compõem o povo. Além disso, pode-se dizer que a Constituição é uma legislação conseqüente, ou seja, voltada para produzir efeitos e direcionar a vida em sociedade. (SANTOS, 2011, p. 129)

Percebe-se, portanto, que a afetividade está na Constituição logo no momento de sua formulação, e em seguida, em seus efeitos. Em outras palavras, a afetividade se encontra “na base da conduta jurídica e é considerada um valor jurídico: está na base das condutas jurídicas que deram origem à Constituição e, posteriormente, tornou-se objeto de proteção pelo texto constitucional”. (SANTOS, 2011, p. 129).

2.2.3 A centralidade da pessoa humana

Conforme explica Santos (2011, p. 129) outro fator que demonstra a necessidade de uma ligação entre a afetividade e a norma constitucional é a nova corrente doutrinária chamada de neoconstitucionalismo, que surgiu com a promulgação da Constituição de 1988. Essa corrente acredita basicamente na centralidade da pessoa humana e na força cogente dos princípios consagrados na Constituição.

Como demonstrado anteriormente no tópico 2.1 deste trabalho, a dignidade da pessoa humana ficou consagrada como um dos fundamentos da ordem jurídica também a partir da Constituição Federal de 1988. Pode ser feita, a partir disso, a seguinte análise: como a pessoa humana ocupa lugar central nos ordenamentos jurídicos, o Direito está centrado na realização dessa dignidade.

Luís Roberto Barroso (2005) explica melhor esta questão:

Ao término da Segunda Guerra Mundial, tem início a reconstrução dos direitos humanos, que se irradiam a partir da dignidade da pessoa humana, referência que passou a constar dos documentos internacionais e das Constituições democráticas, tendo figurado na Carta brasileira de 1988, como um dos fundamentos da República (art. 1º, III). A dignidade humana impõe limites e atuações positivas ao Estado, no atendimento das necessidades vitais básicas, expressando-se em diferentes dimensões.

Disserta Romualdo Baptista dos Santos (2011, p. 131) a respeito:

Assim, proteger a pessoa e sua dignidade significa proteger todos os aspectos da sua personalidade. Não somente os bens de natureza material, mas também aqueles que não têm conteúdo econômico imediato, e por isso, são chamados de bens morais. A afetividade é indissociável dos seres

humanos e colabora, ao lado da intelectualidade, para a construção da pessoa em sua individualidade e nas suas relações com as outras pessoas e com a sociedade.

Por fim, conclui-se, que a dignidade da pessoa humana inserida na Constituição Federal de 1988 como um valor totalmente fundamental, obriga todo o ordenamento jurídico a preservar este valor maior que é a pessoa, na qual, encontra-se a afetividade e suas várias gradações, e esta, portanto, merece especial proteção constitucional.

2.2.4 O princípio jurídico da afetividade

Assim como o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da afetividade também existe para nortear o Direito de Família. Tem-se que “a afetividade constitui um princípio constitucional e não apenas uma petição de princípio.” (SANTOS, 2011, p. 134)

A própria Constituição Federal demonstra que a família não se orienta somente pela feição biológica, patriarcal e patrimonial, já que ela reconhece a igualdade entre os filhos biológicos e adotivos, a adoção como escolha afetiva e, em consequência, atribui natureza familiar à entidade formada por qualquer dos pais e seus filhos, inclusive os adotivos. (SANTOS, 2011, p. 134),

Além disso, a Constituição Federal destaca outra ideia também muito importante, conforme explica Romualdo Baptista dos Santos (2011, p. 135):

Ao dizer que o Estado tem como objetivo a promoção do bem de todos, a Constituição está a dizer que o Estado deve investir na qualidade de vida das pessoas que lhe dão conteúdo. No entanto, investir nas pessoas significa fornecer-lhes condições materiais de sobrevivência e também garantir que tenham uma estrutura psíquica saudável e equilibrada. Vale dizer, o Estado tem que investir em bens materiais que proporcionem conforto às pessoas, mas deve também velar para que estas tenham uma estrutura psíquica saudável, visto que estes aspectos, em conjunto, compõem os seres humanos e os qualificam para a vida em sociedade.

Isso demonstra que, mesmo não estando o princípio da afetividade expresso na atual Carta Magna, é um lema que deve ser respeitado como uma forma de prosperidade do próprio Estado, “pois é a qualidade das pessoas e de suas relações que determina a qualidade e o grau de desenvolvimento do próprio Estado”. (SANTOS, 2011, p. 135)

Pelo exposto, conclui-se que a afetividade não pode ser desassociada, já que ela está intimamente presente no ser humano ao se relacionar diretamente com a sua estrutura

psíquica, e por fim, tem-se que ela deve ser protegida pelo Direito da melhor maneira possível, pois está presente, mesmo que de forma tácita, na respeitável norma constitucional.

2.2.5 A afetividade no Direito Civil

A realidade social, na contemporaneidade, tem sido cada vez mais analisada sob o prisma da flexibilização do Direito. O Direito, com mais frequência, tem interpretado as relações humanas no seu todo por meio da interdisciplinaridade, isto é, por meio tanto na racionalidade quanto na afetividade. No entanto, há grande discussão.

Um dos primeiros juristas a perceber a necessidade de uma interação entre o Direito e as demais ciências para se compreender a realidade jurídica foi Miguel Reale. Miguel Reale (2002, p. 136) afirma ser o ser humano complexo e sustenta a junção entre a afetividade e a intelectualidade para a formação do conhecimento e da conduta, conforme demonstrado a seguir:

O que, portanto, ocorre na Filosofia contemporânea é uma revalorização dos processos institucionais, no sentido de mostrar que o homem não é apenas portador de razão, nem tampouco um ser que só pela razão logra atingir o conhecimento. Há certas coisas que só se conhecem plenamente através dos elementos que a afetividade, a vontade ou a inteligência pura nos fornecem.

Em vista das mudanças ao longo dos séculos, portanto, o Código Civil de 2002 precisou trazer para o ordenamento jurídico algumas modificações e uma delas foi o cuidado com o tema dos direitos da personalidade, de modo que lhe fora dedicado um capítulo próprio com exatos dez artigos a respeito.

Rosenvald e Farias (2013, p. 177) conceituam os direitos da personalidade como sendo “os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a lhe emprestar segura e avançada tutela jurídica”.

Já Maria Helena Diniz (2011, p. 135 – 136), de uma maneira mais completa, define os direitos da personalidade como sendo:

Os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, como a vida, a identidade, a liberdade, a imagem, a privacidade, a honra etc. É o direito subjetivo, convém repetir, de exigir um comportamento negativo de todos, protegendo um bem próprio, valendo-se de ação judicial.

Outra importante consideração sobre os direitos da personalidade e que demonstra claramente o seu fundamento na dignidade humana é de Delgado (2006) quando explica que

os direitos da personalidade são direitos que decorrem da humanidade e protegem suas eminências, tanto no plano físico como no plano espiritual, de forma que é possível ao ser humano defender sua vida, sua honra, sua liberdade, sua intimidade, etc.

Por estarem relacionados, portanto, os direitos da personalidade com a dignidade humana Santos (2011, p.147) afirma não restar dúvidas com relação à proteção que o Direito deve dar à estrutura psíquica da pessoa, bem como os laços afetivos que ligam umas às outras. Isso comprova, portanto, que, não estando protegida a estrutura psíquica que constitui a pessoa humana, torna-se totalmente aceitável e cabível a indenização por danos morais.

Vale ressaltar, no entanto, que o atual Código Civil trouxe também outras alterações para o ordenamento jurídico pátrio além dos direitos de personalidade, ao incorporar a boa fé objetiva nas relações jurídicas. Santos (2011, p. 148) explica que “a boa fé objetiva, exigida pelo Código, é a conduta a ser externada pela pessoa no âmbito das suas relações jurídicas”.

Esta questão demonstra, mais uma vez, que por estar o princípio da boa fé objetiva relacionada com a proteção da pessoa humana e de sua dignidade, já que todas as relações jurídicas a tem como base, o seu não cumprimento gera a indenização por danos morais, sem prejuízo, é claro, de eventual indenização por danos materiais.

2.2.6 A afetividade no Direito de Família

Um dos deveres mais difíceis do Direito é o de se desenvolver a fim de refugiar as mudanças que ocorrem na sociedade, já que esta tem sido cada vez mais dinâmica e vem se transformando a todo momento. Com o Direito de Família isso não é diferente.

Claudete Canezin e Renata Queiroz (2015, p. 1) explicam melhor esta questão:

Como objeto dessa mudança, o conceito de família, no Código Civil de 1916, era patriarcal, hierarquizada, fundada exclusivamente no casamento e nos filhos oriundos do matrimônio, onde qualquer concepção fora deste quadro não era sequer conhecida pelo ordenamento jurídico. Todavia, paradigmas foram quebrados e este conceito de família não mais existe, pois, a partir do momento em que nos deparamos com outra realidade social, um novo conceito de família no qual pais e filhos são unidos pelos laços de amor, a partir de então, passou a visualizar os vínculos familiares pela ótica da afetividade.

O grande marco da afetividade no Direito de Família foi com o reconhecimento da união estável, cuja ideia central nada mais é do que a proteção de um vínculo construído com base na relação de afeto existente entre o casal. A partir deste momento, o afeto passou a ter tutela jurídica não somente nas relações entre as pessoas, como também de filiação.

Sobre isso discute Marco Túlio de Carvalho Rocha (2009, p. 14):

No Brasil, embora novos princípios tenha ganhado espaço, paulatinamente, durante todo o século XX, a Constituição da República de 1988 é o marco dessas transformações, por ter consagrado a igualdade dos cônjuges e dos filhos, a primazia dos interesses da criança e do adolescente, além de ter reconhecido, expressamente formas de família não fundadas no casamento, às quais estendeu a proteção do Estado.

O vínculo familiar nos dias atuais não é o mesmo que antigamente, pois, “a família era baseada em laços econômicos, em que o genitor era responsável pelo sustento de toda a família; porém, a inserção da mulher no mercado de trabalho fez com que ocorresse uma mudança na família, onde a mulher passou a contribuir nas finanças do lar”. (CANEZIN; QUEIROZ, 2015, p. 4)

Atualmente, o vínculo familiar passou a existir também de uma forma afetiva, de modo que as famílias começaram a se reunir, de forma cada vez mais constante, por meio do afeto. Desta forma entende Pinto (1993, p. 13) ao afirmar que a família moderna foi substituída por um grupo menor, pois o seu principal papel é de suporte emocional do indivíduo, de modo que os laços afetivos ficam mais intensos.

Percebe-se, pelo exposto, que o amor e o cuidado tem tido um papel especial nas novas relações familiares e que por este motivo deve o afeto em si ser protegido dentro do grupo familiar, principalmente porque se isso não acontecer, a estrutura psíquica das pessoas dentro do ambiente familiar não será bem desenvolvida, o que acaba por permitir que exista uma eventual reparação jurídica.

2.3 Família e afeto

Conforme demonstrado acima, no novo contexto familiar o afeto passou a ter um papel jurídico fundamental. Pode-se dizer, portanto, que a família e o afeto são duas figuras importantes para o sistema jurídico brasileiro.

A duplicidade “família e afeto” são observados pelo doutrinador José Sebastião de Oliveira (2002, p. 235) de maneira brilhante:

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

A explicação acima trazida nos revela a importância de uma “verdadeira família”, pois, como já fora demonstrado acima, o afeto é capaz de dar maior autenticidade às relações familiares, ou seja, cada integrante da família estará preparado para viver de maneira intensa e sincera e, conseqüentemente, contribuir com a felicidade de todos.

2.3.1 Do conceito de família

A família sempre fez parte do ordenamento jurídico brasileiro, mesmo antes da “constitucionalização” do Direito de Família, pois, como se sabe, “as pessoas provêm de um organismo familiar e a ele conservam-se vinculadas durante a sua existência, mesmo que venham a constituir nova família pelo casamento ou pela união estável”. (GONGALVES, 2014, p. 17).

Em Roma, a família era organizada sob o princípio da autoridade, pois uma única pessoa tinha o domínio e exercia o seu poder privado sobre as outras, e esta pessoa era chamada de “*pater familias*”. O *pater familias* tinha sobre os seus filhos o direito de vida e de morte. Exatamente desta maneira! Era permitido vender os filhos, impor-lhes castigos e penas corporais, ou até mesmo, tirar-lhes a própria vida.

Com o passar do tempo essas regras sofreram modificação, conforme explica Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 31):

Com o Imperador Constantino, a partir do século IV, instala-se no direito romano a concepção cristã da família, na qual predominam as preocupações de ordem moral. Aos poucos foi então a família romana evoluindo no sentido de se restringir progressivamente a autoridade do *pater*, dando-se maior autonomia à mulher e aos filhos.

A família brasileira sofreu forte influência da família romana, mas devido a “constitucionalização” do Direito Família, isto é, com as mudanças sociais ocorridas por conta do advento da Constituição Federal de 1988 e a promulgação do Código Civil de 2002, estabeleceu-se uma “paternidade responsável” e a aprovação de uma realidade concreta, de modo que os vínculos do afeto passaram a ser importantes.

Maria Helena Diniz (2002, p. 15) define a família em seu sentido técnico como sendo “o grupo fechado de pessoas, composto dos pais e filhos, e, para efeitos limitados, de outros parentes, unidos pela convivência e afeto numa mesma economia e sob a mesma direção”. Essa definição demonstra a família brasileira nos dias atuais e efetiva o então denominado poder familiar.

2.3.2 Do poder familiar

Segundo Silvio Rodrigues (2004, p. 356) poder familiar “é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes”. Já Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 417) conceitua o poder familiar como sendo “o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores”.

O instituto do poder familiar, de maneira inteligível, é o dever de educação e de direção dos pais perante os seus filhos, ou seja, um instituto de caráter eminentemente protetivo. Orlando Gomes (2002, p. 389) fala de maneira concisa a respeito:

O ente humano necessita durante a sua infância, de quem o crie e eduque, ampare e defenda, guarde e cuide dos seus interesses, em suma, tenha a regência de sua pessoa e de seus bens. As pessoas naturalmente indicadas para o exercício dessa missão são os pais. A eles confere a lei, em princípio, esse ministério.

Também sobre o instituto disserta Maria Helena Diniz (2002, p. 447):

O poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho. Ambos têm, em igualdade de condições, poder decisório sobre a pessoa e bens de filho menor não emancipado.

O Código Civil, em seu art. 1630, trata deste instituto e prescreve que “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”. De uma maneira breve Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 419) explica esta regra:

O dispositivo abrange os filhos menores não emancipados, havidos ou não no casamento, ou resultantes de outra origem, desde que reconhecidos, bem como os adotivos. Os nascidos fora do casamento só estarão a ele submetidos depois de legalmente reconhecidos, como foi dito, uma vez que somente o reconhecimento estabelece, juridicamente, o parentesco.

Tem-se, com isso, que o poder familiar somente estará extinto com os 18 anos completos do jovem, pois, como consagra o art. 5º também do Código Civil é esta idade que consagra a maioridade. Antes desta idade, porém, também é possível extinguir o poder familiar, mas somente se ocorrer a emancipação do menor em razão de alguma das causas dispostas no parágrafo único deste mesmo artigo.

Se não for por essas hipóteses, o poder familiar deverá ser exercido até os 18 anos completos do jovem, obrigatoriamente pelos cônjuges, em igualdade de condições. É isso que nos mostra o §5º, do art. 226 da Constituição Federal de 1988, o art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e o art. 1631 do atual Código Civil Brasileiro.

É importante ressaltar que o poder familiar possui um conjunto de regras no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores, as quais devem ser seguidas. Elas estão dispostas no Código Civil de 2002 de maneira clara e precisa, especialmente no art. 1634. Feita a sua leitura é possível afirmar que o Código atribui aos pais os deveres de criação, educação e afeto dos filhos, já que eles precisam necessariamente da companhia dos mesmos.

2.3.3 Do abandono afetivo

A afetividade, como dito anteriormente, é elemento essencial à formação do indivíduo. Ela precisa estar presente quando se trata de uma relação familiar, principalmente porque a afetividade tem sido compreendida, cada vez mais, como uma necessidade para o adequado desenvolvimento da pessoa.

Iara Rodrigues de Toledo e Melrian Ferreira da Silva Simões (2014, p. 114) abrangem essa questão de maneira excepcional:

Quando se fala de relações filiais, a título de exemplo, temos hoje, o acolhimento prevalente da filiação socioafetiva sobre a biológica; caminhando um pouco mais além, percebe-se o movimento jurisprudencial crescente em direção ao reconhecimento da socioafetividade nascida das relações firmadas nas famílias mosaico ou reconstituídas, onde emerge, a intensidade do afeto entre as madrastas (mães de afeto) ou padrastos (pais de afeto) e seus “filhos afetivos”.

É possível observar, mais uma vez, a tamanha importância da afetividade frente às mudanças ocorridas nos últimos tempos nos institutos familiares. No entanto, essa questão não é tão simples, especialmente com relação à grande discussão existente na doutrina e na jurisprudência em favor ou não da responsabilização civil pelo abandono afetivo dos pais perante os seus filhos.

O abandono afetivo é traduzido, conforme explica Iara Rodrigues de Toledo e Melrian Ferreira da Silva Simões (2014, p. 116):

Pela ausência daqueles que deveriam cuidar, amar e não o fazem; não se limita a prestação material, por estar intimamente relacionado à privação da convivência, a falta de amparo emocional, a recusa da afetividade que fere e deixa marcas no íntimo do ser, podendo levá-lo à um sentimento de rejeição,

menos valia, desamparo, desamor. O abandono afetivo transcende o não exercício da afetividade por um ou ambos os genitores em relação ao filho, tem raízes mais profundas, fincadas no emocional e psicológico do filho abandonado, memórias que jamais se apagam, sequelas vivas na alma.

Vale ressaltar que o abandono afetivo atinge diretamente um princípio que merece ser respeitado devido a sua importância no âmbito do Direito de Família, qual seja, o da solidariedade familiar. Esse princípio significa, de maneira breve, o recíproco dever de cuidado que deve existir entre os indivíduos que compõem a entidade familiar.

Necessário salientar também que a ideia existente por traz da reparação civil pelo abandono afetivo não é a de obrigar os pais a amar os seus filhos. A indenização civil deve ser utilizada, primeiramente, a fim de fazê-los exercer a os seus deveres diante da parentalidade existente, e posteriormente, de se notar o mal causado ao filho esquecido.

O dever de cuidado é e sempre será muito importante, pois, somente a partir dele é que, conforme doutrina Iara Rodrigues de Toledo e Melrian Ferreira da Silva Simões (2014, p. 121) a dignidade humana do filho será amparada, a solidariedade familiar protegida, e o afeto permanecerá a nortear as relações familiares.

CAPÍTULO 03 – DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

3.1 Dano moral no tempo e no espaço

3.1.1 Conceito

O dano moral segundo Luiz Antonio Rizzatto Nunes (2000, p. 59) é conceituado como sendo “aquele que afeta a paz interior de cada um. Atinge o sentimento da pessoa, o decoro, o ego, a honra, enfim, tudo aquilo que não tem valor econômico, mas que lhe causa dor e sofrimento. É, pois, a dor física e/ou psicológica sentida pelo indivíduo”.

Percebe-se, a partir deste conceito, que o dano moral atinge de maneira direta o patrimônio imaterial das pessoas e não o seu patrimônio econômico, uma vez que a sua intimidade, vida privada, privacidade, e até mesmo sua honra são atingidas. Necessário evidenciar que o Direito não repara a dor ou aflição, uma vez que esses estados de espírito são a consequência do dano causado a outrem.

Sérgio Cavalieri Filho (2000, p. 78) explica melhor essa ressalva:

Para evitar excessos e abusos só se deve reputar 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. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.

Bernardo Castelo Branco (2006, p. 43) explica que o dano moral está relacionado diretamente à pessoa e a sua convivência em sociedade, e que o Direito, mesmo sem poder impedir a adoção de comportamentos lesivos ao outro, pode e deve estabelecer regras, de modo que passa a ser permitido ao ofendido invocar a atuação do Estado.

A reposição, portanto, não pode ser somente com relação ao “patrimônio desfalcado pelos efeitos de um determinado comportamento lesivo, na tímida tentativa da ordem normativa de restabelecer o *status quo* modificado pela ação ou omissão violadora”. (BRANCO, 2006, p. 43)

Pode-se dizer deste modo, que tão importante quanto os interesses puramente econômicos, são os prejuízos não econômicos, os quais estão relacionados diretamente ao

patrimônio moral do ofendido. Vale ressaltar que os prejuízos não econômico, ditados como danos morais, podem ser resumidos na expressão “direitos da personalidade”.

Humberto Theodoro Júnior (2010, p. 2) relata de forma sintetizada que os danos morais são “os ocorridos na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana, ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua”.

3.1.2 Os danos morais ou afetivos

Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 388) ao conceituar os danos morais afirma que:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

Os ataques a esses bens, conforme explica Santos (2011, p. 183) “embora não produzam desfalque econômico para a vítima, traduz-se em uma perda para a sua personalidade”. Essa perda por estar diretamente relacionada à pessoa humana, e consequentemente, por ser esta o objeto central de proteção pelo Direito, passou a ser objeto de proteção pela doutrina e a jurisprudência.

Os danos morais, quando analisados por este ângulo, são danos à estrutura da vítima, e isso possibilita a existência da denominação “danos afetivos”. Romualdo Baptista dos Santos (2011, p. 183) explica melhor esta questão:

Entendemos que os ataques à estrutura afetiva podem ser *direitos* quando a agressão atinge diretamente a pessoa da vítima, provocando sentimento de indignação e revolta; ou *indiretos*, quando incidem sobre a perda de uma pessoa da família ou um objeto de valor afetivo.

Por este motivo é que se torna possível afirmar que ao existir um dano decorrente de um ataque direto aos danos da personalidade, ou mesmo do rompimento afetivo, o abandono afetivo é matéria que deve ser analisada sobre o prisma da responsabilidade civil.

3.1.3 Configuração do dano moral no plano do ato ilícito

A partir da Constituição de 1988 admitiu-se precisamente a reparação do dano moral, especialmente em seu artigo 1º, inciso III ao determinar a dignidade da pessoa humana como um dos principais fundamentos do país.

Nossa legislação, conforme explica Branco (2006, p. 47) “paulatinamente absorveu o princípio constitucional da reparação do dano moral, que culminou na sua adoção de forma expressa pelo artigo 186 do Código Civil de 2002”.

Humberto Theodoro Júnior (2010, p. 2) explica de maneira sucinta a existência do dano moral no plano do ato ilícito:

No convívio social, o homem conquista bens e valores que formam o acervo tutelado pela ordem jurídica. Alguns deles se referem ao patrimônio e outros à própria personalidade humana, como atributos essenciais e indisponíveis da pessoa. É direito seu, portanto, manter livre de ataques ou moléstias de outrem os bens que constituem seu patrimônio, assim como preservar a incolumidade de sua personalidade.

Isso não é e não pode ser diferente na esfera das relações de família, ainda que essa questão não tenha sido pacificada pelos Tribunais. Bernardo Castelo Branco expõe seu entendimento de maneira clara e precisa:

Deve-se, portanto, abandonar a ideia de que a aplicação das normas de responsabilidade civil na esfera das relações de família, pelo infundado temor de destruição dos vínculos afetivos que caracterizam essa forma especial de relacionamento humano, representaria um risco à instituição familiar. (BRANCO, 2006, P. 52)

De modo geral, portanto, percebe-se que é totalmente possível atribuir a responsabilidade por dano moral nas relações paterno-filiais, como por exemplo, se estas caracterizarem efetiva violação dos direitos da personalidade inerentes ao filho, isto é, nos casos em que resta configurado o abandono moral, mais precisamente, a falta de assistência afetiva.

3.2 A tutela jurídica da afetividade

Romualdo Baptista dos Santos (2011, p. 171) explica as diversas graduações da afetividade. Vejamos:

É o conjunto dos afetos, ou seja, das emoções, dos sentimentos e das paixões que integram a esfera psíquica da personalidade; é constitutiva dos seres humanos; é expressão do ser; desenvolve-se desde a primeira infância até a idade adulta, projetando os seres humanos para a vida em sociedade.

Como pode ser visto na síntese realizada pelo autor, a estrutura afetiva é muito importante para o desenvolvimento da personalidade humana e está totalmente relacionada as suas condutas. Por este motivo é que os aspectos afetivos passaram a ter um valor a ser preservado pelo Direito.

3.2.1 A quantificação dos danos morais ou danos afetivos

A quantificação dos danos morais tem sido um dos problemas mais árduos da teoria e da prática da responsabilidade civil. Isso porque neles estão presentes somente aqueles bens de natureza intangível que dizem respeito mais diretamente à existência da pessoa, de modo que não se tem um valor econômico imediato.

Romualdo Baptista dos Santos (2011, p. 189) disserta a respeito da natureza dos danos morais:

Os danos morais não podem ser substituídos por outros equivalentes, já que não tem preço, mas possuem valor, significado ou dignidade. É bem por isso que a doutrina sustenta a impossibilidade de indenização dos danos morais, mas tão somente a sua reparação, mediante a concessão de um benefício não idêntico, mas de valor ou de dignidade semelhante.

A questão que surge por conta da impossibilidade de quantificação objetiva dos danos morais é a dúvida por qual mecanismo deve se proceder para a sua quantificação, já que ela é necessária em muitos casos concretos. O Código Civil atual não traz nenhuma disposição específica a respeito e esta falta se remete a um vazio legislativo.

A jurisprudência então vem preenchendo de alguma forma esta omissão com base nos artigos 953 e 954 do CC/02. Segundo Romualdo Baptista dos Santos (2011, p. 189) tanto a doutrina quanto a jurisprudência tem pacificado certo entendimento:

O valor da reparação de danos morais deve ser fixado mediante arbitramento judicial. Ademais, considerando que a Constituição assegura o direito a reparação relacionada com a violação dos direitos da personalidade (art. 5, V e X), não se justifica o descumprimento desses preceitos constitucionais por falta de previsão legal sobre o modo de se estabelecer o valor da reparação.

Logo é sabido, portanto, que o arbitramento do valor da reparação fica a cargo do juiz. No entanto, outro questionamento surge a partir disto, pois, não se sabe certamente quais os critérios que devem orientar esta operação.

Ao observar o art. 944, caput, do Código Civil, tem-se que “a indenização se mede pela extensão do dano”. Em vista deste dispositivo, é possível afirmar que “os danos afetivos podem ser presumidos em relação à existência, mas não no que se refere à extensão”. (SANTOS, 2011, p. 190) Isso significa dizer que os danos morais ou afetivos são inerentes ao próprio fato, ou seja, a vítima deve alegar e provar ao juiz a extensão dos danos e consequentemente a intensidade do abalo sofrido.

O juiz, no entanto, deve se atentar ao fato de que a sua decisão não é arbitrária e muito menos subjetiva. Por este motivo também, ele deve se basear no caso concreto, de modo que todas as circunstâncias devem ser analisadas individualmente e precisamente, e ao final, ao decidir, é de extrema necessidade a sua fundamentação.

Maria Helena Diniz (2001, p. 266 – 267) propõe para essa questão:

Na quantificação do dano moral, o arbitramento deverá, portanto, ser feito com bom senso e moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, à gravidade da ofensa, ao nível socioeconômico do lesante, à realidade da vida e às particularidades do caso *sub examine*.

Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 414) afirma a respeito da quantificação do dano moral:

Os principais fatores a serem considerados são: a) a condição social, educacional, profissional e econômica do lesado; b) a intensidade de seu sofrimento; c) a situação econômica do ofensor e os benefícios que obteve com o ilícito; d) a intensidade do dolo ou o grau de culpa; e) a gravidade e a repercussão da ofensa; e f) as peculiaridades e circunstâncias que envolveram o caso, atentando-se para o caráter antissocial da conduta lesiva.

Conclui-se, com isso, que é possível quantificar o abalo psíquico sofrido pela vítima, desde que o magistrado se atente ao *caso sub judice* e o analise de maneira imparcial. Friza-se novamente que é muito importante que qualquer ato ou decisão tomada pelo Poder Judiciário seja fundamentado.

3.2.2 Condições para imputação da responsabilidade civil por abandono afetivo

Há algumas condições que devem ser seguidas e respeitadas para que seja configurada a responsabilidade civil por abandono afetivo. Diante disso, necessário se faz verificar uma a uma.

A primeira condição dentre elas é a possibilidade do sujeito passivo da demanda ser o pai ou a mãe, biológico ou civil, ou mesmo um terceiro que tenha a guarda da criança de maneira formal. No entanto, ao tratar-se de terceiro algumas averiguações devem ser feitas, como por exemplo, em quais condições a guarda foi expedida.

Subsequentemente, faz-se necessário o reconhecimento da paternidade, maternidade ou do encargo de guardião, o qual é comprovado por meio da certidão de nascimento ou termo judicial de guarda. Entretanto, isso se torna frágil no momento em que não há registro, mas se reconhece publicamente a paternidade por meio de atos inerentes a sua função.

Em seguida, é primordial que a figura paterna ou materna assuma suas funções perante à criança, conforme explica Aline Biasuz Suarez Karow (2012, p. 227):

Justamente o dano se configura em função da ausência do paradigma, da direção, do acompanhamento do desenvolvimento da personalidade, psíquico e emocional. Portanto, é necessário que o encargo não seja assumido por outra pessoa, podendo ser uma causa de exclusão da responsabilidade civil.

Por fim, é indispensável que todos os danos causados pelo abandono afetivo dos pais perante seus filhos sejam comprovados processualmente, “através de prova pericial, prova testemunhal, prova documental ou mesmo por intermédio do depoimento sem dano e até de prova emprestada de outros processos”. (KAROW, 2012, p. 225)

3.3 Comentários à decisão do STJ de 24.04.2012 RESP. 1159242/SP

O Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão nos autos do Recurso Especial 1159242/SP, julgado em 24/04/2012, reconhecendo pela viabilidade da reparação civil por abandono afetivo nas relações paterno-filiais.

A ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais foi ajuizada pela filha em desfavor de seu pai, por ter sofrido abandono material e afetivo durante sua infância e juventude.

Em primeira instância, o juiz sentenciou pela improcedência do pedido, ao fundamento de que o distanciamento entre pai e filha decorreu do comportamento agressivo da mãe em relação ao ex-marido.

A filha interpôs Recurso de Apelação à decisão, e a ele foi dado provimento pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. O abandono afetivo foi reconhecido e fora fixada uma compensação por danos morais em R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais).

O caso traz a seguinte ementa:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. FILHA HAVIDA DE RELAÇÃO AMOROSA ANTERIOR. ABANDONO MORAL E MATERIAL. PATERNIDADE RECONHECIDA JUDICIALMENTE. PAGAMENTO DA PENSÃO ARBITRADA EM DOIS SALÁRIOS MÍNIMOS ATÉ A MAIORIDADE. ALIMENTANTE ABASTADO E PRÓSPERO. IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-SP, Relator: Daise Fajardo Nogueira Jacot, Data de Julgamento: 26/11/2008, 7ª Câmara de Direito Privado B)

Inconformado com a decisão, o pai então interpôs Recurso Especial, sustentando que não abandonou a filha, e que, se assim tivesse procedido, esse fato não se revestiria de ilicitude, sendo possível somente como punição legal a perda do respectivo poder familiar.

A digníssima relatora Ministra Nancy Andrighi inicia o respectivo acórdão da seguinte forma: “sintetiza-se a lide em determinar se o abandono afetivo da recorrida, levado a efeito pelo seu pai, ao se omitir da prática de fração dos deveres inerentes à paternidade, constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável”. (BRASIL, 2012)

Aline Biasuz Suarez Karow (2010, p. 282) consegue circunscrever precisamente o que o respectivo acórdão retrata:

Veja que a decisão não é inflamada de discursos sensacionalistas, do tipo de o amor pode ser comprado, se a justiça pode obrigar alguém a amar, que o amor não tem preço, etc. O texto se limita basicamente à questão central, de forma extremamente técnica e objetiva justamente como devem emanar as decisões do Egrégio Tribunal.

No decorrer de seu voto, Nancy explica paulatinamente os motivos de sua decisão. Em um primeiro momento, a Ministra demonstrou a existência do dano moral nas relações familiares. Em seguida, ela explicou os elementos necessários à caracterização do dano moral. Posteriormente e, por fim, refletiu sobre o valor da compensação.

A primeira consideração relatada pela Ministra, qual seja, a existência do dano moral nas relações familiares, demonstra a possibilidade de aplicar nas relações familiares, mesmo

que elas envolvam nobres sentimentos, as regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar o dano.

A decisão prossegue, a partir disso, analisando a probabilidade da “perda do poder familiar”, conforme fora sugerido pelo pai da recorrida, como sanção. A Ministra Nancy Andriighi explica:

A perda do pátrio poder não suprime, nem afasta, a possibilidade de indenizações ou compensações, porque tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malcuidado recebido pelos filhos. (BRASIL, 2012, p. 4)

A perda do poder familiar, como pode ser visto, não é a medida mais adequada para reparar o abandono sofrido pela filha. A perda por si só do poder familiar não é capaz de preencher o descuido do pai diante da sua filha. Os pais devem alimentar, educar e dirigir os seus filhos, ou seja, criar efetivamente sua prole e não foi isso que o ora recorrente fez.

No curso do voto, a relatora passa a pronunciar sobre o instituto da responsabilidade civil, e sem delongas, explica os elementos da responsabilidade civil à frente dos valores familiares constitucionais:

É das mais mezinhas lições de Direito, a tríade que configura a responsabilidade civil subjetiva: o dano, a culpa do autor e o nexo causal. Porém, a simples lição ganha contornos extremamente complexos quando se focam as relações familiares, porquanto nessas se entremeiam fatores de alto grau de subjetividade, como afetividade, amor, mágoa, entre outros, os quais dificultam, sobremaneira, definir, ou perfeitamente identificar e/ou constatar, os elementos configuradores do dano moral. (BRASIL, 2012, p. 4)

Ao instituto da responsabilidade civil é possível relacionar a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo causal. Com relação aos dois primeiros, Nancy (BRASIL, 2012) se refere à importância do cuidado, e afirma que ele “não é apenas um fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania”.

Está neste ponto do voto da relatora Ministra Nancy o desfecho deste respectivo trabalho, pois, quando o cuidado é acrescido à categoria de obrigação legal – já que é ele que deixa a salvo a criança e o adolescente de toda forma de negligência (art. 227 da CF/88) – não há mais discussão com relação à impossibilidade de se obrigar a amar. Discute-se, a partir disso, a verificação do cumprimento ou não do dever de cuidar.

Conforme foi visto no início deste trabalho, a responsabilidade civil tem como elementos a conduta, o dano e o nexo causal. Por isso, ao estabelecer que o dever de cuidado quando negligenciado gera ilícito civil, passa a ser necessário estabelecer a existência de um dano e do nexo causal entre eles para que a indenização seja cabível.

Para a relatora Ministra Nancy (BRASIL, 2012), uma forma simples de verificar a ocorrência do dano e do nexo causal é a “existência de laudo formulado por especialista, que aponte a existência de uma determinada patologia psicológica e a vincule, no todo ou em parte, ao descuido por parte de um dos pais”.

Além disso, a relatora decidiu por reduzir o valor fixado pelo Tribunal de origem, por achar demasiadamente elevado, para a quantia de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), na data do julgamento realizado pelo Tribunal de origem (26/11/2008), corrigido desde então. O Recurso Especial ora comentado, portanto, foi julgado como parcialmente procedente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tanto a doutrina como a jurisprudência ainda não está pacificada com relação ao tema discutido neste trabalho. A responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo dos pais perante os seus filhos é um assunto polêmico, mas que, cada vez mais, tem enriquecido o Direito Brasileiro a partir dos estudos realizados pelos operadores da área.

Conforme foi explicado no decorrer do Capítulo 1, a responsabilidade civil com o passar do tempo sofreu alterações na ciência jurídica. Em um primeiro momento, ela imperava através da vingança coletiva, depois, evoluiu para a vingança privada, até que a reparação do dano através de força física não foi mais aceita.

Após este período, veio o da composição econômica. A reparação do dano então começou a ser realizada de acordo com a Lei de Aquília. Com isso é que a noção de culpa passou a ser utilizada como fundamento da responsabilidade. Após este período, o Estado passou a ser o encarregado pela função de punir os ofensores na órbita do sistema jurídico, e por isso é que surgiu a ação de indenização procedida da responsabilidade civil.

Necessário ressaltar que a responsabilidade civil tem como atribuição a reparação dos prejuízos causados a alguém e constitui uma relação obrigacional. Além disso, importante dizer também, que ela não se apresenta de uma única forma, mas por meio de diferentes espécies, como por exemplo, de maneira contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva.

No entanto, para que o causador do dano seja obrigado a indenizar a vítima, é imprescindível a existência de determinados elementos. São eles: conduta humana, dano causado, nexos de causalidade entre eles. Somente com a existência desses elementos é que passa a ser possível recompor o equilíbrio violado. Vale ressaltar que a culpa, segundo alguns doutrinadores, também faz parte dos pressupostos necessários.

Pode-se dizer que a reparação civil está diretamente relacionada ao interesse individual da pessoa, e por isso, não há motivos para que ela não esteja presente também no âmbito do Direito de Família. Essa questão por merecer uma devida atenção foi diretamente tratada no final do Capítulo 1.

Ficou sintetizada, nesta primeira parte do trabalho, a evolução histórica da responsabilidade civil e a sua devida importância para o Direito Brasileiro, especialmente no ramo do Direito de Família. Ademais, constatou-se que é totalmente justificável a responsabilização dos pais perante o abandono afetivo de seus filhos e que essa questão, mesmo que polêmica e controversa merece ser estudada a fundo.

O Capítulo 2, assim como os demais, é de extrema importância. No entanto, ele merece destaque, pois nele ficou demonstrada a importância da relação existente entre o Direito e a afetividade. Demonstrou-se que esta relação ficou ainda mais evidente após a constitucionalização do Direito de Família, já que a tendência no momento é a proteção da pessoa e da sua dignidade.

A afetividade por ser uma qualidade inerente aos seres humanos é o conjunto de afetos presentes em cada pessoa. Feita uma análise, foi possível perceber a presença deste elemento em diversos ramos do Direito, como por exemplo, no Direito Constitucional, no Direito Civil e principalmente no Direito de Família.

Chegou-se a conclusão de que a afetividade como elemento jurídico representa um elo que une as pessoas e que a partir dele é que se cria uma relação de parentesco entre elas. Notou-se também que o próprio conceito de família evoluiu com o passar dos tempos, e que atualmente, a família precisa estar sob a base do afeto.

Em sequência e de maneira breve, explicou-se as principais consequências geradas pelo abandono afetivo dos pais perante os seus filhos. Observou-se, a partir disso, que a intenção da reparação civil pelo abandono afetivo não existe como sendo uma obrigação de amar, mas sim de cuidado, que é razão de tudo.

No Capítulo 3, em contrapartida, a ideia foi unificar os dois primeiros capítulos a fim de demonstrar precisamente o entendimento coletado neste trabalho. Estudou-se o dano moral no tempo e no espaço, e ficou confirmada a relevância dos prejuízos econômicos, tanto quanto os prejuízos materiais.

Neste momento, afirmou-se a magnitude dos direitos da personalidade, de modo que ficou atestada a existência da denominação “danos afetivos”. Além disso, ficou relatada a existência do dano moral no plano do ato ilícito, e mais uma vez, afirmou-se a possibilidade e necessidade de aplicação da responsabilidade civil no âmbito familiar.

Feito isso, falou-se sobre a quantificação dos danos morais ou danos afetivos. Esta não foi uma tarefa fácil, já que a legislação não traz nenhuma regra a respeito. Mas, neste momento, surgiu outro problema, pois, não se sabe quais seriam os critérios a ser utilizados. Notou-se, portanto, que a quantificação deve ser feita pelo próprio juiz, de maneira subjetiva, analisando o caso concreto.

Por fim, e para finalizar o respectivo trabalho, foi realizada a análise de um julgamento que condenou o pai ao pagamento de indenização civil à filha devido a ocorrência de abandono afetivo. Aprecisou-se, mais uma vez, a importância do dever de cuidado e consequentemente da afetividade na relação paterno-filial.

Por todo o exposto acima, foi possível analisar que a afetividade pode sim ser considerada um elemento jurídico capaz de acarretar a responsabilização dos pais pelo abandono afetivo dos filhos. Pode-se dizer que o marco para essa mudança no ordenamento jurídico brasileiro foi a constitucionalização do Direito de Família.

No decorrer do trabalho ficou demonstrada a importância da dignidade da pessoa humana no Estado brasileiro, e por meio disso, foi possível afirmar que a falta de afetividade no ambiente familiar afeta diretamente a integridade da pessoa, especialmente da criança e do adolescente. Não há dúvidas de que isso possa ensejar a indenização civil.

Além disso, viu-se que a ideia da responsabilização civil não é somente o ressarcimento pelo dano, mas para que ela sirva também como uma forma de alerta para os pais, principalmente para que não continuem praticando o ato de não cuidar de seus filhos, já que essa omissão causa danos de forma direta a sua personalidade.

Necessário ressaltar, mais uma vez, a fim de concluir este trabalho, que a felicidade, alvo de todos os seres humanos, somente se torna completa quando há um verdadeiro elo entre os membros do grupo familiar. Felizmente, essa conexão é totalmente possível. Quando se tem cuidado, atenção e afeto não há barreiras que não possam ser superadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil no Direito de Família: Direitos fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano moral no Direito de Família**. São Paulo: Editora Método, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988**. Vade Mecum. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. **Código Civil**. Lei nº. 10.406 de 10 de Janeiro de 2003. Institui o código civil. Publicada no Diário Oficial da União em 11 de janeiro de 2002. Vade Mecum. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Civil e Processual Civil. Família. **Abandono Afetivo. Compensação por Dano Moral. Possibilidade**. REsp. n.º 1.159.242 – SP (2009/0193701-9). Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrida: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 24 de Abril de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012>. Acesso em: 14/10/2015.

BARROSO, Luís Roberto. **O neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**, in Jus Navigandi. Teresina, a. 9, n. 851, Nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito/2>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

BUENO, Silveira. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. Edição atualizada. São Paulo: FTD, 1996, p. 28.

CANEZIN, Claudete Carvalho; QUEIROZ, Renata Capriolli Zocatelli. **Da Importância do Afeto nas Relações Familiares**. Disponível em: <[http://www.bdr.sintese.com/NXT/gateway.dll?f=templates\\$fn=default.htm\\$vid=BDR:SP2](http://www.bdr.sintese.com/NXT/gateway.dll?f=templates$fn=default.htm$vid=BDR:SP2)>. Acesso em 23 jul. 2015.

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

DELGADO, Mário Luiz Régis. **Direitos da personalidade nas relações de família**. In: Pereira, Rodrigo da Cunha. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006,

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. v. 7, ed. 28ª, São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro:** teoria geral do direito civil. v.1. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro:** direito de família. v. 5, ed. 18, São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **O problema da liquidação do dano moral e o dos critérios para a fixação do “quantum” indenizatório,** *in* Atualidades jurídicas 2. São Paulo: Saraiva, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO PAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil:** direito de família, as famílias em perspectiva constitucional.v.6, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de Direito de Família.** Guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso. Porto Alegre: Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. **Direito de família.** 14 ed. Atualização de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** responsabilidade civil.v. 4, 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Direito Civil Brasileiro:** direito de família. v. 6, 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NOGUEIRA, José Antônio. As novas diretrizes do direito. *Revista do Direito*, p. 15, 1994.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Saraiva, 2000. p. 59.

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

REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. **O conceito de família e suas implicações jurídicas:** teoria sociojurídica do direito de família. Rio de Janeiro: Campus, 2009.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil:** direito de família. v. 6. 28 ed. Atualização de Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil – Volume 1.** Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A tutela jurídica da afetividade:** Os Laços Humanos como Valor Jurídico na Pós-modernidade. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral.** 7ª ed. Belo Horizonte: Editora DelRey. 2010.

TOLEDO, Iara Rodrigues de; SIMÕES, Melrian Ferreira da Silva. **O abandono afetivo e responsabilidade civil**, in KNOERR, Fernando Gustavo; KFOURI NETO, Miguel; SILVA, Marcos Alves da; GIBRAN, Sandro Mansur. Diálogos (Im)pertinentes. Responsabilidade Civil. 1ª ed. Curitiba: Instituto Memória Editora, 2014. p. 105-121.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. v. 4, 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

VERDÙ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Tradução e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo: Valorização Jurídica do Afeto nas Relações Paterno Filiais**. Curitiba: Juruá Editora, 2012.