



UNIFACS
UNIVERSIDADE SALVADOR
LAUREATE INTERNATIONAL UNIVERSITIES

UNIVERSIDADE SALVADOR
FACULDADE DE DIREITO

**RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO PATERNO
FILIAL**

Marcela Lemos Carvalho¹

SUMÁRIO:

1. INTRODUÇÃO. 2. TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL: BREVES NOTAS.
2.1. CONTEXTO HISTÓRICO E O MODELO DUALISTA: CULPA E RISCO. 2.2 FINALIDADE:
PEDAGÓGICA OU REPARADORA? 2.3. NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO. 2.4.
ELEMENTOS OU PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO
AFETIVO. 2.4.1. **Ato ilícito.** 2.4.2. **Dano.** 2.4.3. **Nexo de causalidade.** 2.4.4. **O papel da culpa na
responsabilidade civil.** 2.5 CAUSAS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE. **3. DIREITO
DE FAMÍLIA.** 3.1. CONCEITO DO DIREITO DAS FAMÍLIAS. 3.2. DAS ENTIDADES
FAMILIARES. 3.3. DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA E DOS DIREITOS DA
PERSONALIDADE. 3.3.1. **Dos direitos da personalidade.** 3.3.2. **Princípio da solidariedade
familiar (art. 3º, I, CF/88).** 3.3.3. **Princípio do maior interesse da criança e do adolescente (art.
227, caput, da CF/88, e arts. 1.583 e 1.584 do CC).** 3.3.4. **Princípio da afetividade.** 3.3.4.1.
Paternidade socioafetiva e a Súmula 301 do STJ. **4 RESPONSABILIDADE CIVIL POR
ABANDONO PATERNO FILIAL.** 4.1 AFETIVIDADE. 4.1.1 **O afeto na relação paterno-filial.**
4.2. ABANDONO AFETIVO. 4.2.1 **Efeitos do abandono afetivo.** 4.2.2 **Do reconhecimento da
responsabilidade civil por abandono paterno-filial.** 4.3. POSICIONAMENTOS DOS TRIBUNAIS.
4.4. PROJETOS DE LEI. **5 CONCLUSÃO**

RESUMO

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

¹Mestranda em Direito Administrativo na Universidade de Lisboa/PT; Advogada.

indispensável estudar a medida compensatória a ser aplicada nos casos de abandono por parte desses responsáveis.

Palavras-chave: Família. Pais. Amor. Abandono. Responsabilidade.

1. INTRODUÇÃO

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

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

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

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

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

A teoria surge, portanto, fundamentada no princípio da afetividade, ao lado de todos os princípios basilares do direito de família, o qual pode vir a ser enxergado como um subprincípio da dignidade da pessoa humana, ou uma extensão desse princípio maior do constitucionalismo brasileiro.

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

2. TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL: BREVES NOTAS

A vida do ser humano em sociedade, para que não atinja o chamado “estado de caos”, pressupõe a obediência a determinadas regras jurídicas, nas quais se encontram dispostas consequências atinentes às condutas escolhidas pelos homens. Na medida em que um dano vem a ser causado a um terceiro sujeito, o ordenamento jurídico brasileiro vem disponibilizar meios para que a parte prejudicada busque a reparação, isto é, o ressarcimento em face da lesão sofrida.

Hodiernamente, se tem reconhecido que o instituto jurídico da Responsabilidade Civil não pode, nem deve, permanecer atrelado, apenas, à noção do binômio dano-reparação, devendo, portanto, o ordenamento jurídico prever, além de formas de reparação ao prejuízo causado, mecanismos que venham a permitir à pessoa impedir que o dano venha se realizar, ou seja, a chamada “tutela inibitória”.

O Código Civil de 2002, em seu título reservado à responsabilidade civil (Título IX), dispõe, no seu art. 927, que “aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

O ato ilícito é compreendido como uma conduta praticada por determinado agente, um comportamento adotado em face de uma determinada ocasião, sendo ela omissiva ou comissiva, que venha a gerar prejuízo em face de outrem. Entende-se por ato ilícito comissivo aquele praticado através de uma ação humana, pela qual se direciona forças físicas ou intelectuais à realização de uma conduta, havendo, portanto, uma ação propriamente dita.

Por outro lado, haverá a ocorrência de um ato ilícito omissivo quando o agente, tendo o dever legal de agir para evitar o resultado, deixa de praticá-lo.

Qualquer sujeito que venha a ser vítima de um ato ilícito estará amparado pelo ordenamento jurídico, posto que tenha o direito de buscar a tutela jurisdicional com vistas ao ressarcimento de seus prejuízos. Admitida a referida premissa, surge o direito de indenização pelos danos sofridos, junto ao correlato dever de o agente reparar o prejuízo causado.

2.1. CONTEXTO HISTÓRICO E O MODELO DUALISTA: CULPA E RISCO

Nos primórdios dos povos, os homens costumavam resolver os conflitos surgidos entre eles, tão somente, de forma que fosse compensado o mal, por meio da vingança. Nas primeiras civilizações humanas, portanto, ainda não havia a idéia de reparação dos danos causados, mas sim uma idéia de retribuição do mal pelo mal. Não existiam regras ou limitações regulando a reparação desses danos.

O surgimento da “vingança privada” foi marcado pelo brocardo “olho por olho, dente por dente”, conforme dispõe Angelo Amado:

Surgiu a Lei de Talião. Este regramento passou a regulamentar a vingança privada, pregando que a reparação deveria ser “olho por olho, dente por dente”. Esta lei teve como objetivo coibir abusos, assim, o Ente maior intervinha apenas para declarar como e quando o lesado teria direito à

retaliação, estabelecendo certos limites. Com isso, o ofendido só poderia causar ao agressor um dano igual ao sofrido, sem quaisquer abusos²

O Estado aqui ainda não havia incorporado as vestes da opressão, surgindo, desta forma, a composição econômica pelos danos causados à parte que fora vítima da conduta lesiva. Nesta composição havia uma tentativa de acordo entre a vítima e o ofensor, para que se buscasse a reparação pecuniária do dano que se causou.

A posteriori, o Estado, já sob as vestes da soberania, passa a proibir que os ofendidos possam fazer justiça com as próprias mãos, tornando-se obrigatória a reparação de caráter econômico. O Estado, assim, passa a ser o responsável por fixar o valor da reparação para cada tipo de dano, passando a impor à vítima o valor estipulado previamente.

Neste contexto, surgiu o Código de Manu, sobre o qual Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka dispõe:

Esta foi a primeira codificação das leis e costumes hindus cronologicamente posterior ao Código de Hammurabi. Embora este último diga respeito menos indiretamente ao mundo ocidental – porque o mundo mesopotâmico teve, enfim, repercussões tanto no mundo grego quanto, de certa maneira, no mundo judaico -, o Código de Manu, codificação de diversos princípios brâmanes, representa a fundação de uma noção não violenta de compensação dos danos, porque substitui a prática da vingança pessoal ou do talião (que, evidentemente, também esteve presente nas origens tribais das sociedades hindus) pelo pagamento de uma soma em dinheiro.³

Em substituição à teoria do mal em face do mal, ou seja, da vingança por si só, surge a “Lex Aquilia de Damno”, a qual fixou suas bases em Roma e traz consigo a culpa como elemento caracterizador do instituto da responsabilidade civil, conforme trazido dos ensinamentos de Maria Helena Diniz:

A Lex Aquilia de damno veio a cristalizar a idéia 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

² ANGELO, Eduardo Murilo Amaro. **A responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo dos filhos e o princípio da dignidade da pessoa humana.** Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/328/321>. Acesso em: 20 ago 2013.

³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade Pressuposta.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 47/48 apud ANGELO, Eduardo Murilo Amaro. **A responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo dos filhos e o princípio da dignidade da pessoa humana.** Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/328/321>. Acesso em: 20 ago 2013.

qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem culpa. Passou-se a atribuir o dano à conduta culposa do agente.⁴

A herança romana é o ponto de partida do estudo, tratando-se um período no qual incidia a responsabilidade civil de maneira diferente da que ocorre no direito pátrio hodierno, no qual a responsabilidade é de cunho patrimonial.

Com efeito, no período romano, este instituto era aplicado com base na execução pessoal, isto é, a execução era dirigida à pessoa do executado, não havendo que se falar na incidência da responsabilização sobre os bens de propriedade do agente lesivo.

A teoria da irresponsabilidade civil foi a pioneira dentre as teorias do instituto. Esta teoria tinha como espinha dorsal a expressão “The king can do no wrong” (O rei não errava), já que era imersa no período absolutista, no qual o soberano era posto na sociedade como uma imagem sagrada e intangível, não havendo a possibilidade de ser responsabilizado por nenhum ato que viesse a praticar.

No Brasil, essa vertente viveu do período colonial ao início da República, estando presente nas Constituições do Império, de 1824, permanecendo na Constituição Republicana de 1891.

As teorias subjetivistas inovam ao inserir o elemento anímico da culpa na análise da responsabilização por parte do Estado.

Adentrando nas teorias objetivistas, a primeira a citar é a teoria do risco integral, que estabelece que o Estado possui o dever de indenizar em qualquer circunstância, ainda quando se trate de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior, ou seja, não se aceita nenhuma excludente de responsabilidade.

⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro. V.7. Responsabilidade Civil.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.10 apud ANGELO, Eduardo Murilo Amaro. **A responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo dos filhos e o princípio da dignidade da pessoa humana.** Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/328/321>. Acesso em: 20 ago 2013.

A segunda teoria a tratar, conhecida como teoria do risco social, descreve o dever do Estado em preservar a harmonia e estabilidade da sociedade através da reparação de eventuais danos gerados por particulares, sem prejuízo de eventual direito de regresso. Calcado no princípio da igualdade, a individualização perde lugar para a socialização que tem o dever de garantir e compensar.

A última teoria objetivista é a teoria do risco administrativo, a qual sustenta que o Estado é responsável pelo risco gerado por sua atividade administrativa. Todavia, admite a possibilidade de omissão da responsabilidade estatal, se houver a exclusão do nexo causal, ou seja, fato exclusivo da vítima, caso fortuito ou força maior e fato exclusivo de terceiro. Ressalta-se, contudo, que, se não existir ligação entre a atividade administrativa e a lesão, o Estado não será culpado.

Importante expor as especificidades das causas excludentes acima citadas. Quando ocorrer a culpa da vítima, é necessário diferenciar se a culpa é concorrente ou integral, isto é, a primeira se refere à culpa repartida entre o Estado e vítima, revertendo em uma indenização mitigada de acordo com o grau de culpa, enquanto a segunda pertence totalmente à vítima.

Há polêmica na doutrina sobre as excludentes da força maior e do caso fortuito. Com efeito, parte da doutrina considera as suas definições praticamente iguais, ao passo que outra parcela doutrinária as distingue.

Força maior seria considerada inopinada, inevitável e independente da vontade das partes, não provocando a responsabilização do Estado, devido à inexistência do nexo de causalidade entre a conduta administrativa e o dano.

Na hipótese de caso fortuito, por sua vez, a decorrência do dano advém de um ato humano ou falho da administração, podendo ser evitado e, por isso, não resultando em exclusão. Entretanto, se ocorrer uma associação do motivo de força maior com caso fortuito, assim expondo uma omissão, inércia ou falha de um poder público para efetuar um serviço, compreende-se uma transferência da responsabilidade objetiva para a aplicação da teoria da culpa do serviço público (*faute du service*) mesmo esta sendo anônima e não individualizada.

Submetida à mesma regra dos excludentes já explicitados, o ato de terceiros, não traz à tona a necessidade de se recorrer para a teoria do risco integral, pois há comprovação da culpa da administração pública.

A responsabilidade civil pode ser contratual (viola o diretamente o contrato e indiretamente a lei quando a norma atingida tiver natureza negocial, art. 389, 395, CC) ou extracontratual ou aquiliana (a norma jurídica diretamente violada for a lei, a norma agredida tiver natureza legal, art. 186, 187, 927 CC).

2.2 FINALIDADE: PEDAGÓGICA OU REPARADORA?

O instituto da responsabilidade civil tem por finalidade precípua o restabelecimento do equilíbrio violado pelo dano causado ao sujeito passivo da relação *in casu* estabelecida.

Kruger Filho aponta a finalidade da responsabilidade civil, demonstrando a imprescindibilidade do instituto para a concretização e eficácia das normas de Direito:

É precisamente para compelir os homens a observarem e respeitarem as regras de convivência, que lhes são impostas pelo Direito, que o instituto da responsabilidade tem a sua razão de ser e o seu fundamento, sendo que a sua finalidade é a de impedir a perpetração de danos à sociedade e aos indivíduos, isoladamente considerados, impondo as respectivas sanções pela inobservância dessas regras.⁵

O princípio que sustenta a responsabilidade civil contemporânea é o da *restitutio in integrum*, isto é, da reposição da parte prejudicada ao *status quo ante*. Neste diapasão, a responsabilidade civil possui dupla função na esfera jurídica do prejudicado: a) mantenedora da segurança jurídica em relação ao lesado; b) sanção civil de natureza compensatória.

A ofensa aos bens jurídicos pode gerar responsabilização, conforme lecionam Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze, em dois graus, sendo estes os de prevenção

⁵KRIGER FILHO, Domingos Afonso. **A responsabilidade civil e penal no Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000. P. 42)

no ordenamento jurídico pelo chamado Direito Penal ou, ainda, a busca incessante pela reparação dos danos causados pelo sujeito praticante da conduta lesiva.

Três funções se destacam no estudo do instituto da responsabilidade civil: função compensatória do dano à vítima, a punitiva do ofensor e a desmotivação social da conduta lesiva.

Quanto à função compensatória, esta é, sem dúvida, o objetivo precípua e a finalidade do instituto da responsabilização civil, tendo em vista representar a reposição do bem perdido, diretamente, ou, quando não mais possível, incide o ressarcimento pecuniário. O pagamento representará um *quantum* indenizatório que compense em montante equivalente ao valor do bem material ou do direito não calculável monetariamente.

De outro passo, secundariamente, surge a função punitiva do ofensor. Esta função é igualmente relevante, embora não represente a finalidade primária do instituto. A medida imposta ao ofensor, sem dúvidas, também virá a gerar no mesmo um efeito punitivo, persuadindo o agente lesivo a não mais agir de tal forma. Esta finalidade não é de relevância máxima, sendo admitida, inclusive, a sua não incidência quando se fizer possível a restituição do *status quo ante*.

A terceira função é a função pedagógica, de cunho socioeducativo, a qual representa a desmotivação social da conduta praticada. Esse fim associa-se à mesma idéia da função secundária, representando uma ramificação da mesma. Com tal medida se demonstra na sociedade quais condutas não serão toleradas, e indiretamente estabelece-se um equilíbrio e segurança galgado pelo direito.

O artigo 186 do Código Civil de 2002 dispõe que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Neste contexto, pode-se vislumbrar tanto a função reparadora quanto a pedagógica, no entanto, pode-se concluir que a responsabilidade civil tem por finalidade básica a

análise da obrigação de um agente “agressor” reparar o dano que causou a outrem, com fundamento nas normas dispostas no Direito Civil brasileiro hodierno.

2.3. NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO

A responsabilidade civil, assim como os contratos, também é fonte de obrigações. Neste sentido, a responsabilidade civil seria a obrigação decorrente do ato ilícito. Porém, é importante perceber que ato ilícito não gera, necessariamente, responsabilidade, e nem sempre a responsabilidade advém do ato ilícito.

Na teoria geral do Direito, responsabilidade é a consequência do descumprimento de um dever jurídico. Utiliza-se a responsabilidade também para quem deve cumprir o dever jurídico.

Os deveres jurídicos se ramificam em público e privado, administrativo, ambiental, penal, entre outros. A natureza da responsabilidade será determinada de acordo com o ramo do direito a que pertence a norma que foi violada. De um mesmo fato pode decorrer a violação de uma série de deveres jurídicos.

A responsabilidade civil se divide em responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual.

Os autores dos livros sobre responsabilidade civil por vezes dizem que a responsabilidade civil extracontratual não pressupõe a existência de relação jurídica anterior entre as partes, como acontece na responsabilidade contratual, a qual depende do contrato.

A responsabilidade civil extracontratual, também denominada de responsabilidade aquiliana, não presume relação jurídica pessoal anterior, o que não significa, porém, que ela nunca poderá vir a ocorrer.

A responsabilidade contratual, por sua vez, é aquela que decorre do descumprimento de obrigação decorrente de contrato, ao passo que a responsabilidade extracontratual é aquela que decorre de outros direitos civis que não decorrentes do contrato.

Na perspectiva do direito geral, a responsabilidade civil é o campo do direito que primeiro regula todas as situações do progresso humano.

Rodolfo Pamplona Filho afirma, neste sentido, que:

No caso da responsabilidade civil originada de imposição legal, as indenizações devidas não deixam de ser sanções, que decorrem não por força de algum ato ilícito praticado pelo responsabilizado civilmente, mas sim por um reconhecimento do direito positivo (previsão legal expressa) de que os danos causados já eram potencialmente previsíveis, em função dos riscos profissionais da atividade exercida, por envolverem interesse de terceiro.⁶

2.4. ELEMENTOS OU PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

A responsabilidade civil por abandono, assim como as outras modalidades de responsabilidade civil estudadas no ordenamento pátrio, em regra, possui elementos de caráter imprescindível, sem os quais não resta configurada a responsabilização do agente.

2.4.1 Ato ilícito

O ato ilícito é definido como um ato de vontade que viola um dever legal e, como ato, corresponde a uma ação que pressupõe uma conduta humana.

Há uma cisão na doutrina dividindo os autores clássicos e modernos no que diz respeito ao papel da culpa para a definição do conceito de ato ilícito. Os clássicos, apoiados em dados históricos, entendem que existe um vínculo direto entre a idéia de culpa e o conceito de ato ilícito.

A definição do ato ilícito imperava solitária diante de uma perspectiva subjetivada. O fator determinante de um delito não era apenas a ocorrência de conduta contrária ao direito, mas a imprescindível presença da culpa no comportamento lesivo, construindo um juízo de reprovabilidade, imputabilidade.

⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo curso de direito civil: Responsabilidade civil**. 9 ed. Saraiva. São Paulo: 2011. p. 61

Devido à evolução dos estudos doutrinários e com dispensa gradual pelas relações de massa, da prova e a da culpa, objetivando-as, surge uma nova vertente, qual seja, a concepção objetiva do ato ilícito. Sob esta ótica, a atuação ilícita reputada deve conter uma contrariedade ao direito ou um descumprimento jurídico (injusto típico), visando uma desconsideração do juízo de valoração do agente e rompendo os ‘grilhões’ da culpabilidade, assim fundamentando a responsabilidade civil objetiva.

2.4.2 Dano

O dano se torna um elemento fundamental porque, sem este, não se poderia falar em indenização ou ressarcimento. Com efeito, sem que tenha havido um danos, a indenização implicaria em enriquecimento sem causa.

O dano pode ser de origem patrimonial e dano moral. O dano material se subdivide em dano emergente e lucro cessante.

Dano emergente corresponde ao desfalque sofrido pelo patrimônio, ao passo que os lucros cessantes correspondem a um interesse ou bem futuro que, embora ainda não pertencesse à vítima, poderia ser alcançado caso a lesão não houvesse ocorrido. Imperioso destacar que, na compensação devida, só devem estar inclusos os danos emergentes e os lucros cessantes diretos e imediatos.

Dano moral seria aquele que não possui caráter patrimonial. São os bens que fazem parte da personalidade.

2.4.3. Nexo de causalidade

O terceiro elemento da responsabilidade civil é o nexo de causalidade, referente à necessidade de existir uma relação direta entre a causa e o dano ocasionado pela conduta ilícita do agente. Para que autor seja responsável pela ilicitude, é preciso que seu ato tenha uma vinculação com o dano ocorrido.

2.4.4. O papel da culpa na responsabilidade civil

A culpa é considerada um dos pressupostos da responsabilidade subjetiva. Anderson Schreiber a considera, por esta razão, “a categoria nuclear da responsabilidade civil concebida pelos juristas da Modernidade”⁷.

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

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

Leonardo Vieira Santos defende que a culpa poderia ser compreendida como “o erro de conduta do indivíduo que não se comporta da maneira normalmente esperada para evitar danos a terceiros, independentemente da efetiva materialização destes danos”⁸.

Anderson Schreiber, por sua vez, pontua que, ao definir a noção jurídica de culpa, muitos doutrinadores costumam se valer de elementos psicológicos ou anímicos. Esta atribuição de um caráter moral à noção de culpa, na visão do autor, influenciou profundamente a construção do sistema de responsabilidade civil, circunstância que teria dado origem a um verdadeiro obstáculo para a reparação dos danos⁹.

2.5 CAUSAS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE

Nem todo ato danoso é ilícito, assim como nem todo ato ilícito é danoso.

⁷SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 12.

⁸ SANTOS, Leonardo Vieira. **Responsabilidade Civil e a questão da Culpa no Direito Brasileiro**. Salvador: JusPodivm, 2008.

⁹ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 16.

A obrigação de indenizar só ocorre quando há por parte de alguma pessoa a prática do ato ilícito, o qual causa dano a outrem.

A ilicitude, porém, não está automaticamente atrelada à consequência indenizatória, podendo aquela receber outras consequências jurídicas. O art. 188, CC, inclusive, prevê hipóteses em que a conduta do agente, embora cause dano a outrem, não viola dever jurídico. O ato é lícito porque a lei o aprova.

Há dois tipos de excludentes de responsabilidade civil. Essa distinção é importante porque são razões diferentes que excluem a responsabilidade.

Com efeito, o sujeito pode não responder porque o ato não é ilícito ou mesmo porque não lhe deu causa. Quando se fala a respeito da excludente de responsabilidade, o que se está tratando, a rigor, é que não há obrigação de indenizar. Por outro lado, há as excludentes de ilicitude constantes do art. 188 do Código Civil de 2002, que dispõe o que não constitui ato ilícito.

O exercício regular de direito é a primeira excludente de ilicitude. Desta forma, da perspectiva daquele que pratica o ato lesivo, quando o interesse lesivo prevalecer sobre o interesse lesado configura-se o exercício regular de direito e, portanto, não há dano, o que vale também para o estrito cumprimento do dever legal.

O exercício regular de um direito, por fim, é o direito exercido regularmente, razoavelmente, de acordo com o seu fim econômico, social, a boa-fé e os bons costumes. Se o direito tem que ser exercido regularmente, pode se transformar em ato ilícito se e quando seu titular exceder, manifestamente, os limites estabelecidos pela lei, quando restará configurado, então, o abuso do direito.

É importante que se observe, neste contexto, que o mesmo raciocínio não se aplica à legítima, tendo em vista que esta nem sempre exclui a responsabilidade. Isto significa afirmar, portanto, que a legítima defesa, embora seja sempre uma excludente de ilicitude, nem sempre será excludente de responsabilidade.

O estado de necessidade ocorre quando alguém deteriora ou destrói coisa alheia, ou causa lesão em pessoa, a fim de remover perigo iminente. O ato pode vir a ser legítimo, situação em que somente insira-se nas circunstâncias em que o tornarem absolutamente necessário, não havendo, desta forma, excessos ante os limites do indispensável para remoção do perigo.

Caso a lesão causada pelo ato em estado de necessidade atinja o culpado pelo perigo, não haverá responsabilidade. Se, por outro lado, atingir terceiro inocente, este terá direito a indenização, a ser paga pelo autor do dano que terá direito de regresso contra o causador do perigo.

Há, ainda as chamadas excludentes de causalidade. Nesse diapasão, encontra-se caso fortuito ou a força maior. O CC não faz distinção os institutos, tratando-os como sinônimos.

A culpa exclusiva da vítima, outra modalidade de exclusão da responsabilidade por exclusão de causalidade, é causa de exclusão do próprio nexos causal. Nesse caso, o agente, aparente causador direto do dano, é mero instrumento do acidente. Para os fins de interrupção de nexos causal, basta que o comportamento da vítima represente o fato decisivo do evento.

Além da culpa exclusiva da vítima, também é causa de exclusão de responsabilidade por exclusão de causalidade o fato de terceiro. Só tem sentido ser alegado quando a conduta apontada como responsável tiver sido instrumental para o dano. Uma conduta de um terceiro faz da conduta de um intermediário o instrumento de um dano. O ato do terceiro pode ser a causa exclusiva do evento, afastando qualquer relação de causalidade entre a conduta do autor aparente e da vítima.

O fato de terceiro só exclui a responsabilidade quando rompe o nexos causal entre o agente e o dano sofrido pela vítima, havendo casos em que a própria lei e a jurisprudência não admitem o fato de terceiro como excludente de responsabilidade.

Insta salientar, por fim, que conforme o enunciado 443 da V Jornada de Direito Civil, “O caso fortuito e a força maior somente serão considerados como excludentes da

responsabilidade civil quando o fato gerador do dano não for conexo à atividade desenvolvida”.

3 DIREITO DE FAMÍLIA

3.1. CONCEITO DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

A família, em âmbito geral, vai abarcar todas as pessoas interligadas sanguineamente e que procedem, ainda, de um tronco ancestral comum, bem como as pessoas unidas por afinidade ou na adoção.

O direito das famílias, direito relativo que envolve inteiramente o sujeito passivo, é o ramo do direito responsável pelo estudo das relações das famílias, as quais são a entidade máxima do Estado, a célula mater da sociedade, conforme previsões constitucionais e legais.

Os direitos de família, em regra, não patrimoniais, nascem do fato de uma pessoa pertencer à determinada família, seja na qualidade de cônjuge, pai, filho ou qualquer outra denominação aqui inserta, tendo uma finalidade ética e social. O conteúdo das normas de direito de família abrange o Direito Matrimonial; o Direito Convivencial (Família da União Estável – Família da União Livre); o Direito Parental de Família; bem como o Direito Assistencial de Família, tendo como institutos a serem estudados o casamento, a união estável, as relações de parentesco, a filiação, os alimentos, o bem de família e a tutela, curatela e guarda.

Carlos Roberto Gonçalves conceitua o instituto:

O direito de família é, de todos os ramos do direito, o mais intimamente ligado à própria vida, uma vez que, de modo geral, 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.¹⁰

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de Direito Civil: Família**. São Paulo, Editora Saraiva, 2011.

3.2. DAS ENTIDADES FAMILIARES

Originariamente, o casamento realizado no Brasil era religioso e indissolúvel, atuando, ainda, como mecanismo de reparação civil da honra da mulher. Com o tempo, surge o fenômeno da laicização, isto é, a separação entre a figura do Estado e da igreja. Neste processo, começa-se a imaginar novas formas de se compreender as relações de família.

Apesar de toda a mudança no decorrer dos anos, foi apenas com a Constituição Federal de 1988 que se viu a família de maneira plurifacetária. Com efeito, a família, hodiernamente, é caracterizada como uma entidade despatrimonializada, plural, desbiologizada, isonômica, democratizante e não mais patriarcal, rompendo os paradigmas anteriores a 1988, quando a entidade familiar era matrimonializada, heterossexualizada, biologizada, hierarquizada, não democratizante e patriarcalizada.

Com bem preleciona Paulo Luiz Neto Lôbo:

Várias áreas do conhecimento, que têm a família ou as relações familiares como objeto de estudo e investigação, identificam uma linha tendencial de expansão do que se considera entidade ou unidade familiar. Na perspectiva da sociologia, da psicologia, da psicanálise, da antropologia, dentre outros saberes, a família não se resumia à constituída pelo casamento, ainda antes da Constituição, porque não estavam delimitados pelo modelo legal, entendido como um entre outros.¹¹

3.3. DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA E DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os princípios são elementos basilares nos estudos jurídicos, representando preceitos de alto grau de abstratividade.

3.3.1. Dos direitos da personalidade

¹¹ LOBO, Paulo Luiz Neto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus.** Elaborado em 10/2001. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/2552/entidades-familiares-constitucionalizadas>. Acesso em: 27 ago 2013.

Os direitos da personalidade foram analisados pelos estudiosos do Direito Natural clássico, estudo que teve como marco inicial Aristóteles, seguido de Tomás de Aquino, dentre outros, mas perpetua-se, existindo até os dias atuais. Para os defensores desse direito, os direitos da personalidade seriam *inatos*, opinião que não é aceita pelos juristas que, com o Renascimento, secularizaram o Direito, colocando o ser humano no centro do mundo geral das normas ético-jurídicas.

Essa é a ideia que Miguel Reale¹² traz em seu texto, falando que, para eles trata-se de *categorias históricas* surgidas no espaço social, em contínuo desenvolvimento. Não cabia ao legislador da Lei Civil tomar partido ante essas divergências teóricas, ainda que fazendo referência também ao Direito Natural Transcendental, na linha de Stammler ou de Del Vecchio.

Hodiernamente, já se pacificou o entendimento que os direitos da personalidade, em sua singularidade, representam um valor fundamental.

Miguel Reale bem define o instituto, ao afirmar que:

Como já disse, cada direito da personalidade se vincula a um *valor fundamental* que se revela através do processo histórico, o qual não se desenvolve de maneira linear, mas de modo diversificado e plural, compondo as várias *civilizações*, nas quais há *valores fundantes* e valores acessórios, constituindo aqueles as que denomino *invariantes axiológicas*. Estas parecem inatas, mas assinalam os momentos temporais de maior *duração*, cujo conjunto compõe o *horizonte* de cada ciclo essencial da vida humana. Emprego aqui o termo horizonte no sentido que lhe dá Jaspers, recuando à medida que o ser humano avança, adquirindo novas idéias ou ideais, assim como novos instrumentos reclamados pelo bem dos indivíduos e das coletividades.¹³

Os direitos da personalidade são direitos de caráter irrenunciável e intransmissível, em conformidade com a disposição do art. 11 do Código Civil de 2002, o que significa que nunca caberá afastamento volitivo de tais direitos.

Roxana Borges afirma, ainda, que:

Embora o Código Civil brasileiro atribua personalidade jurídica a todos os seres humanos e, além destes, a algumas entidades abstratas (pessoas

¹² REALE, Miguel. **Os direitos da personalidade.** Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>. Acesso em: 27 ago 2013.

¹³ REALE, Miguel. **Os direitos da personalidade.** Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>. Acesso em: 27 ago 2013.

jurídicas), é preciso observar que as consequências da atribuição de personalidade jurídica a seres humanos e abstrações são diferentes (...). Os direitos de personalidade são próprios apenas dos seres humanos¹⁴.

Por outra parte, a transmissibilidade dos direitos da personalidade somente pode ocorrer em casos excepcionais, como naqueles envolvendo os direitos patrimoniais do autor. De qualquer forma, não cabe limitação permanente e geral de direito da personalidade, o que está previsto no Enunciado nº 4, aprovado na I Jornada CJF, o qual prevê que: "Art.11: o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral".

Insta salientar, a previsão do art. 12 do CC, o qual traz o princípio da prevenção e da reparação integral nos casos de lesão aos direitos da personalidade. Lembre-se que a aplicação da súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça continua apta, a qual prevê que é possível cumulação de pedido de reparação material e moral, numa mesma ação.

Flávio Tartuce afirma, neste sentido:

Encerrando, acreditamos que o novo Código Civil não supre todo o tratamento esperado em relação aos direitos da personalidade, que sequer podem ser concebidos dentro de um modelo ou rol taxativo de regras e situações. De qualquer forma, os onze artigos que constam da atual codificação privada já constituem um importante avanço quanto à matéria, merecendo estudo aprofundado pelos aplicadores do direito.¹⁵

3.3.2. Princípio da solidariedade familiar (art. 3º, I, CF/88)

A solidariedade social é o objetivo fundamental do Brasil, conforme o art. 3º, I, da Constituição da República Federativa do Brasil, no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária. A Convenção internacional sobre os Direitos da Criança inclui a solidariedade entre os princípios a serem observados, o que também se reproduz no art. 4º do Estatuto da criança e do adolescente. Ser solidário significa preocupar-se com o outro, ou seja, ajudar.

¹⁴BORGES, Roxana. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

¹⁵ REALE, Miguel. **Os direitos da personalidade**. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>. Acesso em: 27 ago 2013.

O instituto da solidariedade do núcleo familiar é a ajuda recíproca dos cônjuges e companheiros, principalmente quanto à assistência moral e material. Ambos os pais tem a responsabilidade de cuidar, educar, arcar com os custos, enfim, atuar perante os filhos, até que eles atinjam a maioridade.

Nesse diapasão, abrange-se, ainda, a solidariedade patrimonial, ampliando a responsabilidade que decorre da escolha dos consortes, também prevista no Código Civil/2002, com base na qual ainda que o cônjuge tenha sido culpado pelo fim do relacionamento, haverá a faculdade do mesmo pleitear os alimentos imprescindíveis à sua sobrevivência ao outro cônjuge. Para tal, há alguns requisitos que devem ser cumpridos, quais sejam a falta de condição laborativa da parte solicitante, bem como a falta de parentes que possam arcar com os custos da parte.

3.3.3. Princípio do maior interesse da criança e do adolescente (art. 227, caput, da CF/88, e arts. 1.583 e 1.584 do CC)

O princípio do maior interesse da criança e do adolescente é de origem inglesa, do *parens patriae*, como prerrogativa do rei em proteger os que não tinham como o fazê-lo em causa própria. Esse princípio representa uma diretriz determinante nas relações dos pais perante seus filhos menores e não emancipados, bem como a relação da sociedade e do Estado para com esses menores em formação.

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

O Direito Civil também trata do princípio do maior interesse, sendo a proteção integral percebida pelo mesmo, encontrando-se previsto nos arts. 1.583 e 1.584, oriundos da I jornada de direito civil, a qual em seus enunciados 101 e 102, respectivamente, trata dos artigos alhures indicados.

Esses dispositivos legais reconhecem e regulamentam a guarda do menor, em âmbito de autoridade parental. Os princípios em comento foram alterados em 2008, pela lei

11.698, que determinou a guarda compartilhada como a regra geral, desconstruindo a idéia de que seria o mais coerente como padrão, a chamada guarda unilateral, exercida por apenas um dos responsáveis do menor, ficando a cargo do outro a regulamentação de visitas.

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

O Princípio do melhor interesse significa que a criança – incluído o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos direitos da Criança – deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade. Em verdade ocorreu uma completa inversão de prioridades, nas relações entre pais e filhos, seja na convivência familiar, seja nos casos de situações de conflitos, como nas separações de casais. O pátrio poder existia em função do pai; já o poder familiar existe em função e no interesse do filho. Nas separações dos pais o interesse do filho era secundário ou irrelevante; hoje, qualquer decisão deve ser tomada considerando seu melhor interesse.¹⁶

Diante do quanto exposto, o desafio é converter a população das crianças e adolescentes em sujeitos de direito, efetivamente, não os tratando, neste diapasão, como objeto passivo, mas sim passando a vê-los como titulares de direitos juridicamente protegidos, como bem leciona Tânia da Silva Pereira, em “O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática”, citada na obra de Paulo Lôbo, “Famílias”.

3.3.4. Princípio da afetividade

A função da família antiga era, essencialmente, a de procriar, no entanto, hodiernamente, a função é afetiva. Nesse diapasão eis que emergem a diversidade das entidades familiares hoje estudadas.

A sócio-afetividade é um instituto estudado em inúmeras esferas de análise das famílias, o que é visto na I jornada de direito civil, no enunciado 103, o qual dispõe:

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

¹⁶ LOBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil: Famílias**. 2. Ed. Saraiva. São Paulo: 2009.

É importante destacar, neste contexto, que o Superior Tribunal de Justiça entendeu, em julgamento sobre o tema, que o pai não é obrigado a conviver com o filho, inexistindo ato ilícito neste caso, e que o afeto não pode ser indenizável.

3.3.4.1. Paternidade socioafetiva e a Súmula 301 do STJ

Com a evolução do instituto das famílias, já vista, ampliou-se o conceito de entidade familiar, o que faz com que esse conceito de paternidade afetiva ultrapasse as barreiras da consanguinidade, tratando, genericamente, da constituição da convivência familiar.

A Súmula 301 do STJ dispõe que:

Ação Investigatória - Recusa do Suposto Pai - Exame de DNA - Presunção Juris Tantum de Paternidade

Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade.

Tendo em vista a evolução do direito das famílias, resta equivocado o disposto em tal súmula, posto parta de pressuposto falso, qual seja a identidade da paternidade com a origem genética, desconsiderando o paradigma atual da socioafetividade.

Paulo Luiz Netto Lôbo dispõe, neste sentido:

O enunciado, aparentemente, procura ater-se à formação de prova, no campo processual, mas suas conseqüências vão além, atingindo o direito material e tornando *tabula rasa* a evolução antes demonstrada. Parte do lamentável equívoco de que paternidade biológica é a única que importa, desconsiderando a mudança de paradigmas que se operou no direito brasileiro, em total desconhecimento de sua natureza socioafetiva. Se o exame de DNA concluir que A é genitor de B então a paternidade estaria definida. Por outro lado, induz o réu a produzir prova contra si mesmo, invertendo um princípio que resultou da evolução do direito e da emancipação do homem. Confunde investigação da paternidade com o direito da personalidade de conhecimento da origem genética. Cria desnecessariamente mais uma presunção no direito de família: a da confissão ficta ou da paternidade não provada. Não faz referência às demais provas indiciárias, que contribuam para o convencimento do juiz. Não ressalva o estado de filiação já constituído, cuja história de vida é desfeita em razão da presunção de paternidade biológica.¹⁷

4 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO PATERNO FILIAL

¹⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8333>>. Acesso em: 02 set 2013.

A responsabilidade civil, como já esposado em tópico anterior, é a responsabilização de um agente em face de uma conduta ilícita praticada, a qual ocasionou um dano a outrem, havendo nexo de causalidade entre os elementos da conduta humana praticado e o dano ocasionado, independente da sua natureza.

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

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

4.1. AFETIVIDADE

A afetividade é um princípio genérico no ordenamento pátrio, o qual não está previsto explicitamente na Constituição Federal brasileira, mas pode ser claramente visualizado implicitamente nas disposições constitucionais, o que fora resultado da evolução do direito de família pátrio, bem como de previsões especiais.

A igualdade filial é um dos preceitos-base da afetividade, ao assegurar uma isonomia entre os filhos, independente de suas origens. Ao lado da igualdade filial tem-se a convivência familiar como prioridade absoluta das crianças e dos adolescentes, bem como a adoção e a dignidade de família constitucionalmente protegida estendida às famílias monoparentais, incluindo a adotiva.

O instituto, enquanto balizador do direito de família pode ser visualizado tanto nas relações conjugais, quanto nas relações entre pais e filhos. Quanto ao princípio da afetividade em âmbito filial, pode-se afirmar que ele é permanente, ao passo que nas relações maritais ele perdura enquanto persistir a convivência.

4.1.1 O afeto na relação paterno-filial

“O vínculo familiar constitui mais um vínculo de afeto, do que um vínculo biológico”.¹⁸ Essa afirmação de João Batista Villela, data de 1979, mas continua sendo uma denominação hodierna e sem dúvida aplicável ao ordenamento pátrio moderno, o qual é construído sob a égide da parentalidade socioafetiva.

Diferente do que muitos estudiosos acreditam, o afeto não pode ser considerado sinônimo do princípio da afetividade.

Roberto Shinyashiki, psiquiatra, conceitua o papel dos pais, afirmando que “Ser pai é apresentar ao convidado não só o mundo e as pessoas, mas também a si mesmo – seus sentimentos, seu jeito de ser, de agir – e depois, respeitosamente, deixá-lo escolher a melhor maneira de curtir sua viagem ao planeta”¹⁹.

4.2. ABANDONO AFETIVO

O abandono afetivo pode ser definido, como bem define Sérgio Sérvulo da Cunha:

“Com respeito a pessoas, ilícito praticado por quem tem dever de guarda ou assistência (CC 1.573-IV; CP 133, 134)”²⁰.

Rodrigo da Cunha Pereira foi um dos pioneiros no tratamento da abordagem ao analisar o caso primário na jurisprudência da Corte Superior brasileira:

Será que há alguma razão/justificativa para um pai deixar de dar assistência moral e afetiva a um filho? A ausência de prestação de uma assistência material seria até compreensível, se se tratasse de um pai totalmente desprovido de recursos. Mas deixar de dar amor e afeto a um filho... não há razão nenhuma capaz de explicar tal falta.²¹

4.2.1 Efeitos do abandono afetivo

¹⁸ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. Método. São Paulo: 2011, p. 992.

¹⁹ SHINYASHIKI, Roberto. **Pais e filhos: companheiros de viagem**. 38ª Ed. Editora Gente. São Paulo: 1992.

²⁰ CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Dicionário compacto do direito**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 01.

²¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Nem só de pão vive o homem: Responsabilidade civil por Abandono Afetivo**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=392>. Acesso em: 21 set. 2012. Apud GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional*. 2. ed. rev. Saraiva. São Paulo: 2012, p. 740.

Há teorias no estudo da psicologia concernentes à consequência da omissão paterna na vida dos filhos, durante a sua formação, seja do sexo feminino, seja do sexo masculino.

O abandono por parte dos responsáveis de um ser humano em formação, inúmeras vezes é a causa impulsionadora do desvirtuamento do caminho dessa pessoa, posto que o fato do pai ou da mãe abandonar o filho no plano do afeto é o mais grave de todos os pecados. Esse desvirtuamento por vezes traz prejuízos à sociedade. O filho (a) por não encontrar amor, atenção e apoio dos genitores, acaba por buscar novos focos, como as drogas, como válvula de escape para as suas frustrações.

4.2.2 Do reconhecimento da responsabilidade civil por abandono paterno-filial

Apesar do reconhecimento da responsabilização civil por abandono paterno filial ser algo controvertido no direito de família contemporâneo, para parte dos estudiosos faz-se perfeitamente possível o cabimento da indenização, eis que o pai ou a mãe tem o dever de gerir a educação do filho, conforme artigo 229 da CF/1988 e o artigo 1.634 do Código Civil. A violação desse dever poder gerar um ato ilícito, nos termos do artigo 186 do Código Civil, se provado o dano à integridade psíquica.

Aqueles que defendem o reconhecimento da responsabilidade civil fundamentam seu posicionamento no sentido de que a negativa do afeto por parte dos pais responsáveis, que viesse a gerar sequelas psicológicas e morais, devidamente comprovadas, deveria consequentemente gerar responsabilização perante o filho abandonado, posto que configurasse um ato contrário ao direito pátrio.

É de uma obviedade ímpar que a caracterização da responsabilidade paterno filial gera uma obrigação de caráter pecuniário, o qual não conseguirá suprir as necessidades reais do filho, vítima da conduta dos pais ausentes.

A fixação desse *quantum* indenizatório, no entanto, tem o condão de cumprir com a função pedagógica e reparadora do instituto da responsabilidade civil, de maneira incisiva e acentuada, devido à importância do instituto das famílias. Seria

contraditório, bem como ilógico, impor a um pai ou uma mãe responsável pelo comportamento danoso, apenas a perda do poder familiar, posto que isso configurasse nada além do que um favor ao genitor ausente, que supostamente sempre se comportou como a situação assim fosse desde antes da imposição da sanção ora rechaçada.

Adenáuer Novaes, psicanalista honrado, defende de maneira admirável a sua tese, unindo institutos jurídicos às teses psiquiátricas e espíritas. O psicanalista inicia sua defesa analisando a humanidade em conformidade com a aplicação da justiça, ao afirmar:

Nós ainda viveremos em um mundo em que todos seremos responsáveis por todos, não haverá criança abandonada e a justiça será baseada no amor e na mais profunda equidade. A justiça humana com todas suas dificuldades é a que mais se aproxima do divino, diz crer na justiça dos homens, porque acha possível.²²

Juridicamente falando, o ato de abandonar é não prover, educar, dar atenção, sobrevivência e carinho. A justiça tenta antecipar o que é da ordem do divino. Como bem afirma Adenáuer, seria bom se as leis se aproximassem cada vez mais do divino, mas ainda haverá uma humanidade regida por princípios.

Adenáuer Novaes, trazendo o lado psicológico e religioso da matéria, afirma:

Afeto em psicologia não é amar, é atenção, carinho, provimento, deve providenciar forma de minimizar a ferida. O dinheiro deveria ser destinado às perdas do abandono afetivo. Se não se sabe cuidar, o espírito é atrasado, precisa aprender, não precisa ser sendo abandonado, pode ser voltando-se para cuidar. O juiz deveria chamar as partes para conversar, na separação não se faz isso antes? São espíritos atrasados que botam filhos no mundo e não cuidam deles. Temos que cuidar e contar com a lei para haver essa conscientização.²³

4.3. POSICIONAMENTOS DOS TRIBUNAIS

No Brasil, com o passar do tempo, os Tribunais brasileiros vêm proferindo cada vez mais decisões tratando da responsabilização dos pais em decorrência do abandono.

²²NOVAES, Adenáuer; REIS, Nilza. **Danos morais decorrentes do abandono paterno filial**. Local: Centro espírita Lar e Harmonia, 2012.

²³NOVAES, Adenáuer. **Danos morais decorrentes do abandono paterno filial**. Local: Centro espírita Lar e Harmonia, 2012.

Tribunais como o do Rio Grande do Sul e o de Minas Gerais são destaques na matéria, conforme se verá a seguir.

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

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

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

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

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2012, surpreendeu o ordenamento jurídico pátrio, trazendo novo entendimento a respeito da matéria referente ao abandono paterno filial.

4.4. PROJETOS DE LEI

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

O Projeto de Lei 700/07, do Senado, proposto pelo senador Marcelo Crivella (PRB-RJ), se encontra tramitando perante a Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa. Esse projeto baseia-se na noção de responsabilidade parental, analisando aí os princípios como o melhor interesse da criança e artigos de leis.

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

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

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

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

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

5 CONCLUSÃO

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

Insta salientar que o mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não deverá constituir, por si só, situação capaz de gerar a indenização por dano moral, constituindo antes um fato da vida, como bem afirma o TJRS.

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

Essa análise não é eminentemente jurídica, mas sim irrestrita e ampla, estendendo-se ramo afora e avançando pelo mundo da medicina, da pedagogia, da biologia e, como não poderia deixar de ser, da psicologia.

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

É difícil negar o cabimento da reparação pecuniária no âmbito do abandono paterno filial, quando se pensa nas consequências fáticas que tal ato pode gerar. O abandonado pode ser sim um futuro abandonador, ou muito mais que isso um ser humano vazio de espírito, que por ter experimentado da lacuna parental durante tanto tempo, principal laço afetivo existente no mundo social e jurídico, acabou por se tornar um alguém frio e irracional, agindo impulsivamente e de maneira a lesar outras pessoas.

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

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

Nos casos em que reste comprovada tal lesão e que haja a presença do elemento subjetivo, dolo ou culpa, analisa-se a presença do nexo de causalidade entre o problema que o abandonado apresente e o ato de abandono praticado pelo autor do respectivo ato.

Nem sempre a pessoa abandonada adentra caminhos obscuros ou apresenta problemas psicopatológicos por conta da ausência do responsável, bem como há pessoas muito bem instruídas e acompanhadas que se perdem por motivos outros sem guardar qualquer nexo causal com a educação que lhe foi passada durante todo seu estágio de desenvolvimento como ser humano, seja na infância, ou na adolescência.

Além da averiguação dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil, quais sejam o ato danoso, a lesão, o nexo de causalidade e o elemento subjetivo, deve-se atentar para as excludentes de responsabilidade, posto que se faça coerente à aplicação desses institutos ante a situação de abandono.

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

Procura-se com esse posicionamento assegurar a proteção integral do menor, bem como o melhor interesse, ao mesmo tempo em que se tutela o instituto do poder familiar e seus consectários e os direitos constitucionalmente assegurados, a começar pela obrigatoriedade da família, sociedade e Estado ante os menores e da dignidade da pessoa humana, espinha dorsal do ordenamento jurídico brasileiro.

Não se podem deixar de lado os interesses dos pais e seus direitos também garantidos, como a ampla defesa e o contraditório, além da boa-fé, necessitando-se, desta forma, de provas e de um devido processo legal que venha a comprovar a configuração do ato lesivo e dos demais elementos para só assim admitir a tese afirmativista ora parcialmente defendida.

Não se visa aqui, portanto, adentrar sem ressalvas na defesa de tal posicionamento, mas, diferentemente, concordar com a possibilidade de incidência do instituto no ramo do direito das famílias, e mais do que isso quanto ao ato de abandono dos filhos, levando-se em conta, indispensavelmente, por outro lado, análise aprofundada e específica, a qual irá variar caso a caso.

Decisões como essa aparecem no ordenamento de maneira singular e morosa, posto que a cautela e a atenção que requer são de relevância máxima, representando muito mais do que um passo a frente no mundo jurídico, mas alguns passos ante universos tantos como a psicologia, a psiquiatria, a pedagogia, a medicina, a biologia e o próprio direito, que hoje encontram nessa responsabilização, uma nova forma de tentar dirimir as situações de abandono, seja pelo dever pedagógico de punir para que isso não volte a ocorrer, seja pelo dever reparatório de compensar gastos e problemas que a parte teve que passar por conta do ocorrido.

Ao expandir as barreiras jurídicas, vemos que a importância da família tutelada no direito com cuidado máximo é da maior coerência e lógica. A família é sem dúvida o início e o fim de cada ser humano, é de onde surgem as primeiras raízes e o vínculo que só se rompe, juridicamente e biologicamente falando, com o advento da morte.

Essa célula mater deve ser vista como o berço de cada um e ao mesmo tempo de todos, devendo cada ser humano atuar na sociedade como se estivesse em suas famílias e o Estado assegurar da forma mais plena possível a defesa desse núcleo. Esse é sem dúvida um papel de todos e um primeiro galgarem para uma humanidade com mais amor, respeito e noção de cuidado e educação.

Diante do mundo em que hoje se apresenta não há como se afastar por completo o instituto da reparação civil nos casos de abandono paterno filial. As compensações indenizatórias em face de danos que pais possam causar a seus filhos, por força de uma conduta imprópria, encontram-se inseridas especialmente quando a eles é negada a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna ou materna concretas, acarretando a violação de direitos próprios da personalidade humana, magoando seus mais sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social, o que, por si só, é profundamente grave.

Antes de qualquer coisa devemos nos lembrar de que as crianças de hoje são os adultos de amanhã e que todos são, de uma forma ou de outra, num grau menor ou maior, produtos do meio em que vivem.

O direito precisa mostrar que a justiça está de mãos dadas com o social e os núcleos que estudam a figura do ser humano, porque o jurídico representa nada mais do que a solução das controvérsias entre os homens.

Para uma justiça igualitária e realmente justa é indispensável o estudo do homem como figura singular, antes de tudo, e a preocupação com os homens que a família, a sociedade e o Estado estão a formar. A educação e o amor são os armamentos que desarmam, de outro lado os cuidados que instruem e os institutos que se complementam.

As maiores buscas do direito pátrio são, ainda, assegurar a igualdade, a liberdade e a solidariedade, consectários que acompanham os estudiosos desde séculos, mas ainda são institutos fim. A justiça tem que cumprir o papel de assegurar os direitos dos homens e embasar, da forma mais sólida possível, as conquistas dos ideais constitucionais e sociais.

Não pode a justiça fechar os olhos e ficar de mãos atacadadas ante as situações de gravidade e importância social para o homem. A busca pelos direitos do homem é um ideal de cada ser humano na sua singularidade e em conjunto, sendo a tutela dos menores a mais importante proteção do hoje se levar-se em conta o como será o amanhã.

As crianças e adolescentes são seres em desenvolvimento e que para se formarem e chegarem a ser um alguém depende de necessidades básicas, que não só alimentos, vestimentas e água, mas muito mais do que isso os suprimentos que fazem uma pessoa vir a desenvolver-se com dignidade.

REFERÊNCIAS

ANGELO, Eduardo Murilo Amaro. **A responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo dos filhos e o princípio da dignidade da pessoa humana.**

Disponível em:

<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/328/321>.

Acesso em: 20 ago 2013.

BORGES, Roxana. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada.** São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. **Código Civil.** 10 ed. São Paulo. Saraiva: 2010

BRASIL. **Constituição Federal.** 10 ed. São Paulo. Saraiva: 2010

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** 10 ed. São Paulo. Saraiva: 2010

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação**

Cível nº1.0472.08.017785-1/001. Desembargador Relator: José Flávio de Almeida.

Órgão julgador: 12ª Câmara Cível. Data de julgamento: 09/11/2011. Disponível em:

[BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação**](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=3&totalLinhas=9&paginaNumero=3&linhasPorPagina=1&palavras=responsabilidade%20civil%20abandono%20afetivo&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20referencias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar& . Acesso em: 05 set 2013.</p>
</div>
<div data-bbox=)

Cível nº1.0707.05.095951-9/001. Desembargador Relator: Nepomuceno Silva. Órgão julgador: 5ª Câmara Cível. Data de julgamento: 08/07/2010. Disponível em:

<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numero>

oRegistro=4&totalLinhas=9&paginaNumero=4&linhasPorPagina=1&palavras=responsabilidade%20civil%20abandono%20afetivo&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&. Acesso em: 05 set 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.0024.07.790961-2/001**. Desembargador Relator: Alvimar de Ávila. Órgão julgador: 12ª Câmara Cível. Data de julgamento: 11/02/2009. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=5&totalLinhas=9&paginaNumero=5&linhasPorPagina=1&palavras=responsabilidade%20civil%20abandono%20afetivo&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 05 set 2013.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Dicionário compacto do direito**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro. V.7. Responsabilidade Civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.10 apud ANGELO, Eduardo Murilo Amaro. **A responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo dos filhos e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/328/321>. Acesso em: 20 ago 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo curso de direito civil: Responsabilidade civil**. 9 ed. Saraiva. São Paulo: 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de Direito Civil: Família**. São Paulo, Editora Saraiva, 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade Pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 47/48 apud ANGELO, Eduardo Murilo Amaro. **A responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo dos filhos e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/328/321>. Acesso em: 20 ago 2013.

KRIGER FILHO, Domingos Afonso. **A responsabilidade civil e penal no Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000.

LOBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil: Famílias**. 2. Ed. Saraiva. São Paulo: 2009.

LOBO, Paulo Luiz Neto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Elaborado em 10/2001. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/2552/entidades-familiares-constitucionalizadas>. Acesso em: 27 ago 2013.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8333>>. Acesso em: 27 ago 2013.

LUBISCO, Nídia Maria Lienert; VIEIRA, Sonia Chagas; SANTANA, Isnaia Veiga. **Manual de estilo acadêmico**: monografias, dissertações e teses. 4. ed. Salvador: EDUFBA, 2008.

NOVAES, Adenáuer; REIS, Nilza. **Danos morais decorrentes do abandono paterno filial**. Local: Centro espírita Lar e Harmonia, 2012.

REALE, Miguel. **Os direitos da personalidade**. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>. Acesso em: 11 de abril de 2012.

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

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

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

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