

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

CAROLINE CAMILLO KUJAVSKY

**INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO:
AMAR É FACULDADE, CUIDAR É DEVER.**

**CURITIBA
2018**

CAROLINE CAMILLO KUJAVSKY

**INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO:
AMAR É FACULDADE, CUIDAR É DEVER**

**Monografia apresentada como requisito
parcial para a obtenção do grau de Bacharel
em Direito do Centro Universitário Curitiba.**

Orientador: Prof. Dr. Waldyr Grisard Filho.

CURITIBA

2018

CAROLINE CAMILLO KUJAVSKY

**INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO:
AMAR É FACULDADE, CUIDAR É DEVER**

**Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca
Examinadora formada pelos Professores:**

Orientador: Prof. Dr. Waldyr Grisar Filho

Profº Membro da Banca

Curitiba, ____ de _____ de 2018.

AGRADECIMENTOS

Após esses longos anos de faculdade, e último ano construindo este trabalho de conclusão de curso, pude perceber aqueles com quem posso contar independente do momento, e a eles dedico este trabalho, pois se ele está concluído, foi com a ajuda de cada um.

Primeiramente agradecer a Deus por me possibilitar alcançar mais um sonho.

Agradecer aos meus pais, Alberto e Eliane, que me deram todo o suporte para que pudesse me dedicar à escrita deste projeto, por todo seu amor e dedicação, bem como a minha família pelo apoio.

Ao meu orientador, Professor Doutor Waldyr Grisard Filho, por toda a assistência despendida com as correções, considerações e auxílios com o material para esta produção. Um exímio profissional.

Aos amigos que fiz nesta caminhada, principalmente as minhas amigas, Giovana e Larissa, que me acompanharam durante toda a graduação, sem vocês esse caminho teria sido muito mais sinuoso.

E, por fim, aos meus chefes, Doutores Fernando Sampaio de Almeida Filhe e Jefferson Furlanetto Moises, por todo conhecimento repassado, e a minha colega de trabalho e amiga, Manuela, por todo o apoio. Obrigada.

RESUMO

O presente trabalho objetiva a análise da possibilidade do filho ingressar com demanda de indenização por abandono afetivo face seu pai, que não observou o núcleo mínimo de seus direitos previstos na Constituição Federal de 1988, Estatuto da Criança e do Adolescente e Código Civil de 2002, correspondendo aos deveres do pai, conseqüentemente. Isto será feito através da análise dos modelos familiares, pátrio poder e poder familiar, e quais as mudanças práticas na família eles trouxeram, bem como a análise dos princípios que norteiam a relação paterno-filial, da Dignidade da Pessoa Humana, da Paternidade Responsável, da Solidariedade Familiar e o da Afetividade. Após será verificado os elementos que caracterizam a responsabilidade civil – conduta humana, dano e nexa causal -, bem como suas excludentes. Por fim, será verificado se a conduta omissiva do pai/mãe, que abandonou afetivamente o filho, caracteriza um ilícito civil passível de indenização pecuniária ou não, à luz do instituto da responsabilidade civil.

Palavras-chave: Abandono afetivo, responsabilidade civil, dano moral, núcleo mínimo de direitos, Princípio da Afetividade.

SUMÁRIO

RESUMO	5
1. INTRODUÇÃO	7
2. DA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL.....	9
2.1. DOS DEVERES DOS PAIS EM RELAÇÃO AOS FILHOS	11
2.2. DOS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS A RELAÇÃO PATERNO-FILIAL	12
2.2.1. Princípio Da Dignidade Da Pessoa Humana	13
2.2.2. Princípio Da Igualdade E Princípio Da Solidariedade	14
2.2.3. Princípio Do Melhor Interesse Da Criança E Princípio Da Proteção Integral Da Criança E Do Adolescente	16
2.2.4. Princípio Da Convivência Familiar E Princípio Da Paternidade Responsável	18
2.2.5. Princípio Da Afetividade	19
2.3. QUEBRA DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE – NOÇÃO DE ABANDONO AFETIVO	21
3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL	23
3.1. BREVE HISTÓRICO	23
3.2. NOÇÕES GERAIS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL	24
3.3. RESPONSABILIDADE JURÍDICA X RESPONSABILIDADE MORAL	25
3.4. RESPONSABILIDADE CIVIL X RESPONSABILIDADE CRIMINAL	26
3.5. ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	27
3.5.1. Responsabilidade Contratual x Responsabilidade Extracontratual	27
3.5.2. Responsabilidade Objetiva x Responsabilidade Subjetiva	29
3.6. ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	31
3.6.1. Conduta Humana.....	31
3.6.2. Nexo Causal	32
3.6.2.1. Teoria Da Equivalência Das Condições (<i>conditio sine qua non</i>).....	33
3.6.2.2. Teoria Da Causalidade Adequada	33
3.6.2.3. Teoria Da Causalidade Direta Ou Imediata	34
3.6.2.4. Excludentes Da Responsabilidade Civil	35
3.6.2.4.1. Estado De Necessidade.....	36
3.6.2.4.2. Legítima Defesa.....	37
3.6.2.4.3. Exercício Regular De Direito E Estrito Cumprimento De Dever Legal	38
3.6.2.4.4. Caso Fortuito E Força Maior	39
3.6.2.4.5. Culpa Exclusiva Da Vítima	39
3.6.2.4.6. Fato De Terceiro	40

3.6.2.5. Dano	41
4. DO DEVER DE INDENIZAR POR DANOS MORAIS NO CASO DE ABANDONO AFETIVO.....	42
SUMARIO	
4.1. DA INTERFERÊNCIA DO PODER PÚBLICO NO DIREITO PRIVADO – LIBERDADE X SOLIDARIEDADE	43
4.2. DA ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ABANDONO AFETIVO SEGUNDO RESP 1.159.242/SP	46
4.2.1. Da Conduta Omissiva – Configuração Em Ato Ilícito.....	47
4.2.2. Do Nexo Causal Entre A Conduta Do Abandono E O Dano.....	49
4.2.3. Do Dano Moral Suportado.....	50
5. CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS.....	55

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho buscará analisar a possibilidade ou não da instauração do dever de indenizar por parte do pai e/ou mãe que se omitem nas obrigações com relação aos seus filhos.

Primeiramente será feito um breve histórico, analisando a modificação dos modelos familiares, de como era a família e no que se fundava no modelo do pátrio poder, previsto no Código Civil de 1916, e após ele, na Constituição Federal de 1988, qual foi a modificação trazida com o modelo do poder familiar e no que isso influenciou na existência ou não do afeto nas relações paterno-filiais.

Serão analisados os princípios que regem o Direito de Família e as relações paterno-filiais, os quais dão base para o dever de cuidado, citado pela Ministra Nancy Andrichi, em seu voto no REsp. 1.159.242/SP, principalmente o Princípio da Afetividade, e as consequências que a sua não observância pode acarretar aos filhos.

Após importante perpassar pela nuances da responsabilidade civil, que dá base para as indenizações, tanto de cunho material quanto moral, analisando os seus elementos, quais sejam, conduta humana, dano e nexos causal, bem como suas excludentes.

E, por fim, verificar se a não observância pelos pais do núcleo de direitos mínimos dos filhos pode caracterizar um ilícito civil passível de cobrança judicial, através da forma pecuniária, e quais seriam os requisitos que o juiz deveria observar no caso concreto, à luz do voto da Ministra Nancy Andrichi no recurso supramencionado.

Este trabalho foi propulsionado pelo grande número de demandas que se iniciaram no Judiciário com este tema, e pela grande divergência nas decisões, uma vez que há julgadores que entendem pela possibilidade da indenização, outros que não, bem como aqueles que entendem, acreditam na caracterização automática do dano, enquanto os demais determinam que haja um grande acervo probatório.

Ele foi produzido através de pesquisas, tanto em bibliotecas físicas quanto virtuais, de livros e artigos, e da análise de alguns julgados, especialmente o REsp. 1.159.242/SP, o qual teve grande repercussão.

2. DA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL

A relação paterno-filial tem íntima ligação com a forma em que é vista a família e é exercido o pátrio poder ou, atualmente, poder familiar¹, modelo familiar diverso.

O Código Civil de 1916 (Lei nº 3071), promulgado em 1º de janeiro de 1916, estabelecia a família em conformismo com a forma em que ela era exercida socialmente, ou seja, o pai era o responsável pela esposa, pelos filhos e empregados – considerados objetos da relação -, podendo impor as suas vontades sobre todos eles. Havia, portanto, uma verticalização da família, na qual o pai/homem ocupava o topo.

As relações familiares dessa época tinham um cunho patrimonialista, ou seja, não rara às vezes em que os casamentos eram pensados economicamente, motivo pelo qual era cobrado, principalmente das esposas, a monogamia como forma de garantir que os filhos nascidos fossem legítimos dos maridos, pois nessa relação haveria os direitos sucessórios, conforme destaca Ana Carolina Brochado Teixeira²:

Impunha-se aos cônjuges o dever de procriar, do qual derivava o dever de manter relações sexuais. Além destes, subsistia também o dever de viverem juntos para o resto da vida, pois o casamento era indissolúvel – situação que durou, no Brasil, até 1977. **Tudo isto servia para mascarar a verdadeira função de interesses econômicos. Nesta família codificada, a afetividade tinha papel irrelevante, tanto no casamento quanto nas relações paterno-filiais.** (grifo nosso)

Como se extrai do exposto, as relações paterno-filiais não tinham o afeto como base, e sim o patrimônio. Essa forma de exercer a família era chamada de pátrio poder.

¹ “Não se trata do exercício de uma autoridade, mas de um encargo imposto por lei aos pais. O poder familiar é sempre trazido como exemplo da noção de **poder-função** ou **direito-dever**, consagradora da **teoria funcionalista** das normas de direito das famílias: poder que é exercido pelos genitores, mas que serve ao interesse do filho.” (grifo do autor). DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 435.

² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.24.

Tal concepção foi modificada com a Constituição da República, promulgada em 05 de outubro de 1988, que estabeleceu uma visão solidária da família, na qual todos os seus membros são considerados sujeitos de direito, que têm, portanto, vontades autônomas.

A família passou a ser vista de forma horizontal, na qual todas as obrigações são divididas entre seus participantes, inclusive a criação e educação dos filhos, que, na concepção anterior, era papel exclusivo da mulher/mãe.

Tal modificação se deve também ao fato de que a mulher passou a integrar com mais avidez o mercado de trabalho, não doando mais seu tempo inteiramente aos cuidados da casa, dos filhos e do marido, necessitando, portanto, de uma cooperação maior por parte dos integrantes da família.

Com essa divisão de tarefas, principalmente relacionada aos filhos, o afeto tomou lugar de suma importância, e, tomando-o como base, foram estabelecidos os deveres dos pais em relação aos filhos, que subsistem, inclusive, quando ao final do enlace matrimonial, conforme Fernanda Otonis Barros³:

O interesse maior da criança aponta como seu direito não se divorciar dos seus pais, conservando a ambos no lugar estruturante que lhes cabe em sua formação enquanto sujeito em constituição. **A maternidade e a paternidade são sempre irreversíveis e irrenunciáveis na estrutura do romance infantil.** (grifo nosso).

Com relação às mudanças de concepção da família, importante os ensinamentos de João Baptista Villela⁴:

Não se pode teorizar sobre a família na sociedade contemporânea sem ter em conta as profundas transformações por que passou a instituição, a ponto de só guardar remota identidade com seus antecedentes históricos. A substituição, de um lado, da grande

³ BARROS, Fernanda Otoni. Convivência familiar: "Ali se" visita os pais... Nem sempre tão maravilhosos. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese. IBDFAM, v. 1, p. 44-51. abr./maio/jun. 1999. apud PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 157. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502160217/cfi/114!4/4@0.00:49.9.>>. Acessado em: 10/09//2017.

⁴ VILLELA, João Baptista. **Liberdade e família**. Belo Horizonte: UFMG, 1980, p. 11.

família, que compreendia a própria linha dos escravos, pela família nuclear, centrada na tríade pai-mãe-filho, operada nos séculos XIX e XX, mas, **sobretudo os aprofundamentos afetivos no interior do grupo deram-lhe um novo rosto. De unidade proposta a fins econômicos, políticos, culturais e religiosos, a família passou a grupo de companheirismo e lugar de afetividade.** (grifo nosso)

Sendo assim, diante da nova visão de família, a relação paterno-filial passa a ter sua base no afeto, que, segundo o Dicionário Criativo⁵, afeto significa “s.m. (substantivo masculino) 1. Sentimento terno por uma pessoa ou um animal; afeição; simpatia. [...]adj. (adjetivo) 1. Que é afeiçoado; dedicado.”, ou seja, o pai deve ao filho não o amor – que não há como obrigar -, mas sim o cuidado, o zelo, a preocupação, a sua dedicação, condutas essas que podem ser exigidas, inclusive, judicialmente, através da nova concepção de exercício de família, o poder familiar.

2.1. DOS DEVERES DOS PAIS EM RELAÇÃO AOS FILHOS

A Constituição pátria⁶ coloca a criança e o adolescente sob proteção especial, devendo todos, inclusive do Estado, zelarem pelos seguintes aspectos:

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

⁵ **Dicionário Criativo.** Disponível em: <<http://dicionariocriativo.com.br/significado/afeto>>. Acesso em: 02/09/2017.

⁶ BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02/09/2017.

Além de todos os cuidados elencados na Constituição Federal de 1988, os pais têm, em relação aos filhos, obrigações mais específicas, expostas no artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990⁷, que determina aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos.

Todos esses deveres expostos se assentam em princípios, que norteiam tanto a relação paterno-filial quanto o direito de família em geral. Tais princípios quando feridos geram dano a criança/adolescente, passível de cobrança judicial.

2.2. DOS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS A RELAÇÃO PATERNO-FILIAL

O nosso ordenamento jurídico divide as normas em: regras e princípios. As regras são positivadas, e surgem da vontade do legislador, que dita comportamentos aos indivíduos que devem as cumprir, sob pena de lhe ser aplicada uma penalidade.

Já os princípios nascem, não de uma vontade legislativa, mas da própria sociedade, portanto, são universais. Eles podem estar explícitos no ordenamento jurídico ou não, sendo obtido, portanto, através da interpretação de certos dispositivos legais.

Em nosso ordenamento, pode haver a colisão de regras, em que uma será aplicada e outra será considerada inválida, e há o conflito de princípios, em que os dois deverão ser aplicados, diante da sua importância, porém será feita a ponderação deles buscando verificar o grau de aplicabilidade de cada um.

Os princípios elencados abaixo balizam a interpretação do Direito de Família na sociedade, norteando a aplicação desse Direito pelos juristas.

⁷ BRASIL. Lei nº 8.069, publicada em 13 de julho 1990, que instituiu o **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 02/09/2017.

2.2.1. Princípio Da Dignidade Da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é o alicerce do Estado Democrático de Direito, no qual todos devem ter a sua dignidade respeitada, independente das suas diferenças. Todos os demais princípios constantes em nosso ordenamento jurídico emanam dele, buscando sempre efetivá-lo. Vejamos o entendimento do Rodrigo Cunha Pereira⁸:

A dignidade é um macroprincípio sob o qual irradiam e estão contidos outros princípios e valores essenciais como a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e alteridade. São, portanto, uma coleção de princípios éticos. Isto significa que é contrário a todo nosso direito qualquer ato que não tenha como fundamento a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político.

É tão grande a sua importância que a Constituição Federal de 1988⁹ o explicitou em seu artigo 1º “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana”.

Immanuel Kant¹⁰, buscando delimitar esse princípio, traçou uma diferença importante para o seu entendimento:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade.

⁸ PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 114. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9788502160217/cfi/114!/4/4@0.00:49.9>>. Acessado em: 10/09/2017.

⁹ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 09/09/2017.

¹⁰ KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Trad. Paulo Quintela. Lisboa:Ed. 70, 1986. P.77 apud LOBO, Paulo. **Direito civil – Famílias**, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.54. Disponível em: <https://online.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9788547209865/OBO> Acessado em: 09/09/2017.

Analisando a citação acima exposta, percebe-se que a dignidade da pessoa humana não pode ser comprada, uma vez que não tem valor econômico, pois faz parte do âmago do ser humano. É algo já pertencente ao indivíduo, que não é adquirido através de trocas mercantis, conforme enunciado por Ingo Wolfgang Sarlet¹¹:

Todavia, justamente pelo fato de que a **dignidade vem sendo considerada** (pelo menos para muitos e mesmo que não exclusivamente) qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer **ser humano e certos de que a destruição de um implicaria a destruição do outro, é que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa humana** (de cada uma e de todas as partes) constitui-se (ou ao menos, assim o derivam) em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito.(grifo nosso)

Sendo assim, quando essa dignidade é atingida, o indivíduo se sente lesado profundamente, se sente objetificado, e o Poder Judiciário, buscando uma forma de reparação, criou, para tanto, a indenização por dano moral, que é aquela em que o dano não pode ser quantificado, motivo pelo qual, o valor é arbitrado pelo juiz de acordo com o seu senso de justiça e as particularidades do caso, analisando o impacto daquela conduta que feriu a dignidade da vítima.

2.2.2. Princípio Da Igualdade E Princípio Da Solidariedade

Os princípios da Igualdade e da Solidariedade estão previstos na Constituição Federal de 1988, em seus artigos 5^a, I, e 3^o, I, respectivamente, que operam de forma complementar.

O princípio da Igualdade vem para estabelecer a paridade do homem e da mulher, ou seja, a mulher agora é autônoma, não é obrigada a se submeter às vontades masculinas. Porém, esse princípio também se preocupa com as

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 27/28.

particularidades de cada gênero, tentando tornar naturais as diferenças decorrentes apenas do gênero, conforme Rodrigo Cunha Pereira¹² delimita:

Com isto podemos desenvolver um raciocínio que nos levará à melhor compreensão de que a igualdade na lei, como diz Paulo Lôbo no referido texto, não quer dizer que as diferenças dos gêneros não serão consideradas. **O desafio passa a ser, então, como considerar as saudáveis e naturais diferenças dos gêneros dentro do princípio da igualdade. Sem esta consideração não estaremos aplicando corretamente o princípio da igualdade** e, conseqüentemente, ferindo o macroprincípio da dignidade ao retirar da cena jurídica as peculiaridades e singularidades psíquicas e culturais de cada gênero. (grifo nosso).

Trazendo o princípio da Igualdade para o Direito de Família, mais especificadamente para as relações entre pais e filhos, tem-se que a obrigação de participação na criação e educação dos filhos não é mais, como foi por muito tempo, encargo apenas da mulher/mãe, atualmente, o homem/pai deve ter participação ativa nessa tarefa, trazendo-o para o laço familiar, não como “chefe”, que impõe suas vontades, mas como integrante da relação afetiva, buscando sempre o melhor interesse da criança. A partir desse momento se estabelece a solidariedade dentro da família, que pode ser entendido, conforme Erhard Denninger¹³:

A solidariedade, como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que compele à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos, de forma a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade.

Ou seja, a solidariedade é a ajuda mútua entre todos os integrantes da sociedade, buscando o melhor para todos, mas sempre respeitando as

¹² PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 169. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9788502160217/cfi/114!/4/4@0.00:49.9>>. Acessado em: 10/09/2017

¹³ DENNINGER, Erhard. “Segurança, diversidade e solidariedade” ao invés de “liberdade, igualdade e fraternidade”. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte: UFMG, n. 88, dez. 2003 apud LOBO, Paulo. **Direito civil – Famílias**, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.55. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9788547209865/OBO>>. Acessado em: 10/09/2017.

particularidades de cada um. São atitudes individuais que visam o contexto geral, é o predomínio do interesse coletivo sobre o particular. Nas relações paterno-filiais ele se expressa na obrigação que ambos os genitores, juntos, têm de cuidar, educar e dar a formação necessária aos filhos até que eles completem a idade adulta.

2.2.3. Princípio Do Melhor Interesse Da Criança E Princípio Da Proteção Integral Da Criança E Do Adolescente

O ordenamento jurídico pátrio concede uma proteção especial para as crianças e adolescentes, diante de sua situação de maior vulnerabilidade, uma vez que eles se encontram em processo de desenvolvimento e formação psicológica e social.

Tal concepção foi adotada após a modificação da forma de pensar família, quando as crianças e adolescentes deixaram de ser objetos da relação e passaram a ser sujeitos de direitos, os quais o Estado, em sua legislação, sempre busca o melhor interesse e a proteção deles. Essa diferenciação pode ser entendida, segunda Martha de Toledo Machado¹⁴:

É esta vulnerabilidade que é a noção distintiva fundamental, sob a ótica do estabelecimento de um sistema especial de proteção, eis que distingue crianças e adolescentes de outros grupos de seres humanos simplesmente diversos da noção de homo medio.
É ela, outrossim, que autoriza a aparente quebra do princípio da igualdade: porque são portadores de uma desigualdade inerente, intrínseca, o ordenamento confere-lhes tratamento mais abrangente como forma de equilibrar a desigualdade de fato e atingir a igualdade jurídica material e não meramente formal. (grifo nosso).

¹⁴ MACHADO, Martha de Toledo. A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos fundamentais. Barueri: Manole, 2003, p. 119 apud PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 154. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9788502160217/cfi/114!4/4@0.00:49.9>>. Acessado em: 10/09/2017.

Para que seja possível a aplicação desse princípio é necessário que seja analisado caso a caso, suas particularidades, uma vez que para a mesma matéria, em um caso, a solução que leve em conta o melhor interesse da criança/adolescente seja uma, e, para outro, em condições parecidas, seja outra. Segundo João Baptista Villela¹⁵:

Nesse novo quadro de referências, **o estalão geral que tudo determina e orienta é o bem do menor. Portanto, enquanto as prerrogativas dos pais, tutores, guardiães sofrem todas as limitações que se revelem necessárias à preservação daquele valor**, amplia-se a liberdade do menor em benefício de seu fundamental direito de chegar à condição adulta sob as melhores garantias materiais e morais.

Aliado a busca desse melhor interesse da criança e do adolescente, há a necessidade desse menor ter uma proteção especial, diante da sua maior vulnerabilidade. Segundo Rodrigo Cunha Pereira¹⁶:

Justifica-se a doutrina da proteção integral, principalmente, na razão de se acharem em peculiar condição de pessoa humana em desenvolvimento, isto é, encontram-se em situação especial de maior fragilidade e vulnerabilidade, que autoriza atribuir-lhes um regime especial de proteção, para que consigam se estruturar enquanto pessoa humana e se autogovernar.

Analisando esses dois princípios, observa-se que as prerrogativas dadas aos pais são em decorrência da busca da efetividade deles, portanto, antes de ser um dever dos pais, é um direito das crianças/adolescentes.

¹⁵ VILLELA, João Baptista. Liberdade e família. Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG, v. III, série Monografias, n. 2. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 30. apud PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 151. Disponível em:

<<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502160217/cfi/114!/4/4@0.00:49.9>>.

Acessado em: 10/09//2017.

¹⁶ PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 154. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502160217/cfi/114!/4/4@0.00:49.9>>. Acessado em: 10/09//2017

2.2.4. Princípio Da Convivência Familiar E Princípio Da Paternidade Responsável

A convivência familiar é direito tanto do pai quanto do filho, mesmo que ao final do enlace matrimonial, uma vez que, como já exposto, o divórcio ou a dissolução da entidade familiar não dissolve também o laço paterno-filial, que é indissolúvel e irrenunciável.

Porém, essa convivência vai muito além da coabitação ou das visitas estipuladas, conforme exposto por Rodrigo Cunha Pereira¹⁷:

O que se garante é a continuidade da convivência familiar, **que é um direito fundamental da criança e, por seu turno, um dever fundamental dos pais. A convivência, neste íterim, não assume apenas a faceta do conviver e da coexistência, mas vai muito mais além, ou seja, participar, interferir, limitar, enfim, educar.** Esses deveres não se rompem com o fim da conjugalidade, por força do art. 1.632 do CC56, **por serem atributos inerentes ao poder familiar, que apenas se extingue com a maioridade ou a emancipação do filho. Zelar pelo melhor interesse do menor, portanto, é garantir que ele conviva o máximo possível com ambos os genitores** – desde que a convivência entre eles seja saudável, isto é, que não exista nada que os desabone. (grifo nosso)

Ao exercer esse direito-dever, de conviver com o filho e zelar pelo seu melhor interesse, independente de estar com a guarda ou não, pai está dando eficácia a outro princípio, o da Paternidade Responsável, previsto, inclusive, na Constituição Federal de 1988¹⁸:

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

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

¹⁷ PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 157. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502160217/cfi/114!4/4@0.00:49.9>>. Acessado em: 10/09/2017.

¹⁸ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10/09/2017

Esse princípio pode ser entendido, segundo Rodrigo Cunha Pereira¹⁹, como:

A paternidade responsável é um desdobramento dos princípios da dignidade humana, da responsabilidade e da afetividade. Na verdade, ela está contida nestes outros princípios norteadores e a eles se mistura e entrelaça. **Merece ser considerada como um princípio destacado e autônomo em razão da importância que a paternidade/maternidade tem na vida das pessoas. A paternidade é mais que fundamental para todos nós. Ela é fundante do sujeito. A estruturação psíquica dos sujeitos se faz e se determina a partir da relação que ele tem com seus pais. Eles devem assumir os ônus e bônus da criação dos filhos, tenham sido planejados ou não.** Tais direitos deixaram de ser apenas um conjunto de competências atribuídas aos pais, convertendo-se em um **conjunto de deveres para atender ao melhor interesse do filho, principalmente no que tange à convivência familiar.** (grifo nosso).

Sendo assim, o princípio da paternidade responsável pode ser entendido, em linhas gerais, como o exercício dos deveres decorrentes da paternidade, visando o melhor interesse do menor, bem como a sua proteção.

2.2.5. Princípio Da Afetividade

É um princípio que está implícito em nossa legislação, e passou a ter grande importância após as transformações sociais ocorridas, uma vez que as relações familiares anteriores se pautavam em interesses econômicos, e se mantinham pelos mesmos interesses, porém, após a inserção da mulher no mercado de trabalho e a sua maior independência econômica essas relações passaram a não se manter mais pela pelo dinheiro, mas sim pelo afeto que há naquele seio familiar, conforme explanado por Rodrigo Cunha Pereira²⁰.

¹⁹ PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 245. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502160217/cfi/114!/4/4@0.00:49.9>>. Acessado em: 10/09/2017.

²⁰ PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 21. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502160217/cfi/114!/4/4@0.00:49.9>>. Acessado em: 10/09/2017

Portanto, a família passou a se constituir e perdurar por laços afetivos entre seus integrantes.

Já o afeto, em relações paterno-filiais, tem um condão de direito-dever, uma vez que é direito do menor receber o afeto do pai, e, portanto, dever do pai de fornecê-lo, aspirando o melhor interesse da criança/adolescente e sua proteção, conforme Paulo Lobo²¹:

A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, **a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles**. O princípio jurídico da afetividade entre pais e filhos apenas deixa de incidir com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda da autoridade parental. (grifo nosso)

A afetividade não faz menção ao amor, sentimento esse que não há como obrigar, a afetividade é o cuidado, o zelo, a preocupação com o outro, é o estar presente, conforme exposto por Rolf Madaleno²²:

Qualquer pessoa, qualquer criança, para se estruturar como sujeito e ter um desenvolvimento saudável necessita de alimentos para o corpo e para a alma. O alimento imprescindível para a alma é o amor, o afeto. E afeto significa “afeição por alguém”, “dedicação”. Afeição significa também “instruir, educar, formar”, “dar feição, forma ou figura”. Esta é uma diferença entre afeto e amor. O afeto não é somente um sentimento, mas sim uma ação.

No âmbito das relações paterno-filiais esse princípio se expressa no zelo do pai para com o filho, mesmo quando a guarda não está com ele, é a busca de informações, a supervisão dos cuidados do guardião para com o menor, é o exercício do direito de visita – direito que não é só do pai, mas do filho, que tem

²¹ LOBO, Paulo. **Direito civil – Famílias**, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.69. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547209865/> OBO Acessado em: 10/09/2017

²² MADALENO, Rolf. BARBOSA, Eduardo. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2015. P. 403. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000689/cfi/415!4/4@0.00:0.00>>. Acessado em: 18/03/2018.

direito a presença do pai. O afeto tem suma importância, segundo Maria Berenice Dias²³:

O ECA, ao regulamentar a norma constitucional, identifica, entre os direitos fundamentais dos menores, seu **desenvolvimento sadio e harmonioso** (ECA 7º). Igualmente lhes garante o **direito a serem criados e educados no seio de sua família** (ECA 19). **O conceito atual de família, centrada no afeto como elemento agregador, exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade.** A grande evolução das ciências que estudam o psiquismo humano veio a escancarar a **decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio de pessoas em formação.** (grifo nosso)

Sendo assim, o princípio da afetividade não se mistura com os deveres materiais, por exemplo, do pai de prestar alimentos aos filhos, a afetividade tem relação com a formação da personalidade, do psicológico da criança, das necessidades internas do menor. Portanto, quando não visualizado pelo pai, gera danos à moral da criança.

2.3. QUEBRA DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE – NOÇÃO DE ABANDONO AFETIVO

Como já exposto, o princípio da afetividade, nas relações paterno-filiais, tem relação com o pai estar presente na vida do filho, na sua construção social e psicológica, e quando isso não ocorre pode causar um dano imensurável para essa criança, que se sente rejeitada pelo próprio pai, como exposto por Maria Berenice Dias²⁴:

Assim, a convivência dos filhos com os pais não é direito, é dever. Não há direito de visitá-lo, há obrigação de conviver com

²³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 469.

²⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 469/470.

ele. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida.(grifo nosso)

Diante do grande prejuízo causado ao menor quando o pai omite o afeto, pode ser reconhecido o dever de indenizar o filho prejudicado, uma vez que o pai descumpriu dispositivos legais que impõem os seus deveres em relação aos filhos, deveres esses assentados, principalmente, no princípio da afetividade e da paternidade responsável.

Tal raciocínio, mesmo recente, já é encontrado nos Tribunais, que têm decisões discrepantes, e na doutrina, como, por exemplo, na Maria Berenice Dias²⁵, que expõe:

A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas **sequelas psicológicas** e comprometer seu desenvolvimento saudável. A figura do pai é responsável pela primeira e necessária ruptura da intimidade mãe-filho e pela introdução do filho no mundo transpessoal, dos irmãos, dos parentes e da sociedade. Nesse outro mundo, imperam ordem, disciplina, autoridade e limites. A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia produz **danos emocionais** merecedores de reparação. Se lhe faltar essa referência o filho estará sendo prejudicado, talvez de forma permanente, para o resto de sua vida. Assim, a ausência da figura do pai desestrutura os filhos, tira-lhes o rumo da vida e debita-lhes a vontade de assumir um projeto de vida. Tornam-se pessoas inseguras, infelizes. Tal comprovação, facilitada pela interdisciplinaridade, tem levado ao reconhecimento da obrigação indenizatória por dano afetivo. Ainda que a falta de afetividade não seja indenizável, o reconhecimento da existência do dano psicológico deve servir, no mínimo, para gerar o comprometimento do pai com o pleno e sadio desenvolvimento do filho. Não se trata de impor um valor ao amor, mas reconhecer que o afeto é um bem que tem valor.

Para que seja reconhecido o dever de indenizar do genitor, há a necessidade da comprovação da responsabilidade civil, ou seja, a conduta prejudicial tem que ter ensejado no dano sofrido (conduta-nexo causal-dano). E sobre a caracterização da responsabilidade civil que será tratado o próximo capítulo.

²⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 470.

3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

3.1. BREVE HISTÓRICO

Quando iniciaram as responsabilizações do agente que causasse dano a outrem, ela advinha de um delito, não havia diferenciação entre a responsabilidade penal e responsabilidade civil.

As primeiras sanções a este agente eram resultado de uma vingança privada, baseada na força não só do indivíduo, mas do grupo em que estava inserido. Esta vingança vinha proporcional ao dano causado, ou seja, reparava-se um dano ocasionando outro, com base na Lei de Talião²⁶.

Nessa época também havia os casos de autocomposição, entre a vítima e o ofensor, no qual a vítima poderia aceitar a reparação do dano em dinheiro ou bens.

Em 450 a.C. foi editada a Lei das XII Tábuas, na qual foi criada a composição tarifada, ou seja, estavam previstas, para casos concretos, os valores a serem pagos para a sua reparação. Tal forma aboliu e substituiu a vingança privada.

Esta lei não foi revogada, mas perdeu sua utilização após a edição da *Lex Aquilia*, na qual foi designada nova concepção para responsabilidade civil delitual e extracontratual, bem como trocou as penas fixas por penas proporcionais ao dano causado.

Foi acrescentado a esta lei, após o Código Civil Napoleônico de 1804, que teve grande repercussão em diversas legislações, como por exemplo, o

²⁶ “O termo *lex talionis* não somente está a se referir a um literal código de justiça “olho por olho, dente por dente”, uma espécie de “castigo-espelho”, mas aplica-se à mais ampla classe de sistemas jurídicos que formulam penas específicas para crimes específicos, que são pensados para serem aplicados de acordo com a sua gravidade. Alguns propõem que este foi, pelo menos em parte, destinado a evitar a excessiva punição às mãos de qualquer um vingador, justiça feita pelas próprias mãos, privada ou do Estado. A expressão mais comum da *lex talionis* é “olho por olho, dente por dente”, mas outras interpretações foram dadas também. Códigos da Lei, seguindo o princípio da *lex talionis* têm uma coisa em comum: prescrevem uma punição do tamanho exato para uma ofensa. No famoso código jurídico escrito por Hamurabi, o princípio da reciprocidade é exatamente muito claramente usado. Por exemplo, se uma pessoa causou a morte do filho de outra pessoa, aquela pessoa que matou o filho (o homicida) seria morto por esse crime.” **Wikipédia**. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_de_tali%C3%A3o>. Acessado em: 12/11/2017.

Código Civil Brasileiro de 1916, bem como na *Lex Aquilia*, a culpa como elemento da responsabilidade civil. Porém, a caracterização deste elemento se tornou difícil, motivo pelo qual a jurisprudência veio e trouxe entendimentos de suma importância para a época, ampliando o seu conceito, e trazendo teorias de aplicabilidade em casos de reparação decorrentes do fato ou em virtude do risco criado/assumido, o que é utilizado atualmente.

Após essa breve exposição histórica, faz-se necessária a explanação sobre o instituto da responsabilidade civil.

3.2. NOÇÕES GERAIS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL

Antes de classificar a responsabilidade civil, importante destacar o seu conceito, suas fontes e a sua função.

O conceito de responsabilidade civil, segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho²⁷:

De tudo o que se disse até aqui, conclui-se que a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando *a priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar).

Trazendo esse conceito para o âmbito do Direito Privado, e seguindo essa mesma linha de raciocínio, diríamos que a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior de coisas.

Ou seja, a responsabilidade civil advém de uma ação ou omissão do agente que causa dano a outrem, motivo pelo qual, de acordo com o princípio da *restitutio in integrum*, o agente causador deve restituir a vítima, buscando o *status quo ante*.

²⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil, volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 872. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547216788/cfi/873!/4/4@0.00:0.00>>. Acessado em: 31/10/2017.

As fontes da responsabilidade civil, segundo Roberto Senise Lisboa²⁸, são: a lei, os negócios jurídicos, as declarações unilaterais do direito obrigacional, uma vez que ela decorre de uma obrigação não cumprida, conforme explícita o autor supracitado: “As fontes da responsabilidade civil são as mesmas da obrigação, porque aquela, como se disse, é o dever jurídico sucessivo do descumprimento da obrigação.”

Ao responsabilizar o autor do dano, buscam-se três objetivos, consagrando o princípio *neminem laedere* (a ninguém é dado causar prejuízo a outrem): compensar o dano ocasionado à vítima, punir o ofensor do dano, bem como servir de exemplo para a sociedade, que, caso tal conduta seja realizada é esta sanção que será adotada, motivo pelo qual a natureza jurídica da responsabilidade é sancionadora²⁹.

Após essa explanação, passamos a classificar os tipos de responsabilidade e então as subdivisões da responsabilidade civil.

3.3. RESPONSABILIDADE JURÍDICA X RESPONSABILIDADE MORAL

Só há uma sanção a condutas contrárias a normas ou a negócios jurídicos que se externalizam e causem dano a terceiros, mesmo que presumidos, constituindo a responsabilidade jurídica.

No caso da responsabilidade moral, o agente se sente moralmente culpado com a sua consciência ou com Deus, não havendo prejuízo a terceiros, uma vez que sua conduta não se exterioriza, conforme exposto por Carlos Roberto Gonçalves³⁰, motivo pelo qual o Direito não se ocupa com tais condutas.

²⁸ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil, volume 2: direito das obrigações e da responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2010, 5ª Ed. p. 274.

²⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**, volume único. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 882 e 883. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547216788/cfi/8731/4/4@0.00:0.00>>. Acessado em: 05/11/2017.

³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil Brasileiro - Responsabilidade Civil vol. 4**, 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. P.20. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502636767/cfi/20!4/4@0.00:5.22>>. Acesso em: 05/11/2017.

3.4. RESPONSABILIDADE CIVIL X RESPONSABILIDADE CRIMINAL

No direito há duas formas de responsabilização, a penal e a cível. Há vezes em que as duas incidirão sobre o mesmo fato/conduita, porém não é regra, uma vez que cada uma tem os seus critérios e sua incidência, conforme exposto por Carlos Roberto Gonçalves³¹:

Se, ao causar dano, escreveu Afrânio Lyra, o agente transgredir, também, a lei penal, ele se torna, ao mesmo tempo, obrigado civil e penalmente. **E, assim, terá de responder perante o lesado e perante a sociedade, visto que o fato danoso se revestiu de características que justificam o acionamento do mecanismo recuperatório da responsabilidade civil e impõem a movimentação do sistema repressivo da responsabilidade penal.** Quando, porém, no fato de que resulta o dano não se acham presentes os elementos caracterizadores da infração penal, o equilíbrio rompido se restabelece com a reparação civil, simplesmente. (grifo nosso)

A responsabilização cível surge da violação de direitos privados, ou seja, só o direito da vítima, já na penal há a violação de um direito público, que diz respeito a toda sociedade, portando passa da simples esfera patrimonial da pessoa que foi lesada.

Para haver a responsabilização penal é necessário que a conduta se amolde perfeitamente ao tipo penal, uma vez que um dos requisitos é a tipicidade. E, caso haja essa tipicidade, e por ferir direitos da sociedade, será buscada a responsabilização do agente, o que pode não ocorrer na cível, uma vez que a vítima pode optar por ter seu prejuízo ressarcido ou não, pois trata do seu direito particular disponível.

Portanto, a responsabilidade cível é mais abrangente que a penal, necessitando para a sua configuração apenas uma ação ou omissão que viole direito de outrem e lhe cause prejuízo.

³¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil Brasileiro - Responsabilidade Civil vol. 4**, 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. P.43. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502636767/cfi/20!/4/4@0.00:5.22>>. Acesso em: 05/11/2017.

3.5. ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

3.5.1. Responsabilidade Contratual x Responsabilidade Extracontratual

A responsabilidade civil, de acordo com a forma que se originou, pode ser dividida em duas, contratual e extracontratual.

A responsabilidade contratual, prevista nos artigos 389 a 393 do Código Civil³², decorre da formação de um negócio jurídico no qual as partes se comprometem com as cláusulas daquele negócio, obrigando-se a honrá-lo, sob pena de causar prejuízo ao outro, como bem ilustrado no exemplo de Álvaro Villaça Azevedo³³.

Se A e B realizam um contrato qualquer, por este aqueles regulamentam seus interesses particulares, de tal forma que fazem do contrato verdadeira lei entre eles. As cláusulas contratuais devem ser, por eles, observadas, rigorosamente, sob pena de responsabilidade do que as descumprir (responsabilidade contratual).

Como a contratual advém da própria vontade das partes, de se comprometerem, a extracontratual é resultado de violação de disposição de lei, ou seja, há uma disposição expressa da lei referente a tal conduta e um sujeito a infringe, ensejando em sua responsabilidade civil. Tal espécie está prevista nos artigos 186, 188 e 927 do Código Civil, e segundo Álvaro Villaça Azevedo³⁴, é:

Por outro lado, todos devemos respeitar o direito alheio, obedecer as normas que regem nossa conduta. Qualquer inobservância de um preceito legal, por exemplo, acarreta responsabilidade ao transgressor. Aqui, a responsabilidade não se situa no âmbito

³² BRASIL. Lei nº 10.406, que instituiu o **Código Civil Brasileiro**, promulgada em 10 de janeiro de 2002 no Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acessado em: 12/11/2017.

³³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**, São Paulo: Atlas, 2011, 12ª edição. P.244. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522481750/cfi/2621/4/4@0.00:0.00>>. Acessado em: 29/10/2017.

³⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**, São Paulo: Atlas, 2011, 12ª edição. P.244. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522481750/cfi/2621/4/4@0.00:0.00>>. Acessado em: 29/10/2017.

contratual, daí chamar-se, como referido, responsabilidade extracontratual. Imaginemos que alguém quebre o vidro de uma vitrina; nenhum contrato preexistiu, senão uma obrigação de não lesar o próximo, contida na lei. Ante esse ato ilícito, a responsabilidade emerge.

Há entendimentos no sentido de não haver diferença entre a responsabilidade contratual e extracontratual, uma vez que em ambas haverá a necessidade de um agente que realize uma conduta causadora de um dano e o nexos causal entre esses dois elementos, além de que o dano será indenizado monetariamente.

Porém, tal distinção é mantida, principalmente para fins didáticos, destacando três diferenças, conforme Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho³⁵: a existência ou não de uma relação jurídica anterior ao fato, o ônus da prova e a capacidade.

Em relação à primeira diferença, na contratual há um vínculo jurídico que se forma no negócio jurídico pactuado, já na extracontratual há o vínculo legal genérico, ou seja, são normas previstas para determinadas condutas que ferem o direito de outrem, relaciona-se com as formas de agir com todos os sujeitos de direito.

Quanto ao ônus probatórios, uma vez que a contratual, o lesionado deve apenas alegar o descumprimento do pactuado e o lesionante deve provar o seu adimplemento; na extracontratual o lesionado deve provar o alegado para ter tutelado o seu direito.

E por fim, a capacidade tratada é em relação à idade, uma vez que o menor púbere não poder realizar negócio jurídico sem estar assistido pelo representante legal. Porém, caso fantasie a sua idade, levando o outro negociante a erro, este não poderá invocar sua idade para se eximir da responsabilidade, como reza o artigo 180 do Código Civil³⁶.

³⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil, volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 880. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547216788/cfi/8731/4/4@0.00:0.00>>. Acessado em: 31/10/2017.

³⁶ “Art. 180. O menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior.” **BRASIL**. Lei nº 10.406, que instituiu o **Código Civil**, promulgada em 10 de janeiro de 2002 no Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acessado em: 31/10/2017.

3.5.2. Responsabilidade Objetiva x Responsabilidade Subjetiva

A responsabilidade civil subjetiva, para a sua caracterização, deve-se provar o elemento culpa (culpa ou dolo) do agente ao praticar aquele ato ilícito (ato diverso do previsto em lei ou defeso em lei) que violou o direito de outrem. Portanto, o ônus da prova, para a configuração da responsabilidade, será do lesionado.

Porém, nessa espécie, há a possibilidade da responsabilidade subjetiva indireta, que, conforme entendimento de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho³⁷, é:

Todavia, há situações em que o ordenamento jurídico atribui a responsabilidade civil a alguém por dano que não foi causado diretamente por ele, mas sim por um terceiro com quem mantém alguma tipo de relação jurídica.

Nesses casos, trata-se, *a priori*, de uma responsabilidade civil indireta, em que o elemento culpa não é desprezado, mas sim presumido, em função do dever geral de vigilância a que está obrigado o réu.

Diante do exposto, a responsabilidade civil subjetiva pode ser entendida, conforme Caio Mário da Silva Pereira³⁸:

Na tese da presunção de culpa subsiste o conceito genérico de culpa como fundamento da responsabilidade civil. Onde se distancia da concepção subjetiva tradicional é no que concerne ao ônus da prova. Dentro da teoria clássica da culpa, a vítima tem de demonstrar a existência dos elementos fundamentais de sua pretensão, sobressaindo o comportamento culposo do demandado. Ao se encaminhar para a especialização da culpa presumida, ocorre uma inversão do onus probandi. Em certas circunstâncias, presume-se o comportamento culposo do causador do dano, cabendo-lhe demonstrar a ausência de culpa, para se eximir do dever de indenizar. Foi um modo de afirmar a responsabilidade civil, sem a necessidade de provar o lesado a conduta culposa do agente, mas sem repelir o pressuposto subjetivo da doutrina tradicional.

³⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil, volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 876. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547216788/cfi/8731/4/4@0.00:0.00>>. Acessado em: 31/10/2017.

³⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil, 9. ed., p. 265-266 apud GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil, volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 876 e 877. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547216788/cfi/8731/4/4@0.00:0.00>>. Acessado em: 31/10/2017.

Em determinadas circunstâncias é a lei que enuncia a presunção. Em outras, é a elaboração jurisprudencial que, partindo de uma ideia tipicamente assentada na culpa, inverte a situação impondo o dever ressarcitório, a não ser que o acusado demonstre que o dano foi causado pelo comportamento da própria vítima.

Em contraponto, há a responsabilidade objetiva, em que a comprovação do elemento culpa é irrelevante, uma vez que só há a necessidade da comprovação do nexos causal e do dano, não importando se o agente agiu de forma dolosa ou culposa, conforme se observa no artigo 927, parágrafo único do Código Civil³⁹:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (grifo nosso).

Essa espécie se baseia na Teoria do Risco, ou seja, o agente é responsável por qualquer dano que seja oriundo de sua atividade, que, por si só, possa gerar danos a terceiros. Segundo Silvio Rodrigues⁴⁰:

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

Na legislação pátria é possível observar a Teoria do Risco no artigo 927, parágrafo único do Código Civil⁴¹, logo a responsabilidade objetiva:

³⁹ BRASIL. Lei nº 10.406, que instituiu o **Código Civil Brasileiro**, promulgada em 10 de janeiro de 2002 no Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acessado em: 12/11/2017.

⁴⁰ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil - Responsabilidade Civil**, Volume 4, Coleção Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2003. 20ª Ed. p. 11. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502141490/cfi/4!/4/4@0.00:7.02>>. Acessado em: 31/10/2017.

⁴¹ BRASIL. Lei nº 10.406, que instituiu o **Código Civil**, promulgada em 10 de janeiro de 2002 no Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acessado em: 31/10/2017

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou **quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.**

O direito de defesa do demandado por responsabilidade civil objetiva, pode se fundar, para a quebra do nexos causal entre conduta e dano, na culpa exclusiva da vítima, mesmo o elemento culpa sendo irrelevante.

Diante de todo o exposto, extrai-se que a diferença entre responsabilidade objetiva e subjetiva está no ônus probatório, ou seja, da necessidade ou não da comprovação do elemento culpa pelo lesionado ao ingressar com uma demanda, segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁴².

3.6. ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Para a caracterização da responsabilidade civil são indispensáveis três elementos, a conduta de um agente que, sendo incapaz o responsável irá responder; o dano/prejuízo ocasionado a terceiros; e o nexos causal, que une os dois pressupostos citados anteriormente.

3.6.1. Conduta Humana

O primeiro elemento para a violação de um direito que possa gerar uma responsabilidade civil é a conduta humana. Essa conduta deve advir de uma pessoa, capaz ou incapaz – caso seja incapaz o responsável responderá –, e de uma forma voluntária, ou seja, a pessoa quis praticar aquele ato.

⁴² GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil, volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 877. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547216788/cfi/8731/4/4@0.00:0.00>>. Acessado em: 31/10/2017.

Voluntário não significa doloso. No doloso a pessoa pratica determinada conduta de propósito, mas com consciência da possível produção daquele resultado danoso, diferente da voluntária, em que a pessoa pratica a conduta, mas sem, necessariamente, visar aquele resultado, conforme Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁴³:

Uma observação final, entretanto, feita por RUI STOCO, com fulcro na doutrina de CAIO MÁRIO, deve ser lembrada: “Cumpra, todavia, assinalar que se não insere, no contexto de ‘voluntariedade’ o propósito ou a consciência do resultado danoso, ou seja, a deliberação ou a consciência de causar o prejuízo. Este é um elemento definidor do dolo. A voluntariedade pressuposta na culpa é a da ação em si mesma”.

Tal conduta pode se externalizar através de uma ação (comissiva/positiva) ou de uma omissão (omissiva/negativa) do próprio agente (artigo 186 do Código Civil de 2002), de terceiro que esteja sob sua responsabilidade (artigos 932 e 936 do Código Civil de 2002) ou de coisas que estejam sob sua guarda (artigos 937 e 938 do Código Civil de 2002).

Na primeira forma, o agente pratica uma ação que gera um dano, ele realiza uma conduta. Já na segunda, ele se abstém quando deveria ter agido para evitar a violação do patrimônio de outrem.

Diante do exposto analisa-se que, antes de ter um dano, tem que haver uma conduta humana, que possa ser atribuída ao indivíduo, comissiva ou omissiva, que pode ou não ter ferido uma norma legal, mas que, com certeza, feriu direito de outrem.

3.6.2. Nexo Causal

O nexo causal é o liame entre a conduta humana e o dano. Para analisá-lo existem três teorias: da equivalência das condições, da causalidade adequada e da causalidade direta ou imediata, que serão analisadas abaixo.

⁴³ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil, volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 889. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547216788/cfi/8731/4/4@0.00:0.00>>. Acessado em: 05/11/2017.

3.6.2.1. Teoria Da Equivalência Das Condições (*conditio sine qua non*)

Criada na segunda metade do século XIX, pelo jurista alemão Von Buri, ela afirma que todos os elementos anteriores ao dano são equivalentes, não havendo distinção entre aquele que foi imediato ao dano, daquele que foi remoto a ele. Senão vejamos o entendimento de Álvaro Villaça Azevedo⁴⁴:

Pela teoria da equivalência das condições, todas as concausas, condições e circunstâncias que tenham concorrido para o evento danoso devem ser consideradas englobadamente como causas. Sem esse somatório de condições e circunstâncias, o prejuízo não ocorreria.

Tal teoria é criticada, uma vez que não há limites para estabelecer o nexos causal, conseqüentemente a responsabilização, conforme exposto por Gustavo Tepedino⁴⁵:

A inconveniência desta teoria, logo apontada, está na desmesurada ampliação, em infinita espiral de concausas, do dever de reparar, imputado a um sem-número de agentes. Afirmou-se, com fina ironia, que a fórmula tenderia a tornar cada homem responsável por todos os males que atingem a humanidade.

Sendo assim, ela não é muito adotada pelos civilistas.

3.6.2.2. Teoria Da Causalidade Adequada

⁴⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**, São Paulo: Atlas, 2011, 12ª edição. P.253. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522481750/cfi/2621/4/4@0.00:0.00>>. Acessado em: 29/10/2017.

⁴⁵ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o Nexos de Causalidade. Revista Trimestral de Direito Civil, p. 3-19 apud GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil, volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 918. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547216788/cfi/8731/4/4@0.00:0.00>>. Acessado em: 05/11/2017.

Segundo essa teoria, criada pelo filósofo alemão Von Kries, não constitui causa todo elemento que haja contribuído para o dano, conforme preceitua a Teoria da Equivalência das Condições, ela só considera causa aquela adequada a produção daquele evento danoso. Segundo Sergio Cavalieri⁴⁶ *“causa, para ela, é o antecedente, não só necessário, mas, também adequado à produção do resultado. Logo, nem todas as condições serão causa, mas apenas aquela que for mais apropriada para produzir o evento”*.

Essa teoria também é criticada, uma vez que dá grande espaço para a discricionariedade do juiz, que analisará a probabilidade daquela causa conforme suas experiências pessoais.

3.6.2.3. Teoria Da Causalidade Direta Ou Imediata

Teoria também conhecida como da Interrupção do Nexo Causal ou da Causalidade Necessária, ela foi desenvolvida pelo jurista brasileiro Agostinho Alvim, e preceitua que, *“Causa, para esta teoria, seria apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessariedade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata”*, conforme Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁴⁷

Portanto, causa para essa teoria não tem relação temporal, e sim a proximidade do ocorrido com o dano ocasionado. Nesta linha, importante os ensinamentos de Gustavo Tepedino⁴⁸:

⁴⁶ CAVALIEIRI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil, 2. ed., p. 51 apud GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil, volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 919. Disponível em:

<<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547216788/cfi/873!/4/4@0.00:0.00>>.

Acessado em: 05/11/2017.

⁴⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil, volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 921. Disponível em: <<https://online.Minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547216788/cfi/873!/4/4@0.00:0.00>>. Acessado em: 05/11/2017.

⁴⁸ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o Nexo de Causalidade. Revista Trimestral de Direito Civil, p. 10 apud GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil, volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 921. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547216788/cfi/873!/4/4@0.00:0.00>>. Acessado em: 05/11/2017.

A causa relativamente independente é aquela que, em apertada síntese, torna remoto o nexo de causalidade anterior, importando aqui não a distância temporal entre a causa originária e o efeito, mas sim o novo vínculo de necessariedade estabelecido, entre a causa superveniente e o resultado danoso. A causa anterior deixou de ser considerada, menos por ser remota e mais pela interposição de outra causa, responsável pela produção do efeito, estabelecendo-se outro nexo de causalidade.

Sendo assim, a teoria mais aplicada pelos civilistas é essa, pois não dá uma discricionariedade tão grande ao julgador, e conseqüentemente traz mais segurança jurídica aos que buscam o Poder Judiciário.

3.6.2.4. Excludentes Da Responsabilidade Civil

Conforme já exposto, para haver a responsabilização do agente, civilmente, pelo dano ocasionado, há necessidade de se comprovar o nexo causal. Porém, existem hipóteses que quebram este nexo. Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁴⁹:

Como causas excludentes de responsabilidade civil, devem ser **entendidas todas as circunstâncias que, por atacar um dos elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil, rompendo o nexo causal**, terminam por fulminar qualquer pretensão indenizatória. (grifo nosso)

São as excludentes: estado de necessidade; legítima defesa; exercício regular do direito e estrito cumprimento do dever legal; caso fortuito e força maior; culpa exclusiva da vítima; e fato de terceiro.

⁴⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil, volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 928. Disponível em: <https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547216788/cfi/873!/4/4@0.00:0.00> Acessado em: 05/11/2017.

3.6.2.4.1. Estado De Necessidade

Estado de necessidade é a situação em que, um indivíduo, buscando proteger um direito seu ou de terceiro, viola direito alheio de valor jurídico igual ou inferior, no presente caso, o patrimônio de outrem. Essa hipótese está prevista no artigo 188, inciso II do Código Civil de 2002⁵⁰:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo. (grifo nosso)

Para configurá-lo, é necessário que o perigo tenha surgido de um caso fortuito, de um fato natural, ou de um acidente, mas sem que, aquele que praticou o estado de necessidade tenha dado causa ou facilitado tal situação.

Outra característica é que, para afastar aquela violação ao seu direito ou de outrem não haja outra forma, mas lembrando sempre da proporcionalidade da reação, conforme explana Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁵¹:

Com isso, quer-se dizer que o agente, atuando em estado de necessidade, não está isento do dever de atuar nos estritos limites de sua necessidade, para a remoção da situação de perigo. Será responsabilizado, pois, por qualquer excesso que venha a cometer.

Caso o agente aja de forma desproporcional, conforme já exposto na citação acima, ele responderá pelo excesso em que agiu.

⁵⁰ BRASIL. Lei nº 10.406, que instituiu o **Código Civil**, promulgada em 10 de janeiro de 2002 no Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acessado em: 05/11/2017.

⁵¹ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil, volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 929. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547216788/cfi/873!4/4@0.00:0.00>>. Acessado em: 05/11/2017

Quando o terceiro, que foi lesionado em seu patrimônio, não tiver dado causa a situação, ele tem direito de ingressar com demanda contra aquele que, mesmo agindo em estado de necessidade, lesionou seu patrimônio, e este, justamente por ter agido em estado de necessidade, pode ingressar com direito de regresso contra quem deu causa a situação.

Por exemplo, um motorista que, para desviar de uma criança, joga o veículo contra o muro de terceiro. O terceiro não deu causa a tal situação, motivo pelo qual pode ingressar contra o terceiro, buscando indenização, porém, por sua vez, o motorista também não deu causa, podendo, portanto, ingressar contra o responsável pelo menor, que não exerceu seu dever de vigilância⁵².

3.6.2.4.2. Legítima Defesa

A legítima defesa de direito próprio ou de terceiro, é a repulsa a mal injusto (agressão física ou moral sem justa causa jurídica), grave (acarreta prejuízo a vítima, com relevância jurídica), atual (está ocorrendo) ou iminente (prestes a ocorrer) à pessoa da vítima ou aos seus bens, conforme Roberto Senise Lisboa⁵³.

Ela está prevista no artigo 188, inciso I, primeira parte do Código Civil de 2002⁵⁴:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não

⁵² GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil, volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 929. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547216788/cfi/873!4/4@0.00:0.00>>. Acessado em: 05/11/2017.

⁵³ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil, volume 2: direito das obrigações e da responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2010, 5ª Ed.. p. 354.

⁵⁴ BRASIL. Lei nº 10.406, que instituiu o **Código Civil**, promulgada em 10 de janeiro de 2002 no Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acessado em: 05/11/2017.

excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.
(grifo nosso)

Para a defesa do seu direito ou de outrem, é necessária a repulsa imediata e se utilizando dos meios disponíveis no momento, desde que proporcionais ao mal empregado.

Caso o agente haja com excesso, responderá por ele, bem como, no caso de, agindo em legítima defesa, atinja terceiro inocente, deverá indenizá-lo, conforme artigos 929 e 930 do Código Civil de 2002, porém, cabendo direito de regresso a quem deu causa, segundo parágrafo único do artigo 930 do Código Civil.

3.6.2.4.3. Exercício Regular De Direito E Estrito Cumprimento De Dever Legal

No exercício regular do direito, previsto no artigo 188, inciso I, segunda parte do Código Civil, o ordenamento jurídico concede aquele indivíduo aquele direito e seu exercício, desde que realizado de acordo com a finalidade econômica e social do direito, bem como pela boa-fé e pelos bons-costumes.

Quando o indivíduo, ao exercer seu direito o faz de forma arbitrária, constitui abuso de direito, o que é vedado pelo ordenamento jurídico, conforme artigo 187 do Código Civil de 2002, não havendo a necessidade de comprovar a culpa no abuso, só extrapolação dos limites legais para o exercício regular do direito, segundo Silvio Rodrigues⁵⁵:

Acredito que a teoria atingiu seu pleno desenvolvimento com a concepção de Josserand, segundo a qual **há abuso de direito quando ele não é exercido de acordo com a finalidade social para a qual foi conferido**, pois, como diz este jurista, **os direitos são conferidos aos homem para serem usados de uma forma que se acomode ao interesse coletivo, obedecendo à sua finalidade, segundo o espírito da instituição.** (grifo nosso)

⁵⁵ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil — Parte Geral, 28. ed., v. 1, p. 314 apud GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil, volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 932. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547216788/cfi/873!4/4@0.00:0.00>>. Acessado em: 05/11/2017.

No caso do estrito cumprimento de dever legal, a lei impõe ao sujeito um dever de agir e não um direito, que pode ou não ser exercido. Portanto, não pode se responsabilizar o agente por uma conduta prevista na lei como seu dever.

3.6.2.4.4. Caso Fortuito E Força Maior

A força maior é entendida como acontecimento da natureza inevitável, mesmo que previsível. Já na segunda hipótese, no caso fortuito, é um acontecimento resultante de uma ação humana imprevisível. E no caso das duas, não há como o agente evitar a situação.

3.6.2.4.5. Culpa Exclusiva Da Vítima

Ocorre quando o dano acontece devido a uma ação/conduta da vítima anterior a do agente, que, por si só, poderia gerar aquele prejuízo.

Tal conduta não poderia ter sido afastada por qualquer ação do agente, motivo pelo qual, o resultado danoso só pode ser atribuído a vítima, quebrando o nexos causal da responsabilidade civil daquele. Um exemplo citado por Álvaro Villaça Azevedo é de uma empresa que utiliza um combustível em desconformidade com o previsto contratualmente, comprometendo o maquinário adquirido⁵⁶.

Essa situação da culpa exclusiva da vítima é diferente da culpa concorrente dela, que é quando a vítima e o agente concorrem para o resultado, ou seja, necessitou da prática das duas condutas para ocasionar aquele dano. Quando isso ocorrer, o juiz analisará a culpabilidade de cada um para fixar suas responsabilidades.

⁵⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**, São Paulo: Atlas, 2011, 12ª edição. P.255. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522481750/cfi/2621/4/4@0.00:0.00>>. Acessado em: 12/11/2017

3.6.2.4.6. Fato De Terceiro

Isso ocorre quando, por uma conduta de um terceiro, o agente causa dano a outrem, quebrando o nexos causal. É semelhante a excludente de culpa exclusiva da vítima, ou seja, quando, devido a ação de uma pessoa que não é o agente, ele causa o dano.

Há divergências na jurisprudência em relação a contra quem, aquele que sofreu o dano, pode demandar. Há magistrados que entendem que a vítima deve demandar contra o terceiro que deu causa ao dano, porém há magistrados que anuem com o pensamento de que a vítima deve ingressar contra o agente, e este, caso queira, teria direito ao ação de regresso contra o terceiro, como exemplificado por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁵⁷:

Se, por exemplo, o sujeito estiver ultrapassando, com o seu Fusca, pelo lado esquerdo da pista, um caminhão, e o motorista deste, imprudentemente, arremessá-lo para fora da estrada, será obrigado (o agente que guiava o carro) a indenizar o pedestre que atropelou? Ou poderia alegar o fortuito, para o efeito de se eximir da obrigação de ressarcir?

Em muitos julgados, tende-se a reconhecer a responsabilidade do causador do dano, a quem caberia ação regressiva contra o terceiro, mesmo em caso de abalroamento.

Não entendemos assim, pois, em tal situação, diferentemente do que ocorre no estado de necessidade, em que o sujeito causador do dano atua para livrar-se do perigo, no abalroamento do Fusca, este veículo fora apenas um mero instrumento na cadeia causal dos acontecimentos.

Independentemente da posição de contra quem demandar, o fato é que, se o dano for causado por conduta de uma terceira pessoa, exclui-se o nexos causal em relação ao agente.

⁵⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil, volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 937. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547216788/cfi/873!4/4@0.00:0.00>>. Acessado em: 12/11/2017

3.6.2.5. Dano

O dano é indispensável à responsabilização, uma vez que ele é o prejuízo ocasionado ao bem(s) jurídico(s) da vítima decorrente de uma ação ou omissão do agente, e a responsabilização civil têm como função, além de outras já expostas, compensar este dano monetariamente.

O dano é subdividido em patrimonial e extrapatrimonial, conforme explana Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁵⁸:

Nesses termos, poderíamos conceituar o dano ou prejuízo como a lesão a um interesse jurídico tutelado — patrimonial ou não —, causado por ação ou omissão do sujeito infrator. Note-se, neste conceito, que a configuração do prejuízo poderá decorrer da agressão a direitos ou interesses personalíssimos (extrapatrimoniais), a exemplo daqueles representados pelos direitos da personalidade, especialmente o dano moral.

Conforme se observa, o dano patrimonial, também chamado de material, é aquele que atinge o patrimônio da vítima, que pode ser quantificado por simples cálculos.

E o dano extrapatrimonial ou moral, é aquele que não atinge o patrimônio, mas sim o indivíduo como sujeito de direitos, atinge o âmago da vítima, sua honra, e, portanto, não pode ser quantificado, tendo o juiz que analisar as circunstâncias de cada caso para fixar um *quantum*. Destacando que nesses casos é impossível retornar o *status quo ante*, motivo pelo qual o magistrado analisa a o binômio: compensação do dano à vítima e medida educativa ao agente causador do dano.

⁵⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil, volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 896. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9788547216788/cfi/873!4/4@0.00:0.00>>. Acessado em: 12/11/2017.

4. DO DEVER DE INDENIZAR POR DANOS MORAIS NO CASO DE ABANDONO AFETIVO

Como explanado nos capítulos anteriores, a legislação brasileira prevê, baseando-se nas regras de conduta e princípios, no presente caso aplicáveis ao Direito de Família, deveres aos pais em relação aos filhos, decorrentes dos direitos essenciais previstos às crianças e aos adolescentes.

Bem como, prevê tipos de indenização à vítima, dependendo da área em que está conduta impacte, desde que observados os requisitos para a responsabilização civil.

A jurisprudência não é consoante quanto à aplicação ou não do dever de indenizar moralmente aquela criança/adolescente que foi abandonada por um dos seus genitores. O primeiro tribunal a reconhecer o dever de indenizar foi o de Alçada de Minas Gerais, que condenou o genitor ao pagamento de 200 salários mínimos (Apelação Cível nº 408.550-5 de Belo Horizonte. Sétima Câmara. Presidiu Juiz José Affonso da Costa Cortês), porém esse julgado foi reformado pelo Superior Tribunal de Justiça, sob a afirmação de que não há ilícito civil na prática do abandono, uma vez que o pai não é obrigado a amar o filho (REsp. 757.411/MG. Relator: Min. Fernando Gonçalves).

Em 2012, chegou para julgamento do Superior Tribunal de Justiça, novamente, um caso de abandono afetivo, que foi de relatoria da Ministra Nancy Andrighi. Nesse novo julgado foi reconhecido o dever de indenizar do genitor que havia abandonado afetivamente sua filha. A Ministra entendeu, em seu voto, que há uma imposição legal, não de amar o filho, mas de cuidar dele, dirigindo a criação, educação e a sua companhia, e que quando não cumprido violaria este bem jurídico, de cuidado – que tem base no Princípio da Afetividade -, ensejando em sua responsabilidade civil.

Que este núcleo mínimo de cuidados que os pais devem dirigir ao filho, vão para além de uma norma positivada, uma vez que eles visam uma adequada formação psicológica e de inserção social da criança/adolescente⁵⁹.

⁵⁹ TARTUCE, Flávio. **Da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência brasileira.** Migalhas. Publicado em 26/07/2017. Disponível em: <

Porém, mesmo após esse entendimento do Superior Tribunal de Justiça, há diversas jurisprudências que não admitem, no abandono afetivo, a indenização pecuniária. E muitos exigem, para que seja dada procedência, uma comprovação cabal dos danos sofridos pela criança/adolescente. Diante disso, recomenda Flávio Tartuce⁶⁰:

Diante desse panorama recente, recomendo que os pedidos de indenização por abandono afetivo sejam bem formulados, inclusive com a instrução ou realização de prova psicossocial do dano suportado pelo filho. Notei que os julgados estão orientados pela afirmação de que não basta a prova da simples ausência de convivência para que caiba a indenização.

Sendo assim, o último capítulo do presente trabalho buscará amoldar a conduta do abandono afetivo nos pressupostos da responsabilidade civil, demonstrando assim, que há o dever de indenizar, pelos danos morais sofridos, esta criança ou adolescente que foi abandonada pelo seu pai ou mãe, com base na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.159.242/SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Publicado em 10/05/2012).

Porém, cabe antes perpassar por dois pontos discutidos na doutrina, quais sejam: da interferência do Poder Público na seara do direito privado, e a colisão entre os princípios da liberdade e da solidariedade, ambos no Direito de Família mais especificadamente na relação paterno-filial.

4.1. DA INTERFERÊNCIA DO PODER PÚBLICO NO DIREITO PRIVADO – LIBERDADE X SOLIDARIEDADE

O Poder Público dá amplo espaço para que os cidadãos formem suas famílias quando quiserem e do modelo que mais lhe interessar, bem como se

<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI262537,61044-Da+indenizacao+por+abandon+afetivo+na+mais+recente+jurisprudencia>>. Acessado em: 18/03/2018.

⁶⁰ TARTUCE, Flávio. **Da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência brasileira**. Migalhas. Publicado em 26/07/2017. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI262537,61044-Da+indenizacao+por+abandon+afetivo+na+mais+recente+jurisprudencia>. Acessado em 18/03/2018.

vão ou não ter filhos e a quantidade. Nesse sentido, o Estado dá liberdade às pessoas, por se tratarem de pessoas capazes que decidiram, através de vontades autônomas, viverem em conjugalidade, como ilustra Maria Celina Bodin de Moraes⁶¹:

Na conjugalidade, tal relação caracteriza-se atualmente por uma substancial aceitação das escolhas e da autonomia dos indivíduos, bem como pela renúncia à exigência e ao cumprimento coercitivo dos direitos e deveres entre os cônjuges.

Portanto, no âmbito da família, as relações de conjugalidade não têm uma grande interferência do poder público, o que não ocorre nas relações paterno-filiais, que envolvem os pais e uma criança e/ou adolescente, que são considerados vulneráveis pelo ordenamento jurídico, merecendo um amparo maior do Estado, conforme Luiz Edson Fachin⁶² expõe:

Assim, propor a intervenção desmesurada do ente estatal na ambiência familiar, espaço onde deve ocorrer o livre desenvolvimento da personalidade humana, importa inevitavelmente em aceder ao cerceamento da construção dessa personalidade própria das pessoas que pretendem se realizar, em coexistencialidade, naquele espaço familiar. Mas ao mesmo tempo em que é necessária a configuração de um “Estado ausente”, permitindo que as pessoas constituam suas relações segundo uma liberdade vivida, é igualmente **necessário que determinados direitos sejam tutelados pela presente intervenção do ente estatal, mormente em face daqueles que se encontram mais vulneráveis e desamparados. Nesse sentido, intervir é necessário quando verificada a potencialidade lesiva à constituição da personalidade de uma pessoa, sendo ela jurídica ou faticamente mais vulnerável devido às suas condições pessoais**, o que ocorre, à guisa de exemplo, com a **criança, o adolescente**, o incapaz, o idoso e aqueles que sofrem com a violência familiar.(grifo nosso).

Diante de tal situação, o poder público deve agir, buscando efetivar os princípios do melhor interesse e da proteção da criança e do adolescente, uma

⁶¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Na medida da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 447 apud CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P. 257

⁶² FACHIN, Luiz Edson. Famílias: entre o público e o privado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) Anais do VIII Congresso Nacional do IBDFAM. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2012, p. 158-169. apud CALDERÓN, Ricardo **Princípio da afetividade no direito de família**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P. 258.

vez que estão em fase de formação da sua personalidade, sendo, portanto, os vulneráveis da relação.

O Estado dá a liberdade para as pessoas constituírem família, porém, quando elas optam por isso, e dessa relação nascem os filhos, ele passa a impor deveres a estes pais, que estão presentes tanto na Constituição Federal de 1988, como no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como há o princípio da paternidade responsável, que norteia esta relação. Os deveres assentados nestes diplomas legais têm como base o princípio da afetividade que, segundo Heloisa Helena Barboza⁶³, é:

Ações concretas, atitudes e valores devem evidenciar o cuidado com os filhos, desde o que diz respeito ao seu conforto físico e psíquico, a higiene do corpo e do ambiente, o apoio emocional e espiritual, até a proteção no sentido de segurança. Aqui também estão presentes **diferentes significados de cuidado, como aceitação, compaixão, envolvimento, preocupação, respeito, proteção, amor, paciência, presença, ajuda, compartilhamento.** (grifo nosso).

Sendo assim, quando há na relação a presença de um vulnerável, o Estado limita a liberdade dos pais para preponderar à solidariedade na família, visando sempre o melhor interesse daquele infante, senão vejamos o entendimento de Ricardo Calderón⁶⁴:

Eventual ponderação entre a liberdade do genitor em exercer (ou não) seus deveres de pai/mãe e os direitos desse menor vulnerável de ver atendidas suas necessidades existenciais, certamente privilegiaria a tutela deste último (a partir, até mesmo, dos princípios constitucionais da paternidade responsável e proteção integral da criança). Neste hipotético conflito, a ponderação a partir dos dispositivos legais indica a prevalência da proteção do infante. Ademais, ainda que se efetue a análise com base nos dados da realidade concreta, provavelmente prevalecerá o interesse do menor vulnerável.

⁶³ BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade responsável: o cuidado como dever jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.) Cuidado e responsabilidade. São Paulo: Atlas, 2011. P.93 apud CALDERÓN, Ricardo **Princípio da afetividade no direito de família**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P.175 -176.

⁶⁴ CALDERÓN, Ricardo **Princípio da afetividade no direito de família**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P.262

Portanto, não importa se o pai ou a mãe querem estar presentes ou não na vida daquela criança, garantindo a sua educação, segurança, saúde, o seu desenvolvimento pleno através da afetividade - que se exterioriza no cuidado -, o Estado os obriga através das regras de conduta previstas na legislação, ou seja, quando eles deixam de praticar estas condutas previstas, estão praticando um ato ilícito, por não observarem a lei, cabendo ao Estado intervir.

4.2. DA ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ABANDONO AFETIVO SEGUNDO RESP 1.159.242/SP

No ano de 2012, chegou para a análise do Superior Tribunal de Justiça, o Recurso Especial interposto pelo genitor (Antônio Carlos Jamas dos Santos) do Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que reformou a Sentença de 1º grau, dando provimento ao pedido formulado por Luciane Nunes de Oliveira Souza, filha do Recorrente, de indenização por danos morais decorrente do abandono afetivo sofrido por ela.

Narrou a Recorrida que, além de ter a paternidade reconhecida pela via judicial, o genitor nunca contribuiu para a sua formação, nem afetiva nem material. Além disso, informou que o genitor tem outra filha, a qual teve assistência durante todo o seu desenvolvimento, e que tal fato atingiu a sua moral, bem como prejudicou todo o seu desenvolvimento sadio, enquanto criança e adolescente, acarretando problemas em seu psicológico diante da rejeição por parte do seu pai.

Diante do caso narrado, será feito o amoldamento da conduta descrita, com fulcro na doutrina e no julgado.

4.2.1. Da Conduta Omissiva – Configuração Em Ato Ilícito

O primeiro passo para descobrir se a conduta causa ou não o dever de indenizar, é analisando se ela pode ser considerada ilícito civil, que, segundo Antunes Varela⁶⁵, é:

O elemento básico da responsabilidade é o fato do agente – um fato *dominável* ou *controlável* pela vontade, um comportamento ou uma forma de conduta humana – pois só quanto a fatos dessa índole têm cabimento a ideia da ilicitude, o requisito da culpa e a obrigação de reparar o dano nos termos em que a lei impõe.

Trazendo esse conceito para o caso de abandono afetivo, observa-se que, o agente – o pai -, ao abandonar o filho, toma uma atitude consciente – dominável e controlável -, é uma vontade dele não dar assistência psicológica ao filho, mesmo conhecendo os seus deveres, conforme ilustra Rolf Madaleno⁶⁶:

A Constituição Federal, em seus arts. 226, § 7º, e 229, dá juridicidade ao dever de cuidado recíproco entre pais e filhos e torna expressa a responsabilidade parental, que é um dos pilares do Direito das Famílias. A paternidade responsável é um desdobramento dos princípios da dignidade humana, da responsabilidade e da afetividade. Na verdade, ela está contida nestes outros princípios norteadores e a eles se mistura e entrelaça. Merece ser considerada como um princípio destacado e autônomo em razão da importância que a paternidade/maternidade tem na vida das pessoas. A paternidade é mais que fundamental para cada um de nós. Ela é fundante do sujeito. A estruturação psíquica dos sujeitos se faz e se determina a partir da relação que ele tem com seus pais. Eles devem assumir os ônus e bônus da criação dos filhos, tenham sido planejados ou não. Tais direitos deixaram de ser apenas um conjunto

⁶⁵ VARELA, Antunes. Das obrigações em geral. Volume 1. 8ª Ed. Almedina. P. 534 apud CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. P.21.

⁶⁶ MADALENO, Rolf. BARBOSA, Eduardo. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2015. P. 401. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9788597000689/cfi/4131/4/4@0.00:0.00>>. Acessado em: 18/03/2018.

de competências atribuídas aos pais, convertendo-se em um conjunto de deveres para atender ao melhor interesse do filho, principalmente no que tange à convivência familiar.

Esses deveres citados estão previstos na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227⁶⁷, no Código Civil de 2002, no seu artigo 1634, ⁶⁸, e no Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, em seus artigos 4^{o69} e 22⁷⁰, nos quais prevêem não apenas a obrigação dos pais, mas também da sociedade e do poder público. Portanto, o que é analisado na conduta do genitor não é se ele ama ou não a prole – uma vez que é uma condição extremamente subjetiva -, mas sim se ele cumpriu com as condutas previstas legalmente, sendo elementos objetivos. Neste sentido foi o voto da Ministra Nancy Andrighi⁷¹:

O cuidado, distintamente, é tísado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. **Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.** (grifo nosso e do autor).

⁶⁷ Art. 227. *É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.*

⁶⁸ Art. 1.634. **Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - *dirigir-lhes a criação e a educação***;(grifo nosso).

⁶⁹ Art. 4^o **É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.**(grifo nosso).

⁷⁰ Art. 22. **Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.**(grifo nosso).

⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.159.242/SP**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Publicado em 10/05/2012. Acessado em 25/02/2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.&processo=1159242&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>.

Diante do exposto, observa-se que esta conduta que o genitor deveria ter tido e não teve pode ser caracterizada como um ilícito civil, uma vez que há elementos objetivos para a sua verificação.

Sendo assim, conclui-se que tal ausência de conduta pode ser objeto de uma cobrança judicial, através de uma compensação pelos danos morais suportados.

4.2.2. Do Nexo Causal Entre A Conduta Do Abandono E O Dano

Como já exposto, o nexo causal é o liame entre a conduta humana (ato ilícito) e os danos ocasionados, ou seja, tem que haver uma conexão entre a conduta e prejuízo acarretado.

Porém, no julgado em análise, a Ministra⁷² não tratou com ênfase o nexo causal do caso, admitindo que o sentimento de tristeza e abandono decorresse da conduta do genitor, senão vejamos:

Entretanto, mesmo assim, não se pode negar que tenha havido sofrimento, mágoa e tristeza, e que esses sentimentos ainda persistam, por ser considerada filha de segunda classe.

Esse sentimento íntimo que a recorrida levará, ad perpetuum, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício de seu dever de cuidado em relação à recorrida e também de suas ações, que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano in re ipsa e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação.

A doutrina, buscando não banalizar a aplicação da indenização, entende ser necessária uma cautela maior, que realmente tenha uma comprovação entre a conduta do genitor e o dano suportado pelo filho, conforme Ricardo Calderón⁷³:

⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.159.242/SP**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Publicado em 10/05/2012. Acessado em 25/02/2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.&processo=1159242&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>

⁷³ CALDERÓN, Ricardo **Princípio da afetividade no direito de família**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P.281.

Quanto ao abandono afetivo, parece prudente exigir alguma vinculação dos danos com a conduta omissiva comprovada. Isto porque, não se mostra razoável permitir que, por não cumprir seu dever de cuidado, venha o genitor a responder por todo e qualquer dano presente na vida da pessoa que foi um dia abandonada afetivamente.

Por mais que se supere, substitua ou remodele o nexos causal na responsabilidade civil, **nos casos de abandono afetivo recomenda-se exigir algum liame entre a conduta imputada como omissiva (negligente) e os danos que se pretende ver indenizados.** (grifo nosso)

Diante do apresentado, observa-se que há juristas que entendem que o nexos causal nestes tipos de conduta seja quase automático, bem como há entendimento de que de quem haver provas mínimas disso. Porém, considerando as jurisprudências atuais, os magistrado têm entendido que para ser dada procedência ao pedido, tenha que haver a comprovação do dano moral suportado pela vítima, através de exames psicossociais.

4.2.3. Do Dano Moral Suportado

A omissão na conduta do genitor pode gerar lesão a esfera extrapatrimonial do filho, e para que este dano seja configurado, é necessário, segundo Ricardo Calderón⁷⁴:

Em suma, mister que se distinga a ofensa a interesse extrapatrimonial da eventual dor ou sofrimento que ela pode causar, visto que este pode ser apenas um de seus efeitos. Para que esteja presente um dano extrapatrimonial há que existir uma lesão a um interesse seu juridicamente protegido (como a um direito de personalidade, por exemplo). Essa ofensa pode ou não causar dor íntima ou sofrimento, mas isso não é relevante para a constatação da existência do dano extrapatrimonial. Consequentemente, para estar presente um dano moral reparável, basta a comprovação da lesão a essa esfera pessoal da vítima.

⁷⁴ CALDERÓN, Ricardo **Princípio da afetividade no direito de família**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P.286 – 287.

Portanto, para que seja determinada a responsabilização pelo dano extrapatrimonial, a vítima não tem que comprovar o seu sofrimento durante o abandono, a sua dor, pois essa responsabilidade surge da lesão ao bem jurídico tutelado, que é de ordem extrapatrimonial, ou seja, não atinge o patrimônio do sujeito, mas sim ele próprio, o seu âmago. E nesse sentido foi o voto da Ministra Nancy Andrichi⁷⁵:

Dessa forma, está consolidado pelo Tribunal de origem ter havido negligência do recorrente no tocante ao cuidado com a sua prole – recorrida –. Ainda, é prudente sopesar da consciência do recorrente quanto as suas omissões, da existência de fatores que pudessem interferir, negativamente, no relacionamento pai-filha, bem como das nefastas decorrências para a recorrida dessas omissões – fatos que não podem ser reapreciados na estreita via do recurso especial. Dessarte, impende considerar existente o dano moral, pela concomitante existência da tróica que a ele conduz: negligência, dano e nexos.

Com relação a ideia do cabimento dos danos morais no caso em análise, importante as lições de Paulo Luiz Netto Lôbo⁷⁶:

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

Diante de todo o apresentado, conclui-se que o dano extrapatrimonial, nos casos de abandono afetivo, é devido pelo simples fato do não cumprimento das ordens legais, das condutas que os pais devem ter com os filhos - vulneráveis na relação -, em plena fase de desenvolvimento. Que ao se omitir, os pais atingem a esfera extrapatrimonial dos filhos, atinge-os como sujeitos, atingem a dignidade da pessoa humana dos filhos, cabendo indenizá-los.

⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.159.242/SP**. Relatora: Ministra Nancy Andrichi, Publicado em 10/05/2012. Acessado em 25/02/2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.&processo=1159242&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>

⁷⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). Grandes temas da atualidade: dano moral. Rio de Janeiro: Forense, 2002 apud CALDERÓN, Ricardo **Princípio da afetividade no direito de família**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P. 287.

5. CONCLUSÃO

A concepção de família passou por significativas mudanças, não só em relação aos seus membros, mas a sua forma de pensar também, uma vez que na previsão do Código de 1916 o pilar de sustentação era a manutenção do patrimônio e o homem detinha o poder sobre todos os membros dela – mulher, filhos e os empregados -, era uma relação verticalizada, sem a necessidade do afeto. Esse modelo era chamado de pátrio poder.

Com as modificações da sociedade, sendo todos reconhecidos sujeitos de direito, e o maior ingresso da mulher no mercado de trabalho, com a sua participação ativa na manutenção do lar, está realidade se alterou, ao passo que a manutenção do lar e dos filhos passou a necessitar da cooperação de ambos os pais, e a relação, como se tratava de dois sujeitos de direitos iguais entre si, passou a se manter pelos laços afetivos criados entre os seus membros.

Com base nesses laços afetivos, visando as relações paterno-filiais (entre pais e filhos), que foram criados os núcleos mínimos de dever de cuidado, que são atitudes previstas aos pais na Constituição Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente e Código Civil, buscando proteger o vulnerável na relação, qual seja, a criança/adolescente, que está em plena fase de desenvolvimento do seu psicológico, da sua personalidade e das suas relações sociais.

Após isso, foram abordados os princípios que regulam o Direito de Família em geral, e principalmente, aqueles que regem a relação paterno-filial, quais sejam: da Dignidade da Pessoa Humana, da Paternidade Responsável, da Solidariedade Familiar e da Afetividade, que dá nome ao tema.

Esse princípio, implícito na Constituição, diz respeito não ao amor que o pai deve ao filho – que por ser elemento extremamente subjetivo é impossível mensurar -, mas sim o zelo, o cuidado, a preocupação, a vigilância, a convivência, deveres esses previstos nos diplomas legais supramencionados, portanto, passíveis de verificação e cobrança.

Superada a caracterização da importância da observância dos Princípios, em especial aqueles mencionados, passou-se a analisar então os elementos necessários para a caracterização da responsabilidade civil. Porém,

antes, importante a diferenciação da responsabilidade jurídica, passível de cobrança por existirem elementos legais para sua verificação, e a moral, que trata dos sentimentos internos do agente, que se sente culpado com a sua consciência ou com Deus, mas por uma conduta que não prejudica terceiros, ela apenas é contrária aos seus valores morais ou daquele grupo no qual ele está inserido.

Perpassado por esses pontos, foi analisado os elementos para caracterizar a responsabilidade civil: uma conduta humana, que causa dano a outrem e entre eles se estabelece um nexo causal.

A conduta humana pode se externalizar através de uma ação ou omissão, que pode causar um dano material (patrimonial) - pode ser quantificado por se atingir bens materiais -, ou um dano moral (extrapatrimonial), que tem que ser arbitrado pelo magistrado de acordo com o seu senso de justiça, uma vez que atinge o sujeito, e não seu patrimônio.

Para que haja essa ligação entre a conduta e o dano, tem que haver a observância do elemento nexo causal, que são aquelas causas próximas ao fato que levaram o prejuízo a vítima.

Por fim, foram analisados esses elementos da responsabilidade civil no caso do abandono afetivo, ou seja, no caso do pai/mãe não garantir ao filho aquele núcleo mínimo de cuidados, à luz do REsp. 1.159.242/SP, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, uma vez que a jurisprudência não é consoante, bem como tem modificado sua forma de decidir ao longo da história.

No caso concreto do Recurso, o pai havia abandonado afetivamente a filha, demonstrando seu menosprezo ao cuidar da outra filha e dela não. Tal conduta acarretou danos de ordem moral para ela, motivo pelo qual ingressou com a demanda face seu pai.

Nesse caso percebe-se que a conduta omissiva do pai, ao passo que, quando ele deveria agir para garantir o desenvolvimento sadio da sua filha, observando os deveres previstos nos diplomas legais, ele se omitiu, ocasionou danos a formação da personalidade e do psicológico da sua filha. Sendo assim, ele realizou um ilícito civil passível de cobrança, uma vez que é possível a verificação de todos os elementos da responsabilidade civil.

Importante destacar que, para que haja uma indenização por essa omissão, a jurisprudência tem entendido ser necessária a comprovação do

dano suportado pelo filho, através de laudos psicossocais, não bastando para comprovação apenas a afirmação de que se sentiu lesionado.

Diante de todo o apresentado, a conclusão do presente trabalho é no sentido de que há sim o dever de indenizar do pai que se omite no papel de ser pai.

O Estado não pode interferir na formação da família com relação aos filhos, se irão ou não tê-los, quando e quantos, mas no momento em que essa criança nasce ela merece uma tutela especial por parte dele, devendo ser garantido a ela um núcleo mínimo de cuidados, previstos em diplomas legais, por aqueles que são seus responsáveis. Eles passam a ter deveres com relação aquela criança/adolescente que estão em plena formação das capacidades mentais e sociais.

E, quando não observados esses direitos da criança/adolescente, por haver determinação expressa em lei, há a possibilidade da configuração do ilícito civil pela conduta omissiva do pai/mãe, cabendo então ao juiz mensurar o valor do prejuízo sofrido por aquele indivíduo.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**, São Paulo: Atlas, 2011, 12ª edição. Disponível em: <https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522481750/cfi/262!/4/4@0.00:0.00>.

BRASIL. Lei nº 10.406, que instituiu o **Código Civil Brasileiro**, promulgada em 10 de janeiro de 2002 no Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

BRASIL. Lei nº 8.069, que instituiu o **Estatuto da Criança e do Adolescente**, publicada em 13 de julho 1990 no Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.159.242/SP**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Publicado em 10/05/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.&processo=1159242&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=truer>

CALDERÓN, Ricardo **Princípio da afetividade no direito de família**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

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

Dicionário Criativo. Disponível em: <http://dicionariocriativo.com.br/significado/afeto>.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil, volume único**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547216788/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil Brasileiro - Responsabilidade Civil** vol. 4, 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502636767/cfi/20!/4/4@0.00:5.22>.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil, volume 2: direito das obrigações e da responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2010, 5ª Ed.

LOBO, Paulo. **Direito civil – Famílias**, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547209865/OBO>.

MADALENO, Rolf. BARBOSA, Eduardo. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: <https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000689/cfi/418!/4/4@0.00:0.00>.

PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 157. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502160217/cfi/114!/4/4@0.00:49.9>.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil - Responsabilidade Civil**, Volume 4, Coleção Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2003. 20ª edição. Disponível em: <https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502141490/cfi/4!/4/4@0.00:7.02>.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TARTUCE, Flávio. Da **indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência brasileira**. Migalhas. Publicado em 26/07/2017. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Familiaeucessoes/104,MI262537,61044-Da+indenizacao+por+abandono+afetivo+na+mais+recente+jurisprudencia>.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VILLELA, João Baptista. **Liberdade e família**. Belo Horizonte: UFMG, 1980.

Wikipédia. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_de_tali%C3%A3o.