

**UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS
MISSÕES - CAMPUS ERECHIM
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE DIREITO**

CLAUDIOMAR ALVES DA SILVA

A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES

ERECHIM, RS

2016

CLAUDIOMAR ALVES DA SILVA

A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Curso de Direito, Departamento de Ciências Sociais e Aplicadas da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Campus de Erechim, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Andrea Mignoni zanatta

ERECHIM, RS

2016

AGRADECIMENTO

Primeiramente, agradeço a Deus, por ter me iluminado e me demonstrado os melhores caminhos a seguir sempre.

Agradeço, também, à minha esposa Adriana e meus filhos Adryan Henrique e Samuel Lucas, pelo apoio dado a mim durante todo esse período de estudos.

Por fim, um especial agradecimento aos professores que me acompanharam durante a graduação, em especial a professora Andrea Mignoni Zanatta, por ter aceitado a missão de me orientar, dedicando parte de seu tempo para a realização do presente estudo.

RESUMO

Ao abordar o tema da responsabilidade civil no direito de família, encontramos que existe uma clara divisão quanto ao entendimento acerca do dever de indenizar entre as pessoas do mesmo grupo familiar. Na maioria das vezes o rompimento da relação conjugal é causa de grande frustração e sofrimento, que afeta a todos os membros da família. Contudo o instituto da responsabilidade civil deve ser aplicado com muito cuidado no direito de família, devido as suas particularidades. O simples rompimento da relação não configura responsabilidade civil, mas há situações que podem gerar danos tanto materiais quanto morais entre cônjuges. Uma situação que merece maior atenção diz respeito ao abandono afetivo dos pais para com seus filhos menores. É evidente a maior vulnerabilidade dos filhos menores frente a seus pais, ainda mais quando são os pais que têm o dever de cuidar, proteger, ensinar, dar amor e carinho à seus filhos. Outrossim está comprovado que o abandono afetivo, causa danos psíquicos aos menores e que por isso, constitui uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, gerando o dever de reparar os danos à personalidade do menor e a melhor forma para a compensação desses danos tem se mostrado ser a sua reparação pecuniária. Neste trabalho, procuramos demonstrar através de uma pesquisa bibliográfica e documental a dificuldade em se fazer a quantificação do dano moral e a forma como é feita valoração do dano moral pelo abandono afetivo. Com o método indutivo e descritivo, refletimos o que pode ser feito para compensar os danos causados e para prevenir a ocorrência de novos casos de abandono afetivo.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Família. Reparação de danos . Dignidade da Pessoa Humana. Abandono Afetivo.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. HISTÓRIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL	8
2.1 DO DANO MATERIAL.....	14
2.2 DO DANO MORAL.....	15
3 TRANSFORMAÇÕES NAS RELAÇÕES FAMILIARES.....	16
3.1 DO PÁTRIO PODER AO PODER FAMILIAR.....	20
4 RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO FAMILIAR.....	22
4.1 RESPONSABILIDADE CIVIL ENTRE CÔNJUGES	27
4.2 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO	28
4.3 O ABANDONO AFETIVO NA FILIAÇÃO.....	31
4.4 DA QUANTIFICAÇÃO DO DANO	36
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIAS.....	44

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo monográfico dedicar-se-á especificamente ao tema responsabilidade civil no âmbito das relações familiares, haja vista a existência de polêmicas discussões envolvendo o tema, o qual é de significativo interesse social.

Ademais justifica-se o presente estudo, primeiramente, em razão da sua grande relevância social, tendo em vista o elevado número de ações judiciais que abrangem o tema, bem como a problemática acerca da valoração do dano moral em questões relativas à afetividade.

Para tanto, o trabalho desenvolver-se-á em três capítulos.

Primeiramente, no que concerne ao capítulo inicial, a proposta é de se trazer a evolução histórica do instituto da responsabilidade civil desde os primórdios onde sua natureza jurídica era vinculada a ideia de pena, passando pela necessidade de demonstração da culpa para sua caracterização até se chegar aos dias atuais onde o instituto tem por escopo a proteção da pessoa que sofreu o dano injusto afim de que seja ressarcida do mesmo.

Em um segundo momento, abordar-se-á as transformações ocorridas no conceito de família, desde quando adotava uma formatação extremamente patriarcal e matrimonializada, onde se primava pelos interesses puramente patrimoniais sem se preocupar com os direitos inerentes à pessoa, até se chegar à constitucionalização do direito de família onde se busca a valorização da pessoa humana.

Por derradeiro, no terceiro capítulo se tratará da compensação dos danos relativos à afetividade, levando-se em conta o entendimento jurisprudencial sobre a incidência da responsabilidade civil entre cônjuges e na relação entre pais e filhos nos casos de abandono afetivo, bem como a questão dos critérios utilizados para a sua valoração.

Tais questões são de suma importância, uma vez que envolvem princípios constitucionais de extrema relevância, como o princípio da dignidade da pessoa humana que caso seja desrespeitado acarretará inúmeros prejuízos, inclusive

extrapolando os danos materiais e atingindo valores morais, psíquicos e espirituais dos indivíduos.

Para tanto, este estudo será realizado através do método indutivo e descritivo, mesclando a pesquisa bibliográfica e documental, objetivando entender os efeitos da responsabilidade civil e suas consequências jurídicas no âmbito do direito de família.

2 HISTÓRIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL

As relações humanas, como um todo, são permeadas pela responsabilidade. Isso significa que, as nossas ações são geradoras de responsabilidade. Desta forma, a palavra que melhor define responsabilidade é obrigação. Conforme as palavras de José de Aguiar Dias:

A palavra contém a raiz latina “spondeo”, fórmula conhecida, pela qual se ligava solenemente o devedor, nos contratos verbais do direito romano. Dizer que responsável é aquele que responde e, portanto, que responsabilidade é a obrigação cabente ao responsável. (DIAS, 2006, p.4)

O autor ainda diz que quando se fala de responsabilidade, o que interessa é aprofundar o problema com relação a violação da norma ou obrigação diante da qual se encontrava o agente.(DIAS, 2006, p.5)

Então, ao trazer a tona o assunto da responsabilidade civil nas relações familiares, não se pode deixar de fazer uma breve abordagem das transformações que ocorreram com o passar do tempo no que se entendia à cerca da responsabilidade civil propriamente dita, tendo em vista a vasta literatura que trata sobre o tema.

No direito romano, o qual é uma das principais referências do direito antigo, se observa que a reparação do dano se dava na forma da vingança privada, onde a reparação era dirigida não à vítima do dano, mas ao grupo ao qual estava vinculada.. Este sistema foi seguido pelo sistema do talião, conforme ensina Marcelo Junqueira Calixto:

Este sistema primitivo, que mal diferenciava imposição de uma pena da reparação de um dano, foi seguido pelo sistema do talião, que também não

faz distinção entre pena e reparação, mas que, de certa forma, restringe a reação da vítima ao dano por ela sofrido. Trata-se da velha regra “olho por olho, dente por dente”(CALIXTO, MARCELO JUNQUEIRA,2008,p.122)

Ainda, de acordo com o que ensina Marcelo Junqueira Calixto, este sistema começa a sofrer reação, e já na Lei Das XII Tábuas, existem normas que preveem a reparação pecuniária do dano causado, porém esta reparação tinha natureza de pena, sendo que a indenização exclusivamente pecuniária só se consolida alguns séculos mais tarde com a adoção da Lex Poetelia Papiria.(CALIXTO, 2008).

Um pouco mais tarde, por volta do ano 286 a.C., foi aprovada a Lex Aquilia de damno,, que introduziu uma nova espécie de delito privado, o dano causado sem direito. Esta lei, trazia como elemento principal a culpa, porém com uma conotação mais objetiva do dano.

O período da Idade Média, foi marcado por forte influencia tanto do direito romano quanto do direito canônico, com isso houve uma reformulação de alguns institutos, entre eles o da culpa.

Conforme ensina Marcelo Junqueira Calixto, também foi por influência canônica, que se tentou separar os domínios da responsabilidade civil, marcada pela compensação dos danos e da reponsabilidade penal, caracterizada pela imposição de uma pena ao ofensor. (CALIXTO,2008,p.137).

Cumprir destacar que os códigos civis vigentes no século XIX, tinham na culpa o seu elemento principal, entre eles pode-se citar o código de Napoleão, o qual foi o primeiro código civil da Itália, em vigor a partir de 1865, que por sua vez influenciou o código civil brasileiro de 1916.

No Brasil, a responsabilidade civil se resumia à responsabilidade subjetiva, ou seja, estava fundamentada na necessidade de demonstração da culpa, como bem ensina Cavalieri Filho:

Houve um tempo, e não está longe, que o sistema brasileiro de responsabilidade civil era extremamente simples. Praticamente, resumia-se a um único artigo do código civil de 1916. Tudo estava concentrado na cláusula geral do art.159, que consagrava a responsabilidade subjetiva e com culpa comprovada.(CAVALIERI FILHO, 2014, p. 2).

Atualmente o grau de culpa não é elemento essencial para a mensuração do dano, conforme ensina Felipe Peixoto Braha Netto:

O grau de culpa não importa, em regra, para a fixação do valor da reparação. Esse valor é fixado com base na extensão do dano. Dano maior, indenização maior. Dano menor, indenização menor.(NETTO, BRAHA, 2009,p.113).

É notório o fato de que a responsabilidade civil passou por uma grande evolução no decorrer do século XX, de modo que sua abrangência foi ampliada na mesma proporção da evolução da ciência e da tecnologia. Prova disso é que grande parte dos casos que chegam aos tribunais, envolve alguma forma de responsabilidade civil.

Desta forma, pode-se observar a existência de dois fatores principais que levaram a esta evolução da responsabilidade civil, conforme ensina Cavaliere Filho:

A Revolução Industrial, notadamente a partir da segunda metade do século passado ,incluindo o desenvolvimento científico e tecnológico, e a busca da justiça social na construção de uma sociedade solidaria, o que tornou imperativo modificar a organização do Estado, ensejando maior intervenção na sociedade para garantir o acesso de todos os cidadãos aos bens e serviços necessários a uma vida digna.(CAVALIERE FILHO,2014,p.3)

Sendo assim, a atuação do Estado se dá de forma a proteger as pessoas e buscar reestabelecer o equilíbrio econômico- jurídico sempre que este for abalado pela ocorrência de um dano, como podemos extrair da lição de José de Aguiar Dias:

O interesse em reestabelecer o equilíbrio econômico- jurídico alterado pelo dano é a causa geradora da responsabilidade civil. Seu fundamento deveria, pois, ser investigado em função daquele interesse, que surge, antes de tudo, o principio da prevenção, sem excluir, outros princípios, que o completam.(DIAS, 2006,p.55)

No entanto, a grande evolução ocorrida com a responsabilidade civil, não aconteceu como em um passe de mágica, ela foi gradativa, por meio de leis especiais. O marco principal dessa evolução no Brasil se deu com a Constituição Federal de 1988. Neste sentido, ensina Cavalieri Filho:

Temos que o grande passo na evolução da responsabilidade civil foi dado pela Constituição de 1988, na medida em que pacificou a questão da indenização por dano moral (art. 5º, incisos V e X).(CAVALIERI FILHO, 2014, p.5).

Todavia, isso não significa que a responsabilidade subjetiva deixou de existir. O sistema vigente no Brasil é predominantemente da responsabilidade objetiva, contudo, sem excluir a responsabilidade subjetiva, que terá lugar sempre que não houver a previsão legal da responsabilidade objetiva. Desta forma a clausula geral da responsabilidade subjetiva encontra-se no art.927, combinado com o art. 186, ambos do Código Civil de 2002 in verbis:

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

Art.927- Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo.

A tendência é que a reponsabilidade civil seja cada vez mais voltada para atender os interesses da vítima e o dano por ela sofrido, ao contrario do que ocorria quando a responsabilidade era fundada exclusivamente na culpa, dessa forma, o dano deixa de ser apenas da vítima e passa a ser do interesse de toda a sociedade. Assim sendo, a culpa deixa de ser o elemento principal, passando a focar-se no dano propriamente dito e a sua consequente reparação, como podemos ver na obra de José de Aguiar Dias, citando Gaston Morin:

Como o antigo fundamento da culpa já não satisfaz, outros elementos vêm concorrer para que a reparação se verifique, mesmo em falta daquela. Daí o

surto das noções de assistência, de previdência e garantia, como bases complementares da obrigação de reparar: o sistema da culpa, nitidamente individualista, evolui para o sistema solidarista da reparação do dano. (MORIN, apud DIAS, 2006, p.24)

Neste mesmo sentido ensina Nelson Rosenvald:

Atualmente, o caminho percorrido pela maior parte dos estudiosos do direito civil é o de abrir espaço para a responsabilidade independente de culpa, sob pressão de conceitos como os de solidariedade, segurança e risco, que tendem a ocupar o lugar da culpa, com o deslocamento da ênfase que antes recaía no autor presumido do dano e hoje recai na vítima, e vista da reparação pelo dano sofrido.(ROSENVALD,2014, p.14)

Sendo assim, sempre que houver a violação de um dever jurídico, restará configurado um dano para outrem e conseqüentemente o dever de repará-lo. Conforme a lição de Cavaliere Filho:

Só se cogita, destarte, de responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico e dano. Em outras palavras, responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um precedente dever jurídico. E assim é porque a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida.(CAVALIERI FILHO, 2014, p.16).

Isto posto, podemos extrair da lição de Cavaliere Filho, que não há responsabilidade, em qualquer modalidade, sem a violação de dever jurídico preexistente, uma vez que responsabilidade pressupõe o descumprimento de uma obrigação .

Obrigá-lo a repará-lo está pautado no próprio sentimento de justiça, uma vez que o equilíbrio jurídico-econômico resta prejudicado, nada mais justo que fazer com que o causador desse desequilíbrio seja o responsável por restabelecê-lo. Da mesma maneira que a vítima tem o direito de ser restituída à condição que se achava antes da ocorrência do evento danoso.

Neste sentido, as palavras de Cavaliere Filho, “restituir a vítima ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito constitui uma exigência da justiça comutativa (ou corretiva), sob pena de não se realizar a função primordial da responsabilidade civil”. (CAVALIERI FILHO,2014).

Contudo, Felipe Peixoto Braha Netto assevera que há que se entender que existem danos ressarcíveis e danos compensáveis:

Os danos materiais são ressarcíveis. Ou seja, é possível, em relação a eles, o retorno ao estado anterior ao dano, ao status quo ante. Se, digamos, alguém, dirigindo seu veículo, bate em outro carro, causando danos (pára-choque quebrado, por exemplo), teremos um dano material. Que é ressarcível. Ou seja, o autor do dano, indenizando a vítima, ou prestando-lhe o equivalente (um novo pára-choque), pode fazer retornar o estágio anterior ao dano.

Tal retorno, todavia, é conceitualmente impossível nos danos morais. Tais danos são compensáveis; não são ressarcíveis. Isso significa não ser possível, em relação a eles, o retorno ao status quo ante. Não há volta possível ao estágio anterior. A indenização, aqui, serve apenas para compensar a vítima, não fazendo, contudo, que as coisas voltem a ser o que eram. Uma lesão à honra, por exemplo. (NETTO,BRAHA, 2009,p.21)

Daí então a grande mudança no instituto da responsabilidade civil, que passou a se preocupar mais com a pessoa que sofreu o dano e o seu direito a reparação, do que com a apuração da culpa do causador do dano. De acordo com Danilo Haddad Jafet, o instituto da responsabilidade civil que outrora fora tão individualista passou a ter um caráter mais solidarista:

O caráter essencialmente individualista do instituto foi dando lugar a ideais de cunho efetivamente solidarista, e a responsabilidade civil passou a ser encarada como uma reação contra o dano injusto. Esse contexto passou a admitir a verificação e a reparação de novas espécies de danos, decorrentes dos novos fenômenos políticos, ambientais, econômicos e sociais.(JAFET, 2015, p.34)

O direito brasileiro a exemplo do direito francês, sempre prestigiou o princípio da reparação integral do dano. Com o advento da Constituição Federal de 1988, e a consagração do princípio da dignidade humana como um dos pilares do estado democrático de direito, passou a ser adotado o entendimento que todos os danos causados injustamente a pessoa humana deve ser integralmente reparados.

Todavia deve ser observada a proporcionalidade da reparação em relação ao dano, conforme Cavalieri Filho:

A plena reparação do dano deve corresponder à totalidade dos prejuízos efetivamente sofridos pela vítima do evento danoso, não podendo, entretanto, ultrapassá-los para evitar que a responsabilidade civil seja causa para enriquecimento injustificado do prejudicado, devendo-se estabelecer uma relação de efetiva equivalência entre a indenização e os prejuízos efetivos derivados dos danos. (CAVALIERI FILHO, 2014, p.28)

Ou seja, se o objetivo da reparação do dano é que se faça justiça, a condenação do causador do dano não pode ser superior aos limites dos danos causados, pois isso também não seria justo. O objetivo dessa norma é evitar que o ofensor seja despido do mínimo necessário para a sua sobrevivência, também em respeito ao princípio da dignidade humana.

Sendo assim, isso nos leva a ver que evolução do direito, deve observar os valores éticos de forma a reduzir as injustiças sociais, conforme a lição de José de Aguiar Dias:

No processo de alteração do direito, um homem novo, preocupado com o destino da humanidade e com o mundo que deixaremos para os nossos descendentes, preocupado com as injustiças sociais, com a visão voltada para a construção de uma sociedade mais igualitária, em que valores éticos sejam resgatados e efetivamente empregados nos dilemas presentes, deve ser o ponto de partida dessa evolução da responsabilidade civil. (DIAS, 2006, p.52)

2.1 DO DANO MATERIAL

Como mencionado anteriormente, para que esteja caracterizada a responsabilidade civil, é indispensável a ocorrência do dano.

O dano material, nas palavras de GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (2016):

O dano patrimonial traduz lesão aos bens e direitos economicamente apreciáveis do seu titular. Assim ocorre quando sofremos um dano em

nossa casa ou em nosso veículo. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p.93).

Os autores à cima mencionados, subdividem os danos materiais em duas categorias, a saber; danos emergentes e lucros cessantes.

Danos emergentes se referem aos danos efetivamente suportados pela vítima, ou seja, o que ela realmente perdeu.

Ao passo que, os lucros cessantes se referem a o que a vítima deixou de lucrar por força do evento danoso. Ou seja, o que ela não ganhou. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p.93).

2.2 DO DANO MORAL

Danos morais podem ser definidos como aqueles danos de natureza não-econômica, como nas palavras de Carlos Alberto Bittar:

Se traduzem em turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis, ou constrangedoras, ou outras desse nível, produzidas na esfera do lesado. (BITAR, 1993, p.31).

Vitor Ugo Oltramari, em seu livro cita Antônio Jeová da Silva Santos, o qual afirma que :

O dano material atinge a pessoa no que ela tem, ao passo que o moral, no que ela é. Por isso, o bem jurídico atingido é a própria pessoa da vítima, seus valores imateriais e seus sentimentos; sua vida, sua honra, imagem, sua afeição e reconhecimento social; sua liberdade e integridade física e psíquica. Em decorrência, é causa de mal-estar, transtornos e desgosto, insatisfação e, muitas vezes, desespero. Afeta sentimentos, afeições legítimas e rompe o equilíbrio espiritual, produzindo angustia, humilhação, dor. (SANTOS apud OLTRAMARI, 2006,p.4).

Sendo assim pode-se perceber que o dano moral afeta sobre maneira a vida da vítima.

3 TRANSFORMAÇÕES NAS RELAÇÕES FAMILIARES

A exemplo do que aconteceu com a responsabilidade civil, o direito de família, também passou por grandes transformações, principalmente a partir da revolução industrial e as conseqüentes alterações sociais, que, por sua vez, conduziram a uma necessidade de adaptação aos novos costumes. Um dos fatos mais relevantes ocorridos foi a libertação da mulher, que era muito inferiorizada, e que passou a uma condição de igualdade com o homem. (GLANZ, 2005)

No direito romano, o afeto ou mesmo o parentesco não tinham relevância, sendo que o que realmente importava eram os laços da adoração aos ancestrais, desta forma a ideia de família na antiguidade estava fundamentada no poder do pai ou do marido, o qual era quem conduzia os cultos domésticos e que, por isso, era o chefe da família. (COULANGES, 2004),

Esse modelo de família patriarcal perdurou por séculos e se expandiu pelas mais variadas culturas. No Brasil, o Código Civil de 1916 em seu artigo 233 atribuía ao marido a chefia da família relegando a mulher à condição de mera coadjuvante:

Art. 233-O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251). (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

Compete-lhe:

I - a representação legal da família; (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

II - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, I, c, 274, 289, I e 311); (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

III - o direito de fixar o domicílio da família, ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao juiz, no caso de deliberação que a prejudique; (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

IV - Inciso suprimido pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962:

Texto original: O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do teto conjugal. (BRASIL, 1916).

Era evidente o tratamento desigual existente entre o homem e a mulher no Código Civil brasileiro de 1916, a esse respeito fala Silvio de Salvo Venosa:

Os Códigos elaborados a partir do século XIX dedicaram normas sobre a família. Naquela época, a sociedade era eminentemente rural e patriarcal, guardando traços profundos da família da Antiguidade. A mulher dedicava-se aos afazeres domésticos e a lei não lhe conferia os mesmos direitos do homem. O marido era considerado o chefe, o administrador e o representante da sociedade conjugal. Nosso Código Civil de 1916 foi fruto direto dessa época. (VENOSA, 2014, p. 16).

Por outro lado, o Código Civil de 2002 em seu artigo 1631 atribui a ambos os cônjuges o poder familiar, colocando a mulher em condição de igualdade com o homem.

Art.1631- Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. (BRASIL, 2002)

Portanto, a família que outrora fora aquele modelo centralizado passou a se moldar de forma diferente com o surgimento de novos valores, conforme ensinam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea sobrepujam e rompem, definitivamente com a concepção tradicional de família. A arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado. (FARIAS; ROSENVALD,2008,p.4)

O direito de família limitava-se a três tipos de relações, a saber, entre os parceiros que coabitavam, entre pais e filhos e entre os membros da família nuclear e os da família extensa. Havia diferenciação até mesmo entre filhos havidos na constância do casamento e os originados de relações extraconjugais.(GLANZ,2005)

No Brasil, a primeira Constituição do império, de 1824, só tratava da família imperial e sua dotação, ao passo que a primeira Constituição da República estabelecia que o casamento era civil e gratuito. As Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967, bem como a emenda de 1969, não admitiam o divórcio, pois consideravam o casamento como uma união indissolúvel. Porém, com a Emenda Constitucional nº 9 de 1977 passou-se a admitir o divórcio. (GLANZ,2005)

Com o advento da Constituição Federal de 1988, também conhecida como Constituição cidadã, é que passou a ser admitida a existência de família mesmo sem casamento. Pela Constituição de 1988, há o casamento civil e o casamento religioso, conforme o artigo 226:

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

§1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§2º O casamento religioso tem efeito civil nos termos da lei.

§3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.

§4º Entende-se também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§5º Os direitos e deveres referentes a sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§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.

§8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (BRASIL, 1988)

A família tutelada pela Constituição de 1988, está protegida por se tratar de uma instituição meio, através do qual se busca o desenvolvimento das pessoas que nela estão inseridas, que, por sua vez, possuem direitos e interesses de natureza existencial. (GAMA;ORLEANS, 2011).

A família deve ser analisada a partir de um duplo ponto de vista, ou seja, como estrutura mas também na qualidade de função de modo a proteger os direitos das pessoas que fazem parte dela.

A grande função da família atual é a de servir a seus integrantes, de maneira harmônica e coordenada, sem que o exercício dos direitos de um integrante viole ou afaste os direitos e os interesses dos demais. Não há mais espaço para o Direito de família aristocrático e excludente, em que a tutela da família legítima era o objetivo maior das instituições sociais e organismos estatais, a ponto de, sob argumento de proteção da paz familiar e do patrimônio construído, haver impossibilidade jurídica do estabelecimento da paternidade de criança fruto de reprodução carnal de homem casado com outra mulher. (GAMA;ORLEANS, 2011,p.86)

A Constituição Federal inseriu o afeto no âmbito da juridicidade, quando nomeou a paternidade afetiva de entidade familiar, conferindo-lhe a proteção do Estado. De acordo com DIAS (2007):

Ser pai era considerado algo da ordem natural e da ciência, mas as mudanças sócio - econômicas e culturais que consolidaram nos últimos tempos, juntamente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, mostraram-nos que a paternidade requer envolvimento afetivo e primordialmente resguardar a dignidade da pessoa humana e o interesse da criança (DIAS, 2007, p. 320).

Segundo Farias e Rosenvald, a família contemporânea caracteriza-se pela valorização de seus membros:

Funda-se, portanto, a família pós moderna em sua feição jurídica e sociológica, no afeto, na ética, na solidariedade recíproca entre seus membros e na preservação da dignidade deles. Estes os referenciais da família contemporânea. Composta por seres humanos, decorre, por conseguinte, uma mutabilidade inexorável da compreensão de família, apresentando-se sob tantas e diversas formas, quantas forem as possibilidades de se relacionar, ou melhor, de expressar amor, afeto. (FARIAS;ROSENVALD, 2008, p.5)

Neste prisma, a família deixa de ser compreendida como núcleo econômico e reprodutivo, e avança para uma compreensão sócio - afetiva onde se busca a dignidade humana, sobrepunhando valores puramente patrimoniais.(FARIAS; ROSENVALD,2008).

3.1 DO PÁTRIO PODER AO PODER FAMILIAR

O pátrio poder foi instituído em Roma e tinha como objetivo conferir poder ao “ pater famílias ”, inclusive poder de vida e de morte sobre a pessoa dos filhos, além de poderes patrimoniais. Com o passar dos tempos, com o declínio da religião doméstica e culto aos antepassados, foram se restringindo os poderes do pater famílias na medida em que se difundiu um sentimento mais afetivo à pessoa dos filhos. (MALUF; MALUF, 2015, p.653).

No processo de evolução do poder familiar, antigo pátrio poder, os filhos passam a ser considerados sujeitos de direitos, gozando de proteção tanto no que tange sua integridade física, quanto nos seus bens. Essa evolução do poder familiar se deve também ao crescimento de ideias de proteção da infância e da edição de inúmeras leis protetivas em vários países a partir do início do século XX. (MALUF; MALUF, 2015, p.655).

San Tiago Dantas citado por Carlos Dabus Maluf afirma que “ o interesse do legislador não é conferir ao pai ou a mãe um direito, mas sim uma função pública, que é antes de mais nada, conferir-lhes um dever, o dever de cuidar, educar, e zelar pela sua prole, tanto que num caso extremo um pai poderia perder o pátrio poder.” (DANTAS apud MALUF; MALUF, 2015, p.656).

Silvio Rodrigues define o poder familiar como:

O poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes.

O fato de a lei impor deveres aos pais, com o fim de proteger os filhos, realça o caráter de munus público do poder familiar. E o torna irrenunciável. (RODRIGUES, 2004, p.380)

O artigo 1634 do Código Civil trata do exercício do poder familiar, in verbis:

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: [\(Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014\)](#)

I - dirigir-lhes a criação e a educação; [\(Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014\)](#)

- II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; [\(Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014\)](#)
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; [\(Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014\)](#)
- IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; [\(Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014\)](#)
- V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; [\(Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014\)](#)
- VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; [\(Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014\)](#)
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; [\(Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014\)](#)
- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; [\(Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014\)](#)
- IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (BRASIL, 2002 disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm).

O Código Civil Brasileiro prevê no art.1637 casos em que os pais poder ter suspenso o poder familiar, ao passo que o art.1638 do mesmo diploma legal prevê a perda do poder familiar:

Art.1637- se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Paragrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a 2 (dois) anos de prisão.

Art.1638- Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou mãe que:

- I- Castigar imoderadamente o filho;
- II- Deixar o filho em abandono;
- III- Praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
- IV- Incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Desta forma, não resta dúvidas quanto a evolução ocorrida no que se refere aos direitos dos filhos, enquanto menores, que passaram a gozar de uma maior proteção do Estado, seja por meio de leis ou de políticas públicas.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO FAMILIAR

Acompanhando a evolução do direito e reconhecendo a força normativa da Constituição Federal (BRASIL,1988), passou-se a admitir, algo que era impensável há alguns anos, a ocorrência do dano material e também do dano moral nas relações familiares. Sendo que, muitas vezes, isso ocorre a partir do rompimento da relação conjugal que, por ser uma experiência traumática, acaba por afetar não apenas os cônjuges mas também todos os membros da família.(GAMA; ORLEANS,2011)

A família que outrora fora imune a responsabilidade civil, agora passa a suportar os efeitos dessa quando da ocorrência de um dano, como nas palavras de Rolf Madaleno:

Portanto, deixou a família de ser imune ao direito de danos, encontrando o pedido de indenização o seu fundamento não exatamente no ato ilícito, mas no abuso de direito previsto no art. 187 do Código Civil brasileiro, ainda que exclusivamente moral.(MADALENO,2007,p.120)

Para Rolf Madaleno, “a responsabilidade civil expande-se por todos os ramos do Direito Civil e também transita pelo Direito de Família (MADALENO,2007, p.144).

Todavia, um ponto que é bastante controverso, diz respeito ao chamado abandono afetivo.

Segundo Maluf, “ O abandono afetivo é um conceito novo atribuído à ausência de afeto entre pais e filhos, em que estes buscam por intermédio de demanda judicial a reparação dessa lacuna existente em sua vida.”(MALUF, 2015)

A incidência de dano moral por abandono afetivo, que vem sendo discutida pelos doutrinadores já faz algum tempo e que também tem sido objeto de discussão por parte dos tribunais, possui duas correntes, a saber, a corrente dos que são favoráveis ao seu reconhecimento e a corrente dos que são contrários a existência do dever de indenizar em decorrência do dano afetivo. (GAMA; ORLEANS, 2011,p.92,93)

A parte da doutrina que é contrária ao reconhecimento do dano moral por abandono afetivo, tem seu principal argumento na impossibilidade de obrigar uma pessoa a gostar de outra, uma vez que o afeto e o carinho seriam sentimentos de ordem íntima de cada indivíduo, e que, por isso, seria impossível impor como obrigação a determinada pessoa, e que uma eventual condenação ao pagamento de indenização acarretaria um afastamento ainda maior na relação entre pai (ou mãe) e filho.

O afeto não é decorrente do vínculo genético. Se não houver uma tentativa de aproximação de ambos os lados, a relação entre pai e filho estará predestinada ao fracasso. A relação afetiva deve ser fruto de aproximação espontânea cultivada reciprocamente, e não de força judicial(...) Após a lide, uma barreira intransponível os afastará ainda mais, sepultando qualquer tentativa futura de reconciliação. Se a solução fosse o dinheiro, a própria pensão alimentícia atenderia ao objeto da reparação, o que não ocorre.(CASTRO apud, GAMA; ORLEANS, 2011, p.20)

Por outro lado, parte da doutrina que é a favor do reconhecimento da responsabilidade civil por abandono afetivo sustenta que um eventual descumprimento de dever legal de responsabilidades constitucionais atribuídas aos pais para com os filhos menores, os quais são, cuidar, assistir, educar, configuraria a ocorrência da responsabilidade civil.

Neste sentido, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, em seu artigo, cita Simone Ramalho Novaes, que, por sua vez, ensina que [...]“ se o pai não tem culpa por não amar o filho, o tem por negligenciá-lo. O pai deve arcar com a responsabilidade por tê-lo abandonado, por não ter convivido com o filho, por não tê-lo educado, enfim, todos esses direitos impostos pela lei.” NOVAES (apud, GAMA;ORLEANS, 2011p.95).

Da mesma forma como nas relações paterno-filial, a responsabilidade civil nas relações conjugais são objeto de grandes controvérsias na doutrina, bem como na jurisprudência, sendo possível identificar duas correntes principais. (GAMA; ORLEANS, 2011, p.105,106)

A primeira corrente, a qual é favorável a possibilidade de responsabilidade civil sustenta sua ideia no descumprimento dos deveres conjugais expressos no art.

1566 do Código Civil. Segundo os defensores dessa linha de pensamento o cônjuge que não observar esses deveres estaria incorrendo em ato ilícito e por consequência passível de indenização. (BRASIL, 2002)

A outra corrente entende que a responsabilidade civil está atrelada ao ato ilícito, vinculado a teoria geral da responsabilidade civil não existindo relação com a inobservância ou o descumprimento dos deveres conjugais. Ainda, por se tratar de uma relação entre iguais, ao contrario do que ocorre nas relações paterno- filial, para a configuração do dano moral deveria- se atingir os pilares do principio da dignidade humana. (GAMA; ORLEANS, 2011p. 107,108)

Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, “A possibilidade de caracterização de um ato ilícito em uma relação familiar é certo e incontroverso, devendo ocorrer a responsabilidade civil no direito de família, com o consequente dever de indenizar” (FARIAS;ROSEVALD,2008).

Outra questão diz respeito ao o noivado, que levava o nome de esponsais, o qual era um contrato escrito onde os noivos estabeleciam um compromisso de assumir matrimonio. Por se tratar de um contrato, e uma promessa de um negocio jurídico, o seu inadimplemento gerava o dever de indenizar. (DIAS, 2013)

O entendimento atualmente é outro, há, porém, algumas situações que podem ensejar responsabilidade civil:

É preciso entender bem que a ruptura em si, não é fonte de responsabilidade. contudo pode revestir tais aspectos, à parte prejudicada, cumpre demonstrá-los, que acabe por merecer essa qualificação.(DIAS, 2006, p.172)

O fim do relacionamento a poucos dias da cerimonia pode configurar abuso de direito, o que, sem duvida, se mostra como uma circunstancia caracterizadora da responsabilidade civil:

De qualquer modo, há como reconhecer como abuso de direito a atitude de quem põe fim ao relacionamento poucos dias antes da cerimonia. Desvencilhar-se de quem não é o parceiro ideal para acompanhar a empreitada de uma vida é lícito, mas exercitar esse direito poucos dias

antes da cerimonia matrimonial configura abuso de direito(REIS;SIMÕES apud DIAS,2013).

O abuso de direito tem previsão no artigo 187 do Código Civil, in verbis:

Art.187- Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (BRASIL, 2002).

Neste caso, como há evidente violação do principio da boa-fé, fica demonstrado o abuso de direito.

Diferente do que ocorre na responsabilidade civil de uma forma geral, sua aplicação no Direito de Família se mostra extremamente complicada. O descumprimento da promessa de casamento e a ruptura de namoro ou coabitação não ensejam dano moral, pois qualquer um dos nubentes tem o direito de se arrepender, haja vista que ninguém é obrigado a manter uma relação conjugal com outrem, exceto quando se tratar de abuso de direito como mencionado à cima.

Não há como atribuir ilicitude ao comportamento do apelado, qual seja, o rompimento da relação conjugal; é certo que a mera manifestação de interesse de casamento não obriga as partes a contrair núpcias.(Minas Gerais, TJ, Apelação Cível 1.0325.06.000495-0/001).

É também por este motivo que o noivo não tem legitimidade para pleitear dano moral por reflexo em caso de falecimento da futura esposa por culpa de outrem, eis que o noivo não pertence ao núcleo familiar (STJ, REsp. 1.076.160, Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/04/2012).

Contudo, se o rompimento for injustificado e cause ao outro danos materiais e morais, ocorrendo lesão a honra objetiva e subjetiva, prevalecerá o dever de indenizar.

Neste sentido ensinam Carlos Maluf e Adriana Maluf:

A luz dos princípios emanados da Constituição Federal de 1988, art. 5º, X, fica assegurado o direito à indenização por danos morais no caso de rompimento injustificado de promessa de casamento. Nesse sentido, caberá ação de ressarcimento sob esse fundamento, a ser intentada pelo noivo que seja moralmente atingido em sua honra com a ruptura do compromisso de casamento, uma vez que, além de eventuais prejuízos de ordem patrimonial, também podem advir desordens de origem psicológica, cuja reparação enseja danos morais. (MALUF, MALUF, 2015, p.108)

Também podemos ver na decisão do Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. ROMPIMENTO DE NOIVADO INJUSTIFICADO E PRÓXIMO A DATA DO CASAMENTO. DANO MORAL CARACTERIZADO. DANOS MATERIAIS. 1. Pleito indenizatório em que a parte autora busca a reparação de danos materiais e morais suportados em virtude do rompimento injustificado do noivado pelo nubente varão poucos dias antes da data marcada para a celebração do casamento. 2. Faz-se necessário esclarecer que as relações afetivas podem ser tuteladas pelo direito quando há repercussão econômica. No que se refere à promessa de casamento tenho que esta deve ser analisada sob a óptica da fase preliminar dos contratos. 3. Oportuno salientar que a possibilidade de responsabilização civil não pode ser utilizada como forma de coação aos nubentes. O casamento deve ser contraído mediante a manifestação livre e espontânea da vontade dos noivos de se unirem formalmente. Inteligência do art. 1.514 do CC. 4. Impende destacar que a ruptura de noivado por si só não determina a responsabilidade do desistente, o que pode ensejar a reparação são as circunstâncias em que a outra parte foi comunicada de seu intento. 5. A prova produzida no feito atesta que a ruptura do noivado se deu em circunstâncias que causaram grandes dissabores e abalos à demandante. Inicialmente, insta destacar que os fatos se deram no dia do "chá de panelas" da autora, o que demonstra a surpresa que tal notícia causou à requerente, bem como o sofrimento e a desesperança por esta suportados. 6. Ademais, os convites para o enlace matrimonial já haviam sido distribuídos, de sorte que a autora teve que comunicar a todos os convidados o cancelamento do casamento, bem como os motivos que o determinaram. 7. Prova testemunhal que foi uníssona em afirmar que a demandante ficou muito abalada e triste com o fim do relacionamento. 8. Ainda, não é difícil depreender a repercussão que tais fatos tiveram na pequena cidade de Tapes/RS. Frise-se que os constrangimentos pelos quais a noiva passou ultrapassam os meros dissabores, comuns aos fatos cotidianos. 9. Aliás, mostra-se imprudente a conduta adotada pelo réu, porquanto mesmo estando ciente de todos os preparativos para a festa de casamento, tais como a locação do vestido e do local para a realização do evento, a encomenda do bolo e da decoração, esperou para comunicar a decisão de rompimento poucos dias antes da data aprazada para a celebração. 10. No que tange à prova do dano moral, por se tratar de lesão imaterial, desnecessária a demonstração do prejuízo, na medida em que possui natureza compensatória, minimizando de forma indireta as conseqüências da conduta do réu, decorrendo aquele do próprio fato. Conduta abusiva do demandado que faz presumir os prejuízos alegados pela parte autora, é o denominado dano moral puro. 11. O valor a ser

arbitrado a título de indenização por dano imaterial deve levar em conta o princípio da proporcionalidade, bem como as condições do econômica do ofensor, além da reprovabilidade da conduta ilícita praticada. Por fim, há que se ter presente que o ressarcimento do dano não se transforme em ganho desmesurado, importando em enriquecimento ilícito. 12. Quanto aos danos materiais, o demandado deverá ressarcir tão-somente os gastos efetivamente comprovados pela autora pelos recibos das fls. 15/18 do presente feito. 13. No que concerne à quantia de R\$ 400,00, que a demandante alega ter fornecido ao autor para a compra de materiais para a construção de uma peça de alvenaria para a moradia do casal, não veio aos autos qualquer prova sobre a entrega do referido montante, ônus que se impunha à demandante e do qual não se desincumbiu, a teor do que estabelece o art. 333, I, do CPC. 14. Por fim, quanto ao empréstimo realizado, da mesma forma, não há comprovação de que a integralidade dos valores foi utilizada nos preparativos da festa de casamento, sendo descabida a pretensão da apelante a este respeito. Dado parcial provimento ao apelo. (RIO GRANDE DO SUL, TJ, 2009)

4.1 RESPONSABILIDADE CIVIL ENTRE CÔNJUGES

Para Maria Berenice Dias, a “dissolução do matrimônio é a causa mais recorrente na busca de pretensão indenizatória. Porém, com a extinção do instituto da separação, fica afastada a perquirição da culpa para a dissolução do vínculo matrimonial”(DIAS, 2013).

Todavia, a ruptura do noivado, por si só não gera o dever de indenizar, contudo a forma como se dá essa ruptura pode ensejar o dever de reparação tanto a título de danos materiais (despesas com convites, aluguel de roupas, contratação de pessoal para trabalhar na festa, etc...) quanto a título de danos morais, no caso de quando a outra pessoa é exposta a situação vexatória.

Porém, vindo a se consumar o casamento os deveres do casamento devem ser respeitados, tanto por imposição moral como por imposição legal, tal como referenciam os artigos 1.565 e 1.566 do Código Civil:

Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

§ 1º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro.

§ 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse

direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca;

II - vida em comum, no domicílio conjugal;

III - mútua assistência;

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

V - respeito e consideração mútuos. (BRASIL, 2002)

Portanto, no caso da conduta do cônjuge causar no outro, situação que lhe resulte sofrimento, o que pode se caracterizar por meio de uma exposição vexatória, dará ensejo à indenização não pelo fracasso do matrimônio, mas a não observância dos deveres legais durante a sua vigência:

A indenização proveniente da responsabilidade civil por ato ilícito de um dos cônjuges pode ser verificada na omissão do conhecimento da paternidade real dos filhos e não terá o amante responsabilidade solidária (STJ, REsp. 74.2137/RJ Ministro Nancy Andrighi, julgado em 29.10.2007).

Inclusive, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é que o terceiro envolvido com o cônjuge não será responsável por um possível adultério, pois este não tem nenhum dever para com a instituição do casamento:

Não há no ordenamento jurídico pátrio norma de direito público ou privado que obrigue terceiros a velar pela fidelidade conjugal em casamento do qual não faz parte.(STJ, REsp. 1.122.547/MG, Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 10.11.2009).

Basicamente, ao cônjuge é reservado o direito de se divorciar quando quiser, não havendo nada que lhe imponha ficar junto, mas, não poderá desrespeitar os deveres legais instituídos no casamento, pois assim gerará um ato ilícito sujeito a indenização.

4.2 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO

Em falando-se de responsabilidade civil, outro ponto que deve ser abordado é a cerca da teoria da perda de uma chance.

Acredita-se que a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance tenha se originado na França, segundo Danilo Haddad Jafet, o primeiro caso em que esse instituto foi aplicado naquele país foi em 17 de julho de 1889, onde a corte de cassação francesa concedeu indenização a um requerente em virtude da má condução de uma demanda judicial, por parte de um oficial ministerial, no qual foram extintas todas as possibilidades da demanda obter êxito.(JAFET, 2015, p.35)

No Brasil, nos anos de 1930, o tema foi, pela primeira vez, abordado por Carvalho Santos em seu Código Civil Comentado, sendo que o jurista, naquela época, não vislumbrou indenizável a perda de uma chance de alguém alcançar sucesso em uma demanda judicial por falha do advogado contratado em apresentar o recurso cabível dentro do prazo.(JAFET, 2015,p. 37)

Com o passar dos anos aumentou a discussão à cerca da natureza jurídica da perda de uma chance, uma vez que a pretensão indenizatória pela perda da chance não pode ser confundida com a pretensão indenizatória pelo dano final. Não se tratando, portanto, de lucro cessante, mas de dano emergente, mesmo que o dano alegado seja de caráter exclusivamente extrapatrimonial.(JAFET, 2015, p.39).

Para Jafet, o que se concluiu até o presente momento, quanto a natureza jurídica das chances perdidas são para situações em que o resultado final geraria vantagens patrimoniais à vítima:

É importante asseverar que as conclusões tiradas até o momento quanto a natureza jurídica do dano decorrente das chances perdidas –se lucro cessantes ou dano emergente – aproveitam apenas as situações em que o resultado final esperado fosse apto a gerar vantagens patrimoniais à vítima. Isso não significa, contudo, que não se possa admitir a ocorrência de danos extra patrimoniais decorrentes da perda de uma chance, muito embora na grande maioria dos casos se esteja diante de danos eminentemente patrimoniais. (JAFET,2015, p.39).

O Tribunal de Justiça do estado de Santa Catarina, em decisão de 2011, não reconheceu a ocorrência de dano moral por abandono afetivo no caso de um pai que deu tratamento distinto a seus filhos, uma vez que o autor da ação, era considerado como um mero empregado, em quanto que os demais filhos receberam o suporte necessário para uma boa criação. Enquanto outro filho do réu se formou em direito por universidade particular, paga pelo pai, o autor foi analfabeto até os 22 anos.

Embora a decisão daquela corte não tenha admitido a indenização por dano moral, concedeu indenização por dano material fundamentada na teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance(SANTA CATARINA,TJ, 2012).

Danilo Haddad Jafet, comentando a decisão acima, afirma que:

Embora fosse possível que o jovem se desvirtuasse do bom caminho que o levaria a obter profissão bem remunerada caso seu pai lhe tivesse prestado o auxílio necessário, fato é que, com a educação adequada, muito dificilmente teria ele persistido na condição de analfabeto por tanto tempo. Além disso, restou provado que, graças às condições oferecidas pelo pai, um irmão do autor cursou direto em faculdade particular...Aqui, pode-se concluir, então, que eventual discussão quanto a indenização não está no campo da seriedade da chance perdida, mas da gradação do dano decorrente dessa oportunidade que foi ceifada.(JAFET, 2015, p.45)

A teoria da perda de uma chance tem sido invocada recentemente por pessoas que após o rompimento do relacionamento amoroso, procuram o judiciário com o fim de obter de seu ex-cônjuge, ex- companheiro e até mesmo ex- namorado, indenização por chances perdidas a partir do término do relacionamento amoroso.

Danilo Haddad Jafet, cita decisões do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, nas quais foram negadas as pretensões indenizatórias por não existir nexo de causalidade entre a decisão do réu pelo rompimento do vínculo amoroso e o dano alegado pelo autor da ação, uma vez que, a conduta daquele que não quer mais fazer parte da relação não guarda qualquer relação com as oportunidades que o outro abriu mão.(JAFET, 2015, p.52)

Para Jafet, a decisão de terminar um relacionamento amoroso não configura conduta ilícita, e nem mesmo abuso de direito, por isso não cabe nem mesmo verificar a existência de culpa do agente.(JAFET, 2015, p.52)

4.3 O ABANDONO AFETIVO NA FILIAÇÃO

É cada vez mais crescente o número de pessoas que procuram o judiciário na busca de solução para demandas envolvendo a reparação de danos em virtude de abandono afetivo.

A omissão por parte dos pais em relação aos seus filhos sob seu poder, tem levado ao sentimento jurisprudencial e doutrinário de proteção e de reparo ao dano psíquico causado pela privação do afeto na formação da personalidade da pessoa. (MADALENO, 2007,p.113)

Nesta esteira, está o ensinamento de Rodrigo Cunha Pereira onde dá ênfase na figura do pai em relação ao filho:

A família é uma estruturação psíquica em que cada membro ocupa um lugar. Nesse caso, o lugar do pai é essencial como estruturante na formação psíquica dos filhos, para ser um terceiro na relação mãe-filho. É exatamente esse terceiro (um pai) que vem separar a mãe do filho, possibilitando que ele se torne sujeito. (PEREIRA, 2012, p.132).

O autor cita ainda em seu livro decisões dos tribunais onde se passou a reconhecer o dano psíquico ocasionado pelo abandono afetivo, como pode-se ver a seguir:

Indenização danos morais – relação paterno-filial – princípio da dignidade da pessoa humana – princípio da afetividade. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. (TJMG, Apelação Cível 408.550-5, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Unias Silva, publicado em 29.04.2004.).

De acordo com Wesley de Oliveira Lousada Bernardo, a responsabilidade civil possui uma função pedagógica, de forma a buscar um desestímulo a prática de novas ações que possam causar danos.(BERNARDO, 2005,p.42)

O Superior Tribunal de Justiça entende que o abandono afetivo na filiação gera o dever de indenizar, não nos moldes habituais da responsabilidade civil, mas como forma de forçar ao pai para que venha a realizar a sua função social de cuidar moralmente de seu filho:

DANOS MORAIS. ABANDONO AFETIVO. DEVER DE CUIDADO. O abandono afetivo decorrente da omissão do genitor no dever de cuidar da

prole constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável. Isso porque o non facere que atinge um bem juridicamente tutelado, no caso, o necessário dever de cuidado (dever de criação, educação e companhia), importa em vulneração da imposição legal, gerando a possibilidade de pleitear compensação por danos morais por abandono afetivo. Consignou-se que não há restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e ao consequente dever de indenizar no Direito de Família e que o cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento pátrio não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas concepções, como se vê no art. 227 da CF. O descumprimento comprovado da imposição legal de cuidar da prole acarreta o reconhecimento da ocorrência de ilicitude civil sob a forma de omissão. É que, tanto pela concepção quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole que ultrapassam aquelas chamadas necessarium vitae. É consabido que, além do básico para a sua manutenção (alimento, abrigo e saúde), o ser humano precisa de outros elementos imateriais, igualmente necessários para a formação adequada. O cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, é um fator indispensável à criação e à formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica, capaz de conviver em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania. A Min. Relatora salientou que, na hipótese, não se discute o amar – que é uma faculdade – mas sim a imposição biológica e constitucional de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerar ou adotar filhos. Ressaltou que os sentimentos de mágoa e tristeza causados pela negligência paterna e o tratamento como filha de segunda classe, que a recorrida levará ad perpetuum, é perfeitamente apreensível e exsurtem das omissões do pai (recorrente) no exercício de seu dever de cuidado em relação à filha 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. Com essas e outras considerações, a Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, deu parcial provimento ao recurso apenas para reduzir o valor da compensação por danos morais de R\$ 415 mil para R\$ 200 mil, corrigido desde a data do julgamento realizado pelo tribunal de origem.(BRASIL, STJ,2012).

De acordo com Claudete Carvalho Canezin a figura paterna não se resume a laços biológicos, mas vai muito além:

O papel do pai está vinculado a ideia de uma primeira e necessária ruptura da intimidade mãe-filho e pela introdução do filho no mundo transpessoal, dos irmãos, dos parentes, da sociedade. Nesse outro mundo impera a ordem, a disciplina, autoridade e limites. (CANEZIN apud GAMA;ORLEANS,2011 p. 89).

De acordo com Guilherme Calmon Nogueira da Gama, “apesar das grandes dificuldades financeiras e da má distribuição de renda que assola a sociedade

brasileira, não é o abandono material o pior retrato. A real questão, na verdade, reside no abandono moral ou afetivo do filho menor”.(GAMA;ORLEANS, 2011,p.90)

Para Gama, “o dever de um pai não pode se resumir ao mero pagamento de alimentos ao filho, devendo incluir aspectos existenciais.”

Ainda segundo o autor, o exercício da autoridade parental compete a ambos os genitores, ainda que tenha ocorrido o fim do seu relacionamento. (GAMA;ORLEANS, 2011)

Para Leonardo de Castro, a imposição de uma indenização em razão do abandono afetivo, causaria um afastamento ainda maior entre pais e filhos:

O afeto não é decorrente do vínculo genético. Se não houver uma tentativa de aproximação de ambos os lados, a relação entre pai e filho estará predestinada ao fracasso. A relação afetuosa deve ser fruto de aproximação espontânea cultivada reciprocamente, e não de força judicial. Após a lide, uma barreira intransponível os afastara ainda mais, sepultando qualquer tentativa futura de reconciliação. Se a solução fosse dinheiro, a própria pensão alimentícia atenderia ao objeto da reparação, o que não ocorre.(CASTRO apud GAMA;ORLEANS, 2011, p.94)

Por outro lado Guilherme Calmon da Gama, afirma que não há que se falar em afastamento maior entre pais e filhos a partir de uma indenização por abandono moral, pois no momento em que o filho recorre ao judiciário, não espera mais reconciliação, mas uma compensação pelo dano sofrido. (GAMA; ORLEANS, 2011 p.101).

Já Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald entendem que o mero descumprimento de norma de direito de família não é causa idônea para condenar alguém a reparar um eventual dano:

A simples violação de um dever decorrente de uma norma de família não é idônea, por si só, para a reparação de um eventual dano. Exatamente por isso, não admitimos que a pura e simples violação de afeto enseje uma indenização por dano moral. Somente quando uma determinada conduta caracterizar-se como ilícita é que será possível indenizar os danos morais e materiais dela decorrentes. Afeto, carinho, amor, atenção...são valores espirituais, dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal e não por imposição jurídica. Reconhecer a indenizabilidade decorrente da negativa de afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que

não possui tal característica econômica.(FARIAS;ROSENVALD,2008, p.486)

Rolf Madaleno ensina que o próprio dano moral era considerado inestimável e se dizia que era impossível e até imoral .atribuir um preço para a dor.(MADALENO, 2007, p.148).

Porém não se trata de atribuir preço a dor, ou tentar obrigar alguém a amar ou nutrir afeto por outra pessoa, neste sentido Simone Ramalho Novaes afirma que “se o pai não tem culpa por não amar o filho, o tem por negligenciá-lo O pai deve arcar com a responsabilidade por tê-lo abandonado, por não ter convivido com o filho, por não tê-lo educado, enfim, todos esses direitos impostos pela lei”. (NOVAES apud GAMA;ORLEANS, 2011,p.95).

Quanto a negligencia por parte dos genitores, ensina Rolf Madaleno:

Há negligencia do genitor que se omite injustificadamente em prover as necessidades físicas e emocionais de um filho menor, seja por espírito emulativo; aja por dar mais atenção a filhos de um novo relacionamento ou motivado a propiciar pesar a antiga esposa ou companheira. (MADALENO, 2007, p,123)

Ao contrario da relação conjugal, a relação paterno-filial não se trata de uma relação entre iguais, dado o caráter de vulnerabilidade da criança. Dessa forma, os danos psicológicos devem ser reparados. (GAMA;ORLEANS, 2011).

O que irá fundamentar a responsabilidade é o dever previsto constitucionalmente. Uma vez que a exigência jurídica não é pelo afeto, mas sim pela responsabilidade. (GAMA;ORLEANS, 2011).

A Constituição Federal no seu artigo 227 declara que é dever da família, colocar a criança e o adolescente a salvo de toda forma de negligência , discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL,1988) Conforme ensina Rolf Madaleno, os pais são responsáveis pela assistência material e moral de seus filhos:

Diante destas evidências e das mudanças sociais surgidas no núcleo familiar que tutela a dignidade pessoal de cada componente da família, não há como desconsiderar a desigualdade de forças constatada no confronto dos filhos menores que dependem emocionalmente de seus genitores. Os filhos são vulneráveis às instabilidades afetivas e emocionais de seus pais, e estes são legalmente responsáveis pela assistência material e moral de sua prole, independentemente do exercício da sua guarda.(MADALENO, 2007,p.124)

Neste mesmo sentido, ensina Carlos Maluf e Adriana Maluf:

O descumprimento dos deveres inerentes à guarda, como a preservação da higidez mental e moral da criança, a preservação do bom relacionamento com o outro genitor etc., pode imputar sanções ao cônjuge/companheiro guardião, como a perda da guarda ou a responsabilização civil, nos termos do art. 186 do CC, tendo em vista o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, da CF, além da prevalência dos interesses dos filhos na fixação e no exercício da guarda. (MALUF, MALUF,2015, p.633)

Cristiano Chaves de Farias afirma que em faltando afeto entre pais e filhos, existem outros meios mais indicados dentro do próprio direito de família, para a solução desse problema, como por exemplo a destituição do poder familiar ou a imposição de uma obrigação alimentícia, mas não a obrigação de reparar um pretense dano moral.(FARIAS;ROSENVALD, 2008, p.487)

Por outro lado para Guilherme Calmon Nogueira da Gama, a suspensão ou perda do poder familiar, conforme o disposto nos artigos 1637 e 1638 do Código Civil, não se mostram suficientes para coibir que um pai abandone moralmente seu filho. Sendo assim, resta demonstrado que há não apenas uma obrigação do ponto de vista moral, mas também uma responsabilidade de natureza jurídica. Pois como já foi referido, a família é tutelada de forma a promover a dignidade de seus integrantes.(GAMA;ORLEANS,2011)

Guilherme Calmon Nogueira da Gama ainda destaca que tanto nas relações entre cônjuges e companheiros, como nas relações entre pais e filhos, deixando de existir o afeto, as consequências dessa relação devem permanecer, pois o que vai fundamentar a responsabilidade é o dever previsto na Constituição Federal. (GAMA;ORLEANS,2011,p.97).

Como já visto então, ocorrendo o dano moral surge a necessidade de indenizá-lo. Porém como será feita a quantificação do dano nos casos que foram mencionados neste trabalho? Isso é o que passaremos a abordar a partir de agora.

4.4 DA QUANTIFICAÇÃO DO DANO

Superada a questão quanto a admissibilidade da responsabilidade civil no direito de família, passamos a tratar a respeito da quantificação do dano. Por não existirem em lei critérios para a fixação do dano moral, essa decisão caberá ao juiz quando do momento da sentença. Todavia, devem ser observados alguns critérios, criados pela doutrina e pela jurisprudência, entre eles os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Quanto ao dano material, não há dificuldades em fixar o valor da indenização por se limitar ao prejuízo material integralmente sofrido pela vítima.

Ao passo que com o dano moral é um tanto complexo a sua fixação em virtude de atingir valores extrapatrimoniais

Christiano Cassetari, fala acerca da dificuldade na quantificação do dano moral:

Mas um sério problema existente com o dano moral é a dificuldade de sua quantificação, pois o mesmo não será ressarcido, mas sim reparado pela impossibilidade de se regressar ao status quo ante. Assim, diante da dificuldade de se saber a extensão do dano moral, Fernando Noronha afirma que o dano moral é regido pelo princípio da satisfação compensatória, pois o quantitativo pecuniário a ser atribuído ao lesado nunca poderá ser equivalente a um preço. Por esse motivo ele sugere que o seu valor deve ser o necessário para lhe proporcionar um "lenitivo" ao sofrimento, numa compensação por uma ofensa à vida ou à integridade física. (CASSETARI, 2015, p.369).

Fabio Correa Souza de Oliveira citado por Wesley de Oliveira Lousada Bernardo define o princípio da razoabilidade como aquele que visa a limitar, e condicionar , logicamente, a discricionariedade para que esta não se transforme em

arbitrariedade, tendo especial importância no julgamento das questões difíceis.(OLIVEIRA apud BERNARDO, 2005, p.186).

Devemos ressaltar que não se trata de atribuir um preço a dor, como se referem alguns doutrinadores, mas de buscar uma reparação como forma de compensação do dano suportado pela vítima dada a própria natureza do dano moral. (GAMA;ORLEANS,2011, p.101).

Quanto a natureza compensatória da reparação por dano moral, Oltramari (2006)ensina que:

É compensatória porque tem por finalidade satisfazer a vítima, proporcionando-lhe uma equivalência subjetiva com as perdas havidas em decorrência do ato lesivo. (OLTRAMARI, 2006, p. 11).

Outro aspecto importante diz respeito ao caráter preventivo e pedagógico da reparação pecuniária:

A fixação do quantum indenizatório requer prudência, pois, além de se valer para recuperar –quando é possível- o status quo ante, tem função pedagógica e compensatória, com o intuito de amenizar a dor do ofendido. (RIO GRANDE DO SUL,TJ, 2008)

Ao tratar sobre o tema, Melo (2011) cita os critérios a ser observados na fixação do valor da reparação do dano:

No que diz respeito aos critérios norteadores para a fixação de um valor que possa, a um só tempo, cumprir o papel compensatório para a vítima e sancionatório para o ofensor, a doutrina sugere sejam analisados o grau de culpa (ou dolo) de quem praticou a lesão; a capacidade econômica das partes; as circunstâncias fáticas em que se deu a lesão; o que foi feito pelo ofensor para minimizar os efeitos da ofensa; a intensidade do sofrimento da vítima; as condições sociais e políticas da vítima e do ofensor; dentre outros. Além desses, tudo deve ser sopesado à luz dos critérios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade. (MELO, 2011, p.97)

Há entre os doutrinadores aqueles que são favoráveis a criação de uma tabela de valores que serviria para atribuir um valor mínimo e máximo às indenizações em virtude de dano moral e que seriam utilizados pelos julgadores no momento da sentença. Porém, o tabelamento gera uma série de inconvenientes, quanto a isso expressa Wesley de Oliveira Lousada Bernardo:

O primeiro entrave é o risco do estabelecimento de valores ínfimos ou muito baixos, que não reparem os danos causados ou mesmo sirvam de estímulo ao cometimento de novos danos.[...] A redução a uma tabela nivelaria situações existencialmente diversas....Outro problema está na limitação do legislador. Como é sabido o legislador positiva fatos sociais já existentes. Desta forma, impossível será ao legislador a fixação de valores mínimo e máximo para toda e qualquer situação de dano, notadamente porque, como antes afirmado, os direitos e garantias individuais são atípicos e porque impossível prever situações futuras.(BERNARDO, 2005, p.132).

Por essas razões que Theodoro Junior (2000) defende que o arbitramento da indenização por dano moral é ato exclusivo e indelegável do juiz:

Por se tratar de arbitramento fundado exclusivamente no bom senso e na equidade, ninguém além do próprio juiz está credenciado a realizar a operação de fixação do quantum... (THEODORO JÚNIOR, 2000, p.34).

O autor ainda cita decisões de tribunais que são no mesmo sentido, como na decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro :

A sentença, para não deixar praticamente impune o agente do dano moral, haverá de ser suficientemente expressiva para compensar a vítima pelo sofrimento, tristeza ou vexame sofrido e penalizar o causador do dano, levando em conta ainda a intensidade da culpa e a capacidade econômica dos ofensores, isto, porém, sem chegar ao extremo de caracterizar um enriquecimento sem causa. (RIO DE JANEIRO, TJ ,1994)

Outrossim, o autor ensina ainda que, para que seja alcançada a meta da reparação do dano moral, qual seja o reestabelecimento do equilíbrio das relações

privadas, não se deve impor uma indenização superior a capacidade econômica do agente levando-o a ruína. Da mesma forma a valoração da reparação deve levar em conta, a gravidade do dano, se observando também as circunstâncias do fato e as condições da vítima não incidindo no arbitramento de valor ínfimo e nem exorbitante. (THEODORO JÚNIOR, 2000, p.40).

Por outro lado Wesley de Oliveira Lousada Bernardo entende que um critério melhor é o da medida da extensão do dano e a sua dimensão temporal:

A medida da extensão do dano poderá estabelecer-se sob a análise de diversos aspectos. O primeiro e mais evidente é o aspecto da dignidade humana atingido. outro aspecto a ser levado em conta ao medir-se a extensão do dano para fins reparatórios é a sua dimensão temporal, ou seja, o tempo de duração ou mesmo a definitividade do dano. (BERNARDO, 2005, p.166).

Todavia quando se trata de Direito de Família, mais especificamente de abandono moral o arbitramento de uma reparação não visa o pagamento ou indenização mas uma compensação, como ensina Guilherme Couto de Castro, citado por Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

O arbitramento não tem como objetivo pagar ou indenizar, na feição etimológica, de retirar o dano. Não se trata de aferir o preço da dor: o objetivo é trazer algum bem a quem sofreu o mal já consumado que não se pode desfazer. Cuida-se de conceber benefício apto a, de certo modo, permitir um alívio à vítima, ajudando-a a desligar-se do sofrimento ou da ofensa a dignidade e à honra. (CASTRO, apud GAMA; ORLEANS, 2011, p.102).

Guilherme Calmon Nogueira da Gama assevera que, “ A hipótese de abandono moral, por sua vez, gera danos graves à dignidade da pessoa humana, ao contrário de alguns casos em a jurisprudência tem reconhecido a ocorrência de danos morais, normalmente vinculados ao direito do consumidor”. (GAMA; ORLEANS, 2011, p.103).

No caso do dano moral a partir do rompimento da relação conjugal, Oltramari (2006) ensina que “na ruptura da relação conjugal, o que deve ser

analisado, sempre, são as consequências que evento danoso ocasionou à vítima.(OLTRAMARI,2006,p.119).

Importante destacar que aqui, deve existir a incidência da culpa para que seja caracterizada a responsabilidade civil. Oltramari ensina que:

Muitas vezes, mesmo na separação consensual, no divórcio direto sem causa culposa, na própria ruptura da união estável pelo fim do afeto, existem sofrimentos, mágoas e dissabores que não tem como serem compensados por fazerem parte do próprio contexto da quebra da relação. Fundamental é a ocorrência de conduta culposa e a verificação de sua intensidade para a configuração do dano moral. (OLTRAMARI, 2006, p.119).

Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama, nas relações conjugais para que haja a responsabilidade civil, deve haver ofensa ao princípio da dignidade humana:

Para a configuração da responsabilidade civil é imperioso que haja demonstração da violação da dignidade da pessoa humana, através de pelo menos um de seus quatro corolários...Assim, havendo o cometimento de ato ilícito, e estando presentes os requisitos genéricos da responsabilidade civil, torna-se plenamente possível a indenização. (GAMA; ORLEANS, 2011p.113).

Por outro lado, como já mencionado, a relação entre pais e filhos difere das relações entre cônjuges, por não se tratar de uma relação entre iguais, ou seja os filhos encontram-se em condição de maior vulnerabilidade em relação aos pais. Sendo assim, dada a vulnerabilidade do filho em relação ao pai, muitos são os efeitos negativos gerados a partir do abandono afetivo, segundo Rodrigo da Cunha Pereira:

É preciso entender que a ausência de um pai/mãe pode trazer consequências desestruturantes ao sujeito. Esta ausência da função paterna/materna já se apresenta como um fenômeno social alarmante com crianças de rua e na rua, aumento da delinquência e prostituição juvenil, violência nas cidades, tráfico de drogas, balas perdidas, todos esses sinais de violência e desafio ao poder Estado-Pai/mãe que o cotidiano nos escancara e revela; em essência, om declínio da autoridade paterna e o enfraquecimento do Estado-Pai. (PEREIRA,2012, p.114)

Conforme ensina Hironaka, citada por Claudia Mara de Almeida Viegas e Silvana Martins Siqueira:

O dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano como pessoa, dotada de personalidade, sendo certo que esta personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar, responsável que é por inculcar na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada. (HIRONAKA apud VIEGAS; SIQUEIRA, 2016, p.99).

Desta forma, contrariando a parte da doutrina a qual não admite a reparação do dano moral pelo abandono afetivo por acreditar que, com isso, haveria uma monetarização das relações afetivas, percebe-se que a reparação pecuniária se mostra como a via mais adequada para se atingir o objetivo da compensação do dano. Como ensina Guilherme Calmon da Gama:

Não obstante as críticas acerca de uma possível patrimonialização das relações existenciais de família, sem dúvida a condenação à obrigação de reparar danos morais tem se mostrado como um importante instrumento para o cumprimento da constituição. (GAMA; ORLEANS, 2011, p.113).

Sendo assim, da mesma forma que a condenação não se baseia na falta do sentimento, mas na omissão dos pais em cumprir com seus deveres de cuidar, proteger, amparar, não há o que se falar em monetarização do afeto, pois se trata de compensar um dano injusto sofrido pelo filho.

5 Considerações Finais

Desenvolvido o estudo, percebe-se a dificuldade e a complexidade que se trata a questão relacionada a responsabilidade civil nas relações familiares. Veja-se que até os dias atuais existem divergências, tanto entre os doutrinadores quanto nas decisões dos tribunais.

Tendo em vista as grandes transformações ocorridas com o instituto da responsabilidade civil, que passou da exigência de demonstração da culpa, ou seja, a responsabilidade civil subjetiva, para uma maior preocupação com a reparação do dano injusto de modo que se possa restabelecer o equilíbrio nas relações.

Como vimos neste trabalho a exemplo do que aconteceu com o instituto da responsabilidade civil, também o direito de família passou por grandes transformações. Passou de um modelo centralizado, fundado em uma ideia de entidade indissolúvel e intocável onde o principal objetivo era a proteção dos interesses patrimoniais sem se preocupar com os direitos dos indivíduos que a integram, para novas formas de família onde predomina a valorização das pessoas que compõe o grupo familiar.

Pode-se afirmar que nos dias atuais a preocupação maior é com os interesses das pessoas que integram o grupo familiar, seu bem estar, sua proteção enquanto sujeitos de direitos.

Temos que o grande divisor de águas para a referida evolução, foi o advento da Constituição Federal de 1988, também chamada de “ Constituição Cidadã ”, a qual alçou a dignidade da pessoa humana ao status de princípio constitucional. Desta forma, a dignidade da pessoa humana se tornou uma norma balizadora de toda legislação infraconstitucional.

A partir daí o direito de família que, acreditava-se, estava imune às regras da responsabilidade civil, passou a admiti-las.

Com relação a incidência do dever de reparar os danos havidos nas relações familiares, na opinião do autor desta monografia, é plenamente cabível sempre que houver violação aos direitos inerentes a cada pessoa seja de ordem patrimonial ou extrapatrimonial e o Estado não pode ficar inerte diante dessa violação.

Nos dias atuais não há mais espaço para um Direito alheio aos problemas que ocorrem no âmbito das relações de família, sendo que o Direito é uma ferramenta essencial à promoção da justiça e da igualdade em todos os segmentos da sociedade.

No caso específico do abandono afetivo dos pais para com seus filhos menores, acredita-se que o Direito não pode ficar inerte, diante de um problema tão grave e que causa muitas consequências negativas do ponto de vista existencial da pessoa, influenciando na formação de sua personalidade, seu caráter e na forma como essa pessoa irá conduzir seus relacionamentos quando na idade adulta.

No que tange as formas de compensação de tais danos acredita-se que os meios colocados à disposição pelo direito de família, como por exemplo, a perda do poder familiar, se mostra ineficaz devido ao fato de que, se não há afeto entre os genitores e seus filhos não há o que se falar em perda do poder familiar. Pois nesses casos se tem por objetivo principal não a punição do causador do dano, mas a compensação à aquele que suportou o dano injusto, ainda mais quando o causador do dano é, justamente, aquele/aquela que tinha o dever de cuidar, educar, proteger e amar a vítima.

Neste prisma a forma mais adequada que se vislumbra é a via da compensação pecuniária, o que não significa atribuir um preço a dor do abandono, já que a exigência jurídica é pela responsabilidade e não pelo afeto, mas como uma forma de lenitivo, visando abrandar a dor suportada pelo filho durante toda a sua vida.

No que diz respeito à quantificação do dano moral em face do abandono afetivo, a proposta de estabelecer um tabelamento do dano moral, parece inadequada, pois, nesse caso, seria sim uma forma de atribuir preço a valores imateriais. Desta forma, cabe ao juiz definir o valor com base nas particularidades do caso concreto, observando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, como já tem sido feito pelos tribunais, a fim de que se faça justiça ao caso concreto.

6 REFERÊNCIAS

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 11 ed. São Paulo:Atlas, 2014.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. Responsabilidade Civil nas Relações Familiares. **Direito das Famílias e Sucessões n.24 out./nov.2011.**

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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

BRASIL, **Constituição Da República Federativa Do Brasil**, 1988

BRASIL, **Código Civil Brasileiro**, 2002.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**

BRASIL, **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**

BRASIL, **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**

BERNARDO, Wesley de Oliveira Lousada. **Crítérios de Fixação de Valor**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A Culpa na Responsabilidade Civil Estrutura e Função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MADALENO, Rolf. **Repensando o Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

JAFET, Danilo Haddad. Hipóteses de Aplicação da Teoria da Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance. **Direito das Famílias e Sucessões nº 9 nov./dez 2015.**

CASSETARI, Christiano. **Elementos de Direito Civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil A Reparação e a Pena Civil.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família Uma Abordagem Psicanalítica.** 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga.** 5 ed. Tradução de Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

OLTRAMARI, Vitor Hugo. **O Dano Moral na Ruptura da Sociedade Conjugal.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família em Pauta.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano Moral.** 3 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano Moral Problemática: Do Cabimento à Fixação do Quantum.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRAHA NETTO, Felipe Peixoto. **Responsabilidade civil.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito de Família.** 14 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BITTAR, Carlos Alberto, **Reparação Civil por Danos Morais.** 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

VIEGAS, Claudia Mara de Almeida; SIQUEIRA, Silvana Martins. A Análise da Obrigação de indenizar em Casos de Abandono Afetivo nas Relações Paterno-Filiais. **Direito das Famílias e Sucessões n.96 jun./jul 2016.**

GLANZ, Semy. **A Família Mutante: Sociologia e Direito Comparado.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

