



FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA

MARIA GABRIELA MACHADO SELES

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO MATERIAL

BACHARELADO

EM

DIREITO

CARATINGA – MG

2019



FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA

MARIA GABRIELA MACHADO SELES

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO MATERIAL

Trabalho de conclusão de curso desenvolvida pelo 10º período de Direito das Faculdades Doctum de Caratinga, como exigência parcial para aprovação na disciplina Trabalho de Conclusão de Curso II. Sob orientação do professor Msc. Kleider Robert Rocha Cuz.

CARATINGA – MG

2019

RESUMO

O presente trabalho tem como intuito a abordagem da responsabilidade civil decorrente do abandono material dos pais com relação ao filho, com base no julgado da 4ª Turma do STJ. A responsabilidade civil parte do posicionamento de que todo aquele que violar um dever jurídico e dele resultar algum dano, ficará obrigado a reparar. O abandono material de pais em relação aos seus filhos pode garantir dano moral ao menor passível de compensação pecuniária, essa compensação tem como intuito reestabelecer a sua dignidade, não se tratando de monetarização, mas sim uma forma de reparar o dano sofrido. A Constituição Federal assegurou direitos e deveres iguais ao homem e a mulher na sociedade conjugal e no desempenho do poder familiar por isso é responsabilidade de seus genitores garantir o desenvolvimento da criança e fornecer recursos que permitam essa evolução, como sustento, guarda e educação dos filhos. O descumprimento voluntário do dever de prestar assistência material, direito fundamental da criança e do adolescente, afeta a integridade física, moral, intelectual e psicológica do filho, em prejuízo do desenvolvimento sadio de sua personalidade e atenta contra a sua dignidade, configurando ilícito civil.

Palavras chave: Poder familiar; Dignidade da Pessoa Humana; Abando no Material; Responsabilidade Civil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....	6
CAPÍTULO I - TEORIAS DE DWORKIN.....	11
1.1 - A interpretação construtiva na teoria integrativa de Ronald Dworkin.....	11
1.2 - Casos Difíceis.....	13
1.2.1- Regras e Princípios.....	15
1.3 - O Direito e a Literatura.....	16
CAPÍTULO II - DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	19
2.1 - Responsabilidade Civil Subjetiva e Objetiva.....	20
2.2 Pressupostos e Elementos da Responsabilidade Civil.....	21
2.2.1 – Culpa.....	22
2.2.2 - Do dano.....	23
2.2.3 - Do Nexo Causal.....	24
2.2.4 - Conduta do Agente.....	25
2.3- Do Abandono Material.....	26
2.4- Do abandono afetivo.....	28
CAPÍTULO III - APLICAÇÃO DO ABANDONO MATERIAL POR ANALOGIA AO ABANDONO AFETIVO.....	31
3.1- Do poder familiar.....	31
3.2- Abandono afetivo parental.....	33
3.3 – Responsabilidade Civil dos pais pelo abandono afetivo.....	35
3.4- A Aplicação da Teoria Dworkiana.....	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	40
REFERÊNCIAS.....	42

INTRODUÇÃO

Pelo presente trabalho vamos nos ater a Responsabilidade Civil pelo abandono material dos pais em relação aos filhos, pois bem, vale assinalar que, dentre os deveres decorrentes do exercício do poder familiar, compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores, dirigir-lhes a criação e a educação e tê-los em sua companhia e guarda conforme salienta o Código Civil, art 1.634, I,II¹, em outras palavras, “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores”² de acordo com o artigo 22 do ECA.

É fundamental acrescentar ainda, como mais relevante, o grande direito da dignidade da pessoa humana um dos principais destacados pela Constituição Federal, que, em sede de direito de família, se interliga com a paternidade responsável, de onde surge o dever da própria família em especial dos pais de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, as condições que são necessárias, para que estes possam ter uma vida digna, com respeito aos seus direitos e deveres.

Posto isso e não feito, os pais estão sujeitos ao cometimento de ato ilícito segundo o art 186 do Código Civil³. Nessa senda, o cometimento de ato ilícito pressupõe a prática de ação ou de omissão voluntária, de qualquer dos genitores em relação aos filhos que, de maneira culposa, viola direito e causa à prole danos de ordem moral ou material (nexo causal). Daí surge a Responsabilidade Civil, que pode ser definida como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano causado a outrem em razão de sua ação ou omissão.

¹BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.** Diário Oficial da União, Brasília-DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 14 de abril 2018.

²BRASIL. **Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266>. Acesso em: 16 dez. 2018.

³BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.** Diário Oficial da União, Brasília-DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 14 de abril 2018.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

A Constituição Federal assegurou direitos e deveres iguais ao homem e a mulher na sociedade conjugal e no desempenho do poder familiar. O poder familiar recebe tratamento tanto no Código Civil, Lei 10.406 (artigos 1.630 a 1.638)⁴ quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 6.089, quando fala do direito à convivência familiar e do dever dos pais de prestar alimentos (artigos 21 a 24) e da perda e suspensão do poder familiar (artigos 155 a 163.)⁵

Gonçalves conceitua o poder familiar da seguinte forma:

“Poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores. Segundo SILVIO RODRIGUES, ‘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’”.⁶

O Estado assumiu, juntamente com a família, grandes responsabilidades com relação à criança e ao adolescente, quais sejam as de lhes assegurar, com prioridade, o uso e gozo dos direitos fundamentais, tendo sido muito mais cuidadoso na enunciação de tais direitos com referência à criança e ao adolescente do que com relação aos adultos, “O poder paternal faz parte do estado das pessoas e por isso não pode ser alienado nem renunciado, delegado ou substabelecido. Qualquer convenção, em que o pai ou a mãe abdicarem desse poder, será nula”.⁷

Diante do exposto, é imprescindível ter em mente que o poder familiar representa mais do que um dever dos pais, é um direito constitucionalmente

⁴BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.** Diário Oficial da União, Brasília-DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 14 de abril 2018.

⁵BRASIL. **Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266>. Acesso em: 14 abril 2019.

⁶GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁷GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

assegurado à criança e ao adolescente, sujeito da proteção integral. Isso posto, o descumprimento da mencionada obrigação pelos genitores merece, de alguma maneira, responsabilizá-los. Isso, tendo conhecimento que, os filhos serão os maiores prejudicados pela falta de subsistência e de cuidado de um dos genitores.

A Constituição reconhece a Dignidade da Pessoa Humana, sua existência e a sua eminência, transformando-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa contra todo ato de cunho degradante e desumano, e lhe garante as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de proporcionar e promover sua participação ativa nos destinos da própria existência e da vida em divisão com os demais seres humanos.

Bastos e Martins pontuam que “a referência à dignidade da pessoa humana parece conglobar em si todos aqueles direitos fundamentais, quer sejam os individuais clássicos, quer sejam os de fundo econômico e social”.⁸

Bulos afirma que a colocação da dignidade como prioridade “consubstancia o espaço de integridade moral do ser humano” e “é uma vitória contra a intolerância, o preconceito, a exclusão social, a ignorância e a opressão”. Esse doutrinador traz uma visão histórica do princípio, ao elencar:

[...] a dignidade humana reflete [...] um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio do homem [...] pois seu conteúdo jurídico interliga-se às liberdades públicas, em sentido amplo, abarcando aspectos individuais, coletivos, políticos e sociais do direito à vida, dos direitos pessoais tradicionais, dos direitos meta individuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), dos direitos econômicos, dos direitos educacionais, dos direitos culturais (BULOS, 2009, p. 392).⁹

Enfim, ele deixa claro que a dignidade é essencial para a subsistência do homem, pois ela faz serem possíveis diversas dimensões de direitos. Nesse

⁸BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

sentido. Para Silva a dignidade da pessoa humana é “um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”¹⁰

Na mesma seara, para Nunes, a dignidade seria “o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarda dos direitos individuais”.¹¹

Este princípio tem por escopo assegurar a todo ser humano, pelo simples fato de ser humano, as condições mínimas e indispensáveis para uma existência vital e digna. A dignidade é inerente à própria qualidade de pessoa humana, sendo esta razão suficiente para se ter respeitado um núcleo mínimo de direitos essenciais a essa existência.

Levando-se em conta os preceitos fundamentais inseridos pela doutrina da proteção integral da criança, que são essencialmente a seguridade do desenvolvimento sadio físico e psicológico desta e do adolescente garantidos pela sociedade, o Estado e a família, e ainda, tendo em vista, os deveres inerentes aos pais em face dos filhos, atribuídos pelo Estado através do poder familiar.

É de pressupor que o abandono material pode ser imputado por aquele que tem o dever legal de prover a subsistência do sujeito passivo, neste caso dos pais com relação aos filhos.

Vejam os exemplos no que tange a modalidade de crime só como uma conceituação de abandono material a lição de Fragoso:

“Nas várias modalidades do crime de abandono material, podem ser sujeito ativo: a) o cônjuge que deixa de prover à subsistência do outro; b) o pai ou a mãe que deixa de prover à subsistência de filho menor de 18 anos ou inapto para o trabalho; c) o descendente (filho, neto, bisneto), que deixa de proporcionar recursos necessários a ascendente inválido ou valetudinário; d) qualquer pessoa que deixa de socorrer ascendente ou descendente gravemente enfermo”.¹²

O Código Penal em seu artigo 244 prevê o abandono material como crime.

¹⁰SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

¹¹NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹²FRAGOSO, H. C. **Lições de Direito Penal**. 3^o. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981

Art. 244: Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de dezoito anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo.

Pena – detenção, de um a quatro anos, e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.¹³

Pois bem, aqui não vamos entrar no mérito de crime, mas sim no da Responsabilidade Civil.

Portanto, sujeitos ativos podem ser os cônjuges, genitores, ascendentes ou descendentes. Bem como no que tange ao sujeito passivo, podemos enumerar o cônjuge, o filho menor de dezoito anos ou inaptos para o trabalho, ascendente inválido ou maior de sessenta anos de idade, ascendente ou descendente gravemente enfermo.

A responsabilidade civil parte do posicionamento de que todo aquele que violar um dever jurídico (originário) e dele resultar algum dano, ficará obrigado a reparar (dever jurídico sucessivo), à aquele que sofreu o dano, a fim de que se restabeleça a situação anterior a lesão e de que se adote uma postura sempre de acordo com os preceitos jurídicos vigentes. A lei serve para reconstituir o dever jurídico violado.

Conforme os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves:

“A responsabilidade civil tem, pois, como um de seus pressupostos, a violação do dever jurídico e o dano. Há um dever jurídico originário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo ou secundário, que é o de indenizar o prejuízo”¹⁴

No mesmo sentido, o doutrinador Carlos Alberto Bittar diz:

¹³BRASIL. **Decreto-lei 2848/40 | Decreto-lei no 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 14 de abril 2018.

¹⁴GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade**. 7ª ed. São Paulo. Saraiva, 2011. V.7. p. 24.

O lesionamento a elementos integrantes da esfera jurídica alheia acarreta ao agente a necessidade de reparação dos danos provocados. É a responsabilidade civil, ou obrigação de indenizar, que compele o causador a arcar com as consequências advindas da ação violadora, ressarcindo os prejuízos de ordem moral ou patrimonial, decorrente de fato ilícito próprio, ou de outrem a ele relacionado.¹⁵

Assim, a responsabilidade tem dupla função: restabelecer o status quo ante e penalizar o agente lesante, sem dano não há que se falar em reparação, em ressarcimento e em razão disso nem em responsabilidade, já que o próprio objetivo da Responsabilidade é o resgate da situação anterior ao dano, o reestabelecimento do que foi modificado pelo descumprimento de um preceito estabelecido.

¹⁵BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de direito civil**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

CAPÍTULO I - TEORIAS DE DWORKIN

A grande e rápida atualização da sociedade passou a requerer, cada vez mais, uma interpretação não ligada aos padrões clássicos de busca pela vontade suposta ou pelos valores posto antes pelo legislador introduzida na norma. A mera aplicação cega da lei, muitas vezes, não solucionava o conflito jurídico, mas, simplesmente, perpetrava uma injustiça decorrente da aplicação sumária e objetiva de uma norma avessa ao contexto vigente, ensejando, assim, um conflito entre o direito positivo e a ânsia da sociedade pelo justo.

De fato, a vontade ficta do legislador não poderia adaptar a sociedade indefinidamente. Pelo contrário, uma vez que a sociedade movimenta-se enquanto a norma pende estática, se exige uma constante adaptação da própria norma à sociedade.

1.1 - A interpretação construtiva na teoria integrativa de Ronald Dworkin

Paulatinamente, passou-se a admitir que o direito constrói-se tanto a partir de seu emissor originário, a lei, como na sua aplicação ao caso concreto, a interpretação da lei. Não sendo viável sufocar essa segunda etapa, sob pena de ceifar o contato do direito com a sociedade, certo que a inserção do elemento social pode ser verificada tanto na promulgação quanto na aplicação da lei. Em outras palavras, ressalvado o valor da doutrina positivista, o direito não pode mais ser encarado estaticamente como um fato ou algo posto, mas, sim, como uma questão interpretativa.

Ciente dessa necessidade, o direito é encarado, pela Teoria Integrativa de Ronald Dworkin, como um produto interpretativo do próprio senso político da sociedade e de sua práxis institucional, permitindo, assim, “a constante renovação do ordenamento jurídico, reconhecendo-o como um sistema dotado de um potencial de auto-superação para a realização dos direitos fundamentais¹⁶”.

¹⁶TORRENS, Haradja Leite. **Hermenêutica Jurídica e Paradigmas Interpretativos. Perspectivas e fundamentos de aplicação da teoria integrativa de Ronald Dworkin em face da ordem jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Letra Legal, 2004. Página. 61

Dworkin pontua que, durante a produção do direito, podemos segmentar desde sujeitos a níveis de interpretação, sendo que “não apenas a lei, mas a doutrina, a jurisprudência e os costumes são responsáveis pela produção jurídica¹⁷”, os quais “atuam pressões sociais opostas, algumas tendentes a homogenizá-los e outras conduzindo à diversidade¹⁸.”

A princípio, essas forças agindo contrariamente e ao mesmo tempo parecem caminhar para um descompasso de mútua repulsa. No entanto, é justamente nesse embate que têm gênese a corrente renovação do direito, consoante é ressaltado na obra *O império do direito*:

As influências que levam mais poderosamente à convergência são inerentes à natureza da interpretação. A prática do precedente, que nenhum juiz pode ignorar totalmente em sua interpretação, pressiona pelo acordo; [...] Além disso, os juízes refletem sobre o direito no âmbito da sociedade, e não fora dela; o meio intelectual de modo geral, assim como a linguagem comum que reflete e protege esse meio, exerce restrições práticas sobre a idiosincrasia e restrições conceituais sobre a imaginação. O inevitável conservadorismo do ensino jurídico formal, e do processo de selecionar juristas para as tarefas judiciárias e administrativas, aumenta a pressão centrípeta. Seria um erro ignorar esses diversos fatores de unificação e socialização, mas um erro ainda mais insidioso e perigoso exagerar sua força. A dinâmica da interpretação resiste à convergência ao mesmo tempo que a promove, e as forças centrífugas são particularmente fortes ali onde as comunidades profissional e leiga se dividem em relação a justiça. Juízes diferentes pertencem a tradições políticas diferentes e antagônicas, e a lâmina das interpretações de diferentes juízes será afiada por diferentes ideologias. Tampouco isso é deplorável. O direito naufragaria se as várias teorias interpretativas em jogo no tribunal e na sala de aula divergissem excessivamente em qualquer geração. Talvez um senso coletivo desse perigo proporcione ainda outra razão para que assim não seja. Mas o direito estagnaria, acabaria naufragando de um modo diferente, se caísse no tradicionalismo que imaginei como o destino último da cortesia.¹⁹

Essas forças são identificadas e subdivididas por Dworkin como centrífugas (aquelas que atuam sobre os indivíduos, gerando multiplicidade de resultados) e

¹⁷TORRENS, Haradja Leite. **Hermenêutica Jurídica e Paradigmas Interpretativos. Perspectivas e fundamentos de aplicação da teoria integrativa de Ronald Dworkin em face da ordem jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Letra Legal, 2004. Página. 60.

¹⁸TORRENS, Haradja Leite. **Hermenêutica Jurídica e Paradigmas Interpretativos. Perspectivas e fundamentos de aplicação da teoria integrativa de Ronald Dworkin em face da ordem jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Letra Legal, 2004. Página. 60

¹⁹DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Law's empire. 2ª Edição. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2007. Página 111.

centrípetas (aquelas que evidenciam a identidade de caracteres aproximando resultados)²⁰.

Por evidente, o intérprete não deve pretender uma interpretação inédita/neutra que, de acordo com a história, ofenda os dogmas vigentes com excesso de discrepância. Deve, pelo contrário, existir uma correspondência que, inevitavelmente, emerge do conservadorismo do ensino jurídico formal.

Porém, conforme assevera Dworkin, também configura um erro drástico tentar suprimir as diferenças e antagonismos que, naturalmente, emergem das diferentes interpretações de uma norma ou de sua ausência, conforme pretendido pelo positivismo. Isso porque é justamente na dialética contínua e na lacuna ou obscuridade da lei que, segundo Dworkin, “o direito evolui, permitindo, por vezes, romper com paradigmas arcaicos e assumir novos padrões para soluções cada vez mais aproximadas dos novos parâmetros assumidos pela sociedade”.²¹

Prestigiar esse conceito interpretativo do direito e sua constante necessidade de superação constitui medida necessária, pois, conforme já asseverado, o conhecimento de uma nova conduta ou fato chega, invariavelmente, muito antes ao judiciário do que ao legislativo, defrontando o juiz em uma incerteza legal forçando sua atuação interpretativa.

1.2- Casos Difíceis

Segundo Dworkin, quando juristas tentam descrever a lei por meio de conceitos que não são claros – “normas de textura aberta”, acabam por gerar nos aplicadores do direito perplexidades conceituais, e a controvérsia entre esses aplicadores é um desacordo não sobre o fato ou a doutrina, mas sobre a forma correta de interpretar esses conceitos. Não haveria clareza, portanto, sobre o modo

²⁰TORRENS, Haradja Leite. **Hermenêutica Jurídica e Paradigmas Interpretativos. Perspectivas e fundamentos de aplicação da teoria integrativa de Ronald Dworkin em face da ordem jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Letra Legal, 2004. Página. 60.

²¹TORRENS, Haradja Leite. **Hermenêutica Jurídica e Paradigmas Interpretativos. Perspectivas e fundamentos de aplicação da teoria integrativa de Ronald Dworkin em face da ordem jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Letra Legal, 2004. P. 60.

como resolver controvérsias conceituais com base nas técnicas correntemente utilizadas pelos juízes na prática do direito²².

Esses dois tipos de problemas manifestam-se especialmente no que Dworkin chama de “casos difíceis”, e requerem, portanto, a aplicação de um método especial para serem solucionados.

Em *Levando os Direitos a Sério*, Dworkin demonstra que esses resultados que conduzem a uma discricionariedade do juiz são inevitáveis para aqueles que pensam o direito como um conjunto de regras jurídicas²³. Tendo isso em conta, propõe uma nova abordagem para resolver os problemas apresentados nos casos difíceis: atribui ao juiz a obrigação de investigar exaustivamente a única resposta certa para o caso concreto, com base na melhor interpretação moral possível das práticas em vigor em uma determinada comunidade.

Para explicitar essa missão, se utiliza da metáfora do juiz Hércules, um jurista de “capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas²⁴”, que tomará sua decisão com base naquilo que a intenção legislativa e os princípios requerem, de modo a “fazer cumprir os direitos institucionais verdadeiros daqueles que procuram o seu tribunal²⁵”. Habermas nos fornece uma descrição da missão desempenhada por esse juiz filósofo:

O ‘juiz Hércules’ dispõe de dois componentes de um saber ideal: ele conhece todos os princípios e objetivos válidos que são necessários para a justificação; ao mesmo tempo, ele tem uma visão completa sobre o tecido cerrado dos elementos do direito vigente que ele encontra diante de si, ligados através de fios argumentativos. Ambos os componentes traçam limites à construção da teoria. O espaço preenchido pela sobre-humana capacidade argumentativa de Hércules é definido, de um lado, pela possibilidade de variar a hierarquia dos princípios e objetivos do direito positivo e de corrigir ‘erros’. Hércules deve descobrir a série coerente de princípios capaz de justificar a história institucional de um determinado sistema de direitos, ‘do modo como é exigido pela equidade²⁶’.

²² DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 3.

²³ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

²⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 165.

²⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 192

²⁶ HABERMAS, Jürgen [1992]. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 263.

Dworkin entende que, para levar os direitos a sério, é preciso que o juiz continue investigando qual seria a resposta certa para o caso em questão, mesmo quando as regras não oferecem uma solução. Cada caso, portanto, ensejaria uma única resposta certa, e, para alcançá-la, seria necessário compreender o direito de uma forma mais abrangente, introduzindo-se no conceito de norma também os princípios jurídicos²⁷. As normas jurídicas seriam, portanto, na teoria dos direitos de Dworkin, de dois tipos: regras, aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada, e princípios, que apenas inclinam a percepção do juiz em uma determinada direção.

1.2.1- Regras e Princípios

As principais alegações de Dworkin, é a impossibilidade de caracterização do Direito como um sistema formado por regras e a decorrente inexistência de discricionariedade judicial. Para Dworkin existiriam outro conjunto de parâmetros e utilizados em decisões de Direito, chamados de princípios, que se comportariam de forma fundamentalmente diferente das regras e por isso necessitariam atenção especial.

Tais princípios teriam duas principais diferenças em relação as regras: a sua forma de reconhecimento e seus efeitos uma vez que sejam reconhecidos como fazendo parte do Direito vigente. Segundo Dworkin:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. Regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão; (...) Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm, a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (...), aquele que vai resolver o conflito tem que levar em conta o peso de cada um.²⁸

²⁷ DWORIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010

²⁸ DWORIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 39-42

Para Dworkin, o positivismo é caracterizado pela tese de que o Direito é definido a partir de uma regra de reconhecimento por meio da qual é possível identificar quais são as regras daquele sistema. Entretanto, este teste – que o autor chama de teste de pedigree - não seria capaz de identificar princípios. Isso porque os princípios não possuem origem a partir da decisão particular de determinada corte ou órgão legislativo, mas a partir de uma percepção de adequação desenvolvida na profissão jurídica e no público no decorrer do tempo.

1.3- O Direito e a Literatura

Para Dworkin, o direito como interpretação pode ser mais bem compreendido quando comparado a outros exercícios interpretativos que não os exclusivamente jurídicos. A ideia, portanto, é que a prática do direito está relacionada à interpretação de um modo geral, e não se concretizaria, exclusivamente, no tempo em que juristas analisam documentos ou leis específicas. Com efeito, deve o julgador conhecer os métodos de interpretação literária, pois nessa área do saber, melhor se estudou e formulou teorias interpretativas.

Dworkin afirma:

Sustentarei que a prática jurídica é um exercício de interpretação, não apenas quando os juristas interpretam documentos ou leis específicas, mas de modo geral. O direito, assim concebido é profunda e inteiramente político. Juristas e juízes não podem evitar a política no sentido amplo da teoria política. Mas o Direito não é uma questão política, parcial ou partidária, e uma crítica do Direito que não compreenda essa diferença fornecerá uma compreensão pobre e uma orientação mais pobre ainda. Proponho que podemos melhorar nossa compreensão do Direito comparando a interpretação jurídica com a interpretação outros campos do conhecimento, especialmente a literatura. Também suponho que o Direito, sendo mais bem compreendido, propiciara um entendimento melhor do que a interpretação em geral.²⁹

²⁹DWORKIN, Ronald. (1982) **Capítulo 6- De que maneira o Direito se assemelha a literatura. Uma questão de Princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 1982.

Na celeuma que aqui se instaura, é de rigor assentir que o texto literário e o texto jurídico (leia-se, leis e seus artigos, julgados, e outras normas legais) emanam de anteriores exercícios da razão que se finalizaram com a obra, no caso da literatura, e com a norma, no caso do direito. Posto isso, por compreender que a norma jurídica é resultado de mediações e debates pretéritos, resulta que não podemos simplesmente compreendê-la como um todo repleto de sentido.

De igual modo ocorre à arte literária, haverá obras nas quais seu intérprete somente terá que realizar um superficial esforço para compreensão de seu sentido textual. Noutros casos, e isso ocorre com os clássicos literários, a busca pelo sentido - ou um dos possíveis sentidos do texto - resultará de um custoso esforço interpretativo daquele que os lê. Esta é a façanha dos grandes autores: conseguir estender a narrativa para além de seu tempo, pincelando a obra com a tinta da imortalidade, no propósito de que futuras gerações ainda devaneiem sobre suas possíveis significações.

Seguindo com o tema, o autor distinguirá duas figuras que surgirão na busca do sentido textual: o artista e o crítico.

O artista, segundo Dworkin: “não pode criar nada sem interpretar enquanto cria”³⁰, pois seu fazer artístico deve buscar uma integração entre início, meio e fim da obra. Por assim dizer, os capítulos de um romance literário, por exemplo, devem ser coerentes e harmoniosos – em apreço ao sentido textual – narrando uma trama que se desenvolverá em uma sequência lógica. Caso contrário, o que se produzirá não será um romance, e sim uma sequência de vários contos em que o personagem tem o mesmo nome.

Noutro polo interpretativo está a figura do crítico. O qual, indubitavelmente, “cria quando interpreta”³¹, e nisso se diferiria do artista. Isto é, diante da obra de arte, caberá a ele, em um juízo de valor estético, conceber a adequada interpretação que extrairá do texto “o melhor que ele pode ser”.

Contudo, Dworkin demonstrará que as figuras do artista criador e do crítico não se distinguiriam sempre. Afinal, em dado instante, se cruzariam. Para tanto, traz à luz, exemplificando a ideia, aquilo que nomeia de um romance em cadeia.

³⁰DWORKIN, Ronald. (1982) **Capítulo 6- De que maneira o Direito se assemelha a literatura. Uma questão de Princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 1982, p. 235.

³¹DWORKIN, Ronald. (1982) **Capítulo 6- De que maneira o Direito se assemelha a literatura. Uma questão de Princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 1982.

Nesse romance, um grupo de romancistas é contratado para criação de uma obra única, definindo-se a ordem de escrita pelo lançamento de dados, em que o autor contemplado com número mais baixo escreverá o capítulo inicial e, em seguida, entregará o texto a outro autor que deve dar sequência lógica a ele.

Indispensável ao feito que, a partir do segundo autor, todos os demais leiam e interpretem os capítulos anteriores, pois, somente assim, darão continuidade à obra literária, criando um texto único e integrado, tendo em vista que se almeja a criação de um romance, e não a elaboração de contos esparsos:

Suponha que um grupo de romancistas seja contratado para um determinado projeto e que jogue dados para definir a ordem do jogo. O de número mais baixo escreve o capítulo de abertura de um romance, que ele depois manda para o número seguinte, o qual acrescenta um capítulo, com a compreensão de que está escrevendo um capítulo a esse romance, não começando outro e, depois, manda os dois capítulos para o número seguinte, e assim por diante. Ora, cada romancista, a não ser o primeiro, tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar, pois precisa ler tudo o que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o romance criado até então. Deve decidir como os personagens são 'realmente'; que motivos os orientam; qual é o tema ou o propósito do romance em desenvolvimento; até que ponto algum recurso ou figura literária, conscientemente ou inconscientemente usada, contribui para estes, e se deve ser ampliado, refinado, aparado ou rejeitado para impelir o romance em uma direção e não em outra. Isso deve ser interpretação em um estilo não subordinado à intenção porque, pelo menos para todos os romancistas após o segundo, não há um único autor cujas intenções qualquer intérprete possa, pelas regras do projeto, considerar como decisivas.³²

Para Dworkin, em certa medida, o exercício do juiz ao julgar casos controversos, para os quais não há uma regra específica ou clara a reger a matéria, decorrerá de um exercício interpretativo que, tal como na literatura, resultará no artista que cria e interpreta ao mesmo tempo. Nesta senda, nos casos em que o julgador se vale de decisões passadas para sentenciar, evidente que estará interpretando e deliberando entre os fins que pretende alcançar com esse exercício, e criará, ademais, o que entende ser a sequência histórica das decisões pretéritas.

³² DWORIN, Ronald. De que maneira o direito se assemelha à literatura. In: DWORIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 217-250.

CAPÍTULO II - DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A palavra Responsabilidade tem origem no verbo Latin Respondere, significa que quando alguém diante de uma ação ou omissão causa dano a outrem, fica obrigado a repara-lo, assumindo as consequências que este dano tenha causado, trazendo assim uma ordem jurídica na sociedade, isso se justifica pelo fato de que a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, e uma obrigação descumprida. Assim sendo, Responsabilidade civil se trata de um dever jurídico sucessivo vindo somente a existir após a violação de um dever jurídico originária (contratual ou extracontratual).

De acordo com Sérgio Cavalieri Filho:

Em sentido etimológico responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa idéia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de outro dever jurídico. Em apertada síntese responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente de um dever jurídico originário³³.

A Responsabilidade Civil possui duas grandes vertentes sobre sua origem: A Responsabilidade Civil Contratual, onde é necessário a existência de um contrato entre as partes e a Responsabilidade Civil Extracontratual (Aquiliana) aonde o infrator infringi a lei vigente; ambas as figuras de responsabilidade civil estão fundamentadas, genericamente, nas palavras do artigo 186 e 927 do Código Civil, *in verbis* :

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito³⁴.

³³CAVALIERI, Sérgio Filho. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

³⁴BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em 17 de setembro de 2019.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo³⁵.

No que tange o tema tratado nesse trabalho, destaca-se, acerca da responsabilidade extracontratual, tendo em vista a inexistência de ato unilateral negocial e de um contrato moral entre pai e filho, sobre deveres e direitos, os quais decorrem automaticamente da lei, bem como do simples fato natural de se ter gerado um filho. Por fim, a responsabilidade civil é a garantia e segurança que o lesado terá de que o seu direito violado será reparado, e que o culpado sofrerá uma punição, seja uma sanção civil, para que não volte a infringir o direito de outrem novamente.

2.1 - Responsabilidade Civil Subjetiva e Objetiva

A responsabilidade subjetiva é sustentada pela Teoria da Culpa. Essa teoria possui o entendimento basilar de que a culpa é o fundamento necessário para a responsabilidade civil. A comprovação da culpa do agente causador do dano é primordial e inevitável, pois é dela que gera a obrigação de indenizar, no caso do autor, e o direito de ser indenizado, no caso da vítima. Sem a prova da culpa inexistente a obrigação da reparabilidade do dano.

Carlos Roberto Gonçalves entende que tal espécie de responsabilidade hasteia o seguinte posicionamento:

Diz-se, pois, ser 'subjetiva' a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.³⁶

³⁵BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.** Diário Oficial da União, Brasília-DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em 17 de setembro de 2019.

³⁶GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.266

Assim, como abrange o caput do art. 927, do Código Civil, aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, está obrigado a repará-lo; o que esclarece as características para existência da responsabilidade civil subjetiva como regra do Código atual. Desse modo, o ato ilícito, o dano a outrem e a culpa, caracterizam-se como a base da existência da responsabilidade civil subjetiva.

Já a responsabilidade civil objetiva, é aquela que o elemento culpa, não é fundamental para que nasça a obrigação de indenizar, o dever de indenizar se dará independente da comprovação de dolo ou culpa, bastando que fique configurado o nexos causal daquela atividade com o objetivo atingido mais o dano.

Nessa esteira, Carlos Roberto Gonçalves traz a seguinte definição:

“A classificação corrente e tradicional, pois, denomina objetiva a responsabilidade que independe de culpa. Esta pode ou não existir, mas será sempre irrelevante para o dever de indenizar. Indispensável será a relação de causalidade entre a ação e o dano, uma vez que, mesmo no caso de responsabilidade objetiva, não se pode acusar quem não tenha dado causa ao evento.”³⁷

Com relação à distinção entre a responsabilidade subjetiva e objetiva, José de Aguiar Dias, com absoluta precisão, escreveu: “no sistema da culpa, sem ela, real ou artificialmente criada, não há responsabilidade; no sistema objetivo, responde-se sem culpa, ou, melhor, esta indagação não tem lugar”.³⁸

2.2 Pressupostos e Elementos da Responsabilidade Civil

São pressupostos da responsabilidade civil subjetiva: conduta do agente, dano, nexos causal e culpa, esses são elementos indispensáveis para que nasça o dever de reparação. Já responsabilidade civil objetiva, por sua vez, necessita apenas da conduta do agente, dano, e nexos causal, pois nela não se cogita a culpa do agente ofensor.

³⁷GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. V. 4.

³⁸DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1944.

2.2.1 - Culpa

A culpa é, pois, um juízo que se assenta no nexó existente entre o fato e vontade do autor. O artigo 487 do Código Civil exprime um juízo de reprovabilidade da conduta pessoal do agente, de modo que o lesante diante das circunstâncias específicas do caso deveriam ter agido de outro jeito.

Sendo a culpa um dos pressupostos para a configuração da responsabilidade civil subjetiva, cabe ao lesado fazer a prova dela, que está ligada à ideia de imperícia, negligência e imprudência, conforme elenca o artigo 186 do código civil - a então chamada mera culpa.

Nas palavras de Maria Helena Diniz:

A culpa em sentido amplo como violação de um dever jurídico imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela, compreende: o dolo que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência e pela negligência sem qualquer deliberação de violar um dever. Portanto, não se reclama que o ato danoso tenha sido, realmente requerido pelo agente, pois ele não deixará de ser responsável pelo fato de não ter-se apercebido do seu ato nem medido as suas consequências.³⁹

A culpa não é definida e nem conceituada na legislação pátria. A regra geral do Código Civil Brasileiro para caracterizar o ato ilícito, contida no artigo 186, estabelece que este somente se materializará se o comportamento for culposo. Neste artigo está presente a culpa *lato sensu*, que abrange tanto o dolo quanto a culpa em sentido estrito.

Por dolo entende-se, em síntese, a conduta intencional, na qual o agente atua conscientemente de forma que deseja que ocorra o resultado antijurídico ou assume o risco de produzi-lo. Já na culpa *stricto sensu* não existe a intenção de lesar. A conduta é voluntária, já o resultado alcançado não. O agente não deseja o

³⁹DINIZ, Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil**, 10ª ed., Saraiva, São Paulo, 1996.

resultado, mas acaba por atingi-lo ao agir sem o dever de cuidado. A inobservância do dever de cuidado revela-se pela imprudência, negligência ou imperícia.

Basta portanto para a responsabilidade civil, que no momento da conduta, o sujeito tenha causado prejuízo intencional a outrem, no caso do dolo, ou o causou por agir sem o dever de cuidado, no caso da culpa *stricto sensu*.

2.2.2 - Do dano

Para que a conduta humana esteja apta a acarretar a obrigação de indenizar, necessário se faz a comprovação da existência de um dano efetivamente sofrido. De modo que, sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado. O dano está presente tanto na responsabilidade objetiva quanto na subjetiva, porquanto sem a sua ocorrência inexistente indenização.

Na visão de Sérgio Cavalieri Filho:

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco proveito, risco criado etc. -, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa⁴⁰.

Essa ampliação do conceito de dano é de suma relevância, uma vez que, a sociedade merece a mais ampla proteção que o Estado e o Poder Judiciário podem lhes proporcionar, diante das constantes mudanças e evoluções ocorridas no mundo.

Rafael Peteffi Silva, assim entende sobre o assunto:

⁴⁰GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

Nesse sentido, o novo paradigma solidarista, fundado na dignidade da pessoa humana, modificou o eixo de responsabilidade civil, que passou a não considerar como seu principal desiderato a condenação de um agente culpado, mas a reparação da vítima prejudicada. Essa nova perspectiva corresponde à aspiração da sociedade atual no sentido de que a reparação proporcionada às pessoas seja a mais abrangente possível.⁴¹

Além do dano patrimonial ou econômico, existe também o sofrimento psíquico ou moral, ou seja, dores, tristeza, frustrações, traumas. Trata-se do dano moral, sendo este o dano que não atinge e tampouco diminui o patrimônio material do ofendido, mas sim ofende o patrimônio ideal, lesionando a vítima enquanto ser humano, sem atingir seus bens materiais. Nesse diapasão, verifica-se que o prejuízo indenizável poderá decorrer não apenas da violação do patrimônio, economicamente mensurável, mas também da lesão de direitos personalíssimos, sem expressão pecuniária essencial.

2.2.3 - Do Nexo Causal

O nexu causal é talvez um dos mais importantes elementos para se auferir a existência da responsabilidade, uma vez que é ele o liame existente entre a conduta do agente, o dano e o dever de indenizar a vítima. É por meio do exame da relação causal que se pode concluir quem foi o causador do dano.

Tanto é assim que na posição de Sérgio Cavalieri Filho:

Não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato. Daí a relevância do chamado nexu causal.⁴²

⁴¹SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance**. São Paulo: Atlas, 2007.

⁴²CAVALIERI, Sergio Filho. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9ª ed. São Paulo. Atlas, 2010.

Diversas são as teorias aptas a explicar o nexo de causalidade, entretanto, no Brasil, são citadas apenas três correntes para a identificação da causa que efetivamente gerou o dano, são elas: - Teoria da Equivalência das Condições (considera como causa do dano qualquer evento que contribui para determinado dano), - Teoria da Causalidade Adequada (procurou identificar, na presença de uma possível causa aquela parcialmente apta a produzir o dano), - Teoria do Dano Direto e Imediato (o dever de reparar surge quando o evento danoso é feito direto e imediato de certa causa).

Cumprido frisar, que nosso ordenamento jurídico adotou a terceira teoria acima, ou seja, a teoria do dano direto e imediato, muito embora ainda exista muita divergência a respeito. Pelo nexo causal é estabelecido se uma determinada ação pode ser considerada causa de determinado resultado, pois somente se poderá responsabilizar alguém cujo comportamento (direto ou indireto) tenha dado causa ao resultado.

2.2.4 - Conduta do Agente

A conduta humana (ação ou omissão) voluntária é pressuposto necessário para a configuração da responsabilidade civil, ela está ligada a conduta que provoca dano a outrem. Segundo Maria Helena Diniz a conduta:

vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.⁴³

Conforme destacado no conceito acima transcrito, o comportamento do agente poderá ser comissivo ou omissivo. Comissivo consiste na prática de um ato que não deveria ser efetivado. Por sua vez, omissão é a inobservância de um dever de agir ou a não prática de um ato que deveria ser realizado. Também, segundo

⁴³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

Maria Helena Diniz, o ato poderá ser lícito ou ilícito, “responsabilidade decorrente de ato ilícito baseia-se na ideia de culpa, e a responsabilidade sem culpa funda-se no risco”.⁴⁴

À luz dessa definição, constata-se que, aquele que causa dano a outrem, fica obrigado a reparar a conduta do agente ou de terceiro, cuja decorrência é pautada em uma ação, seja ela dolosa ou culposa, que desrespeitou os ditames constitucionais preexistentes, gerando, assim, o dever de reparação. A conduta poderá ser praticada pelo próprio agente causador do dano, por um terceiro ou por fatos causados por animais ou coisa que estejam sob a guarda do agente.

2.3- Do Abandono Material

O abandono material somente pode ser imputado por aquele que tem o dever legal de prover a subsistência do sujeito passivo. O Código Penal prevê o abandono material como crime no seu art. 244 que consiste na recusa injustificada do infrator de prover materialmente com o necessário para a subsistência da vítima; pagar pensão alimentícia; ou deixar de socorrer ascendente ou descendente sem justa causa. A vítima pode ser cônjuge; ascendente inválido ou maior de sessenta anos; filho menor de dezoito anos ou inapto para o trabalho.

Segundo Bitencourt:

Abandono material, consiste em o agente deixar de prover (atender, abastecer, munir) os meios necessários à subsistência (alimento, remédio, vestuário, habitação) de cônjuge, filho menor de dezoito anos ou inapto para o trabalho, ascendente inválido ou maior de sessenta anos. Essa enumeração é *numerus clausus*, não admitindo a inclusão, por exemplo, de primos, irmãos ou outros parentes colaterais.⁴⁵

⁴⁴DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁴⁵BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal - Parte Especial**. São Paulo: Saraiva, 2004.

Entende-se por subsistência a alimentação, vestuário, remédios, educação, habitação etc. Preceitua o parágrafo único do artigo que incorre no mesmo crime quem, sendo solvente, frustra o pagamento de pensão alimentícia, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função.

Bitencourt destaca ainda sobre o devedor que visa fraudar o pagamento da pensão. Para um melhor entendimento:

Também incorre nessa forma típica o devedor que vise fraudar o pagamento da pensão (art. 244, parágrafo único). É considerada abandono pecuniário. O legislador procurou prevenir a conduta fraudulenta do devedor da pensão, que, por vezes, prefere perder o emprego, no qual tem descontada a pensão em folha, para evitar seu desconto. Quem assim age incorre nesse dispositivo penal.⁴⁶

Assim, por exemplo, pratica esse crime o pai que, tendo condições econômicas de prestar os alimentos judicialmente fixados ao filho menor de idade, deixa de fazê-lo, continuamente, de forma propositada.⁴⁷

O abandono material somente se tipifica quando o réu, possuindo recursos para prover o sustento da família, deixa de fazê-lo propositadamente. Com efeito, a ausência de dolo por parte do réu, ou qualquer outro motivo egoístico no sentido de não prover à subsistência do sujeito passivo, afasta a tipicidade da conduta.⁴⁸ Trata-se de crime cuja tutela visa inibir o abandono familiar, preservando a entidade e buscando impedir que aquele que é responsável deixe de prover subsistência a sua família, principalmente os entes mais vulneráveis (maiores de 60 anos, menores de 18 anos e incapazes).

A pena cominada é de um a quatro anos e multa de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no país. Esta não se confunde com a prisão civil, prevista no art. 733 do Código de Processo Civil, também voltada à inadimplência de prestação alimentícia.

⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal - Parte Especial**. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁴⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal - Parte Especial**. São Paulo: Saraiva, 2004.

Primeiramente, porque uma pode ocorrer independente da outra, sendo a tutela civil direcionada a fazer com que o obrigado venha a cumprir com a obrigação alimentar, tendo como princípio o curto período de aprisionamento (máximo, regulado pela Lei nº 5.478 /68, de 60 dias), para evitar que o inadimplente perca as condições de arcar com a pensão. Decorrido o prazo previsto, ou adimplida a obrigação, o devedor é solto, sem prejuízo da configuração do crime de abandono.

Já na tutela penal, a jurisprudência tem entendido que é necessária a recusa reiterada para que se configure o crime de abandono material, bem como o dolo na atitude, devendo o agente ter conhecimento do estado de necessidade da vítima, e a ausência de justificativa.

O elemento normativo do tipo penal é sem justa causa. Desta forma, o crime ocorre quando o agente não tem justificativa para deixar de socorrer a vítima ou prestar a pensão alimentícia. Caso seja justificada, a conduta é atípica.

Dessa forma o crime de abandono material tem pontos em comum com a Responsabilidade civil por abandono afetivo, pois nos dois o que incorre é a falta do dever de cuidado, de subsistência, de desamor dos pais para com os filhos, interferindo diretamente no desenvolvimento destes, sendo possível a reparação por dano moral, é o que trataremos no próximo tópico.

2.4- Do abandono afetivo

Tem-se por abandono afetivo a ausência da obrigação de cuidado dos pais sobre sua prole, agindo com desamor, falta de carinho e atenção para com o menor. Segundo Gonçalves.

O abandono afetivo é traduzido pela falta de proximidade, convívio, atenção, cuidado e assistência em uma relação familiar. Consequentemente, também envolve a ausência de tratamento isonômico à prole, sendo importante salientar que o tratamento diferenciado de um filho para com outro é, além de um ilícito, uma conduta inconstitucional. É de suma importância a presença dos pais na vida dos filhos para a formação do caráter destes; para a construção de valores, princípios e, principalmente, para a troca de sentimentos, como o amor. É na família que é encontrado o auxílio na construção do desenvolvimento da criança.

Cada membro tem sua importância, principalmente os pais e, havendo a ausência de um destes, é acarretada a desestruturação familiar, o que interfere diretamente no desenvolvimento da criança.⁴⁹

O afeto é considerado um valor jurídico, significa dar a devida atenção às necessidades manifestas pelos filhos em termos, justamente, de afeto, proteção, atenção, dever de convívio, carinho, etc; quando um dos pais é omissos nesse sentido, o filho poderá buscar uma compensação pecuniária por dano moral, pois estabelecida uma verdadeira relação entre o afastamento dos pais e o desenvolvimento de sintomas psicopatológicos, como tristeza, angústia e até mesmo depressão no filho firmando o comprometimento da sua saúde física e psicológica comprometendo o seu desenvolvimento em razão do eventual fracasso do laço familiar, é perfeitamente possível se falar de indenização por abandono afetivo com base no princípio da dignidade da pessoa humana, cuja previsão se encontra estabelecida no artigo 1º, III, da Carta Magna.⁵⁰

Vejamos também uma Ementa do julgado da 3ª Turma do STJ, que reconhece a Responsabilidade Civil por abandono afetivo, Relatora Min. Nancy Andrighi, julgado em 24/4/2012.

EMENTA CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada

⁴⁹GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil: de acordo com o novo Código Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 80.

⁵⁰BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 03 de novembro de 2019.

formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido.⁵¹

Explica ainda Silva:

Não se trata, pois, de "dar preço ao amor" como defendem os que resistem ao tema em foco, tampouco de "compensar a dor" propriamente dita. Talvez o aspecto mais relevante seja alcançar a função punitiva e dissuasória da reparação dos danos, conscientizando o pai do gravame causado ao filho e sinalizando para ele, e outros que sua conduta deve ser cessada e evitada, por reprovável e grave⁵².

Tal indenização se justificaria pelo fato de que de acordo com o previsto nos artigos 186 e 187 do Código Civil,⁵³ todo cidadão tem o dever de recompor eventual dano causado a outrem com a sua conduta voluntária e consciente. Seria então uma forma de reparar o dano sofrido pelo filho e punir os pais pela omissão dos seus deveres para com sua prole.

⁵¹STJ.RECURSO ESPECIAL: **REsp:1.159.242-SP**. Relator: Min. Nancy Andrighi. 24/04/2012. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio.>> Acesso em 22 de setembro de 2019.

⁵²SILVA, Cláudia Maria Teixeira. **Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho**. In Revista Brasileira de Direito de Família, ano VI, nº 25 - Ago-Set 2011. Porto Alegre: Magister.

⁵³BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>.

CAPÍTULO III - APLICAÇÃO DO ABANDONO MATERIAL POR ANALOGIA AO ABANDONO AFETIVO

Antes de se adentrar na aplicação do abandono material por analogia ao abandono afetivo, necessário se faz a colocação de algumas considerações conceituais.

3.1- Do poder familiar

O poder familiar corresponde ao antigo pátrio poder, exercido unicamente pelo pai. Ocorre que foi necessário reajustar a nomenclatura à atual posição que a mulher ocupa na sociedade, vez que as decisões passam a ser compartilhadas entre o casal.

A Constituição Federal, em seu artigo 226, § 5º, ao dispor que "os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher",⁵⁴ coaduna com o exposto no artigo 1.631, do Código Civil sobre a igualdade completa no tocante à titularidade e exercício do poder familiar pelos cônjuges ou companheiros. Assim, segundo o Código Civil, art 1.631 "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"⁵⁵

Nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves, "Poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores".⁵⁶ Nota-se que o poder familiar é instituído no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos pais, em especial, em atenção ao princípio

⁵⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 03 de novembro de 2019.

⁵⁵ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 14 de abril 2019.

⁵⁶ Gonçalves, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6: direito de família – 8ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

constitucional da paternidade responsável, estabelecido no artigo 226, § 7º, da Constituição Federal.

É, portanto, irrenunciável, incompatível com a transação, e indelegável, não podendo os pais renunciá-lo, nem transferi-lo a outrem, já que o poder familiar é múnus público, pois é o Estado que fixa as normas para o seu exercício. É, ainda, imprescritível, no sentido de que dele o genitor não decai pelo fato de não exercitá-lo, somente podendo perde-lo na forma e nos casos expressos em lei. Outrossim, é incompatível com a tutela, não se podendo nomear tutor a menor cujos pais não foram suspensos ou destituídos do poder familiar.

O Estado assumiu, juntamente com a família, seríssimas responsabilidades com relação à criança e ao adolescente, quais sejam as de lhes assegurar, com prioridade, o uso e gozo dos direitos fundamentais, tendo sido muito mais pródigo na enunciação de tais direitos com referência à criança e ao adolescente do que com relação aos adultos.

Assim, em se tratando de avanços no campo do direito de família, observa-se que muito tem se falado nos dias atuais sobre a afetividade, e, por consequência, em indenização pelo abandono afetivo. Em seu artigo 227, a Carta Magna diz que é dever do Estado, da família e da sociedade proporcionar a convivência familiar.

O Código Civil de 2002, no artigo 1566, inciso IV, ao relatar os efeitos do casamento, prediz que compete aos pais ter os filhos menores em sua companhia e guarda; sendo que o artigo 1632 alerta que a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 4º repete o texto constitucional, enquanto o artigo 19 trata do direito à convivência familiar. Neste diapasão Maria Helena Diniz salienta que:

O Estatuto rege-se pelos princípios do melhor interesse, paternidade responsável e proteção integral, visando a conduzir o menor à maioridade de forma responsável, constituindo-se como sujeito da própria vida, para que possa gozar de forma plena dos seus direitos fundamentais.⁵⁷

⁵⁷DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 65.

De todo o exposto, é essencial ter em mente que o poder familiar representa mais do que um dever dos pais, é um direito constitucionalmente assegurado à criança e ao adolescente, sujeito da proteção integral. Sendo assim, o descumprimento da aludida obrigação pelos genitores merece, de alguma maneira, responsabilizá-los. Isso, tendo em mente que, serão os filhos os maiores prejudicados pela falta de subsistência e de cuidado de um dos genitores.

3.2- Abandono afetivo parental

Com a valorização do afeto no ordenamento jurídico, muitos questionamentos surgiram com o decorrer do tempo. Um deles está relacionado ao abandono afetivo parental. Seria possível responsabilizar os pais pelo abandono afetivo causado aos filhos? É viável obrigá-los a manter laços afetivos com sua prole sem a sua vontade?

Essas questões são de tamanha relevância que antes de respondê-las, cabe uma breve análise do que é o abandono afetivo parental e quais são as suas principais consequências no âmbito do direito familiar. Conforme já exposto, a família está sedimentada no liame afetivo existente entre os seus membros, inclusive quanto à relação paterno-filial, sendo indispensável o afeto entre pais e filhos.

A ausência do afeto necessário na relação parental é o que desencadeia o abandono afetivo e suas diversas consequências na seara familiar. Essa carência pode, inclusive, ocasionar aos filhos sérios danos no pleno desenvolvimento como pessoas/cidadãos.

Assim, o abandono afetivo segundo Bastos, Luz (2008, apud ALVES, 2013, p.3- 4), “pode ser configurado quando há um comportamento omissivo, contraditório ou de ausência de quem deveria exercer a função afetiva na vida da criança ou do adolescente”.

Ressalte-se que muitas vezes o abandono afetivo é erroneamente confundido com falta de amor. O amor é gênero do qual o afeto é espécie, então esses valores não são sinônimos e não devem ser confundidos. Por essa razão, é

inadequado afirmar que o amor foi tutelado juridicamente; pertinente é dizer “afeto” ao invés de “amor”.

Nesse diapasão, é oportuno mencionar o estudo de Karow numa visão distintiva dos termos afeto e amor:

“O afeto engloba todos os tipos de sentimentos familiares, independente dos membros que o cultivem e de sua origem, vertical ou horizontal. A filosofia grega já subdividia o amor em espécie como amor eros (de conotação sexual), ágape (amor de nível espiritual e universal) e philos (amor psicomental). O amor, dada sua robustez e essência, é impossível ser mensurado, ainda que juridicamente, porém o afeto, um dos gêneros do sentimento amor, e por vezes, a manifestação mais simples e inicial deste, é suficiente para marcar um novo conceito jurídico familiar”.⁵⁸

Abandonar afetivamente a prole é violar diretamente o princípio da dignidade humana. É transgredir os preceitos fundamentais assegurados pela nossa Constituição, tais como a convivência familiar e a paternidade responsável previsto no art. 227, caput, do referido diploma legal.

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.⁵⁹

A presença dos pais é imprescindível no desenvolvimento salutar da personalidade dos filhos e a ausência dos genitores ocasiona consequências graves na vida da prole. Para A, são as mais variadas possíveis, tais como:

(...) estigma de rejeição, de ser ignorado, destrói princípios, desvia o caráter, desestrutura personalidades, destrói a autoestima e a autoconfiança da criança ou do jovem, o que poderá acarretar, no futuro, a construção de um adulto desestimulado, que apresenta dificuldades em

⁵⁸KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**. Curitiba: Juruá, 2012.

⁵⁹BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 03 de novembro de 2019.

expressar seus sentimentos, bem como com problemas psíquicos, como por exemplo, depressão, ansiedade, traumas, o que será refletido nas pessoas que convivem com ele.⁶⁰

Desta maneira, o abandono afetivo não é ausência de amor do pai para com o filho, mas o descumprimento do dever de cuidado durante o desenvolvimento físico, psíquico e moral da criança/adolescente. É a supressão do direito de conviver em um ambiente familiar saudável, protetivo e atencioso.

Como se observa, o abandono afetivo decorre efetivamente da abstenção dos deveres oriundos da paternidade. Assim, não basta simplesmente que o pai cumpra com sua obrigação de pagar alimentos. Apesar de importante, assumir a responsabilidade financeira da criação dos filhos não é suficiente para caracterizar o desempenho paternal, que só será efetivo com presença do afeto. O desprezo, a falta de cuidado, de atenção e o descaso na criação e no convívio com o filho são indícios do abandono afetivo, que quando praticados podem provocar a responsabilização civil.

3.3 – Responsabilidade Civil dos pais pelo abandono afetivo

Como já discutido no capítulo anterior, a responsabilidade civil é um instituto que visa assegurar o ressarcimento e a reparação dos danos causados a terceiros, decorrentes da violação de um dever jurídico. De forma sucinta, podemos conceituá-la como: atribuição imposta ao agente causador de reparar o dano provocado em outrem. Ou seja, trata-se de uma obrigação decorrente da prática de uma conduta danosa, que visa a reparação de todo dano, seja de natureza patrimonial ou moral, causado a terceiros.

Tamanha a importância da responsabilidade civil para o âmbito jurídico que sua aplicabilidade alcançou as relações familiares, incidindo, por exemplo, nos casos de abandono afetivo paterno-filial.

⁶⁰ALVES, Ana Jéssica Pereira. **O preço do amor: A indenização por abandono afetivo**. Revista Direito & Dialogicidade, vol.4, n.1 Jul. 2013. Disponível em: <<http://periodicos.urca.br/ojs/index.php/DirDialog/article/view/588/466>> Acesso em 05 de set. de 2019.

Por essa razão, o Poder Judiciário vem se manifestando a respeito da possível responsabilização por danos decorrentes do abandono afetivo dos pais para com os filhos. As decisões favoráveis à responsabilização dos genitores são fundamentadas no descumprimento de princípio constitucional, já que a ausência do afeto no âmbito familiar viola a dignidade da pessoa humana.

Como já mencionado, a família adquiriu grande proteção jurídica, afinal sua existência é suporte substancial de toda sociedade. Logo, é nessa relação familiar que deve ser analisado a responsabilidade paterna e o dever jurídico de cuidar dos filhos. Destarte, a responsabilidade civil paterna está condicionada ao dever de cuidado e assistência moral e afetiva no desenvolvimento e formação da personalidade da sua prole.

A legislação pátria prevê deveres dos pais para com os filhos, que devem ser cumpridos independentemente de vontade. Todavia, a temática da aplicabilidade da responsabilidade civil no direito de família é delicada. O quantum a ser fixado como indenização por abandono afetivo causa polêmica entre os operadores do direito, pois a responsabilidade em si não envolve questões financeiras.

Isto é, os danos causados pelo abandono não têm preço que o dinheiro possa pagar. Trata-se de uma ausência para o filho que só seria suprida com afeto que lhe foi negado, daí a dificuldade em fixar os valores indenizatórios. Nada obstante, com a responsabilização e a obrigação de indenizar não se busca tentar pagar o que é impagável, mas desestimular a prática reiterada de condutas tão danosas como o abandono afetivo no âmbito familiar.

De fato, como muitos alegam, não é possível obrigar um ser humano a amar o outro. Porém, a nossa legislação não tem essa finalidade tão subjetiva. O que se pretende é que haja nas relações entre pais e filhos no mínimo uma convivência afetiva entre ambos. Assim sendo, a inobservância do dever de cuidado e de todos àqueles inerentes a paternidade responsável ocasiona um ilícito civil e, em consequência, quando comprovado a culpa e o dano pressupõe a responsabilização do genitor ofensor.

De modo a relacionar os elementos necessários para a caracterização da responsabilidade civil por abandono afetivo, é oportuno explicitar a lição de Aline B.S. Karow:

Inicialmente é necessário (a) que haja um fato: a conduta omissiva de um dos genitores, a ponto de privar o filho da convivência, aleijando-se voluntariamente de forma física e emocional, ou ainda, a conduta comissiva através de reiteradas atitudes de desprezo, rejeição, indiferença e humilhação, em ambas, gerando desamparo afetivo, moral e psíquico. Posteriormente, (b) que possa ser imputado a alguém: este fato em regra somente pode ser imputado a um dos genitores, aqui a palavra na ampla acepção, não excluindo nem mesmo os genitores por adoção. Necessário ainda (c) que se tenha produzido danos: diante da conduta que se apresenta é preciso que a criança tenha sofrido danos em sua personalidade, na raiz de sua dignidade. Outro elemento requerido é que (d) esses danos possam ser juridicamente considerados como causados pelo ato ou fato praticado: impõe obviamente aqui o nexo casual, que da conduta do genitor tenha causado ao menor os danos alegados, as máculas na personalidade e ou psicopatias. Por derradeiro, prescinde de uma condição suplementar, (e) que o dano esteja contido no âmbito da função de proteção assinada, aqui se vislumbra que o dano sofrido pelo amor deve ser o objeto jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico.⁶¹

Resta claro que o caso de abandono afetivo paterno-filial não deve fugir da análise do Poder Judiciário. Ao contrário, deve se enquadrar no instituto da responsabilidade civil para que se imponha ao genitor a obrigação de reparar o dano provocado na vida do seu filho. Nas palavras de Rodrigo Cunha Pereira (apud ROSA et al) “não é monetarizar o afeto, mas punir aquele que descumpra essencial função na vida da prole”.⁶²

Silva, ainda acrescenta: “Não se trata de dar preço ao amor, tampouco de estimular a indústria dos danos morais, mas sim lembrar a esses pais que a responsabilidade paterna não se esgota na contribuição material”.⁶³

Em suma, a pretensão da responsabilidade civil dos pais decorrente do abandono afetivo não é obrigá-los a amar seus filhos, até porque o amor não pode ser tutelado juridicamente e não pode ser monetizado. A aplicabilidade do referido instituto visa assegurar e proteger os direitos dos filhos e, deste modo, garantir que os deveres decorrentes da paternidade responsável sejam fielmente cumpridos no âmbito familiar.

⁶¹ KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**. Curitiba: Juruá, 2012

⁶² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais e Norteadores para a organização jurídica da família**. Tese de Pós Graduação. Universidade Federal do Paraná, UFPR, Curitiba/PR, 2004. Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf> Acesso em 27 de jul. de 2016.

⁶³ SILVA, Cláudia Maria da. **Indenização ao Filho. Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho**. In: Revista Brasileira de Direito e Família. Porto Alegre, v. 6, Síntese nº 25, p.122-147. ago-set.2004.

Portanto, mais que o direito de alimentos, meramente econômico, os filhos têm direito ao afeto, que no final das contas é o alimento da alma. Quem sabe assim, a partir de uma realidade em que os filhos estejam completamente alimentados, não teremos uma sociedade melhor? Por ora, o único caminho existente é exigir um pouco mais, mesmo que seja dos seus pais.

3.4- A Aplicação da Teoria Dworkiana

Tomando-se em conta o título do referido capítulo, o entendimento da Teoria de Dworkin pode ser aplicado extensivamente a este trabalho, salienta-se que devido às complexidades e imprevisibilidades dos casos concretos apenas as regras e as leis não são suficientes para solucionar todos os possíveis impasses cotidianos que a sociedade venha a apresentar. Por isso, os princípios, a moral e o costume, bem como a analogia, precisam ser estudados como pontos norteadores indispensáveis para uma possível aplicação diante de algum caso.

A importância dos princípios é ainda mais evidente na solução dos hard cases, nos quais as normas escritas não tratam especificamente da possibilidade exposta pelos fatos. Nesses casos, o juiz brasileiro é obrigado a decidir, segundo dispõe a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:⁶⁴ “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” Dworkin sustenta que:

O direito como integridade [...] pede ao juiz que se considere como um autor na cadeia do direito consuetudinário. Ele sabe que outros juízes decidiram casos que, apesar de não exatamente iguais ao seu, tratam de problemas afins; deve considerar as decisões deles como parte de uma longa história que ele tem de interpretar e continuar, de acordo com suas opiniões sobre o melhor andamento a ser dado à história em questão. (Sem dúvida, para ele a melhor história será a melhor do ponto de vista da moral política, e não da estética.) [...] O veredito do juiz - suas conclusões pós-interpretativas - deve ser extraído de uma interpretação

⁶⁴BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm> Acesso em 03 de novembro de 2019.

que ao mesmo tempo se adapte aos fatos anteriores e os justifique, até onde isso seja possível.⁶⁵

O que se entende, é que o juiz ao decidir um novo caso, deve considerar-se como parceiro de um grande número de interpretações em cadeia, do qual várias decisões, estruturas, convenções e práticas formam uma história; e ao juiz cabe dar uma continuidade coerente a algo novo em caso que ele tenha em mãos, consciente de que deve interpretar o que aconteceu antes e levar adiante a incumbência que tem em mãos. Isso pode ser verificado no REsp 1.087.561-RS, Rel. Min. Raul Araújo julgado em 13/6/2017:

RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. ABANDONO MATERIAL. MENOR. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE PRESTAR ASSISTÊNCIA MATERIAL AO FILHO. ATO ILÍCITO (CC/2002, ARTS. 186, 1.566, IV, 1.568, 1.579, 1.632 E 1.634, I; ECA, ARTS. 18-A, 18-B E 22). REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1.O descumprimento da obrigação pelo pai, que, apesar de dispor de recursos, deixa de prestar assistência material ao filho, não proporcionando a estas condições dignas de sobrevivência e causando danos à sua integridade física, moral, intelectual e psicológica, configura ilícito civil, nos termos do art. 186 do Código Civil de 2002.

2.Estabelecida a correlação entre a omissão voluntária e injustificada do pai quanto ao amparo material e os danos morais ao filho dali decorrentes, é possível a condenação ao pagamento de reparação por danos morais, com fulcro também no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

3.Recurso especial improvido.⁶⁶

Com isso, depois de ser estudado a teoria de Dworkin, é possível constatar que, se existe a Responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo de sua prole; é possível também a existência da Responsabilidade civil dos pais pelo abandono material dos filhos.

⁶⁵DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 286.

⁶⁶STJ. RECURSO ESPECIAL: **REsp.1087561-RS**. Rel.Min.Raul Araújo. 4ª turma, julgado em 13/06/2017. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>>Acesso em 22 de setembro de 2019.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família tem um papel importantíssimo para o desenvolvimento e formação do ser humano, servindo ela como base de espelho para a construção do caráter e personalidade dos filhos, pois os mesmos são reflexos deles. Tem os genitores totais responsabilidades perante sua prole até que essa possa se sustentar sozinho, tendo eles que prover uma vida digna, com educação, saúde, lazer.

O dever de convivência familiar, compreendendo a obrigação dos pais de prestar auxílio afetivo, moral e psíquico aos filhos, além de assistência material, é direito fundamental da criança e do adolescente. O abandono material de um pai em relação ao seu filho pode garantir dano moral ao menor de idade porque é responsabilidade de seus genitores garantir o desenvolvimento da criança e fornecer recursos que permitam essa evolução.

O descumprimento voluntário do dever de prestar assistência MATERIAL, direito fundamental da criança e do adolescente, afeta a integridade física, moral, intelectual e psicológica do filho, em prejuízo do desenvolvimento sadio de sua personalidade e atenta contra a sua dignidade, configurando ilícito civil e, portanto, os danos morais e materiais causados são passíveis de compensação pecuniária.

É preciso destacar que nos casos em que o pedido é a indenização dos pais pelo abandono afetivo, o que os filhos buscam é que sejam indenizados pela falta de cuidados, assistência, ausência, e constrangimentos que tiveram ao longo de suas vidas causados por esse abandono, e que tinham tais direitos garantidos por lei e os pais não cumpriram e, portanto devem ser penalizados.

Todo o ordenamento jurídico brasileiro dispõe sobre leis de proteção aos menores que tem por objetivo garantir de forma segura o seu interesse, começando com a Constituição Federal, código civil e com a lei específica criada para o mesmo fim o Estatuto da criança e do Adolescente, sendo os genitores encarregados de tais direitos.

Sendo assim, o propósito da Responsabilização Civil é o de fazer com que o genitor reconheça a ilicitude de seu ato que é inteiramente lesivo ao filho(a), de modo que o caráter educativo da responsabilização, além de punitivo, possa prevenir a ocorrência de futuros casos semelhantes de abandono , garantindo aos

filhos um desenvolvimento completo e sadio em todos os aspectos, seja físico, psíquico, intelectual, moral, emocional, pois desta forma a dignidade da pessoa humana será protegida de fato.

REFERÊNCIAS

ALVES, Ana Jéssica Pereira. **O preço do amor: A indenização por abandono afetivo.** Revista Direito & Dialogicidade, vol.4, n.1 Jul. 2013. Disponível em: <<http://periodicos.urca.br/ojs/index.php/DirDialog/article/view/588/466>> Acesso em 05 de setembro de 2019.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de direito civil.** 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal - Parte Especial.** São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 03 de novembro de 2019.

BRASIL. **Decreto-lei 2848/40 | Decreto-lei no 2.848,** de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 14 de abril 2018.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm> Acesso em 03 de novembro de 2019.

BRASIL. **Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266>. Acesso em: 16 dez. 2018.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 14 de abril 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal**. 10^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAVALIERI, Sérgio Filho. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CAVALIERI, Sergio Filho. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9^a ed. São Paulo. Atlas, 2010.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1944.

DINIZ, Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil**, 10^a ed., Saraiva, São Paulo, 1996.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** São Paulo: Saraiva, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DWORKIN, Ronald. (1982) **Capítulo 6- De que maneira o Direito se assemelha a literatura. Uma questão de Princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 1982.

DWORKIN, Ronald. De que maneira o direito se assemelha à literatura. In: DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 217-250.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Tradução Jefferson Luiz Camargo. Law's empire. 2ª Edição. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2007.

FRAGOSO, H. C. **Lições de Direito Penal.** 3º. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil.** São Paulo:Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil: de acordo com o novo Código Civil.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Gonçalves, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6: direito de família – 8ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos **Roberto**. **Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade**. 7ª ed. São Paulo. Saraiva, 2011. V.7.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. V. 4.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

HABERMAS, Jürgen [1992]. **Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade. Volume I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais e Norteadores para a organização jurídica da família**. Tese de Pós Graduação. Universidade Federal do Paraná, UFPR, Curitiba/PR, 2004. Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf?sequence=1 > Acesso em 27 de jul. de 2016.

SILVA, Cláudia Maria da. **Indenização ao Filho. Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho.** In: Revista Brasileira de Direito e Família. Porto Alegre, v. 6, Síntese nº 25, p.122-147. ago-set.2004.

SILVA, Claudia Maria Teixeira. **Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho.** In Revista Brasileira de Direito de Família, ano VI, nº 25 - Ago-Set 2011. Porto Alegre: Magister.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo.** 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance.** São Paulo: Atlas, 2007.

STJ.RECURSO ESPECIAL: **REsp:1.159.242-SP.** Relator: Min. Nancy Andrighi. 24/04/2012. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>>Acesso em 22 de setembro de 2019.

STJ. RECURSO ESPECIAL: **REsp.1087561-RS.** Rel.Min.Raul Araújo. 4ª turma, julgado em 13/06/2017. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>>Acesso em 22 de setembro de 2019.

TORRENS, Haradja Leite. **Hermenêutica Jurídica e Paradigmas Interpretativos. Perspectivas e fundamentos de aplicação da teoria integrativa de Ronald Dworkin em face da ordem jurídica brasileira.** Rio de Janeiro: Editora Letra Legal, 2004.