



CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS
CESREI

FACULDADE REINALDO RAMOS
FARR

RODRIGO BEZERRA FEITOSA

**ABANDONO AFETIVO PARENTAL: A RESPONSABILIDADE CIVIL DE
INDENIZAR E SEUS ELEMENTOS.**

CAMPINA GRANDE - PB

2019

RODRIGO BEZERRA FEITOSA

**ABANDONO AFETIVO PARENTAL: A RESPONSABILIDADE CIVIL DE
INDENIZAR E SEUS ELEMENTOS.**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao curso de
bacharelado em direito na
Faculdade Reinaldo Ramos –
FARR, como requisito para
conclusão do curso.
Orientador: Profº. Antonio Pedro de
Mello Neto.

Campina Grande - PB

2019

F311a Feitosa, Rodrigo Bezerra.
Abandono afetivo parental: a responsabilidade civil de indenizar e seus
elementos / Rodrigo Bezerra Feitosa. – Campina Grande, 2019.
65 f.

Monografia (Bacharelado em Direito – Faculdade Reinaldo Ramos-
FAAR, Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI, 2019.
"Orientação: Prof. Me. Antonio Pedro de Mello Neto".

1. Direito de Família. 2. Abandono Afetivo. 3. Responsabilidade Civil.
I. Mello Neto, Antonio Pedro de. II. Título.

CDU 347.61(043)

RODRIGO BEZERRA FEITOSA

**ABANDONO AFETIVO PARENTAL: A RESPONSABILIDADE CIVIL DE
INDENIZAR E SEUS ELEMENTOS**

Aprovada em: 10 de junho de 2019.

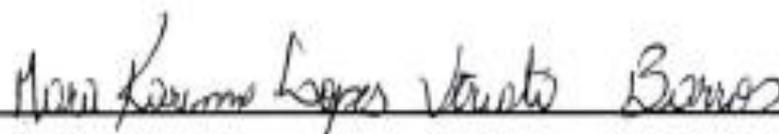
BANCA EXAMINADORA



Prof. Ms. Antonio Pedro de Melo Netto

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(Orientador)



Profa. Ms. Mara Karinne Lopes Veriato Barros

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(1º Examinador)



Prof. Ms. Gustavo Giorgio Fonseca Mendoza

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(2º Examinador)

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, por ter me permitido chegar até aqui, a minha mãe por ter me apoiado durante todo o caminho, aos meus filhos por serem minha fonte de inspiração e aos meus colegas de curso pela companhia diária.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao professor Antonio Pedro de Meló Netto, por todas orientações e esforços aplicados para que esse trabalho fosse concluído, assim como também quando lecionou a disciplina de Direito Civil fazendo despertar interesse pela mesma. Ao professor Rodrigo Araújo Reul, pelas produções textuais, orientações em pesquisas científicas, sendo essas essências para o amadurecimento deste quanto as mesmas. Ainda aos meus colegas de curso que tanto nos ajudamos durante essa trajetória, de maneira especial a colega Angeline Clemente que além de companheira de sala também foi parceira de projetos e pesquisas científicas, Luciana Moraes que fomos companheiros de sala e de viagem diariamente, e as amigas Gisely Galvão e Luana Kelly que além de companheiras de turmas foram minha família em Campina Grande e estavam prontas a me acolher sempre que necessário. Por fim, agradeço a Deus por ter me permitido chegar até aqui e não ter me desamparado em toda a jornada, e a minha mãe que sempre esteve ao meu lado durante todas as dificuldades financeiras e de tempo que surgem para um estudante que necessita viajar mais de 200 quilômetros diariamente para assistir aula.

RESUMO

Na atualidade, sob o fundamento do princípio da dignidade da pessoa humana, casos tendo como fundamento o abandono afetivo vem chamando atenção do Poder Judiciário, com o intuito de serem reparados civilmente por seus genitores pelo dano psíquico causado pela privação do afeto e do convívio na sua formação. Esta monografia tem como objetivo abordar a questão da aplicação do instituto da responsabilidade, no tocante aos casos de abandono afetivo parental, e sua respectiva indenização por danos morais. Para esta pesquisa foram usados a posição de alguns doutrinadores que são especialistas na área do abandono afetivo e jurisprudências que deram ensejo a tal ação no ordenamento jurídico. Privilegiou-se como recurso metodológico, a pesquisa bibliográfica, realizada mediante levantamento de literatura em fontes que versam sobre o assunto, contando, subsidiariamente, com sites e artigos voltados ao tema em questão bem como a legislação específica.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Direito de família. Abandono afetivo.

ABSTRACT

At present, under the principle of the dignity of the human person, cases based on affective abandonment have been drawing the attention of the Judiciary, with the intention of being repaired civilly by their parents for the psychic damage caused by the deprivation of affection and conviviality in their formation. This monograph has the objective to approach the application of the institute of responsibility, about cases of parental affective abandonment, and their respective compensation for moral damages. For this research were used the position of some jurists who are experts in the area of affective abandonment and jurisprudence that gave rise to such action in the legal system. The bibliographic research was privileged as a methodological resource, carried out by means of literature survey in sources that deal with the subject, counting, in the subsidiary, with sites and articles focused on the subject in question as well as the specific legislation.

Keys Words: Civil responsibility. Family Law. Affective abandonment.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL	12
1.1 Breve Histórico da Responsabilidade Civil	12
1.2 Conceituação da Responsabilidade Civil.....	15
1.3 A Previsão Legal da Responsabilidade Civil.....	18
1.4 Elementos da Responsabilidade Civil.....	20
2 DO DANO	22
2.1 Espécies de Dano.....	23
2.1.1. Dano Material.....	23
2.1.2 Dano Moral	24
2.1.3 Dano Estético.....	26
2.1.4 Dano Afetivo	28
3 DO ABANDONO AFETIVO PARENTAL E SEU DESDOBRAMENTO EM RELAÇÃO AO DANO	33
3.1 Breve Histórico.....	33
3.2 Conceituação	35
3.3 Caracterização do Abandono Afetivo.....	38
3.4 Previsão Normativa.....	43
3.5 Aplicabilidade do dano moral decorrente de abandono afetivo: posição dos tribunais favoráveis	46
3.6 Inaplicabilidade da condenação dos pais ao pagamento de compensação por dano moral decorrente de abandono afetivo: posição dos tribunais desfavoráveis.....	50
3.7 Apontamento acerca dos projetos de lei nº 700/2007 e nº 4294/2001 da câmara dos deputados federais, sobre abandono afetivo	54
4-CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
5- REFERÊNCIAS	61

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como proposta estudar as instituições da responsabilidade civil e do abandono afetivo, correlacionando esses dois através da legislação brasileira, dos princípios que a norteia e da doutrina, entrando em uma discussão que ainda não foi pacificada, seja pelo judiciário, seja pela doutrina.

Tendo como objetivo de através do estudo dessas três fontes do direito, conceituar esse fenômeno segundo essas, como também elencar quais os elementos necessários para sua consideração, analisando então se há ou não a responsabilidade de indenizar nos casos de abandono afetivo.

Insta salientar que, a Constituição Federal assegura a criança e ao adolescente, 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 a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

No entanto, foi com o desenvolvimento de tais noções que valores como afeto passaram a exercer papel de suma importância nos grupos familiares, servindo-lhes como base.

Para começar a discussão sobre o assunto desta monografia, realizou-se pesquisa bibliográfica, doutrinária, jurisprudencial e documental em obras clássicas e contemporâneas, tanto do Direito quanto da Psicologia, além da análise da jurisprudência dos tribunais que envolvam o tema em estudo.

Na atualidade, sob o fundamento do princípio da dignidade da pessoa humana, muitos filhos vêm buscando o Poder Judiciário, com o intuito de serem reparados civilmente por seus genitores pelo dano psíquico causado pela privação do afeto e do convívio na sua formação.

Desta maneira, o objetivo geral deste trabalho conforme mencionado acima é estudar justamente a responsabilidade civil por abandono afetivo desde que comprovado o dano aos direitos de personalidade do filho.

Essa pesquisa mostra-se relevante para trazer informações, tanto aos juristas como aos civis leigos, das consequências legais previstas para os

casos de abandono afetivo, como também uma forma educativa de conscientização, tanto dos que praticam o abandono como também dos que sofrem esse ato e o usam meramente como uma forma de enriquecimento através da indenização.

Diante da divergência doutrinária e judiciária sobre o tema, não tendo ainda a justiça brasileira decidido de modo uniforme sobre o cabimento ou não da indenização, faz-se importante tal questionamento: há previsão legal na legislação brasileira e em seus princípios para a indenização nos casos de abandono afetivo?

Através de uma análise superficial do código civil brasileiro e do estatuto da criança e do adolescente, podemos afirmar que há essa responsabilização nos casos em que há o dever legal de proteção e esse não é cumprido, e em consequência desse descumprimento o abandonado sofre um dano de qualquer espécie.

Devemos nos aprofundar nesse estudo por duas hipóteses: no caso de haver a responsabilidade, quais os elementos que o configuram e como o judiciário deverá agir para que não somente haja uma sanção pecuniária, mas que também se objetive a retomada desses laços afetivos; e não havendo tal responsabilidade, qual o direito que resguarda o abandonado, e qual a solução prevista para esses casos.

O objetivo de tal pesquisa é chegar à conclusão de se há ou não o dever de indenizar nos casos de abandono afetivo, elencando seus elementos objetivos, e caso não haja esse dever, qual a previsão legal diante de tal instituto, o abandono afetivo.

A divisão da monografia se dará em tres capítulos, tendo o primeiro a base da responsabilidade civil e sua trajetória ao longo dos anos, no segundo, falaremos a respeito do dano e algumas de suas espécies, já no terceiro capítulo, o foco central do nosso trabalho, abordaremos o abandono afetivo e seus desdobramentos na atualidade, partindo do princípio da afetividade que é presente na Carta Magna, que tem como base o princípio da dignidade da pessoa humana, usaremos como apoio os pensamentos de doutrinadores, as legislações que versam sobre tal assunto, e as

jurisprudências favoráveis e desfavoráveis que norteiam as decisões no ordenamento jurídico.

É preciso ter consciência de que o dinheiro pode não cessar a dor, encerrar as mágoas e enxugar as lágrimas. Contudo, tem-se que ter em mente que em situações extremas, de profundo dano e abalo psicológico, os seus causadores não podem ficar impunes.

Isto posto, é dever dos cientistas do Direito discutir e debater sobre os atuais temas do direito de família e seus institutos, e utilizá-los da melhor maneira possível, sempre com moderação, para que os novos reclamos da sociedade não sejam ignorados e as vítimas do abandono afetivo sejam protegidas.

Por meio de um estudo especificamente legal e doutrinário: interpretando as normas; analisando os princípios que as norteiam; a doutrina; e jurisprudência. Conceituando os institutos, verificando seus objetivos e objetos de tutela, deve se chegar ao fim almejado.

A pesquisa do presente trabalho será executada pelo método dedutivo, que segundo Gil (2008), é um método que parte de princípios verdadeiros e indiscutíveis até chegar-se há conclusões puramente formal ocasionada pela existência de uma única lógica.

Essa construção lógica parte de duas premissas (uma maior e outra menor) cuja consequência é a elaboração de uma outra premissa que já estava logicamente implícita nas primeiras.

Tendo em vista o posicionamento de Gil (2008), a natureza desta pesquisa é considerada básica, pois apesar de gerar um conhecimento útil e legal, ela se restringe na busca de um conhecimento científico não aplicável de imediato para os problemas do dia a dia do aplicador do direito.

Quanto a abordagem desta pesquisa, a análise dos dados será feita pelo modo qualitativo, limitando-se numa análise geral (GIL, 2008) da existência e validade do fenômeno Abandono Afetivo.

A pesquisa bibliográfica e feita com o intuito de levantar um conhecimento disponível sobre teorias, a fim de analisar, produzir ou explicar um objeto sendo investigado, esta pesquisa visa analisar as principais teorias

de um tema, e pode ser realizada com diferentes finalidades. (Chiara, 2008. Pág., 49)

Quanto aos procedimentos técnicos iremos utilizar a pesquisa bibliográfica.

A pesquisa bibliográfica é desenvolvida de material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos [...] permitindo ao investigador a cobertura de uma gama de fenômenos muito mais ampla do que aquela que poderia pesquisar diretamente. (GIL, 2008, p.50).

A pesquisa do presente trabalho será realizada, quanto aos objetivos, através de pesquisa descritiva e explicativa, que de acordo com GIL (2008) consistem, respectivamente, na busca pela descrição das características do chamado Abandono Afetivo, e na identificação dos elementos que caracterizam esse fenômeno, podendo gerar o dever de indenizar.

Desta forma segundos os autores acima, a pesquisa bibliográfica não é apenas uma mera repetição do que já foi dito ou escrito sobre determinado assunto, mas sim, proporciona o exame de um tema sob novo enfoque ou abordagem, chegando a conclusões inovadoras.

Aduzem os autores sobre o assunto que:

Este tipo de pesquisa tem como finalidade colocar o pesquisador em contato direto com tudo o que foi escrito, dito ou filmado sobre determinado assunto. (Markoni e Lakatos, 2007. Pag. 76)

1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O instituto da responsabilidade civil pode ser entendido como a aplicação de medidas que, como aduz (Stolze 2016, Pág. 45-48) “obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (...), ou ainda de simples imposição legal.

1.1 Breve Histórico da Responsabilidade Civil

É difícil precisar o histórico da responsabilidade civil, contudo a construção desta se deu com o desenrolar dos casos em espécie, com as decisões dos juízes e dos pretores, com as respostas dos juristas, com as constituições imperiais.

Na história do direito civil temos a primeira forma de responsabilização a vingança, essa podia ser feita pela vítima ou por pessoas que se sentiam legitimadas para tal. Após esse período veio a Lei da Talião, a qual pregava o “*olho por olho, dente por dente*”, uma vez que era advinda da tradição bíblica. Depois de um longo período em que essas penas regiam a responsabilização foi que se instaurou penas pecuniárias, substituindo então a vingança por uma certa quantia acordada.

Em seguida surgiu a Lei de Talião, passando tal regramento a regulamentar a vingança privada, pregando que a reparação deverá ser “olho por olho, dente por dente”. Esta lei teve como objetivo coibir abusos, assim, o ente maior intervinha apenas para declarar como e quando o lesado teria direito a retaliação, estabelecendo certos limites.

Nesta época o Estado fixava o valor de reparação para cada tipo de dano e obrigava a vítima a aceitar essa composição, surgindo o Código de Manu neste período.

Com o surgimento da “Lex Aquilia de Damano”, no direito romano, que sucedeu a retribuição do mal pelo mal, estabelecido na Lei das XII Tábuas, a culpa do agente ofensor começou a ser cogitada como pressuposto da responsabilidade.

Nos ensinamentos de Maria Helena Diniz:

A Lex Aquilia de damno veio a caracterizar a ideia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse o ônus da reparação, em razão do valor da *res*, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem culpa. Passou-se a atribuir o dano à conduta culposa do agente. (Diniz, 2015, p.50)

Dessa forma, apenas aquele que fosse considerado culpado de causar os danos a terceiros, ficará obrigado a repará-lo. Destarte, a “Lex Aquilia” formou as bases da responsabilidade civil extracontratual, também conhecida como responsabilidade aquiliana.

Contudo, a culpa do direito contemporâneo não pode ser considerada a mesma culpa da Lex Aquilia, uma vez que, como ressalta Hironaka “o direito romano é mais “positivista” e o direito contemporâneo é mais “moralista” no ato de se conceber a culpa”.

Nos ordenamentos modernos houve a separação da responsabilização na esfera do direito civil e do direito penal. Nos permitindo um salto histórico, o Código Civil brasileiro não adotou a teoria tradicional da culpa, acompanhando a evolução e as jurisprudências que vislumbraram novas soluções ampliando o conceito da culpa.

Como dito anteriormente, historicamente, a ideia de responsabilização começou com a vingança coletiva, caracterizada pela reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus membros, causando neste dano idêntico ao que a vítima experimentou.

O período posterior da composição trouxe a ideia de reparação pecuniária, de pagamento de uma quantia em dinheiro (poena) estabelecida a critério da autoridade pública ou do particular, caso se tratasse de delito contra a *res pública* ou contra interesses privados (DINIZ, 2012, p. 18).

A ideia de vingança privada perdeu espaço para a compensação econômica, que inicialmente era tarifada, e posteriormente passou a ser obrigatória, imposta pela Lei das XX Tábuas, que fixava em casos concretos, o valor da pena a ser paga pelo ofensor. (ALVINO LIMA, 1999 *apud* GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011).

O patrimônio da pessoa causadora do dano respondia pelo prejuízo do lesado, pois perceberam que a substituição do mal pelo mal apenas causava

prejuízo a ambas as partes sem atingir o objetivo principal que era reparar o dano.

Ainda não havia distinção entre responsabilidade civil e penal, que só começou a ocorrer na Idade Média, de acordo com o já relatado anteriormente.

Frisa-se que aos poucos, a noção de pena passou a ser substituída pela ideia de reparação do dano sofrido, e a inserção da culpa como elemento da responsabilidade civil foi absorvida por diversas legislações no mundo, principalmente pelo Código Civil Napoleônico, que influenciou o Código Civil brasileiro de 1916. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011).

Todavia, com o tempo percebeu-se que a culpa não era suficiente para abarcar todas as hipóteses de responsabilidade civil, justamente pela existência de casos concretos onde era impossível provar o elemento anímico. O surto industrial que se seguiu a 1ª Guerra Mundial, o desenvolvimento tecnológico, a produção em larga escala, o crescimento das cidades e o conseqüente incremento do risco da vida em sociedade, causaram um crescimento da preocupação com a segurança do cidadão, passando-se a compreender não somente a culpa como fundamento da responsabilização civil, mas também o risco da atividade.

Este fato representou uma humanização da teoria da responsabilidade civil, com o objetivo de proteger, em particular, trabalhadores e vítimas de acidentes contra os riscos destas atividades, sob o fundamento de que as pessoas que se aproveitam dos riscos ocasionados por suas atividades devem arcar com seus resultados (DINIZ, 2012).

É o fenômeno da socialização do direito, na qual devem ser garantidos os interesses sociais, acima dos interesses individuais.

Na lição de Madaleno (2010 p.7-8), o ponto de partida da socialização do direito está na denominada solidariedade social, cujo suporte fático é a pessoa humana e a defesa de sua dignidade. Seu fundamento é o de minimizar as desigualdades sociais e o desequilíbrio existente na qualidade de vida das pessoas.

No entendimento do autor supra referido se leva em conta a vulnerabilidade da pessoa humana e a melhor tutela dos direitos da

personalidade quando surgir qualquer conflito entre uma situação jurídica material e um direito existencial.

Portanto, ganha força a teoria da responsabilidade objetiva, sem a indagação de culpa, cujo objetivo maior é proteger a dignidade da pessoa humana e a sua situação de vulnerabilidade ante as desigualdades naturalmente existentes em uma sociedade capitalista industrializada.

1.2 Conceituação da Responsabilidade Civil

Assim é que desde os primórdios da humanidade, quando o ser humano viu a necessidade de regulamentar as suas relações com seus semelhantes, estabelecendo de normas de conduta social cogentes, a ideia de responsabilidade pelas lesões causadas está presente, sem descurar do fato de que o Estado ainda não existia razão pela qual a vingança privada era a solução admitida para a reparação das lesões causadas.

Neste momento, a responsabilidade passa a trazer para o seu âmbito a noção de culpa, substituindo a ideia de pena para a de reparação do dano efetivamente sofrido. Tal concepção foi encartada pelo Código Napoleônico e influenciou o Código Civil de 1916.

Com a evolução tecnológica e cultural, a concepção segundo a qual a responsabilidade civil somente existiria diante da comprovação do animus do agente foi cedendo espaço em decorrência da impossibilidade de comprovar, em determinadas situações, o elemento subjetivo, evitando que estes acontecimentos ficassem irreparáveis.

Mas certo é que a responsabilidade traz a noção de uma conduta anterior ilícita, causando um dano a alguém, violando uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), impondo ao seu autor o dever de suportar as consequências de seu ato. Traduzindo para o campo do Direito Privado, poderia se dizer que responsabilidade civil consiste no dever de reparar o dano provocado mediante uma prestação pecuniária, se não for possível a reparação in natura, pela violação de um interesse (direito) eminentemente particular (Gagliano; Pamplona Filho, 2011). Em outras palavras,

responsabilidade é o dever de reparar o dano decorrente de fato do qual é autor, direto ou indireto.

Esse entendimento de responsabilidade foi trazido para o âmbito familiar, e foi evoluindo com o passar dos tempos, inclusive na sociedade brasileira. Com a Constituição Federal de 1988 e a confirmação do princípio da dignidade da pessoa como princípio constitucional, as leis infraconstitucionais foram editadas traçando novos rumos para o direito de família.

A partir desse momento a família passa a ser vista como um lugar para a realização pessoal, conforme aponta Pereira:

A família passa a ter papel funcional: servir de instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana. Não é mais protegida como instituição, titular de interesse transpessoal, superior ao interesse de seus membros, mas passa a ser tutelada por ser instrumento de estruturação e desenvolvimento da personalidade dos sujeitos que a integram. Merece a tutela constitucional, como lugar em que se desenvolve a pessoa, em função de realização das exigências humanas. (Pereira 2007, p. 88):

No mesmo compasso a responsabilidade civil no âmbito familiar começou a se desenvolver após a Constituição Federal de 1988. Foi a partir da atual carta constitucional, em especial do conteúdo do artigo 5º, incisos V e X que se reconhece, em nível constitucional, a possibilidade de experimentação de danos extrapatrimoniais mediante o reconhecimento do dano de natureza moral.

Desse momento em diante e, principalmente após a entrada em vigor do Novo Código Civil Brasileiro as temáticas da responsabilidade civil nas relações familiares começaram a ser debatidas nos mais diversos segmentos jurídicos.

Conforme aponta Aline Biasus Suarez Karow (2012, p. 207):

Pedidos de indenização por quebras esponsais, dano moral por infidelidade, por denegrir a imagem do outro cônjuge em público, abandono no altar, reparação por contágio do vírus HIV, tem-se ouvido falar até em direitos da amante. Sendo assim, hoje o instituto da responsabilidade civil é perfeitamente aplicado no direito de família brasileiro.

Nos dias atuais, diante de qualquer fato que venha a surgir a primeira pergunta que se faz é, “de quem é a responsabilidade? ”, seja de um fato que esteja ligado a administração pública, o fisco de uma empresa, uma relação trabalhista, ou uma simples relação cível, que é a seara a qual vamos aprofundar nessa pesquisa.

A todos os momentos de nossas vidas estamos julgando quem é o responsável por fatos praticados diariamente, sejam eles positivos ou negativos, bons ou ruins, estamos sempre buscando o responsável por tais fatos e o tamanho dessa responsabilidade, até onde ela vai e a quem atinge.

Sendo assim, essa pesquisa não podia ser diferente, veio se propor a analisar a responsabilidade e seus elementos/requisitos essenciais nos casos do abandono afetivo, averiguando a abrangência dessa responsabilidade e analisando a obrigação de reparo gerada através do não cumprimento dessa.

Analisando a responsabilidade civil pelo seu conceito podemos ter várias abordagens: o conceito estritamente gramatical analisando a origem da palavra; o conceito jurídico de responsabilidade; e a noção jurídica de responsabilidade civil. A seguir faremos todas essas abordagens para chegarmos ao melhor conceito desse instituto.

O adjetivo responsável está ligado aquele que tem a obrigação de reparar um dano ou sofrer uma pena, seja por um ato praticado por ele ou por outra pessoa.

Quanto a sua definição etimológica, a palavra responsabilidade é derivada do latim *respondere*, que significa o dever que o indivíduo tem de assumir as consequências dos seus atos, segundo (Stolze, 2008, Pg. 45)

A noção jurídica de responsabilidade é entendida como o dever de reparar o dano ou de sofrer a pena. Quando não puder o causador do dano repor o estado anterior deverá ele fazer uma compensação ao lesado de forma pecuniária.

Podemos então afirmar a responsabilidade civil é a obrigação de reparar danos causados a outrem, seja por culpa ou em casos descritos em lei, podendo ainda ser responsável por danos causados por terceiros quando formos por esses responsáveis e nos casos previstos em lei.

A responsabilidade civil ainda pode ser definida entre subjetiva e objetiva. A responsabilidade civil subjetiva incorre quando o sujeito causa o dano por meio de ato doloso ou com culpa, podendo também ser por meio de ação ou omissão, sendo essa decorrência de ato ilícito, como bem disciplina o Código Civil brasileiro de 2002. Sendo assim, observando o que prever esse código em seu artigo 186, podemos concluir que a legislação brasileira aderiu de forma geral a teoria subjetivista, mas também não exclui por completo a objetivista, sendo sua aplicação possível nos casos previstos por lei. A teoria objetiva é não se baseia na culpa do agente, mas sim no risco em que sua atividade representa.

Em nosso estudo nos limitaremos a estudar apenas a responsabilidade civil subjetiva, uma vez que essa foi a adotada de forma geral pela legislação pátria e é a que incide no instituto aqui estudado, o abandono efetivo.

1.3 A Previsão Legal da Responsabilidade Civil

Com o avanço e estruturação dos Estados Nacionais, passa a vigorar o direito público, e o Estado se coloca entre o ofensor e o ofendido para dizer qual seria a pena imposta ao ofensor. Gonçalves (2012, p. 25) explica:

O Estado assumiu assim, ele só, a função de punir. Quando a ação repressiva passou para o Estado, surgiu a ação de indenização. A responsabilidade civil tomou lugar ao lado da responsabilidade penal

O artigo 186 do Código Civil estabelece que:

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 ilícito.

Em cometendo ato ilícito o autor do ato fica obrigado a repará-lo conforme dispõe o artigo 927 e o seu parágrafo único: Art. 927.

Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos

especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Nesse contexto Diniz (2011, p. 297) define responsabilidade civil como:

[...] a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiro em razão de ato próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, se simples imposição legal. [...]

No sistema jurídico brasileiro dois são os tipos de responsabilidade civil, a responsabilidade civil subjetiva e a responsabilidade civil objetiva. As duas são decorrentes de atos ilícitos, variando somente a existência de culpa de uma para a outra, surgindo assim, o dever de reparar o dano e se não for possível, a condenação ao pagamento de indenização.

Com base nestas considerações, na definição de DINIZ (2012, p.13) a responsabilidade civil tem como objetivos a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de fato de coisa ou animal sob sua guarda, de pessoa por quem ele responde, ou ainda, de simples obrigação legal.

Desse modo esta responsabilidade guarda em sua estrutura a concepção de culpa quando se cogita da existência de ilícito (responsabilidade subjetiva), e a do risco, ou seja, responsabilidade sem culpa, sendo que esta última era impensável em tempos remotos.

Na visão de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 65- 66) são três as funções da reparação civil. A primeira função é retornar as coisas ao estado em que se encontrava antes da lesão, não havendo essa possibilidade, passa-se ao pagamento de indenização. A segunda função é retornar as coisas como antes, mas como punição do ofensor. E a terceira função é de cunho socioeducativo, tornando pública a conduta do ofensor para que fatos semelhantes não sejam repetidos na sociedade.

São três os elementos essenciais para que ocorra a condenação do ofensor ao pagamento de compensação por responsabilidade civil ao ofendido: a conduta humana, o dano, e o nexos de causalidade. A culpa não é

essencial para caracterizar a responsabilidade civil, assim entende Gagliano e Pamplona Filho:

A culpa, portanto, não é um elemento essencial, mas sim acidental, pelo que reiteramos nosso entendimento de que os elementos básicos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil são apenas três: a conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo, e o nexó de causalidade, [...] (Gagliano e Pamplona Filho 2012, p. 71,)

A conduta humana é a ação ou omissão realizada voluntariamente que causa prejuízo patrimonial ou dano moral a outrem. Portanto, para haver dever de indenizar os danos, a conduta humana deve ser voluntária, ou seja, é necessário que o agente tenha consciência do ato que está realizando.

1.4 Elementos Da Responsabilidade Civil

Analisando o art. 186 do CC, temos que são quatro os elementos da responsabilidade civil: conduta humana, nexó de causalidade, dano ou prejuízo e culpa ou dolo do agente.

Conduta humana é o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas. É o ato do agente ou de outro que está sob sua responsabilidade, que produz resultado danoso seja por dolo, negligência, imprudência ou imperícia. Este ato gera a obrigação de reparação.

Conforme leciona Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 69) o núcleo fundamental da conduta humana é “a voluntariedade, que resulta exatamente da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz”.

Dano ou prejuízo, é a conduta do agente para acarretar responsabilidade civil deve comprovadamente causar dano ou prejuízo a vítima. Seja qual for a espécie de responsabilidade, sem a existência de um dano real, efetivo e concreto, não há que se falar em responsabilidade civil, pois sem ele não há o que reparar.

Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 78) conceituam o dano ou prejuízo como sendo “a lesão a um interesse jurídico – patrimonial ou não –

causado por ação ou omissão do sujeito infrator”. Mais adiante arrematam dizendo que “a configuração do prejuízo poderá decorrer da agressão de direito ou interesses personalíssimos (extrapatrimoniais), a exemplo daqueles representados pelos direitos da personalidade, especialmente o dano moral”.

Nexo de causalidade, seria a relação de causalidade é o liame entre o ato lesivo do agente e o dano ou prejuízo sofrido pela vítima. Se o dano sofrido não for ocasionado por ato do agente, inexistente a relação de causalidade. Portanto, não basta que a vítima apenas sofra dano, é preciso, ainda, que este passe a existir a partir do ato do agente para que haja o dever de compensação.

Culpa ou dolo do agente, é baseado na culpa, quando se caracteriza que o causador do dano não tinha intenção de provocá-lo, mas por imprudência, negligência, imperícia causa dano e deve repará-lo. Já o dolo consiste na vontade de cometer a violação de um direito.

Segundo a teoria subjetiva a vítima deverá comprovar o dolo ou a culpa *stricto sensu* do agente. No entanto, poderá haver responsabilidade sem culpa (responsabilidade objetiva), com base na teoria do risco, abrangendo os casos de culpa presumida.

2 DO DANO

O dano é o elemento fundamental para responsabilidade civil e encontra-se no centro da obrigação de indenizar, já que o dever de reparar só ocorre quando alguém causa dano a outrem. Sem que haja dano não há dever de reparar, ainda que a conduta do agente seja dolosa ou culposa, pois não há um prejuízo comprovando a um bem ou interesse jurídico.

Segundo Cavalieri aduz que:

A obrigação de indenizar pressupõe o dano e sem ele não há indenização devida. Não basta o risco do dano, não basta a conduta ilícita. Sem uma consequência concreta, lesiva ao patrimônio econômico ou moral, não se impõe o dever de indenizar. (Cavalieri, 2018, pág. 45)

O Código Civil é expresso ao afirmar a necessidade do dano para caracterizar a responsabilidade civil ao trazer em seu art. 927: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”. De igual modo, o art. 186 fala em violar direito e causar dano e o parágrafo único do art. 927:

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

É evidente que a existência do dano é determinante para o dever de indenizar, tendo em vista o fato de que o objetivo da indenização é “reparar o dano sofrido pela vítima e reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito”

Caso contrário, a indenização sem danos importaria em enriquecimento ilícito, sem causa para quem a recebesse. Em resumo, o dano é uma lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, podendo ter esta natureza patrimonial ou natureza moral, quando integrante da personalidade da vítima, conforme veremos adiante.

Importante salientar as espécie e diferenças dos danos, tendo em vista a particularidade de cada um, e que eles não se confundem.

2.1 Espécies de Danos

2.1.1 Dano Material

O dano material é aquele que atinge o patrimônio do indivíduo. Cavalieri utiliza o termo “conjunto de relações jurídicas”, para explicar o que pode ser atingido no dano material. Conforme o autor, esta expressão abrange as coisas corpóreas e incorpóreas.

O dano patrimonial, conforme Cavalieri

[...] é susceptível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado, senão diretamente – mediante restauração natural ou reconstituição específica da situação anterior à lesão -, pelo menos indiretamente - por meio de equivalente ou indenização pecuniária.

Segundo Antunes Varela, o dano patrimonial está sujeito à avaliação pecuniária, “podendo ser reparado, senão diretamente – mediante restauração natural ou reconstituição específica da situação anterior à lesão -, pelo menos indiretamente – por meio de equivalente ou indenização pecuniária”

Convém ressaltar que o dano material não se limite ao patrimônio presente da vítima, podendo também atingir o patrimônio futuro, provocando não somente a sua diminuição, mas também a restrição do seu crescimento.

Desta maneira, conforme este entendimento, o dano material pode surgir de um dano extrapatrimonial, também chamado de dano moral, estando assim configurado o que alguns autores chamam de dano patrimonial indireto, pois a lesão não foi diretamente sobre um bem material, tendo o patrimônio sido atingido de forma indireta.

O dano material tem dois importantes institutos: o dano emergente e o lucro cessante. O primeiro corresponde ao que a vítima efetivamente perdeu, ao passo que o segundo corresponde ao que ela deixou de ganhar em razão do dano. Conforme Cavalieri,(2008, Pág. 85) “o dano material pode atingir não somente o patrimônio presente da vítima, como, também, o futuro; pode não somente provocar a sua diminuição, a sua redução, mas também impedir

o seu crescimento, o seu aumento” assevera ser “possível estabelecer, com precisão, o desfalque do nosso patrimônio, sem que as indagações se perturbem por penetrar no terreno hipotético.

Mas, com relação ao lucro cessante, o mesmo já não se dá”. Neste diapasão, torna-se muito mais complexo o cálculo do dano material com base no lucro cessante, pois muitos aspectos subjetivos podem entrar em cena, diferentemente do dano emergente, onde se sabe com certeza o que a vítima do dano realmente perdeu.

Um caso prático ajuda na diferenciação: imagine-se que em decorrência de um acidente automobilístico, um taxista em seu carro danificado. O dano ao veículo configura-se como dano emergente, visto que atual; já a renda que o taxista deixará de auferir em função de não poder circular, caracteriza-se como lucro cessante.

Por fim, há ainda que se falar da teoria da perda de uma chance, que guarda certa relação com o lucro cessante. Trata-se dos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura mais favorável.

Caracteriza-se a perda de uma chance quando, em razão da conduta de uma pessoa, outra perde a oportunidade em um evento que possibilitaria um benefício futuro, como por exemplo, participar de um concurso ou deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado. Há aqui uma “certeza quanto à autoria do fato que frustra a chance e incerteza quanto à extensão dos danos decorrentes desse fato”

Apresentado o conceito de dano patrimonial e suas “espécies”, passaremos a tratar do dano moral.

2.1.2 Dano Moral

Cumpramos ressaltar que antes da Constituição Federal de 1988 a doutrina e jurisprudência muito divergiam no tocante a aceitação ou não da reparação por dano moral. A aceitação, de forma pacífica de reparação do dano moral em nosso ordenamento jurídico só ocorreu com o advento de nossa Carta Magna, que em seu art. 5º, V e X aceitaram expressamente o instituto.

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinções de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos seguintes termos:

(...) V: é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...) X : são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação

O dano moral não atinge diretamente o patrimônio do indivíduo, mas é aquele que ofende o seu íntimo, atingem os direitos da personalidade, sua honra, dignidade, etc., e em consequência ocasiona vexame, humilhação.

Carlos Roberto Gonçalves, ao tratar sobre o tema assevera que,

“Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação” (GONCALVES, 2009, p.359).

Havia certa discussão acerca da possibilidade de haver indenização por um dano de caráter subjetivo, mas sob a égide da Constituição Federal de 1988 essa polêmica restou afastada haja vista que a Carta Magna previu expressamente a possibilidade de reparação por dano moral.

Igualmente, também pacificado o entendimento de que pessoa jurídica pode sofrer dano moral (Súmula 227/STJ), embora tal modalidade de reparação seja negada a pessoa jurídica de direito público.

Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a indenização por dano moral deve ser fixada pelo juiz em observância as suas duas funções: a de ressarcimento, que visa a recompensar o lesado pelo dano sofrido e a educativa, como medida pedagógica para que o ofensor não repita seu comportamento.

No entanto, não é qualquer mero aborrecimento que deve acarretar dano moral. Deve haver um abalo realmente significativo para que este tipo de dano seja configurado.

Neste sentido, bem assevera Sérgio Cavalieri:

[...] só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar.

Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos. Cavalieri, 2008, Pag. 54)

Vale, finalmente, evidenciar que a indenização por dano moral possui um caráter duplo: a penal e a compensatória. A primeira trata-se de uma sanção impostas ao ofensor, enquanto a segunda, busca apenas amenizar o dano causado compensando aquilo que foi retirado da vítima.

Aufere-se, dessa forma, legitimidade para persecução do dano moral decorrente do abandono afetivo paterno filial à medida que este mostra-se comprovadamente danoso à dignidade da criança e do adolescente abandonado, que deixa de dispor de inúmeros direitos ao longo de seu desenvolvimento, em razão do descaso de seus genitores, contrariando o que dispõe a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente quanto à responsabilidade de mantê-los a salvo de danos à integridade física, moral e psíquica, bem como à dignidade e seus direitos fundamentais.

2.1.3 Dano Estético

A começar, importante dizer que dano estético possui diversas terminologias, como, por exemplo, dano corporal (*pretiumcorporis*), dano físico, dano deformidade, dano fisiológico, danos à saúde, dano biológico, não importando qual terminologia será utilizada para a proteção da integridade física da vítima.

É, portanto, a “lesão à beleza física, ou seja, à harmonia das formas” “deformidades ou deformações outras, as marcas e os defeitos ainda que mínimos que podem implicar, sob qualquer aspecto, um ‘afeamento’ da vítima ou que pudessem vir a se constituir para ela numa simples lesão ‘desgostante’ ou em permanente motivo de exposição ao ridículo ou de inferiorizantes complexos.”

Conceituando o dano estético, recorre-se à lição de Helena Diniz, para quem

“O dano estético é toda alteração morfológica do indivíduo, que, além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeiamento da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa. P. ex.: mutilações (ausência de membros - orelhas, nariz, braços ou pernas etc.); cicatriz mesmo acobertava pela barba ou cabeleira ou pela maquilagem; perda de cabelos, das sobrancelhas, dos cílios, dos dentes, da voz, dos olhos (RJTJSP, 39:75); feridas nauseabundas ou repulsivas etc., em consequência do evento lesivo.(Diniz, 2007. Pág.,47)

O dano estético é toda ofensa, ainda que mínima, à integridade física da vítima, que ocorre quando há uma lesão interna no corpo humano, como, por exemplo, quando a vítima perde um rim, um baço, ou quando há ocorrência de lesão externa no corpo humano, como, por exemplo, quando a vítima sofre uma cicatriz, queimadura ou a perda de um membro, afetando, com isso, a higidez da saúde, a harmonia e incolumidade das formas do corpo, i.e., alterado o corpo da forma original, anterior à ocorrência da lesão.

Para que seja compreendido o dano estético como terceira espécie de dano, requer-se uma formulação constitucional do tema, amparando-se na Carta Magna a construção legal que sustenta a reparação da ofensa à integridade física do ser humano.

Os artigos 6º e 196 da Constituição Federal apresentam, como direito fundamental da pessoa humana e direito social, a proteção da saúde, sendo positivado que “A saúde é direito de todos.”

A reparação do dano à integridade física, portanto, surge da proteção à saúde, sendo a Constituição Federal uma importante norma regulamentadora da integral e plena reparação do dano estético.

Inobstante à incontestável fundamentação constitucional que sustenta a reparação autônoma e independente do dano estético, outros dispositivos legais também a amparam, conforme se depreende da parte final do artigo 949 do Código Civil, ao descrever que “No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.”

Observe-se que a parte final do dispositivo em comento possibilita a reparação “de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”.

A III Jornada de Direito Civil, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em dezembro de 2004, sob coordenação do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Ari Pargendler, aprovou o Enunciado 192, trazendo expressamente a previsão legal para a reparação independente do dano estético, elucidando que: “Os danos oriundos das situações previstas nos arts. 949 e 950 do Código Civil de 2002 devem ser analisados em conjunto, para o efeito de atribuir indenização por perdas e danos materiais, cumulada com dano moral e estético”

O Superior Tribunal de Justiça, enfim, pacificou as discussões ao publicar, em 01.09.09, a Súmula 387, prevendo que “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”

Importante passo para o ordenamento jurídico nacional o acolhimento do dano estético como forma autônoma na medida em que haverá incontestemente “reparação integral” (*restitutio in integrum*) de todos os danos sofridos pela vítima, sem exceção.

Buscou-se trazer à baila que dano estético apresenta natureza jurídica opostas dos danos material e moral, sendo jamais confundidas essas espécies de dano, haja vista que o dano material causa uma ofensa à integridade patrimonial, o dano moral uma ofensa à integridade psíquica e o dano estético uma ofensa à integridade física da vítima, como já explicitado acima.

2.1.4 Dano Afetivo

O cuidado que uma criança recebe durante sua vida é de crucial importância para a formação de sua personalidade, sua higidez psicológica e o adulto que irá se tornar. A responsabilidade de cuidar devidamente recai sobre os genitores, primeiro contato que o infante possui com o mundo.

Esses devem oferecer ao menor mais do que apoio material apto a mantê-lo alimentado e em segurança, mas também elementos necessários para a saúde mental e comportamento social.

Inclusive, a Constituição Federal, no artigo 227, aponta como dever da família colocar a salvo a criança, o adolescente e o jovem de toda a forma de negligência.

Como bem assevera (PRADO, 2012, p. 143).

Com a existência do vínculo de filiação, surge também o direito do filho a convivência com o pai, devendo este prestar-lhe assistências morais e materiais, acolhendo o filho e demonstrando interesse em seu crescimento, participando da vida de sua prole e prestando-lhes afeto. A omissão no cumprimento dessas funções pode caracterizar o abandono afetivo, o pai ou a mãe que se omite a ter o filho em sua companhia viola direito fundamental, qual seja a convivência familiar esculpida no artigo 227 da Constituição Federal de 1988.

Quando os genitores deixam de exercer esse dever de cuidado, agindo com indiferença afetiva para com sua prole, ocorre o abandono afetivo.

No que tange à responsabilização civil relativa a esse abandono, expõe Arnaldo Rizzardo assevera que, por serem irreparáveis e repercutirem vida afora, os prejuízos e frustrações que dele decorrem ensejam indenização pelo dano moral que se abate sobre o filho.

Todo relacionamento no qual possui sua origem em um vínculo de afetividade sugerem-se eternos, estáveis, duradouros e com um panorama de vida em comum infinito, só a morte separa. (DIAS, 2016, p. 155).

O dano afetivo é aquele que atinge a criança ou o adolescente em consequência do descumprimento do direito-dever de visita do pai e as vezes mãe, fixado de comum acordo entre marido e mulher ou coativamente pelo juiz.

Como dispõe (MADALENO, 2017, p. 372) que:

Contudo, quando algo ocasiona a ruptura do vínculo afetivo, prevalece o rancor e o desgosto. E, principalmente nos casos de separação dos pais, uma das partes pode deixar de cumprir os deveres decorrentes da paternidade, deveres inescusáveis paternos a assistência moral, psíquica e afetiva, deixando assim, de exercitar o mais sublime sentido da paternidade (MADALENO, 2017, p. 372)

Maria Berenice Dias, embora entenda ser o afeto um bem muito valioso na relação entre pais e filhos baseiam-se somente em preceitos legais para defender a indenização moral por abandono afetivo. Sustenta a autora que, entre as obrigações decorrentes do poder familiar, encontra-se o dever dos

pais de ter os filhos em sua companhia e de dirigir-lhes a criação e educação (art. 1634, inciso I e II do Código Civil).

A presença dos genitores deve ser constante na vida dos filhos e, mesmo que isso aconteça, é necessária a atenção ao fato de que somente a presença física não basta, é imprescindível que a presença e convivência sejam exercidas de maneira conexa a melhor execução das funções decorrentes da autoridade parental. Logo, a má execução das funções decorrente da autoridade parental pode acarretar sequelas à formação sócio-psíquico-cultural da criança e do adolescente.

Inegáveis são os efeitos e consequências do abandono afetivo para a vítima, para fins de comprovação do trauma ocasionado, o autor Rolf Madaleno (2017, p. 377-378) cita uma demanda que tramitou no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na qual uma mulher com seus 23 (vinte e três) anos de idade, requereu a retificação de seu registro civil com o fim de não mais usar o sobrenome de seu genitor.

Aduz o autor que o trauma sofrido fora tão profundo que carregar em seus registros o sobrenome paterno lhe ocasionava desconforto que a mesma não era capaz de suportar, a razão fundou-se no abandono do genitor, tendo a requerente adotado de fato somente o sobrenome materno, sem se identificar pelo sobrenome do pai, neste sentido:

REGISTRO CIVIL. SUPRESSÃO DO PATRONÍMICO PATERNO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL AMPARADA NO ART. 58 DA LEI DOS REGISTROS PÚBLICOS. Uma vez que o patronímico paterno representa constrangimento para a apelante, pela rememoração da rejeição e do abandono afetivo e, considerando que a exclusão não interfere na sua identificação no meio social, onde é conhecida pelo sobrenome materno, na linha adotada pela jurisprudência do STJ, é de ser reconhecida, na hipótese dos autos, a situação excepcional prevista no art. 58 da LRP, que autoriza a alteração do sobrenome. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (TJ/RS. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível n. 70.011.921.293. Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 05/10/2005)

O abandono afetivo figura dentre das relações de responsabilidade civil que os pais têm para com a prole, diante do dever de tutela daqueles para com estes, regulamentada pelo Estado. O abandono afetivo se traduz em violações desta responsabilidade parental, podendo causar danos e lesões aos filhos, que são o objeto do poder de tutela parental.

Este dano é moral, psíquico, com contornos emocionais e afeta a dignidade e a formação da personalidade da criança e do adolescente enquanto pessoa humana. A conduta do abandono decorre de uma ação consciente por parte dos genitores ao seu dever de cuidado em sentido amplo, sendo uma responsabilização subjetiva do agente causador do dano.

As violações parentais materiais, como a inexecução com alimentos, por exemplo, são matérias de mais fácil tratativa pelo direito, pois são passíveis de quantificação e objetividade. Por mais que a lei e a materialização do direito se preocupem com a proteção dos filhos, o Estado não tem o condão de obrigar os pais a darem afeto à prole, por outro lado, possui poder de coerção para obrigá-los a participar da criação, ao menos de forma material, financeira.

Essas duas esferas, material (sustento, alimentos) e imaterial (afetividade), não devem se confundir e nem se sobrepor. Um pai que participa materialmente da vida de um filho pode não participar de sua vida afetiva, da mesma forma que um pai que dá afetividade pode não participar de forma material. Assim sendo, a obrigação parental é dupla: aos pais é assegurado o dever de participar na criação e sustento de seus filhos, de forma material e de forma afetiva, cumulativamente.

A falta de laços afetivos na criação dos filhos revela-se como um preocupante fator no desenvolvimento da personalidade do indivíduo e conseqüentemente no desenvolvimento das capacidades sociais dessa mesma pessoa. E assim tem sido o entendimento de decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme pode ser analisado no decorrer deste estudo, sendo possível ainda a configuração de responsabilização civil e indenização por danos morais sofridos por conta do abandono afetivo nas relações parentais.

Vale ressaltar que as relações familiares e o amparo do Estado sobre elas baseiam-se no princípio da solidariedade e da dignidade da pessoa humana. Como sabido, a indenização moral não tem por objetivo tentar retornar qualquer situação anterior, o que seria descabidamente impossível, mas apenas servir de instrumento reparatório, de compensação por anos de

abandono e desvalorização da pessoa justamente por aqueles que mais deveriam estar presentes em sua vida: os próprios pais.

3 DO ABANDONO AFETIVO PARENTAL E SEU DESDOBRAMENTO EM RELAÇÃO AO DANO

Compreendida a abordagem da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro e as espécies de danos, será tratado a partir deste capítulo o instituto do abandono afetivo, apresentando-o como objeto para persecução de dano moral.

3.1 Breve Histórico

No transcorrer da história da humanidade, o olhar sob a figura da criança foi sofrendo mudanças gradativas e, sempre que isso ocorria também se alterava a função e a imagem da mesma perante a sociedade e, conseqüentemente, o seu lugar na família.

De acordo com o pensamento social clássico, a instituição familiar era caracterizada como legítima se constituída por meio do matrimônio. Os primeiros modelos familiares tinham como escopo precípua a procriação, e, como consequência, o afeto não servia de base às relações familiares, nem mesmo cogitava-se na proteção da dignidade da pessoa humana.

No entanto, foi com o desenvolvimento de tais noções que valores como o afeto passaram a exercer papel essencial nos agrupamentos familiares, servindo-lhes de base.

Desde a promulgação da Constituição Federal da República do Brasil de 1988, as crianças começaram a serem vistas de uma maneira especial, sendo destinado a elas alguns direitos, como por exemplo os que são citados no artigo 227 da Carta Magna brasileira:

No Brasil, a Carta Magna 1988 passou a prever como fundamento da República a dignidade da pessoa humana. Da mesma forma, princípios como o da afetividade, da igualdade e da solidariedade foram responsáveis por significativa alteração na instituição familiar tradicionalmente conhecida: além de o afeto tornar-se principal guia das relações familiares modernas, os deveres e obrigações do homem e da mulher igualaram-se.

É fundamental que se ponha em prática todos os valores previstos em uma Constituição Federal que fora criada a partir dos anseios de uma sociedade vitimada por anos de uma ditadura.

Logo, não há espaço para que se permita o crescimento de uma cultura de pais que não tem tempo ou interesse por seus filhos e preferem relegá-los a segundo plano, quando a Carta Magna do país enaltece valores com a solidariedade, a dignidade da pessoa humana e cidadania. Quando a lei suprema do nosso ordenamento jurídico estabelece como deveres paternos a convivência familiar, a educação, a criação e todos as demais derivações do ato de cuidar, não existem desculpas legais e não apenas éticas e morais, que autorizam a impunidade dos atos de abandono.

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, assim como preceitua o art. 227 da Constituição Federal.

Conforme pode se verificar no dispositivo acima exposto, a criança e ao adolescente foram tratadas com absoluta prioridade em relação aos demais, sendo inclusive, garantido a estes o direito a convivência familiar. Ainda, de acordo com o mesmo dispositivo, fica claro a vulnerabilidade desses sujeitos, sendo garantido um trato e dever especial de proteção da família para com estes, inclusive os deixando a salvo de toda forma de negligência, seja ela financeira ou afetiva.

Tratando-se do poder familiar dos pais, está intrínseco a este o dever dos pais de exercer a guarda, criação e educação dos filhos, seja ela de forma conjunta, quando os pais matem um relacionamento como o casamento ou a união estável, seja de forma unilateral ou compartilhada quando esses não convivem em uma única unidade familiar. De acordo com o artigo 1.634 do Código Civil, o dever de guarda dos filhos é de ambos os genitores, mesmo que separados, como na forma de guarda compartilhada ou unilateral.

A guarda está disciplinada no Código Civil no Capítulo XI, Da Proteção Da Pessoa do Filho.

Segundo Dias (2018. Pág.65), “O adimplemento do dever de visita sempre ficou exclusivamente à mercê da vontade do genitor, que escolhia, a seu bel-prazer, a hora o dia e a periodicidade para ver os filhos.”

A luz do artigo 1638, inciso II do Código Civil, podemos perceber que a negligência pode ser uma das causas da perda do poder familiar.

3.2 Conceituação

O surgimento de agrupamentos familiares e, ainda, a necessidade do ser humano viverem nela, pode ser observada desde o início, ainda quando os continentes deste planeta eram habitados pelos povos primitivos.

Outra variedade de agrupamento familiar, já que, como bem destaca Maria Berenice Dias (2017. pág.92-94), acreditava-se que as relações de afetividade entre homem e mulher somente poderiam ser manifestadas durante o matrimônio, que, por sua vez, tinha como objetivo único a procriação

Como visto anteriormente, a Constituição Federal de 1988, com respaldo das legislações infraconstitucionais, regulamentou direitos e deveres aos pais, filhos e demais integrantes do núcleo familiar, tendo como esteio a dignidade da pessoa humana. Não obstante, garantiu aos filhos o dever de cuidado pelos seus genitores, evidenciando a atenção dedicada pelo legislador à proteção integral e ao afeto no que diz respeito a relação interfamiliar.

Nosso ordenamento jurídico, no que tange os direitos dos filhos, rege-se por premissas básicas que, em tese, deveriam nortear o dever de cuidado atribuído aos genitores. São elas: i) Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III, da Constituição Federal) ii) Direito a Convivência Familiar (art. 227, caput da Carta Magna) iii) Paternidade Responsável iv) Planejamento Familiar (previstos no art. 226, § 7º da Constituição Federal) e v) Proteção Integral das Crianças e Adolescentes.

Contudo, tornou-se cada vez mais frequente negligenciar essas premissas e conseqüentemente, os deveres de assistência moral, psíquica e afetiva dos genitores para com seus filhos. Em muitos casos, com a separação dos genitores, ou mesmo quando estes nunca tiveram um convívio matrimonial, os pais negligenciam sua prole, se atendo somente – e quando isso acontece – ao suprimento material (pagamento da pensão alimentícia), esquecendo justamente do que norteia uma relação sadia, o afeto.

Caracteriza-se aí o abandono afetivo parental, onde os genitores não provêm o afeto e a assistência necessárias para o adequado desenvolvimento de seus filhos, deixando-os desamparados e carentes de qualquer demonstração de carinho, apoio e comprometimento com sua formação. Há um rompimento do elo de afetividade e do convívio, pai e filho se tornam estranhos, como se jamais tivessem estabelecido qualquer vínculo.

No caso em tela, trazemos uma jurisprudência atual acerca do tema.

CIVIL DIREITO DE FAMÍLIA. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. GENITOR. ATO ILÍCITO. DEVER JURÍDICO INEXISTENTE. ABANDONO AFETIVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. 1. Não ofende o art. 535 do CPC a decisão que examina, de forma fundamentada, todas as questões submetidas à apreciação judicial. 2. A ação de indenização decorrente de abandono afetivo prescreve no prazo de três anos (Código Civil, art. 206, § 3º, V). 2. A indenização por dano moral, no âmbito das relações familiares, pressupõe a prática de ato ilícito. 3. O dever de cuidado compreende o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Não há dever jurídico de cuidar afetuosamente, de modo que o abandono afetivo, se cumpridos os deveres de sustento, guarda e educação da prole, ou de prover as necessidades de filhos maiores e pais, em situação de vulnerabilidade, não configura dano moral indenizável. Precedentes da 4ª Turma. 4. Hipótese em que a ação foi ajuizada mais de três anos após atingida a maioridade, de forma que prescrita a pretensão com relação aos atos e omissões narrados na inicial durante a menoridade. Improcedência da pretensão de indenização pelos atos configuradores de abandono afetivo, na ótica do autor, praticados no triênio anterior ao ajuizamento da ação. 4. Recurso especial conhecido em parte e, na parte conhecida, não provido.

(STJ - REsp: 1579021 RS 2016/0011196-8, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 19/10/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/11/2017)

Nota-se, portanto, que o abandono afetivo nada mais é do que “a atitude omissiva no cumprimento dos deveres de ordem moral decorrentes do poder familiar, dentre os quais se destacam os deveres de prestar assistência

moral, educação, atenção, carinho, afeto e orientação à prole.” Ademais, por ser um tema bastante complexo, o tempo de prescrição é diferente das demais ações do âmbito civil, como demonstra a jurisprudência abaixo:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REPARATÓRIA. ABANDONO AFETIVO. CONHECIMENTO PRÉVIO DA PATERNIDADE. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. MAIORIDADE. 1. A eg. Quarta Turma desta Corte já decidiu que, sendo a paternidade biológica do conhecimento do autor desde sempre, o prazo prescricional da pretensão reparatória de abandono afetivo começa a fluir a partir da maioridade do autor. (REsp 1298576/RJ, DJe 06/09/2012) 2. Agravo interno não provido.

(STJ - AgInt no AREsp: 1270784 SP 2018/0072605-1, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 12/06/2018, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/06/2018)

Explica Maria Berenice Dias, que a convivência dos filhos com seus pais não é direito, é dever; e que o distanciamento entre pais e filhos produzem sequelas emocionais que comprometem o sadio desenvolvimento à medida que o sentimento de dor e de abandono deixam sequelas permanentes em suas vidas.

Em razão da grande evolução das ciências que estudam o comportamento humano, é possível afirmar que comprovadamente, a falta de afeto no seio familiar causa inúmeros transtornos emocionais e psíquicos à vida daqueles que são abandonados, divergindo com o que dispõe o art. 7º do ECA, sobre o desenvolvimento sadio e harmonioso dos menores.

Na visão de Rodrigo da Cunha Pereira, (2017, pág. 55-60)

“A transferência de valores com a inserção do filho na vida social ocorre por meio da convivência e do afeto. E o exercício da função paterna nunca poderá estar atrelado, unicamente, ao suprimento das necessidades materiais do filho. A supressão dessa função causa ao filho, especialmente na infância, prejuízos psíquicos, morais e afetivos, que, só com dificuldades e sofrimentos, poderão ser reparados no futuro.

Diante dessa realidade, vítimas do abandono afetivo têm ingressado judicialmente para pleitear, sob o fundamento da dignidade da pessoa humana, da afetividade, da convivência familiar e da paternidade responsável, ressarcimento por seus genitores na esfera civil, alegando danos psíquico oriundo da privação do afeto e do convívio enquanto pessoas em formação.

Tratando-se de um conceito doutrinário, podemos conceituar o abandono afetivo segundo Cunha (2007. Pág. 90) abandono afetivo é um

conceito novo atualmente atribuído à ausência de afeto entre pais e filhos, em que estes buscam por intermédio do judiciário a reparação desta lacuna de afetividade existente em sua vida.”

Ainda, segundo a jurisprudência dos Tribunais, esse conceito é definido como a omissão parental de cumprir com os deveres afetivos do poder familiar, seja ele de genitor para filho ou o inverso, gerando assim danos emocionais que devem ser reparados, se não possível o reatamento dos laços, mas ainda de forma pecuniária.

Outrossim, complementando os conceitos já expostos, podemos trazer que:

[...]o dano moral atinge bens juridicamente protegidos pertinentes a personalidade da vítima, que no caso do abandono afetivo, é o abandonado afetivamente, tratando-se do dano que apresenta como conseqüências o sofrimento íntimo, mágoa, tristeza e desgosto. (GONÇALVES, 2017).

Neste sentido, Rolf Madaleno (2012. Pág. 34-38) ressalta que “a família do passado não tinha preocupações com o afeto e a felicidade das pessoas que formavam seu principal núcleo (...)”. Isto porque, de acordo com o doutrinador, eram os interesses de ordem econômica que giravam em torno destes núcleos familiares, que se construía com base na aquisição de patrimônio.

Com efeito, a definição de família foi ampliada e passou a abranger a comunidade constituída por qualquer dos pais e seus filhos.

Desta forma, corolário do direito fundamental da dignidade da pessoa humana, o princípio constitucional da afetividade rege com a maestria a família moderna como base da sociedade, desvinculando-a daquela figura arcaica, que predominou durante séculos na história mundial.

3.3 Caracterização do Abandono Afetivo

O abandono afetivo se caracteriza pela falta de cuidado dos filhos para com os seus genitores. Este traz a expressão “afeto” às avessas na relação de parentalidade, em que os valores jurídicos atribuídos aos deveres da responsabilidade dos pais para com os filhos são igualmente atribuídos dos filhos para com os pais.

Preceito este retirado da Constituição de 1988 do artigo 229, que assim estabelece:

Art. 229 Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Assim como o afeto, a solidariedade — sentimento que impõe às pessoas o dever de cuidar umas das outras — se faz presente nas questões relacionadas às relações familiares em face dos mais vulneráveis da sociedade (as crianças, adolescentes, idosos, etc.).

Então, o abandono significa um desvio da estabilidade familiar, afetando sensivelmente o perfil da família e sobretudo, a unidade familiar. A negligência de um dos genitores no abandono que é imposto a criança resulta numa diminuição no ensejo de viver com qualidade, mais ainda do que a violência física ou a financeira, acarretando ao menor vários problemas nas relações de afetividade.

Conforme a ONU, esta violência se manifesta de diversas formas: física, negligência/abandono, econômico-financeira e patrimonial. O abandono afetivo se vê inserido tanto na violência psicológica, onde se manifesta na forma de menosprezo, , incluindo agressões verbais, na forma de negligência/abandono, que é quando há omissão dos familiares pelos cuidados básicos para o desenvolvimento físico, emocional e social da pessoa, podendo resultar em tristeza, isolamento e depressão.

Com efeito, Tânia Silva Pereira e Guilherme de Oliveira (2012, pág. 48-51), em sua obra “O cuidado como valor jurídico”, aduziram que o “cuidado como ‘expressão humanizadora’ (...) nos remete a uma efetiva reflexão, sobretudo quando estamos diante de crianças e jovens que, de alguma forma, perderam a referência de família de origem,

O abandono afetivo, como expressa Helena Diniz (2016, pág. 45-48), “consiste no descaso intencional pela criação, educação e convívio com os filhos, podendo ser nefasto para o desenvolvimento destas crianças”, e tem origem, portanto, no descumprimento voluntário e injustificado dos deveres inerentes aos pais.

Maria Helena Diniz entende que:

“a falta do genitor, para muitas crianças, implica perder a proteção, a companhia, o afeto e os recursos econômicos, podendo levá-las à delinquência juvenil, ao fracasso na escolaridade e ao consumo de drogas” (Diniz 2016, pág. 45-48)

No entendimento de Paulo Lôbo, (2008. P. 126) o abandono afetivo trata-se do “inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade”

O princípio da paternidade responsável, descrito na Carta Magna em seu artigo 226, não corresponde unicamente ao auxílio material dos genitores aos filhos, mas ao imaterial, o dever de educar, proporcionar lazer, de convívio.

Os laços de afetividade dentro da família são necessários para que se tenha um bom relacionamento familiar. Neste ponto, José Sebastião de Oliveira, citado por Aline Biasuz (2012. P. 126), comenta de forma interessante:

É dentro da família, que os laços de afetividade se tornam mais vigorosos e aptos a sustentar as vigas do relacionamento familiar, contra males externos; é nela, que seus membros recebem estímulos para pôr em prática suas aptidões pessoais. Daí então ser a característica da afetividade, aliada, por óbvio, à nuclearidade, a responsável pela plena realização pessoal de cada membro familiar. A afetividade faz com que a vida em família seja sentida da maneira mais intensa e sincera possível, e isto, só será possível caso seus integrantes não vivam apenas para si mesmo: cada um é o “contribuinte” da felicidade de todos.

O Direito de Família contemporâneo vem se tornando cada vez focado nas relações pessoais familiares, sobretudo após a constitucionalização das relações privadas, em que há a aplicação de normas constitucionais nas relações privadas no intuito de respeitar a dignidade da pessoa humana.

Nesse cenário, a responsabilidade civil também é aplicada nas relações de família, tendo em vista que a indenização por dano moral é um direito fundamental pela Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

Contudo, é grande o desafio aplicar essa medida de responsabilidade civil nas relações pessoais e de família, uma vez que anteriormente eram aplicados em contratos verbais ou de algum negócio jurídico financeiro.

A relação desse instituto com o direito de família é relativamente nova, e essa tímida relação acaba por desproteger os sujeitos vulneráveis das relações, embora tenha um esforço por parte dos legisladores; é comum encontrar na doutrina a definição da responsabilidade civil com base nos seus pressupostos,

O artigo 186 do Código Civil de 2002 estabelece que:

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

Para que seja caracterizado dano e a possibilidade de se indenizar é necessário seguir alguns pressupostos e os principais aspectos da responsabilidade civil são a conduta humana, seja ela ação ou omissão; o dano ou o prejuízo causado; e por fim, o nexo de causalidade. Esses são os pressupostos gerais para que haja a caracterização da responsabilidade civil, como já foi explicitado no capítulo anterior.

Os pais têm o dever de cuidar e dar afeto ao seu filho, questão esta que se os genitores estivessem agindo corretamente, não precisaria ser discutida em juízo. Mas, infelizmente, algumas relações entre pais e filhos ocorrem de forma errada, visto que os pais acabam preocupando-se mais com as relações de trabalho, com os ganhos financeiros, e passam a deixar seus filhos em abandono. Esses pais acreditam que se oferecerem um brinquedo ou uma peça de roupa ao filho, ou seja, bens materiais, o afeto pode ser deixado em “segundo plano”.

Para Castelo Branco (2006. P. 116) a reparação por dano moral atua como agente do princípio da dignidade da pessoa humana:

Havendo violação dos direitos da personalidade, mesmo no âmbito da família, não se pode negar ao ofendido a possibilidade de reparação por dano moral, não atuando está como fator desagregador daquela instituição, mas de proteção da dignidade dos seus membros. A reparação, embora expressa em pecúnia, não busca, nesse caso, qualquer vantagem patrimonial em benefício da vítima, revelando-se na verdade como forma de compensação diante da ofensa recebida, que em sua essência é de fato irreparável, atuando ao mesmo tempo em seu sentido educativo, na medida em que representa uma sanção aplicada ao ofensor, irradiando daí seu efeito preventivo.

Vê-se que o dano moral no âmbito do direito de família merece ser tratado com mais cuidado nas relações entre pais e filhos. Aquele filho que

procurou o judiciário para de alguma maneira tentar suprir aquela falta de amor na fase de desenvolvimento, não está procurando uma vantagem patrimonial, mas sim tenta compensar o afeto não recebido, em alguns casos, até para poder pagar um tratamento psicológico em razão do abalo moral.

Debate-se o assunto em questão mais na doutrina, pois as jurisprudências em torno desse tema não são ainda suficientes por se tratar de um tema muito sensível.

É admissível a reparação por danos morais aos pais que deixam seus filhos em abandono emocional e moral. Por outro lado, vê-se que não se pode obrigar alguém a amar outra pessoa, mesmo sendo relações entre pais e filhos, mas é possível exigir que os pais sejam responsáveis em relação aos seus filhos, prestando todo o auxílio moral e ético para um bom desenvolvimento e sobrevivência.

O abandono afetivo acaba ocorrendo com mais frequência no momento concreto em que ocorre a dissolução da sociedade conjugal de seus genitores, pois é no momento da separação, de fato, que os cônjuges devem acordar a quem incumbirá a guarda, sempre visando à proteção da pessoa dos filhos.

Nesse sentido, a autora Maria Berenice Diaz (2005. 2008), reforça que:

A cisão no relacionamento dos pais não pode levar à cisão dos direitos parentais. O rompimento da relação de conjugalidade não deve comprometer a continuidade da convivência com ambos os genitores. O filho não pode sentir-se objeto de vingança, em face dos ressentimentos dos pais.

No momento da dissolução dos vínculos conjugais, é que ambos têm de compreender que deve haver um acordo em relação à guarda e aos interesses dos filhos, pois o dever dos pais com seus filhos não pode ser afetado pela separação.

Importante mencionar que nos casos em que a dissolução do vínculo conjugal não se dá de forma harmônica, pode-se estar diante da alienação parental. Hipótese esta que se refere à utilização da criança como objeto de vingança para com o outro genitor, acabando por prejudicar a convivência deste com o menor. Nesse passo, aquele cônjuge que não ficou com a

guarda do filho, e que ora se denomina “cônjuge alienado”, se utilize de tal situação para eximir-se da responsabilidade em relação ao seu filho. Eis um dos momentos em que a alienação parental e o abandono afetivo se encontram.

O genitor que não ficou com a guarda do filho deve ter consciência da importância que deve ser atribuída à convivência, pois é com ela que nascem verdadeiros sentimentos de amor e carinho. Ademais, o direito a convivência não está direcionado aos pais, aos adultos, e sim aos filhos, ou seja, é destes o direito de viver, de conviver, de estar, saudavelmente, na companhia de ambos os pais, na medida do que é conveniente para um desenvolvimento equilibrado. Os pais têm o dever de estarem presentes, convivendo com os filhos em cada etapa do seu crescimento, mesmo não estando com a guarda destes, pois a tendência é que os filhos reproduzam aquilo que absorveram.

Essa é a importância de ambos os pais na formação de seus filhos e da responsabilidade que estes devem ter. Portanto, verifica-se a possibilidade de reparação por danos morais decorrente do abandono afetivo, pois os pais que violarem o direito de convivência familiar, paternidade responsável e o princípio da dignidade da pessoa humana, motivarão prejuízos na formação dos seus filhos menores, estando-se, então, diante do dano moral.

3.4 Previsão Normativa

Os direitos fundamentais dos menores estão previstos constitucionalmente e também são observados nos princípios da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável, da proteção integral da criança e do adolescente e da afetividade, devendo, por óbvio, ser observados por aqueles que lhes são responsáveis.

Bem assim, pelo que se depreende da leitura do artigo 229, *caput*, primeira parte, da Constituição Federal, os deveres dos genitores consistem em assistir, criar e educar os filhos menores – sendo certo que o Código

Civil, no artigo 1.634, ainda prevê algumas prerrogativas conferidas aos pais com relação aos filhos menores, *in verbis*:

Art. 1634: Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

- I- Dirigir-lhes a criação e a educação;
- II- Tê-los em sua companhia e guarda;
- III- Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV- Nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobrevier, ou sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- V- Representar-lhes, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após esta idade, nos atos em que forem parte, suprindo-lhes consentimento;
- VI- Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- VII- Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condições.

Neste sentido, leciona DIAS (2011, p. 388),

Nesse extenso rol não consta o que talvez seja o mais importante dever dos pais com relação aos filhos: o dever de lhes dar amor, afeto e carinho. A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a vertentes patrimoniais. A essência existencial do poder parental é a mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável que liga pais e filhos, propiciados pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar.

A importância e o reconhecimento do afeto no ordenamento jurídico também se encontram exemplificados no art. 28, parágrafo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que ao dispor do pedido de colocação em família substituta, assim determina que “na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar os efeitos decorrentes da medida”.

Percebe-se que não basta prover materialmente os filhos, alimentá-los, é necessário proporcioná-los outros componentes tão ou mais importantes para a formação saudável de um ser humano, como o cuidado, a atenção e o afeto (NADER, 2012).

Ao lecionar sobre os direitos e deveres dos genitores, Maria Berenice Dias, (2012, Pág. 56), enfatiza a importância da convivência dos filhos com os pais, ainda que estes sejam separados, alegando tratar-se de direito do filho e não do pai e, desta forma, “quem não detém sua guarda tem o dever de conviver com ele”. A doutrinadora esclarece que, ao genitor, a

convivência é obrigação, sendo certo que sua ausência pode acarretar sequelas de ordem emocional e reflexos no desenvolvimento do menor, gerados pelo sentimento de abandono:

A convivência dos filhos com os pais não é direito do pai, mas direito do filho. Com isso, quem não detém sua guarda tem o dever de conviver com ele. Não é direito de visitá-lo, é obrigação de visitá-lo. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e reflexos no seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida

Isto é, ser pai ou mãe exige disposição para educar, disciplinar, conviver, respeitar, conforme ensina DINIZ (2012, p. 117): “A paternidade é função na qual se insere a construção do amor paterno-filial, cuja base é o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual, cultural e social da pessoa em formação.”

Conforme define o autor supra e determina o artigo 1.632 do Código Civil:

Mesmo o término do vínculo dos genitores não é capaz de alterar as relações entre pais e filhos, permanecendo incólume a responsabilidade parental.

“A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos, senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.”

Este dispositivo reforça a preocupação do ordenamento jurídico constitucional e ordinário em resguardar as relações entre pais e filhos, de forma a preservar e estimular a convivência entre ambos.

Deste modo, com o objetivo de defender o direito a convivência familiar, resguardando, assim o pleno desenvolvimento físico, mental e psicológico dos filhos, a legislação pátria dispõe de alguns mecanismos que podem ser utilizados em casos de pais que não residam sob o mesmo teto. São elas a regulamentação do direito de visitas e o estabelecimento da guarda no melhor interesse da criança ou adolescente.

Observe-se que “o planejamento familiar em nosso ordenamento jurídico é livre, contudo, a paternidade deve ser exercida atendendo ao princípio da dignidade da pessoa humana”. Desta forma, “se uma criança veio ao mundo – desejada ou não, planejada ou não –, os pais devem arcar

com a responsabilidade que esta escolha (consciente ou não) lhes demanda”

Destarte, deverinente ao poder familiar que são os deveres impostos aos genitores, o descumprimento de quaisquer deles, ou mesmo a inobservância dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, acarreta a aplicação das normas da responsabilidade civil, constituindo objeto de eventual indenização por danos morais, que têm origem no abandono afetivo, psicológico ou intelectual.

3.5 Aplicabilidade do dano moral decorrente de abandono afetivo: posição dos tribunais favoráveis

Como foi demonstrado no transcorrer do presente trabalho de conclusão de curso, a afetividade tornou-se o elemento caracterizador das relações familiares.

Uma vez rompida essa relação de afeto por qualquer um dos genitores sem justificativa, deixando os filhos abandonados fisicamente e emocionalmente, os juristas e os doutrinadores têm entendido possibilidade de haver a responsabilização civil por abandono afetivo.

Nesse sentido Madaleno (2007, p. 113).

A omissão injustificada de qualquer dos pais no provimento das necessidades físicas e emocionais dos filhos sob o poder parental ou o seu proceder malicioso, relegando descendentes ao abandono e desprezo, tem proporcionado o sentimento jurisprudencial e doutrinário de proteção e de reparo do dano psíquico causado pela privação do afeto na formação da personalidade da pessoa.

O primeiro caso conhecido de procedência para condenação do genitor ao pagamento de indenização por abandono afetivo é da 2ª Vara Cível da Comarca de Torres, processo nº 141/103001203032-0 do Município de Capão da Canoa, ocasião que o juiz da comarca condenou o pai, ao pagamento de indenização no valor de R\$ 48.000,00 em virtude do dano moral sofrido pelo abandono de seu filho. Caso que 30 não chegaram as instâncias superiores, pois o requerido não apelou da decisão de primeiro grau.

É da 19ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte de Minas Gerais a primeira ação que chegou ao Superior Tribunal de Justiça. O Juiz de 1ª

Instância julgou improcedente o pedido inicial, conforme transcrito no Recurso Especial n. 757.411 - MG 2005/0085464-3(BRASIL, 2006):

"... não haver estabelecido o laudo psicológico exata correlação entre o afastamento paterno e o desenvolvimento de sintomas psicopatológicos pelo autor, não tendo detectado o expert sinais de comprometimento psicológico ou qualquer sintomatologia associada a eventual malogro do laço paterno filial (fls. 71). A par de tais conclusões periciais resta inequívoco que, não obstante a relutância paterna em empreender visitas ao filho afete-lhe negativamente o estado anímico, tal circunstância não se afigura suficientemente penosa, a ponto de comprometer-lhe o desempenho de atividades curriculares e profissionais, estando o autor plenamente adaptado à companhia da mãe e de sua bisavó. De sua vez, indica o estudo social o sentimento de indignação do autor ante o tentame paterno de redução do pensionamento alimentício, estando a refletir, tal quadro circunstancial, propósito pecuniário incompatível às motivações psíquicas noticiadas na Inicial (fls. 74). Por outro lado, não se colhe do conjunto probatório descaso intencional do réu para com a criação, educação e a formação da personalidade do filho, de molde a caracterizar o estado de abandono a que se refere o art. 395, II, do Cód. Civil, a determinar, inclusive, a perda do pátrio-poder. (...) Tais elementos fático-jurídicos conduzem à ilação pela qual o tormento experimentado pelo autor tem por nascedouro e vertedouro o traumático processo de separação judicial vivenciado por seus pais, inscrevendo-se o sentimento de angústia dentre os conseqüências de tal embate emocional, donde inviável inculpar-se exclusivamente o réu por todas as idiosincrasias pessoais supervenientes ao crepúsculo da paixão."

A obrigação da companhia aos filhos é responsabilidade pertencente a ambos os genitores e que o convívio é um dever dos genitores e não um direito. A ausência dos pais gera um impacto psicológico que pode afetar a formação e o desenvolvimento dos filhos, desse modo gerando danos suscetíveis de reparação. Ressalta-se, ainda, que embora os pais estejam separados, a necessidade afetiva passou a ser reconhecida juridicamente como um bem tutelado (DIAS, 2011, p.470).

O abandono parental deve ser compreendido como uma lesão extrapatrimonial a um interesse juridicamente tutelado, promovido por omissão de um dos genitores na realização de seu desempenho no poder familiar o que caracteriza um ilícito, logo sendo fato gerador de uma obrigação de reparação.

Como o assunto é delicado, os juízes precisam ser cuidadosos verificando caso a caso para evitar que o poder judiciário seja usado como

meio de vingança, magoa ou outro sentimento ruim contra essa ausência dos pais com seus filhos.

Apenas o desamor e a falta de afeto não se satisfazem, pois as provas devem ser completas, da influência e da consequência levadas para a vida, pelo desprezo dos pais na formação e no desenvolvimento dos filhos, fundamentando, assim, o pedido de indenização por danos morais (GONÇALVES, 2014, p. 563).

O marco inicial do pedido de indenização por danos morais resultante do abandono afetivo aconteceu no ano de 2003 em sentença que foi proferida pelo Juízo de Direito de primeiro grau do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, que sentenciou a condenação ao pai, com uma reparação de 200 salários mínimos. O réu não apresentou nenhuma reação, incidindo, assim, sua revelia, de modo que como o processo não excedeu o primeiro grau, não teve repercussão nacional (BRAGA, 2014, p. 32-33).

A decisão que deu início à reparação dispôs que a dor sofrida pelo filho em virtude do abandono paterno deveria ser reparada por fundar-se nos princípios da afetividade e da dignidade da pessoa humana, como explicam Rochadel e Moreira.

Já há julgado acerca da condenação de um genitor que descumpria com o estabelecido em regulamentação de visitas que o obrigava, por tratar-se de direito de convivência do menor, a visitar o menor de 15 em 15 dias, datas comemorativas, bem como permanecer com o mesmo pela metade do período de férias escolares. O magistrado Dr. Mário Romano Maggioni manifestou-se, in casu, da seguinte forma: "A função paterna abrange amar os filhos. Portanto, não basta ser pai biológico ou prestar alimentos ao filho. O sustento é apenas uma das parcelas da paternidade. É preciso ser pai na amplitude legal (sustento, guarda e educação). Quando o legislador atribuiu aos pais a função de educar os filhos, resta evidente que aos pais incumbe amar os filhos. Pai que não ama filho está não apenas desrespeitando função de ordem moral, mas principalmente de ordem legal, pois não está bem educando seu filho. (...) Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (artigo 22, da lei nº 8.069/90). A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a presença do pai ajude no desenvolvimento da criança. (...) É menos aviltante, com certeza, ao ser humano dizer „fui indevidamente incluído no SPC“ a dizer „fui indevidamente rejeitado por meu pai“ . (ROCHADEL; MOREIRA, 2012).

Posteriormente, veio a público e com grande repercussão, o caso julgado no Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, em apelação que

estabeleceu punição ao pai por abandono com o pagamento de indenização por danos morais.

A condenação foi de 200 salários mínimos, correspondente ao montante de R\$44.000,00 (quarenta e quatro mil reais), na época sob o fundamento de que ficou configurado o dano contra a dignidade da criança, ocasionado pela atuação ilícita do pai que não efetuou seu dever de nutrir o convívio familiar (BRAGA, 2014, p. 34).

Encontra-se a ementa do referido acórdão:

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNOFILIALPRINCÍPIO 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. (TAMG, AC 4085505-54.2000.8.13.0000, 7ª C. Cível, Rel. Juiz Unias Silva, julg. 01.04.2004, pub. 29.04.04) (MINAS GERAIS, 2017)

Posteriormente, veio a público e com repercussão, o caso julgado no Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, em apelação que estabeleceu punição ao pai por abandono com o pagamento de indenização por danos morais. A condenação foi de 200 salários mínimos, correspondente ao montante de R\$44.000,00 (quarenta e quatro mil reais), na época sob o fundamento de que ficou configurado o dano contra a dignidade da criança, ocasionado pela atuação ilícita do pai que não efetuou seu dever de nutrir o convívio familiar (BRAGA, 2014, p. 34).

Encontra-se a ementa do referido acórdão:

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNOFILIALPRINCÍPIO 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. (TAMG, AC 4085505-54.2000.8.13.0000, 7ª C. Cível, Rel. Juiz Unias Silva, julg. 01.04.2004, pub. 29.04.04) (MINAS GERAIS, 2017)

No caso em comento, em análise aos autos, vê-se que o apelante realmente foi privado do convívio familiar com o genitor. Até os seus seis anos de idade o apelante teve contato com o apelado, cujo contato foi regular. Logo

após, o apelado, ora genitor, teve outro relacionamento no qual teve como fruto o nascimento de outra criança, em razão disso o genitor se afastou permanentemente.

Após longos anos de tentativa de aproximação da criança, estas restaram infrutíferas, não podendo o apelante desfrutar da companhia e de ter o convívio com o seu pai. No decorrer deste processo, estudos foram realizados, nos quais se constatou que esse distanciamento de ambos virou um problema psíquico, intervindo nos fatores psicológicos que integram a identidade do apelante.

Destarte, verificou-se que restou configurado o dano sofrido em relação à dignidade com a conduta ilícita cometida pelo genitor, ora apelado, ao deixar de executar seu dever familiar de convívio e educação, propenso, através da afetividade, a produzir vínculo paternal e o nexo causal entre pai e filho. Assim, foi dado o provimento ao recurso e modificado a respeitável decisão.

3.6 Inaplicabilidade da condenação dos pais ao pagamento de compensação por dano moral decorrente de abandono afetivo: posição dos tribunais desfavoráveis

Quando proposto o presente trabalho havia a convicção que não se discutia mais a possibilidade de haver ou não a responsabilização civil dos genitores pelo abandono que deram causa, pois, o Superior Tribunal de Justiça havia se manifestado a favor da responsabilização por abandono afetivo, mas que se discutiam apenas situações que esse abandono causou danos que mereçam ser compensados através do pagamento de indenizações, e quais os elementos da responsabilidade civil devam estar presentes e provados para que haja a responsabilização.

Entretanto, após várias pesquisas jurisprudências nos Tribunais de Justiça dos Estados foi constatado que mesmo após o reconhecimento da responsabilidade civil por abandono afetivo pelo Superior Tribunal de Justiça,

os Tribunais discutem ainda a possibilidade de indenizar o afeto. Para tanto, colaciono os seguintes acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Apelação cível. AÇÃO DE ALIMENTOS CUMULADA COM indenização POR DANO moral. ABANDONO AFETIVO. AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO. majoração do pensionamento. cabimento. A necessidade alimentar dos filhos menores é presumida, incumbindo, aos genitores, o dever de sustento. Em ação que envolve pedido de alimentos, pertence ao alimentante o ônus da prova acerca de sua impossibilidade de prestar o valor pleiteado, consoante dispõe o art. 333, inciso I, CPC. A pretensão de indenização pelos danos sofridos em razão da ausência do pai não procede, haja vista que para a configuração do dano moral faz-se necessário prática de ato ilícito. Apelação parcialmente provida, de plano.(RIO GRANDE DO SUL, 2013)

O Relator do Recurso Cível Jorge Luís Dall`Agnol (RIO GRANDE DO SUL, 2013) em decisão monocrática votou pela improcedência do pedido de condenação por abandono afetivo, por entender não haver, no caso, a comprovação do cometimento de ato ilícito pelo pai da criança, e, portanto, não estão configurados os pressupostos necessários da responsabilidade civil, assim não podendo haver a condenação ao pagamento de indenização por abandono afetivo. Conforme consta no seu voto:

Tendo em vista os pressupostos da responsabilidade civil, cabe ressaltar a necessidade da prática do ato ilícito, para a configuração da obrigação de indenizar por dano moral, sendo a ausência paterna impossível de ser reparada pecuniariamente.

Em julgamento realizado pela Oitava Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o Desembargador Alzir Felipe Schmitz, Relator do recurso, entendeu não ser cabível a condenação do pai pelo abandono da filha, sendo acompanhado no voto pelos seus pares, conforme ementa a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO. INOCORRÊNCIA. A responsabilidade civil no Direito de Família é subjetiva, de modo que o dever de indenizar pressupõe o ato ilícito e nexos de causalidade. Nesse passo, não se pode reconhecer como ato ilícito o alegado abandono afetivo que, por sua vez, não guarda nexos de causalidade com os danos alegadamente sofridos pela autora. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. (RIO GRANDE DO SUL, 2013)

O Relator da Apelação (Alzir Felipe Schmitz, 2010) acredita que o abandono afetivo e moral não é passível de responsabilização civil, como demonstra no decorrer do seu voto:

No que tange ao pedido de indenização, cumpre nos questionarmos se, entre os danos extrapatrimoniais passíveis de reparação pecuniária, estão incluídos o afeto e o abandono moral.

E ainda, que condenar o genitor ao pagamento de indenização pelo abandono afetivo, seria colocar preço no amor, conforme escreve Felipe Schmitz,

A questão exige cuidado, porque acolher a tese recursal significaria fixar preço para o amor, ou desamor, admitindo-se a possibilidade de compensar a frustração e a desilusão, por exemplo, por meio de ações judiciais. (Felipe Schmitz, 2010. Pág. 67-71)

E, assim, o Tribunal de Justiça vem rechaçando todos os pedidos de responsabilidade civil por abandono afetivo que chegam para o seu julgamento, mesmo havendo decisão positiva no Superior Tribunal de Justiça.

No mesmo sentido tem decidido o Tribunal de Justiça de Santa Catarina conforme ementas de acórdãos a seguir

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA E RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO AJUIZADA PELA FILHA EM FACE DO PAI. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. RECURSO DA AUTORA. 1. PRELIMINAR DE NULIDADE DO FEITO. DECISÃO INTIMANDO AS PARTES PARA PRODUÇÃO DE PROVAS PUBLICADA EM NOME DE ADVOGADO QUE NÃO MAIS ATUA NOS AUTOS. AUSÊNCIA DE REVOGAÇÃO DA PROCURAÇÃO E INEXISTÊNCIA DE PEDIDO DE INTIMAÇÃO PREFERENCIAL EM NOME DE UM DOS CAUSÍDICOS, CONFORME POSSIBILITA O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 444 DO CÓDIGO DE NORMAS DA CORREGEDORIA GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. INACOLHIMENTO. 2. MÉRITO. RELAÇÃO PATERNO-FILIAL RECONHECIDA QUANDO A FILHA JÁ CONTAVA 30 (TRINTA) ANOS DE IDADE POR MEIO DE AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. CARÊNCIA DE PROVA DE QUE O GENITOR 39 TINHA CONHECIMENTO DA FILHA ANTES DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA NOS AUTOS DA DEMANDA QUE ATESTOU O VÍNCULO BIOLÓGICO. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE UM DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL, QUAL SEJA, A CULPA. CONDUTA INVOLUNTÁRIA. DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE. 3. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. REQUISITOS DO ART. 17 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NÃO CONFIGURADOS. 4. REQUERIMENTO DE FIXAÇÃO DE URH'S EM NOME DO DEFENSOR DA AUTORA. DISTINÇÃO ENTRE OS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA E DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA QUE SE FAZ NECESSÁRIA. PARTE QUE INGRESSOU EM JUÍZO COM DOIS ADVOGADOS CONSTITUÍDOS E, PORTANTO, TEVE DEFERIDO APENAS O BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA.

ARBITRAMENTO INDEVIDO. 5. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (SANTA CATARINA, 2013).

Nesse acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o Julgador Desembargador Jorge Luis Costa Beber (SANTA CATARINA, 2012), alega que o afeto não pode ser imposto através de uma ameaça de punição, e que a condenação ao pagamento de indenizações não trariam benefícios aos abandonados, julgando no fim improcedente o pedido de responsabilização dos genitores por abandono afetivo, como notamos no voto por ele proferido:

Amor existe ou não existe e, em não existindo, pode até vir a ser cultivado com atitudes de aproximação, jamais sob ameaça de punição. A construção de laços afetivos mediante coação pecuniária é de todo temerária, ressumbrando bizarro imaginar pais que não nutrem afeto algum pela prole, fingirem, de um instante para outro, aquilo que são incapazes de sentir genuinamente, apenas pelo temor de virem a ser condenados a indenizar o que desditosamente já está consumado....Quantos filhos seriam obrigados a compartilhar a presença nociva de alguns pais por força de uma imposição judicial- Guarda alguma razoabilidade imaginar benefícios para o filho quando sua relação com o pai é construída sobre alicerces falsos- Quanto de humanidade realmente restaria de um afeto legalmente conduzido- Em muitos casos, seria ainda de indagar: quantos filhos seriam efetivamente beneficiados pela capitalização do afeto- Se formos pensar em termos de punição para o faltante, talvez seja legítimo imaginar que a consciência seja o maior de todos os algozes. O problema é que consciência não parece ser um atributo concedido a todos os indivíduos...

O Tribunal de Justiça de São Paulo também mantém a relutância em aceitar a responsabilização civil nos casos de abandono afetivo, como demonstrado nas jurisprudências a seguir:

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL DANOS MORAL Abandono afetivo Adolescente com problemas psicológicos Alegação de agravamento de sua condição pela ausência do pai Necessidade de comprovação de conduta omissiva do genitor e do dano que dela decorre Precedente do STJ Provas pericial e testemunhal que não 41 demonstram nexos de causalidade entre a suposta conduta negligente e o dano Indenização indevida Recurso desprovido. (SÃO PAULO, 2013).

O julgamento realizado pelo Desembargador Alexandre Marcondes (SÃO PAULO, 2013) é acompanhado pelos Desembargadores da Câmara, não julgaram favorável ao abandonado, pois, entenderam que ele não conseguiu comprovar o nexos entre a sua condição psicológica com o abandono do genitor, como constatamos no trecho do voto:

Assim, mesmo que restasse comprovado que houve certo comportamento negligente por parte do pai quanto aos cuidados com o filho, o apelante não logrou êxito em comprovar que há nexos

de causalidade entre tal conduta e o agravamento de sua condição psicológica, já que se constatou que o menor possui transtornos de ordem genética. No mesmo sentido foi o parecer da psicóloga auxiliar do juízo que declarou não ser “possível definir, de modo preciso, o grau de influência dessa postura negligente e também de outros eventos anteriormente descritos no desenvolvimento de Wilson Henrique” (fls. 56).

Da mesma forma decidiram os julgadores da Apelação Cível, de relatoria do Desembargador Roberto Maia do Tribunal de Justiça de São Paulo como expõe a ementa seguinte:

Ementa:Dano moral. Abandono afetivo. Ausência dos requisitos necessários, no caso concreto, à caracterização do dever de indenizar. Perícia técnica (laudo psicológico) que comprovou não apresentar a autora apelante quadro depressivo em razão do suposto desprezo do pai, mas somente uma mera ansiedade motivada pela deficiência auditiva da qual é portadora. Prova testemunhal igualmente insuficiente. Ônus probatório da demandante, do qual não se desincumbiu. Danos morais não configurados. Indenização inexigível. Sentença de improcedência mantida. Recurso não provido. (SÃO PAULO, 2013).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não reconhece a falta de afeto dos genitores como passível de indenização por danos morais, assim como o Tribunal Catarinense. O Tribunal Paulista julga procedentes alguns pedidos de responsabilidade civil por abandono afetivo quando comprovados todos os pressupostos da responsabilidade civil e comprovado o dano psicológico por laudo de psiquiatra.

Sendo, portanto, muito difícil conseguir provimento favorável condenando os genitores a pagamento dos danos morais sofridos pelos filhos, pois os pressupostos necessários para a responsabilização civil no direito de família são difíceis de comprovar nos Tribunais de Justiça do Brasil.

3.7 Apontamentos Acerca Dos Projetos De Lei Nº 700/2007 E Nº 4294/2008 Da Câmara Dos Deputados Federal, Sobre Abandono Afetivo.

Por fim, pleiteia-se salientar que o tema abandono moral, além de estar existente nos impactos doutrinários e jurisprudenciais, da mesma maneira aportou no Poder Legislativo, posto que há dois Projetos de Lei no Congresso Nacional. O Projeto Lei nº 700/2007 do Senado, de autoria do Senador Marcelo Crivella, que foi aprovado por comissão em decisão terminativa e

encaminhado para a Câmara dos Deputados com o fim de ser submetido à revisão, modifica a Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990, que altera os dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal. Este projeto vem alterar os artigos 4º, 5º, 22, 56, 58, 129 e 130. Como, por exemplo, ao art. 5 será acrescido o parágrafo único com a redação seguinte:

Parágrafo único. Considera-se conduta ilícita, sujeita a reparação de danos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, a ação ou a omissão que ofenda direito fundamental de criança ou adolescente previsto nesta Lei, incluindo os casos de abandono afetivo. (SENADO FEDERAL, 2017).

Entre as justificativas do projeto está o fundamento de que os cuidados adequados às crianças e aos adolescentes têm, em si, a atenção, a presença e a orientação por parte dos genitores, além disso, faz-se indispensável dominar o atual estágio de insegurança jurídica tipificado pelas discordantes decisões sobre o tema. (SENADO FEDERAL, 2017).

Já o Projeto de Lei nº 4294/2008, de autoria do deputado Carlos Bezerra, que se encontra em situação Pronta para Pauta na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) pressupõe a inserção de parágrafo único no art. 1.632 do Código Civil, com a redação que segue: “O abandono afetivo sujeita os pais ao pagamento de indenização por dano moral” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2017).

Retira-se da justificação do projeto acima citado que na relação paterno-filial, encontra-se a necessidade de auxílio moral, plausível na prestação de apoio, afeto e atenção, motivos esses fundamentais ao apropriado desenvolvimento da personalidade dos filhos. Para o autor, é certo que não é viável obrigar pais e filhos a se amarem, mas é preciso, no mínimo, propiciar ao prejudicado a reparação pelos danos sofridos (Câmara Dos Deputados, 2017).

Pelos conhecimentos apresentados conclui-se a iminente insegurança jurídica, visto que se considera indispensável a elaboração legislativa para eliminar as incertezas pertinentes a área

Verifica-se pelas justificativas sustentadas em doutrina e no respectivo meio social, da mesma maneira que na própria justificativa do Projeto de Lei nº 700/07, o uso da sanção penal não deve ser compreendido como meio de

forçar os pais a terem amor para com seus filhos, e sim como um meio de prevenir condutas que causam danos irreparáveis aos filhos.

A lei não tem autoridade de mudar o sentimento dos pais, mas é capaz de evitar os casos inadmissíveis de negligência para com os filhos.

4-CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme explicitado ao logo desse trabalho, a percepção de que o abandono afetivo pode ensejar reparação por dano moral ao filho abandonado está intimamente ligada aos novos valores trazidos pela Carta magna de 1988, cujo âmago é a preservação da dignidade da pessoa humana.

Embora a Constituição tenha propiciado várias mudanças nas relações sociais, foi necessária ainda uma evolução progressiva e gradual para que muitos direitos e deveres nela preconizados fossem recebidos e praticados pela sociedade, principalmente no que diz respeito ao núcleo familiar, até então submisso ao poder patriarcal.

Superado esse caminho transacional, ficou coerente a valorização do afeto no centro das relações familiares, que passou a ser a égide de sua formação. Seus membros passaram a ter tratamento igualitário e a serem valorizados dentro de suas individualidades e necessidades, ficou evidenciado finalmente que os preceitos e princípios atribuídos pelo ordenamento jurídico pátrio permeavam nas relações interpessoais.

Sendo o afeto elemento estruturador da família, e tendo sido elevado ao patamar de direito fundamental, sua escassez pode dar origem a danos de ordem psicológica e moral aos indivíduos prejudicados. Assim, discute-se a probabilidade de reparação de tais danos por meio da aplicação da responsabilidade civil.

Com efeito, vale ressaltar que a indenização por danos morais decorrentes do abandono afetivo parental visa diminuir todo o sofrimento suportado pelo menor, que involuntariamente viu-se na necessidade de viver sem a constante presença de um de seus pais.

É cediço que o dever de cuidado precisa ser observado, e para tanto, a lei prevê diversas possibilidades de manter a convivência familiar, tais como o direito de visitas ou a regulamentação da guarda – medidas que se não acarretam a obrigação de indenizar pelos danos causados.

Nesta concepção, a paternidade deve ser compreendida de modo responsável, um ato cercado de consciência, de forma a proteger os direitos

assegurados constitucionalmente aos filhos, até porque a formação do ser humano resulta de experiências vividas no ambiente familiar, principalmente na infância e adolescência.

Destarte, é preciso restabelecer a parentalidade responsável, provocar uma mudança de cultura numa sociedade onde muitos pais só exercem a paternidade nos finais de semana, quando o fazem, negligenciando seus filhos, preterindo-os muitas vezes, em favor dos filhos de sua nova companheira(o).

Em virtude dos motivos expostos, podemos constatar que é notadamente possível a responsabilização civil dos pais por abandono afetivo de seus filhos, pois trata-se de uma forma legítima e rápida de proteção, fundamentado no princípio constitucional da dignidade humana.

Diante disto, o que se deseja com estas ações de indenização é a conscientização da sociedade para o correto desempenho das funções paternas e maternas, de acordo com os ditames estabelecidos pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Sendo, assim, o abandono afetivo dos genitores é uma ofensa a dignidade da pessoa humana, portanto, passível de gerar indenização por danos morais decorrentes do abandono voluntário que causou abalo psíquico ao abandonado.

A pesquisa jurisprudencial, nos principais Tribunais de Justiça do País, mostrou que a maioria dos acórdãos atuais são desfavoráveis em condenar os genitores ao pagamento de indenizações decorrentes de abandono afetivo, sob o argumento de que deve haver muito cuidado em proferir decisões que coloquem preço no amor e no afeto e que isso poderia desencadear uma avalanche de ações sob o Poder Judiciário.

Existe por parte dos julgadores receio em julgar procedente os casos de abandono afetivo, no decorrer da pesquisa de jurisprudências, percebi que os julgadores se sentem incomodados com o tema.

Uma vez que, em alguns casos, é melhor um dos genitores estar afastado do lar, do que, os dois estarem presentes tornando o ambiente conflituoso, insalubre e nocivo para o filho.

Contudo, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é favorável pela condenação ao pagamento de indenização por dano moral em virtude do abandono afetivo, entendendo que além das obrigações materiais os genitores têm o dever de prestar a assistência imaterial necessária para o desenvolvimento sadio da prole.

Para se pacificar a doutrina e a jurisprudência e as decisões dos Tribunais há necessidade da interferência do Poder Legislativo. Diante deste cenário, restou clara a impossibilidade dos pais de se escusarem dos deveres a eles inerentes, sendo sua responsabilidade assegurar os direitos de educação, convivência familiar, orientação, cuidado e afeto, daqueles, aos quais, concederam a vida. Por esta razão, negar esses cuidados, além de atribuir sanções aos pais, causa danos irreparáveis à saúde física, mental e emocional das crianças e adolescentes desamparados, que na maioria das vezes, não conseguem se desenvolver de forma sadia.

Mesmo com tantos diplomas legais positivando e ressaltando as atribuições inerentes à condição de pai, inúmeros genitores preferiram ainda assim desconsiderar a importância de zelar por seus filhos, deixando-os à mingua de qualquer atenção, afeto ou cuidado.

Como visto neste trabalho, a tese da reparação civil por danos morais ganhou força ante a conjuntura do abandono afetivo, e tem sido cada vez mais aceita pela doutrina e pela jurisprudência. Obviamente, sabe-se que o Poder Judiciário não tem o condão de determinar que um genitor ame seu filho e muito menos, de monetarizar o afeto através de indenizações descabidas.

O que se pretende, na verdade, é que se faça valer todos os deveres impostos por lei, e que uma vez desrespeitados e configurados os pressupostos da responsabilidade civil, ensejem reparação.

Hoje, nosso ordenamento jurídico deixa entendível a possibilidade de indenizar em casos de abandono afetivo. Contudo, apesar dos avanços doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema, ainda permanece a resistência quanto a aceitação da reparação pecuniária quando o assunto é a afetividade, o que pressupõe a imprescindibilidade de se positivar a matéria para que não

existam mais dúvidas quanto à necessidade de compensação àqueles que tanto já sofreram.

Dessa forma, conclui-se, que apesar de ainda um pouco controverso, o abandono afetivo tem ganhado conotações importantes no âmbito do poder judiciário à medida que tem se verificado ser absolutamente cabível a condenação dos genitores que negligenciam afetivamente as suas progênes.

Cabe dizer não se tratar da trivialização do afeto e muito menos da interferência descabida do Estado na vida íntima familiar, mas sim da necessidade inequívoca de se manifestar aos pais que, aos filhos, também são devidos os alimentos para a alma, afinal de contas, “todos somos filhos de alguém, ainda que alguns se neguem por sua vez a serem pais

Convém expor, no entanto, que deve haver a reparação do dano pela falta de afetividade, não para que insurja um afeto que já não se fazia existente na relação familiar, mas que progressivamente seja estabelecida uma consciência de genitores mais responsáveis com a importância que o afeto determina na vida de uma personalidade de construção.

Para que o filho não sirva meramente como objeto na relação conjugal ou extraconjugal, mas que principalmente sejam respeitados os direitos mais importantes de um ser humano.

Embora as jurisprudências analisadas pelos tribunais ainda são divergentes, mas o abandono afetivo tem sido indenizado pela dor sofrida do filho, enfim, pelos direitos personalíssimos que foram violados.

A reparação nestes casos tem o condão de compensar o filho ofendido, ao passo que representa também uma sanção para o genitor causador do dano e um alerta para outros pais, no sentido de desestimular esse tipo de comportamento, prevenindo comportamentos repulsivos por parte de pais faltosos, promovendo com isto, uma nova concepção de família e sociedade.

Por fim, é importante que a responsabilidade civil que é reparatória seja utilizada com cautela para que essas relações não se fundem apenas em indenizações pecuniárias, mas também com a finalidade de garantir um real direito e não meramente fazer nascer um novo mercado que até então era desconhecido doutrinariamente e jurisprudencialmente.

5 REFERENCIAS

A ética do afeto. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, nº 668, 4 maios 2005. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6668> Acesso em 1 de abril de 2010.

BRASIL. Código Civil, Brasília, DF, Congresso Nacional, 2002.

_____. Constituição Federal, Brasília, DF, Senado Federal, 1988.

_____. Recurso Especial Nº 1.159.242, Terceira Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Julgado em 24/04/2012. Disponível em:<

https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1589

0657&sReg=200901937019&sData=20120510&sTipo=5&formato=PDF.

Acesso em: 12 abr. 2019.

_____. Recurso Especial Nº 757.411, Quarta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ministro Fernando Gonçalves, Julgado em 29/11/2005. Disponível em:. Acesso em: 12 abr. 2013. _____. Recurso Extraordinário Nº 567.164, Segunda Turma, Superior Tribunal Federal, Relator: Ministra Ellen Gracie, Julgado em 18/08/2009. Disponível em:<
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2567008=>>. Acesso em: 12 abr. 2019.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei do nº. 700, 2007. Disponível

em:<

http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83516

=>. Acesso em: 20 maio 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, out 1988.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. Dano Moral do Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Dimas Messias de. Adoção, guarda e convivência familiar. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

CHIARA, I. D. et al. **Normas de documentação aplicadas à área de Saúde**. Rio de Janeiro: Editora E-papers, 2008.

DEL-BUENO, Regina C. **O que é Pesquisa Básica ou Científica? Tipos de Pesquisa.** Artigo publicado em 03 de maio de 2015. Disponível em <http://www.abntouvancouver.com.br/2015/03/como-definir-o-tipo-de-pesquisa.html> Acessado em: 14/05/2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 8. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 5. _____. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família.** 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5.

DINIZ, **O Atual Estado do Biodireito.** 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. DELGADO, Mário Luiz. Um Novo Direito de Família que se projeta. Disponível em: - Acesso em: 31 de out. 2014.

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

INSTITUTO LUTERANO DE ENSINO SUPERIOR DE ITUMBIARA-GO. **Manual de Metodologia científica.** Itumbiara, 2011.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. Disponível em: <<https://ayanrafael.files.wordpress.com/2011/08/gil-a-c-mc3a9todos-tc3a9cnicas-de-pesquisa-social.pdf>>. Acessado em: 14/05/2019.

GANGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona Novo curso de direito civil brasileiro: direito de família - **As famílias em perspectiva constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 6.

GONÇALVES, Carlos Roberto: **Responsabilidade civil.** 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 6.

GROENINGA, Giselle Câmara. **A função do afeto nos contratos familiares.** In: Afeto e Estruturas Familiares, Coordenadores: Maria Berenice Dias, Eliene Ferreira Bastos e Naime Marcio Martins Moraes, Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HIRONAKA, GISELDA MARIA FERNANDES. **Responsabilidade civil na relação paterno-filial**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, 22 de abril de 2007. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=285>. Acesso em 4 de agosto de 2012.

LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LUTZKY, Daniela Courtes. **A reparação de danos imateriais como direito fundamental**. Porto Alegre:

LÔBO, Paulo. **Direito civil. Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Volume II. Direito de Família. 2012.

_____. **Novo curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 4.

_____. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 4.

KAROW, Aline B. S. Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo, **Apelação Cível nº 0004614-77.2009.8.26.0634**, Desembargador Coelho Mendes, São Paulo, 20 de abr. 2011

PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **Direito Civil Sistematizado**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

. SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. **Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo: A Valoração do Elo Perdido ou não Consentido**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v.8, n. 35, abril/maio 2006.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 700 de 2007, em tramitação. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83516

_____. Projeto de Lei nº 470 de 2013, em tramitação. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>

SILVA, Cláudia Maria da. **Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. 6, n. 25, ago./set. 2005.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2011

STF, **Recurso Extraordinário nº 567164 ED/MG**, Rel. Min. Ellen Gracie, 18 de ago. 2009.

STJ, **Recurso Especial nº 757.411-MG**, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Brasília, 29 de nov. 2005. 82 82

_____, **Recurso Especial nº 514.350-SP**, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Brasília, 29 de nov. 2005.

_____, **Recurso Especial nº 1.159.242-SP**, Rel. Min. Nancy Andrighi, Brasília, 28 de abr. 2009.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 8 ed. rev., atual. e ampla. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Caso Real de Abandono Paterno**. Disponível em: - Acesso em: 5 de fevereiro 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ZAMATARO, Yves. **Reflexões Acerca da Possibilidade de Reparação Civil decorrente de Abandono Afetivo**. Disponível em: - Acesso em: 19 de abr. 2019.