

RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CASOS DE ABANDONO AFETIVO: QUEM PAGA A CONTA?

Thays Oliveira da Silva¹
Ana Maria de Araújo Ananias²

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade abordar os aspectos jurídicos da parentalidade responsável em face de crianças e adolescentes, análise esta que será feita sob a ótica dos princípios Constitucionais presentes na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e Adolescente, utilizando – como método de abordagem – o dedutivo, ao se fazer uso de diversos instrumentos, tais como pesquisas bibliográficas sobre o tema, doutrinas especializadas nas áreas de Direito de Família e responsabilidade civil, sem – contudo – deixar de lado a melhor jurisprudência relacionada ao tema. Para tanto, parte-se do seguinte questionamento: como se daria a reparação civil dos genitores pelo dano psíquico causado pelo abandono afetivo? A resposta à problemática sugerida tem como objetivo principal chegar à responsabilização dos genitores em relação aos filhos, em caso de abandono afetivo, desde que comprovado o dano a integridade psíquica e moral na formação dos filhos menores. Muitos genitores negligenciam a criação da sua prole, ficando restritos apenas as obrigações materiais de subsistência, descumprindo deveres naturalmente decorrentes do estado de filiação. A atitude negligente por parte dos genitores acaba por provocar danos a integridade e a dignidade dos menores, razão pela qual se torna extremamente relevante a discussão em torno das consequências geradas em função do descumprimento do dever dos pais para com os filhos.

Palavras-chave: Estado de filiação. Abandono afetivo. Negligência. Dano. Responsabilidade Civil.

CIVIL LIABILITY IN CASES OF AFFECTION ABUSE: WHO PAYS THE ACCOUNT?

ABSTRACT

The present work aims to address the legal aspects of responsible parenting in the face of children and adolescents, an analysis that will be done under the perspective of the Constitutional principles present in the Federal Constitution of 1988 and the Statute of the Child and Adolescent, using - as a method of approach - the deductive, by making use of several instruments, such as bibliographical research on the subject, specialized

¹Aluna do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: liciathays@gmail.com

²Professora do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: araujoanancias@yahoo.com.br

doctrines in the areas of Family Law and civil liability, without - however - leaving aside the best jurisprudence related to the topic. To do so, we start with the following question: how would the civil reparation of the parents be given for the psychic damage caused by affective abandonment? The main objective of the answer to the suggested problem is to make the parents accountable to their children in case of affective abandonment, provided that the damage to the psychological and moral integrity of the minor children is proven. Many parents neglect to raise their offspring, being restricted only to material subsistence obligations, failing to discharge duties naturally derived from membership. The negligent attitude on the part of the parents ends up causing damage to the integrity and the dignity of the children, reason why the discussion about the consequences generated by the non-fulfillment of the duty of the parents towards the children becomes extremely relevant.

Keywords: Emotional abandonment. Negligence. Damage. Civil responsibility.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema “Responsabilidade Civil nos casos de abandono afetivo: quem paga a conta? ”, partindo inicialmente do estudo do Direito de Família, mais precisamente sobre o instituto da Responsabilidade civil.

A Constituição Federal de 1988 trouxe inúmeras inovações para o direito de família, dentre as quais se pode destacar o princípio da afetividade, que se encontra implícito na normativa constitucional.

Derivado do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, a afetividade é o fundamento das relações familiares atuais e um dos alicerces sobre o qual se sustenta a possibilidade de reparação por abandono afetivo.

O judiciário brasileiro tem se deparado com questões polêmicas sobre a responsabilidade civil por abandono afetivo, entendimentos diversos têm criado uma jurisprudência conflitante. De um lado, situam-se os que são contrários ao dever de reparação por abandono afetivo, afirmando que o amor não tem preço e ninguém é obrigado a amar ninguém; de outra parte, estão os que são favoráveis a reparação, garantindo que a ausência de afeto e cuidado dos pais em relação aos filhos pode culminar em danos emocionais em criança e/ou adolescente passíveis de reparação.

O objetivo geral deste trabalho é estudar a responsabilidade civil por abandono afetivo desde que reste comprovado ato lesivo aos direitos de personalidade do filho. Pretende-se, com esta pesquisa, contribuir para a discussão a respeito de quais seriam, efetivamente, os deveres dos pais perante a prole, e se estas obrigações se esgotam no dever de sustento, no dever de prestar alimentos. Isto porque se percebe que filhos abandonados afetivamente podem vir a desenvolver traumas na idade adulta. Ademais, deseja-se identificar e discutir criticamente neste trabalho como a doutrina e a jurisprudência brasileira vêm tratando do tema.

Para iniciar a discussão sobre o assunto deste artigo, realizou-se pesquisa bibliográfica 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.

Inicialmente, apresenta-se a visão constitucional da família e dos princípios afetos ao tema, destacando-se a dignidade da pessoa humana, a afetividade e a paternidade responsável.

A seguir, é feita uma breve análise com considerações sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, que consagrou a proteção integral e o reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos fundamentais.

Num terceiro momento, realiza-se uma análise sobre a questão da responsabilidade civil e a discussão sobre a possibilidade de sua incidência nas relações de afeto, mormente sobre as relações paterno-filiais, com abordagem das consequências psicológicas para os filhos vítimas deste abandono.

Por fim, é feita uma análise dos entendimentos jurisprudenciais acerca da matéria, trazendo decisões favoráveis e desfavoráveis, mostrando os fundamentos que levaram os julgadores a tal entendimento.

Assim, esse trabalho pretende discutir a responsabilidade civil e sua aplicação nas relações familiares, analisando a possibilidade de reparação em razão do abandono afetivo dos pais para com os filhos.

2. DO DIREITO DE FAMÍLIA

2.1 Noções gerais sobre família

Conceituar família é uma tarefa difícil, tendo em vista que nem a Constituição Federal nem o Código Civil a definem claramente. Não obstante, existe ainda uma variação de conceito de acordo com os ramos do direito.

Em sentido amplo, muitos doutrinadores conceituam família como o conjunto de pessoas ligadas por vínculos sanguíneos ou afetivos. Já em sentido mais restrito a família pode ser conceituada como a entidade composta por genitores e filhos formada pelo casamento, união estável ou família monoparental.

A legislação utiliza a palavra família em vários critérios com diferentes variações, em cada uma delas a família tem um significado diferente, de acordo com as peculiaridades de cada matéria ou ramo do direito.

Para Diniz (2012, ps. 27,28 e 29) a família possui caracteres biológicos, psicológico, econômico, religioso, político e jurídico. Biológico porque a família é um agrupamento natural, onde o indivíduo nasce e cresce, psicológico em razão dos sentimentos que unem o grupo, econômico, pois o homem e a mulher se auxiliam mutuamente para garantir a realização material, intelectual e espiritual do grupo,

religioso visto que por ser a família um ser ético e moral sofre influências das religiões, político por ser parte da sociedade e ter especial atenção do Estado e por fim o caráter jurídico tendo em vista que a família é uma estrutura organizada por normas jurídicas.

Conforme entendimento de Diniz (2012, ps. 25 e 26), existem alguns critérios de definição, a saber:

- a) Critério sucessório: família são os indivíduos que podem receber herança: parentes em linha reta, cônjuges companheiros e colaterais até o 4º grau.
- b) Critério alimentar: família são os ascendentes, descendente e irmão.
- c) Critério da autoridade: família é formada pelos pais e filhos menores, pois é onde atua o poder familiar.
- d) Critério fiscal: para o imposto de renda família é os cônjuges ou companheiros, filhos menores, filhos maiores inválidos ou que frequente faculdade às custas do pai até os 24 anos, ascendente inválido sob dependência econômica do contribuinte e filho que não more com o contribuinte, se pensionado em razão de condenação judicial.
- e) Critério previdenciário: família é considerada os cônjuges ou companheiros, filhos até 21 anos, filhas solteiras, e o convivente do trabalhador.

A evolução da sociedade brasileira trouxe importantes mudanças, sobretudo na estrutura familiar. O conceito de família modificou-se, o patriarcalismo foi sendo abandonado, destacando-se as funções sociais do ser humano, deixando de lado a visão do pai de família que até então tudo podia e tudo determinava.

A Constituição de 1988 trouxe grandes transformações no âmbito do Direito de Família, o legislador foi lentamente abandonando o modelo patriarcal e hierarquizado da família antiga e atribuindo mais direito aos filhos e as mulheres valorizando a família socioafetiva e privilegiando a dignidade da pessoa humana.

A atual Carta Magna consagrou importantes fundamentos do direito familiar, protegendo não apenas a família fundada no casamento, mas também a união estável, a família natural e a adotiva, além de resguardar a igualdade dos filhos e a igualdade constitucional do marido e da mulher.

Assim, antigos paradigmas foram sendo quebrados com o advento da Constituição Federal. Os integrantes de uma entidade familiar passaram a ser tratados de maneira igualitária, trazendo para o ambiente familiar, os preceitos de um sistema democrático.

A família, passa a ser entendida como sentimento de realização humana, que tem como principal amparo a afetividade. Tais mudanças ocasionaram a aprovação do Código Civil atual, que com base nos fundamentos constitucionais ampliou as normas do direito de família.

As uniões homoafetivas, ganham reconhecimento como entidade familiar, passível de produção de efeitos jurídicos, especialmente aqueles que envolvem o direito sucessório.

Vários regramentos foram deixando de existir, dando lugar a uma visão mais humanitária, com mais respeito ao próximo, valorização de opiniões alheias, onde a

cada um é permitido buscar sua própria felicidade, de acordo com suas próprias concepções. Ou seja, “cada vez mais a ideia de família afasta-se da estrutura do casamento. A família de hoje não se condiciona aos paradigmas originários: casamento, sexo e procriação” (DIAS, 2014, p. 40).

Desta maneira, assim como já mencionado, o princípio da afetividade passa a ser o principal fundamento para se chegar a uma caracterização de uma entidade familiar, ressalta-se que, para que o afeto tenha relevância no ordenamento jurídico é necessário que a convivência familiar seja pública, pois a sociedade só legitima aquilo que ela conhece.

O novo conceito de família trazido principalmente pela Constituição da República e pelo Código Civil de 2002, novas entidades familiares passaram a ter resguardo no ordenamento jurídico nacional.

2.2 Espécies de entidade familiar

A Constituição Federal passou a reconhecer outras formas de entidades familiares, não só aquelas que decorrem do casamento. Expressamente no texto constitucional, encontram-se três espécies de entidades familiares. São elas a *família matrimonial*, decorrente do casamento, a *união estável*, presente em seu art. 226, § 3º, e a *família monoparental*, decorrente de seu art. 226, § 4º.

Com o estabelecimento da Carta Magna, a família brasileira, passou a ser reestruturada, através de valores mais humanos, igualitários, diversificados, baseando-se e respeitando a dignidade da pessoa humana. A supremacia do casamento como única maneira de constituição de família, é superada. A partir do texto constitucional, são reconhecidas expressamente, além do casamento, a união estável como entidade familiar. A união estável refere-se aquele convívio público, contínuo e duradouro entre homem e mulher, com a ideia de constituir família.

Por sua vez, foi juridicamente reconhecida como entidade familiar, a família monoparental, uma comunhão formada por pais, ou qualquer deles e os seus filhos.

Segundo Maria Berenice Dias, tais disposições constitucionais não correspondem a um *numerusclausus*, existindo assim várias outras possibilidades de entidades familiares, logo que o critério maior para estabelecer uma entidade familiar é o afeto, seja ele entre pessoas de sexo diferentes ou não.

A família homoafetiva, surge como uma nova entidade familiar, que estabelece uma comunhão de vida através de um convívio público, contínuo e duradouro, com estruturas fundadas no afeto, mas instituído por pessoas do mesmo sexo. Trata-se da união familiar entre casaishomoafetivos.

Não obstante, o entendimento majoritário entre os doutrinadores é de que, a Carta Magna apenas exemplificou espécies de entidades familiares, visto que na sociedade atual, estamos em constantes mudanças.

2.3 Poder familiar

Carlos Roberto Gonçalves diz que o poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no que se refere à pessoa e aos bens dos filhos menores.

As principais características são: a) irrenunciabilidade, resultando inconciliável com a transação; b) indelegável, não podendo os pais renunciá-lo, nem dispor para outra pessoa; c) é imprescritível, no sentido de que não acaba, pelo fato do genitor não exercitar, podendo perdê-lo unicamente na forma e nos casos previstos em lei; e, por último, incompatível com a tutela, não se podendo nomear tutor a menor cujos pais não forem suspensos ou destituídos do poder familiar.

Os pais, em igualdade de condições, são os titulares do poder familiar, conforme dispõe o art. 226 § 5º da CF/88 “Os direitos e deveres referentes a sociedade conjugal são exigidos igualmente pelo homem e pela mulher”. No mesmo sentido dispõe o art. 21 do ECA, os pais devem exercer em igualdade de condições o poder familiar, recorrendo ao poder judiciário competente, em caso de discordância.

Embora as referidas normas não citarem todas as entidades familiares, estas devem ser abrangidas a quem se identifique como pai ou mãe do menor. O poder de família protege tanto os filhos biológicos como adotivos, enquanto menores, como indica o art. 1630 do CC/02, *in verbis*: “Os filhos estão sujeitos ao poder familiar enquanto menores”.

De acordo com disposição do Código Civil, em seu artigo 1632: “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”.

Entretanto, em tais situações, os pais discordam quanto ao exercício do poder familiar, colocando obstáculos pessoais frente ao dever maior que é cuidar do desenvolvimento dos filhos. Em situações como essa quaisquer dos genitores, podem recorrer judicialmente para solucionar o desacordo, fixando assim a guarda que melhor atenda aos interesses da criança.

Os direitos e deveres dos pais para com os filhos, estão elencados no art. 1634 do CC/02, *in verbis*;

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

- I - Dirigir-lhes a criação e a educação;
- II - Exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

- V - Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI - Nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII - Representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII - Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX - Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

O rol que enumera as possibilidades de extinção do poder familiar é taxativo, sendo previstas no artigo 1625 do Código Civil, da seguinte maneira:

Extingue-se o poder familiar:

- I. Pela morte dos pais ou do filho;
- II. Pela emancipação nos termos do artigo 5º, parágrafo único;
- III. Pela maioridade;
- IV. Pela adoção;
- V. Por decisão judicial, na forma do artigo 1638.

Em síntese, o poder familiar é extinto com a morte dos pais; se apenas um deles morrer, concentra-se ao outro o poder, se ambos morrerem, será nomeado tutor ao menor. Já se o filho menor morrer desaparece o objeto do poder familiar, sendo, então, extinto.

Portanto, o inciso primeiro trata da morte dos titulares ou do objeto do poder familiar, que são os pais ou o filho, respectivamente.

A suspensão do poder familiar, também poderá ocorrer se os pais, por abuso de sua autoridade, faltarem com os deveres a eles inerentes ou prejudicar os bens dos filhos. Outra hipótese de suspensão, é em caso de condenação por sentença irrecorrível em virtude de crime, no caso de penalidades não excedentes a dois anos de prisão.

Vale ressaltar, que essa suspensão é temporária, com isso, uma vez estacionado o motivo que a originou, os pais voltarão a exercer o poder familiar. Assim, fica claro que a suspensão é uma sanção imposta pelo juiz aos pais com o objetivo de proteger o menor contra a conduta lesiva dos genitores.

2.4 Princípios relacionados ao Direito de Família

Os Princípios Constitucionais do Direito de Família, que são fontes normativas de eficácia imediata, dentre os quais se destacam: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Proteção integral da Criança e do adolescente, Princípio da afetividade e Paternidade responsável.

O *princípio da dignidade da pessoa humana*, norteador de todos os demais princípios, está inserido em toda relação de Direito Civil, principalmente nas relações

familiares. Cada membro de uma relação familiar deve ter assegurado o pleno desenvolvimento da sua personalidade assegurado e a sua integridade psíquica e moral preservadas, essa é uma maneira de reconhecer todos os valores inerentes ao indivíduo, que são resguardados por este princípio.

Podemos citar como exemplo um julgado, do extinto Tribunal Civil de Minas Gerais, que condenou o pai a pagar indenização de dano moral pelo abandono paterno filial, em fase do princípio da dignidade da pessoa humana, cuja ementa é a seguir:

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. 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” (BRASIL, Tribunal de Alçada de Minas Gerais, 7ª Câmara de Direito Privado, 2004).

Outro princípio Constitucional afeto ao tema é o da *proteção integral da criança e do adolescente*, que está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa Humana, através da evolução da doutrina de proteção da criança e do adolescente, o menor passou a ser visto como um sujeito de direitos e deveres previstos na Constituição, tendo seus interesses priorizados e mantidos em especial proteção pelo Estado de Democrático de Direito.

Já o *princípio da afetividade*, com a evolução do conceito de família, os laços afetivos ganharam importância para o universo jurídico, pois os relacionamentos familiares passaram a se desenvolver na constância do afeto e proteção dos seus membros. Este princípio consolida o afeto como principal norteador do Direito de família.

Para Lôbo (2011; p. 73), “o princípio da afetividade é o princípio que fundamenta o direito de família, na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida”.

Outro importante princípio é o da *paternidade responsável*,² que abrange a responsabilidade individual e social dos genitores em priorizar o bem-estar dos membros de sua família, primando pelo respeito aos direitos que lhe são reconhecidos.

O *princípio da igualdade jurídica dos filhos*,² está expresso na Constituição Federal, no artigo 227, § 6º, segundo o texto legal, “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”, assim atualmente não existe nenhuma distinção entre a filiação independentemente se havidos ou não no casamento, se biológicos ou adotados, todos são apenas filhos e gozam dos mesmos direitos.

E por último, mas não menos importante, está o *princípio da solidariedade*, que traduz os deveres recíprocos existentes entre os integrantes da família de compreensão e cooperação, de ajudarem-se mutuamente sempre que necessário, abrangendo tanto obrigações de cunho alimentar quanto de assistência imaterial

(amparo, sustento, cuidado). Esse princípio encontra correspondência no art. 229 da Constituição da República de 1988 que assim determina, *in verbis*:

“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”.

Compreende-se que os princípios são regramentos jurídicos de fundamental importância na sociedade. Devendo ser observados e respeitados frente as relações familiares, possuem força normativa imediata, não apenas servindo para o preenchimento de lacunas na lei.

3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

3.1 Conceito de responsabilidade civil

A responsabilidade civil está ligada ao dever de reparar os danos motivados numa situação em que determinada pessoa sofre prejuízos jurídicos em decorrência de atos ilícitos provocados por outrem.

Deste modo, todo fato que de alguma maneira trazer prejuízo a alguém, deve ser reparado, com fundamento na responsabilidade civil, visto que seu objetivo é restaurar a harmonia e o equilíbrio moral e patrimonial perdido em razão do dano, o causador do prejuízo deve tentar restaurar o status que ante.

Assim como está disposto no código civil, a responsabilidade civil pode ser caracterizada a partir de diferentes contextos, por uma quebra de contrato ou pela prática de algum ato ilícito do ponto de vista do Direito Civil, como a negligência ou a omissão voluntária.

A responsabilidade pressupõe um dever jurídico antecedente, uma obrigação anterior que foi descumprida. Consequentemente, todo comportamento humano que, viole um dever jurídico originário, cause prejuízo a alguém, é fonte causadora de responsabilidade civil. Tal obrigação, está resguardada na máxima de não lesão a outrem (*neminemleadere*), que está assegurada desde o direito romano, que representa o limite da liberdade do indivíduo na vida em sociedade.

O Código Civil de 2002 reproduz a obrigação de indenizar no art. 927:

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

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

O ato ilícito está configurado quando alguém por ação ou omissão voluntária (dolo), negligência (inobservância de um regramento que ordena agir com negligência), imperícia (incapacidade para realizar determinado ato) ou imprudência (ato de agir sem cautela), causa dano a outro, conforme prescrição do art. 186 do Código Civil *,in verbis*:

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

Desta forma, pela leitura do art. 927, § único do mencionado Código, percebe-se que a ideia de reparação é mais extensa do que a de ato ilícito, já que há casos de responsabilização de prejuízo baseados no risco objetivamente considerado.

A responsabilidade civil representa, então, uma obrigação derivada, um dever jurídico sucessivo “de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências estas que podem variar (reparação pessoal e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p.45).

3.2 Aspectos funcionais da Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil é de extrema importância na sociedade atual, como já mencionado anteriormente, o intuito é restabelecer o equilíbrio interrompido pelo dano, seja ele moral ou patrimonial, de maneira que a vítima possa retomar aquilo que lhe foi prejudicado. O referido instituto expõe três funções, sendo, compensatória para a vítima, punitiva para o ofensor e pedagógica, com o intuito a tornar público que condutas semelhantes não serão toleradas.

Na função compensatória, a responsabilidade civil procura retomar o estado em que a vítima se encontrava anterior a lesão, restaurando o bem perdido, ou, quando não seja possível, em razão da natureza do bem, será devida indenização equivalente ao valor do bem prejudicado.

A segunda função, punitiva do ofensor, tem como escopo induzir o infrator a não cometer reiteradas práticas abusivas, como também, puni-lo pela ausência de cautela na prática de seus atos.

Desta forma, a responsabilidade civil, objetiva punir o lesante e desestimular futuras práticas de atos ilícitos. Porém, é importante ressaltar, que nas hipóteses em que

seja possível o restabelecimento da situação anterior, não há incidência desta função punitiva, visto que foi permitido a vítima ser recolocada no ponto exato em que se encontrava anteriormente ao dano.

Acerca deste tema, trata Maria Helena Diniz:

A responsabilidade civil pressupõe uma relação jurídica entre a pessoa que sofreu o prejuízo e a que deve repará-lo, deslocando o ônus do dano sofrido pelo lesado para outra pessoa que, por lei, deverá suportá-lo, atendendo assim à necessidade moral, social e jurídica de garantir a segurança da vítima violada pelo autor do prejuízo. Visa, portanto, garantir o direito do lesado à segurança, mediante o pleno ressarcimento dos danos que sofreu, restabelecendo-se na medida do possível o statu quo ante, logo, o princípio que domina a responsabilidade civil na era contemporânea é o da restitutio in integrum, ou seja, da reposição completa da vítima à situação anterior à lesão, por meio de uma reconstituição natural, de recurso a uma situação material correspondente ou de indenização que represente do modo mais exato possível o valor do prejuízo no momento e seu ressarcimento, respeitando assim, sua dignidade (2009, p. 7 e 8).

Por fim, a função pedagógica, busca tornar pública a toda coletividade que determinadas condutas análogas aquelas motivadoras de dano, não serão toleradas em meio a sociedade, de forma a intimidar que demais pessoas venham a praticar tais condutas.

3.3 Classificações da Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil é classificada pela doutrina em dois critérios: em razão da culpa e quanto a natureza jurídica da norma violada.

Quanto ao critério da culpa, a responsabilidade é dividida em objetiva e subjetiva. Em relação ao segundo critério, poderá ser contratual e extracontratual.

3.4 Responsabilidade Subjetiva e Objetiva

A responsabilidade civil subjetiva deriva de um dano causado em função de um ato doloso ou culposos. A culpa, possui natureza civil, será caracterizada quando o agente que ocasionou o dano, praticar o ato com negligência ou imprudência. Já o dolo, configura-se quando o agente atua de maneira consciente na produção do resultado.

Dentro da responsabilidade civil subjetiva, surge o princípio “Unusculque sua culpa nocet”, segundo o qual cada um responde pela própria culpa. Ao autor, caberá sempre o ônus de provar a culpa do réu, pois a pretensão reparatória é caracterizada um fato constitutivo do direito.

Contudo, existem determinadas situações em que não é necessário a existência do elemento culpa. Em tais hipóteses, estaremos diante da responsabilidade civil objetiva. Nessa espécie, o dolo ou a culpa na conduta do autor do dano é juridicamente insignificante, visto que somente será necessário na existência da união de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável, para que ocorra a obrigação de indenizar.

Conforme preceitua o artigo 927, parágrafo único do código civil, “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. “

Assim, segundo as lições de Gagliano; Pamplona Filho 2014, p. 59, no Brasil temos duas regras de responsabilidade civil, a responsabilidade objetiva, que prescinde de culpa, e a responsabilidade subjetiva, caracterizada em função da atividade de risco produzida pelo agente.

3.4.1 Responsabilidade Contratual e Extracontratual

Descritos os pressupostos genéricos da responsabilidade civil, passemos a analisar os critérios quanto a natureza jurídica da norma violada. A partir de então, temos uma subdivisão da responsabilidade civil: contratual e extracontratual ou aquiliana.

Quando o prejuízo se origina diretamente da violação de um preceito legal, por força do comportamento ilícito do agente infrator, temos a responsabilidade extracontratual.

De outro modo, quando a conduta ensejadora do dano é resultante do descumprimento de um dever contratual anteriormente fixado pelas partes, estaremos diante de uma hipótese de responsabilidade contratual.

O nosso ordenamento jurídico adotou essa classificação bipartida, aplicando as regras específicas para as duas espécies de responsabilidade, com particularidades próprias. A responsabilidade contratual é disciplinada nos artigos 389 e 395 do código civil. Já a responsabilidade extracontratual é tratada nos artigos 186 à 188 e 927, do referido diploma.

3.4.2 Responsabilidade Direta e Indireta

A responsabilidade direta ocorre quando o próprio agente causador do dano, responde por este; já a indireta, ocorre quando um terceiro responde pelo causador do dano, em função da relação jurídica que possui com o agente.

3.5 Pressupostos gerais da Responsabilidade Civil

Os pressupostos da Responsabilidade Civil são os requisitos essenciais à configuração da obrigação ou dever de indenizar. São eles: conduta humana, dano e nexo causal. Alguns doutrinadores incluem a culpa como pressuposto.

3.5.1 Conduta

A conduta é a ação comissiva ou omissiva, lícita ou ilícita, do próprio agente ou de terceiros ou ainda do fato de animal ou coisa, que cause danos a alguém, originando o dever de indenizar. A conduta será comissiva quando um ato que não deveria ocorrer é praticado, ou seja, por meio de uma ação, já a omissão ocorre da não observância de um dever jurídico de agir.

O dever de reparar os danos causados pela prática de ato ilícito deriva da culpa, na hipótese em que diante de determinada situação, poderia o indivíduo ter agido de modo diferente, sendo sua conduta incorreta.

A culpa não consegue atender a todas as situações, com isso, surgiu a responsabilidade sem culpa, decorrente de um ato lícito, onde o sujeito mesmo praticando o ato sem culpa e de forma lícita, em alguns casos previstos em lei terá a responsabilidade de reparar os danos causados a outrem.

A responsabilidade civil objetiva adotou a Teoria do Risco, tal teoria determina que mesmo a atividade sendo lícita, se causar perigo a outrem, aquele que a exerce é responsável civilmente pelos danos.

3.5.2 Dano

Para existir responsabilidade é necessário que ocorra o dano. Com isso, tendo o dano existido e ocasionando um sofrimento a outrem, o agente causador tem o dever jurídico de repará-lo da melhor forma possível, se não houver possibilidade de restaurá-lo a situação originária, deve-se compensar tal ato com uma reparação pecuniária, de caráter indenizatório.

Para que ocorra a Responsabilidade Civil, é necessário a existência de um prejuízo, de uma lesão, pois não há responsabilidade de indenizar se não houver efetivamente um dano a algum bem jurídico.

O dano moral caracteriza-se como sendo a lesão a interesses personalíssimos, de pessoa física ou jurídica, violando a dignidade da pessoa humana, sendo também passível de reparação.

Em contrapartida, o dano patrimonial é a lesão que atinge interesses relativos ao patrimônio ocasionando a perda ou deterioração, total ou parcial dos bens materiais. O dano patrimonial engloba o dano emergente, que é aquilo que o lesado efetivamente perdeu no seu patrimônio presente e o lucro cessante, que é o que a vítima deixou de ganhar em virtude do dano.

3.5.3 Nexo de causalidade

Nexo de causalidade é a relação entre a conduta do agente (ação ou omissão) e o dano. Para falar em responsabilidade civil, é imprescindível estabelecer relação de causalidade entre a ação e o evento danoso.

Para a caracterização do nexo de causalidade não é necessário que o dano seja resultado imediato da ação que o produziu, basta a evidencia de que sem determinada ação o fato danoso não ocorreria.

Contudo, existem situações que excluem essa causalidade, são elas: a) culpa exclusiva da vítima; b) culpa concorrente da vítima e do agente; c) culpa comum, ou seja, ofensor e ofendido causaram conjuntamente o mesmo dano, caso em que haverá compensação de reparações; d) culpa de terceiro, por caso fortuito ou força maior e quando houver pactuado cláusula de não indenizar.

3.5.4 Culpa

É importante ressaltar que a culpa não é definida e nem conceituada pelo nosso ordenamento jurídico.

A regra geral presente no Código Civil para caracterizar o ato ilícito, contida no artigo 186, estabelece que este somente se materializará se o comportamento for culposos. Neste artigo está presente a culpa *lato sensu*, que abrange tanto a dolo quanto a culpa em sentido estrito.

O dolo é a conduta intencional, na qual o agente atua de maneira conscientemente, desejando que ocorra o resultado ilícito ou assumindo o risco de produzi-lo.

Já na culpa *stricto sensu* não existe a intenção de cometer o dano. A conduta é voluntária, porém, o resultado alcançado não. O agente não deseja o resultado, mas

acaba por atingir, ao agir sem o dever de cuidado. A inobservância do dever de cuidado deriva-se pela imprudência, negligência ou imperícia.

Rui Stoco conceitua a culpa:

Quando existe a intenção deliberada de ofender o direito, ou de ocasionar prejuízo a outrem, há o dolo, isto é, o pleno conhecimento do mal e o direto propósito de o praticar. Se não houvesse esse intento deliberado, proposital, mas o prejuízo veio a surgir, por imprudência ou negligência, existe a culpa (*stricto sensu*) (STOCO, 2007, p. 133).

Parte significativa da doutrina entende que o disposto no artigo 186 do Código Civil considera que o ato ilícito só é configurado em caso de comportamento culposos, através do dolo ou culpa *stricto sensu*, sendo, portanto, a culpa condição fundamental do ato ilícito, e por conseguinte, da responsabilidade civil.

3.6 Responsabilidade Civil no Direito de Família

A aplicação da responsabilidade civil no Direito de Família, ainda é uma questão bastante complicada.

O instituto da responsabilidade civil entra no direito de família propriamente para impedir que atos ilícitos fiquem impunes no que se refere às relações de família da sociedade. A reparação tem como finalidade a compensação pecuniária, tendo em vista a natureza do dano que integra os direitos da personalidade e não os direitos patrimoniais, entende-se que a reparação serve apenas como paliativo para a dor e o sofrimento causado pelo autor do dano ao lesado.

Assim explica Gagliano; Pamplona Filho (2012, p. 738):

Nas relações de família, outrossim considerando que os sujeitos envolvidos não estão exercendo qualquer atividade que implique, pela sua própria essência, risco a direito de outrem, a esmagadora maioria das situações fáticas demandará a prova do elemento “culpa” a teor da regra geral definidora do ato ilícito, constante no art. 186 do CC.

O Direito de Família objetiva a proteção de abusos entre pais e filhos, cônjuges e companheiros, protegendo assim direito a personalidade e dignidade nas relações familiares.

Conforme entendimento doutrinário não é responsabilidade somente dos pais a assistência material, mas também o apoio moral e psicológico, sendo que a falta destes gera o direito de reparação civil.

A participação dos pais na formação e desenvolvimento dos filhos é de grande importância, caracterizando-se parte da dignidade dos filhos. Assim o pai ou a mãe que podendo descumpra o dever de convivência familiar, educação e amparo moral e psicológico deve reparar o dano que causar, analisando-se o caso concreto.

4. DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

4.1 DA PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Com o advento da Constituição Federal de 1988, surgiu a doutrina de proteção integral, disciplinada em seu art. 227, garantindo prioridade absoluta ao menor e sendo esta prioridade um dever da família, sociedade e Estado. Com isso, surgiu a necessidade de uma lei que regulamentasse esta prioridade e proteção do menor, oportunidade em que foi editado, sob a égide da Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 e da Convenção dos Direitos da Criança de 1989, o Estatuto da Criança e do Adolescente brasileiro.

O Estatuto da Criança e do Adolescente objetiva a proteção da criança e do adolescente, possibilitando a vivência num ambiente digno para seu desenvolvimento físico, mental, social, moral e espiritual em condições de liberdade e dignidade, além de todos os direitos fundamentais intrínsecos a pessoa humana, sendo dever da família, sociedade e do poder público assegurar de maneira prioritária os direitos a vida, saúde, alimentação, educação, esporte, lazer, cultura, profissionalização, dignidade ao respeito, liberdade, e a convivência familiar e comunitária.

O parágrafo único do art. 4º do ECA estabelece que a garantia de prioridade compreende:

Art. 4º ;

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

A convivência familiar é um direito fundamental, tão importante quanto o direito a vida, a saúde, a liberdade entre outros e por isso está previsto na Constituição Federal no art. 227 caput. O art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente também assegura a convivência familiar, dispondo que toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família.

A família é a base da sociedade (art. 226 CF/88) pois é nela que ocorre a formação do ser humano, onde será passado valores, princípios e ensinamentos fundamentais para a convivência em sociedade, daí a importância da preservação da convivência familiar. O descumprimento deste direito fere a dignidade do menor que levará os danos causados para a vida adulta, uma lacuna que permanecerá por toda a vida.

4.2 DA RESPONSABILIDADE DOS PAIS PARA COM OS FILHOS

Os pais desempenham um papel de grande importância na vida dos filhos, são a primeira e mais importante referência da criança. É no seio familiar que o menor desenvolve seu caráter, personalidade, emoções, afeto.

Como já dito anteriormente, a nossa legislação atribui deveres aos pais. Conforme o disposto na Constituição Federal, no artigo 27 “a família possui o dever de garantir a criança e ao adolescente com absoluta prioridade os direitos fundamentais, além de colocá-los a salvo de toda negligência, discriminação, exploração, crueldade e opressão.

O Código Civil também prevê a responsabilidade dos pais para com os filhos. Em seu artigo 1634, I e II, diz que “compete aos pais, quanto a pessoa dos filhos menores: I- Dirigir-lhes educação e criação; II- tê-los em sua companhia e guarda.”

No mesmo sentido dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, atribuindo aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores (art.22). No parágrafo único do mencionado artigo, diz que a mãe e o pai, ou os responsáveis, tem iguais direitos e deveres e responsabilidades compartilhadas no cuidado e na educação da criança.

Mencionadas as responsabilidades dos pais com os filhos, é importante saber que tais deveres não são extintos com o divórcio ou a dissolução da união estável. O código civil, no artigo 1632 afirma que “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 cabem de terem em sua companhia o segundo”.

Ocorre que, com a separação dos pais, muitos genitores se preocupam apenas com o dever material, em prestar alimentos aos filhos, deixando-os carentes na questão do afeto. É certo que o dinheiro é importante na subsistência do menor, mas ele não é capaz de suprir as necessidades psicológicas da criança, como o amor. Situações comuns vivenciadas por grande parte das famílias atualmente, demonstram que os pais negligenciam o cuidado com os filhos, conseqüentemente, traumas e danos psicológicos podem ser desenvolvidos, tornando difíceis de serem apagados com o tempo.

O nosso ordenamento jurídico, através da legislação civil e dos regramentos do Direito de Família, dispõe de meios próprios para punir os genitores que descumprem o dever parental, como a penalidade da perda ou suspensão do poder familiar.

Em consequência da situação de abandono afetivo sofrida por muitos filhos, e com fundamento em importantes princípios da nossa legislação, tais vítimas de abandono, tem ingressado judicialmente, com o objetivo de serem ressarcidas civilmente pelos genitores, em decorrência do dano psíquico provocado pela falta do afeto e do convívio no seu desenvolvimento.

4.2.1 Penalidades pelo não cumprimento das responsabilidades de abandono afetivo

Em caso de descumprimento do exercício do poder familiar, a legislação prevê algumas punições, estabelecidas nos artigos 1637 e 1638, do Código Civil.

Conforme dispõe o artigo 1637, em algumas hipóteses, poderá ocorrer até a suspensão do poder familiar:

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

Contudo, tal penalidade é objeto de discussão, pois entende-se que a suspensão do poder familiar, em algumas situações, favoreceria o genitor agressor, pois estaria afastando-o da convivência com o menor, pois como já visto anteriormente, a boa convivência familiar é de fundamental importância para o desenvolvimento saudável da criança.

O art. 1638 do Código Civil de 2002 assim dispõe:

Art. 1638: Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I- Castigar imoderadamente o filho II- Deixar o filho em abandono III- Praticar atos contrários à moral e aos bons costumes IV- Incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

No mesmo sentido, dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 129, traz um rol de medidas aplicáveis aos pais ou responsáveis que descumpram as obrigações legais, como advertência, perda da guarda, destituição da tutela, suspensão ou destituição do poder familiar.

A previsão contida no art. 186 do Código Civil de que todo cidadão tem o dever de ressarcir eventual dano causado a outrem com a sua conduta voluntária e consciente, juntamente com a aplicação dos princípios da responsabilidade civil no âmbito das relações familiares, é mais um fundamento legislativo para a reparação pecuniária em decorrência do abandono.

4.3 DO ABANDONO AFETIVO

Afeto é cuidar, proteger, dar atenção dentre outros sentimentos que proporcionam a criança um desenvolvimento moral, social, e psicológico satisfatório.

O abandono afetivo é a omissão dos pais, ou de apenas um deles, nos seus deveres de educação, cuidado, afeto, convivência e proteção do menor. Ao contrário do que muitos entendem, o abandono afetivo não é a falta de amor e sim o não cumprimento dos deveres na relação com os filhos.

Nas lições de Karow (2012, p.131):

O amor, dada a sua robustez e essência, é impossível ser mensurado, ainda que juridicamente, porem o afeto um dos gêneros do sentimento amor, e por vezes, a manifestação mais simples e inicial deste, e suficiente para marcar um novo conceito jurídico familiar.

A formação familiar moderna é baseada no afeto, o vínculo sanguíneo não é mais o principal fator da união familiar. Os laços entre os membros estão sendo consolidados pela afetividade e solidariedade recíproca. Como exemplo, temos a evolução do conceito de família e da constituição do casamento, que se forma através de ligações afetivas.

Segundo explica Nader (2010, p. 262):

A vida na idade adulta e a formação deste ser resultam de experiências vividas ao longo da vida, mormente no ambiente familiar, especialmente na infância e adolescência (,,) Se a criança cresce em um ambiente sadio, benquista por seus pais, cercada de atenção, desenvolve naturalmente a autoestima, componente psicológico fundamental ao bom desempenho escolar, ao futuro sucesso profissional e ao bom relacionamento com as pessoas.

A omissão e o afastamento do genitor, ocasionam sintomas negativos, que podem comprometer o bom desempenho durante todo o processo de formação da criança. O pai tem o dever de guarda, proteção e sustento, tal obrigação, não se esgota com o fim do casamento ou união estável, nem tampouco se resume ao papel de sustento alimentar.

Na sentença proferida pelo Juiz Mário Romano Maggioni, da 2ª Vara Cível de Capão da Canoa/RS, descreve com sabedoria, a função paterna:

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, educação). Quando o legislador atribui 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.

Pais que não convivem com os filhos e aceitam de maneira positiva essa não convivência, privando os filhos do carinho e afeto, estão descumprindo preceitos fundamentais, elencados no nosso ordenamento jurídico, violando direitos básicos de convivência familiar. Tais genitores devem ser responsabilizados civilmente por essa ausência.

4.3.1 Danos causados pelo abandono afetivo

O abandono afetivo do genitor poder ocasionar danos psicológicos na formação da criança. É certo que o menor não possui maturidade suficiente para entender o abandono afetivo que está sofrendo, alguns traumas, podem se desenvolver na idade adulta. Contudo, vale ressaltar, que nem todas as pessoas que foram negligenciadas na infância ou adolescência, desenvolvem os mesmos traumas.

Inúmeras atitudes podem despertar, na criança, sentimento de rejeição, frustração e abandono. Atitudes como não participar do cotidiano do menor, reuniões escolares, festas de aniversário, tratamento desigual em relação aos filhos de outro casamento. Variadas condutas geram lacunas na vida da criança, refletindo em danos psicológicos, físicos e emocionais. Surgem sentimentos de desvalorização, baixa autoestima, frustração, abandono.

A respeito do abandono moral dos genitores, Madaleno (2009, p. 310) discorre:

Dentre os inescusáveis deveres paternos figura o de assistência moral, psíquica e afetiva, e quando os pais ou apenas um deles deixa de exercitar o verdadeiro e mais sublime de todos os sentidos da paternidade, respeitante a interação do convívio e entrosamento entre pai e filho, principalmente quando os pais são separados ou nas hipóteses de famílias monoparentais, onde um dos ascendentes não assume a relação fática de genitor, preferindo deixar o filho no mais completo abandono, sem exercer o direito de visitas, certamente afeta a higidez psicológica do descendente rejeitado.

Em decorrência dos prejuízos psíquicos surgidos, faz-se necessário o acompanhamento psicológico, em busca de identificar e tratar a criança ou adolescente

que foi abandonado, de maneira que se possa constatar o dano sofrido, para que por ventura, busque uma reparação civil.

4.4 DO CABIMENTO DE INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO

4.4.1 Dos elementos da responsabilidade civil e sua relação com o abandono afetivo

Em capítulos anteriores, foram expostos os elementos da responsabilidade civil, a partir de tais elementos, verifica-se a sua relação com o abandono afetivo.

Para a responsabilidade civil por abandono afetivo ocorrer, é necessário a presença de todos os elementos narrados. É necessário que o fato: seja de forma omissiva pela privação da convivência do genitor, ou de forma comissiva com atitudes de rejeição e indiferença; que este fato seja antijurídico: a não observância do dever paterno ou materno de cuidar e proteger o filho tanto aspecto físico como psíquico e afetivo; que o fato tenha produzido danos: e preciso que a criança tenha sofrido efetivamente os danos em sua personalidade e dignidade, sendo mais gravoso na fase do desenvolvimento da personalidade; que os danos sejam considerados como causados pelo ato ou fato praticado: ou seja que haja o nexo causal entre a conduta de abandono do genitor e os danos a personalidade do menor.

Desta forma, preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil é cabível a indenização decorrente do abandono afetivo.

4.4.2 Dos critérios para fixação da indenização por abandono afetivo

A responsabilidade civil por abandono afetivo é de difícil comprovação, o ônus de todas as provas, é daquele que foi lesado, a quem caberia a tarefa de comprovar o dano, a conduta ilícita e o nexo, que se reflete de difícil comprovação caso as lesões tenham sido de natureza psíquica. Devem ser analisadas diferentes situações, em casos que o pai se distanciou por vontade própria, ou que a mãe impediu o contato dos dois, e até mesmo, em hipóteses em que o genitor não sabia da existência da criança, ou essa informação foi encoberta.

Caracterizando o abandono afetivo pelo genitor, este estará obrigado a reparar os danos causados ao filho, de natureza material, moral e psicológica pois ele precisa estar consciente dos seus deveres paternos. Para a configuração do prejuízo a criança, deve ser feita uma avaliação psicológica do menor, comprovando a existência do dano e a sua gravidade, em virtude do abandono sofrido.

Vimos em capítulos anteriores que uma das funções da responsabilidade civil é a compensatória, no sentido de ressarcir a vítima pelos prejuízos sofridos. Outra função é

a punitiva (condenatória) que visa desestimular condutas análogas a essas. Diante disso, observamos que a indenização servirá de lição para que outros pais não cheguem a praticar o mesmo erro. É uma maneira de precaver e desmotivar atitudes ilícitas, concedendo a vítima uma compensação pela perda de convívio.

Por não existir critérios fixados em lei, a doutrina e a jurisprudência tem tomado como referência para fixar indenizações a situação econômica do agente lesante, a condição financeira da vítima, para que não haja enriquecimento ilícito desta ou para que não seja paga uma indenização irrisória, e o grau de culpa do agente previsto no art. 944 do Código Civil, a gravidade da lesão, intensidade do sofrimento da vítima entre outros.

Conforme ensina Karow (2012, p.278):

Na verdade, busca-se um equilíbrio. Restituir integralmente a vítima; compensar o dano injusto; porém não de forma que venha dar punição excessiva ao agente, dissociada de sua culpa. Em termos claros significa restituir a vítima; porém não em um valor superior ao necessário à compensação do dano. Para isso torna-se em conta a extensão do dano e a culpa do agente.

Para a fixação de indenização, o juiz irá determinar o valor da reparação baseando-se na análise do caso concreto e na sua convicção, observando as provas de forma justa e prudente, utilizando-se do livre convencimento motivado. O magistrado deve nortear-se pelo princípio da razoabilidade, agindo de forma coerente, racional, e pelo princípio da proporcionalidade que representa à medida que o juiz deve agir, objetivando o equilíbrio entre os meios empregados e os fins pretendidos.

Por isso os casos de abandono afetivo devem ser analisados com cautela pelos magistrados, diante de cada caso concreto, para que não haja decisões arbitrárias, injustas e que tragam prejuízo a uma ou ambas as partes.

4.5 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DA MATÉRIA

O judiciário brasileiro ainda não possui um consenso a respeito do tema, gerando assim decisões divergentes, emanadas de todas as partes do país.

Desde então, temos entendimentos jurisprudenciais favoráveis e desfavoráveis referente a reparação por abandono afetivo.

4.5.1 Posicionamentos desfavoráveis

Aqueles que são contrários a responsabilidade por abandono afetivo alegam que o amor não é passível de valoração pecuniária, pois não se pode obrigar ninguém a amar o outro. Muitos defendem que em casos de abandono afetivo, a perda do poder familiar já é penalidade suficiente.

Vejamos essa Apelação Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgada recentemente, em 09 de novembro de 2016:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO. ABALO EMOCIONAL PELA AUSÊNCIA DO PAI. O pedido de reparação por dano moral no Direito de Família exige a apuração criteriosa dos fatos e o mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui situação capaz de gerar dano moral, nem implica ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo mero fato da vida. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70071387666, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: LiselenaSchifino Robles Ribeiro, Julgado em 09/11/2016).

(TJ-RS - AC: 70071387666 RS, Relator: LiselenaSchifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 09/11/2016, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 11/11/2016)

Em tal decisão, verificou-se que o mero distanciamento afetivo do genitor não é suficiente para comprovação do dano moral, devendo ser feita uma análise mais profunda acerca do caso.

Outra decisão improcedente frente ao tema, foi a Apelação Cível julgada em 17 de novembro de 2015 no Tribunal de Justiça de São Paulo:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABANDONO AFETIVO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. MANUTENÇÃO. APELO DA AUTORA NÃO PROVIDO. 1. Sentença que julgou improcedente a ação de indenização por danos morais decorrente de abandono afetivo. Manutenção. 2. Ação de investigação de paternidade ajuizada quando a autora já contava com 34 anos de idade, sendo que não procurou o pai anteriormente. 3. Ausência de qualquer elemento probatório no sentido de que o réu tivesse ciência da existência da filha, ou de que tenha desviado patrimônio para prejudicá-la. Além disso, tão logo realizado o exame de DNA, reconheceu a paternidade. 4. Apelação da autora não provida (TJ-SP - APL: 00029499320118260104 SP 0002949-93.2011.8.26.0104, Relator: Alexandre Lazzarini, Data de Julgamento: 17/11/2015, 9ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 17/11/2015).

Neste caso, a apelação da autora não foi provida, visto que a Ação de Investigação de Paternidade, foi ajuizada quando a requerente já contava com 34 anos de idade, durante todo esse tempo, não ficou comprovado que o pai sabia da existência da filha, com isso, inexistindo o argumento de que houve abandono afetivo.

Neste outro recurso, a decisão foi de improcedência ao pedido de indenização por abandono afetivo, sob argumento de que houve ausência de conteúdo probatório que justifique a reparação pecuniária;

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO C/C PERDAS E DANOS, PROPOSTA POR FILHA EM FACE DO GENITOR. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DA AUTORA. Alegação de fazer jus a reparação pecuniária, por ter sido negligenciada pelo genitor durante toda a vida. Insubsistência. Impossibilidade de atribuir ao requerido abandono afetivo durante o período em que não havia sido declarada a paternidade, enquanto a demandante possuía vínculo de filiação com terceiro. Declaração de paternidade em relação ao requerido ocorrida após a vida adulta da demandante. Requerido que não demonstra a intenção de se aproximar da filha. Inexistência de obrigação legal de manter vínculo de afeição. Pretensão que escape ao arbítrio do poder judiciário. Ausência de conteúdo probatório apto a demonstrar circunstância extraordinária que justifique a reparação pecuniária pretendida. Não demonstração de ocorrência de dano afetivo indenizável. Sentença mantida. Recurso desprovido (TJ-SC - ac: 20140278376 Blumenau 2014.027837-6, Relator: Denise Volpato, data de julgamento: 22/03/2016, sexta câmara de direito civil).

A relatora do julgamento Denise Volpato, discorre em um trecho do seu voto que:

Não se pode compelir, obrigar, - seja por decisão judicial, seja pelo poder de polícia exercido pela esfera administrativa -, os pais amarem seus filhos. Este sentimento decorre, naturalmente, da convivência, na assistência, no ato de ser "pai". "Ser pai", portanto, traduz-se numa opção, não se sustentando apenas no laço sanguíneo, sob pena de negar-se, inclusive, a possibilidade da paternidade socioafetiva.

A jurisprudência é diversa acerca do assunto, temos inúmeros casos que negaram a indenização por danos morais em decorrência do abandono afetivo. Portanto, é necessário analisar os elementos específicos para configurar a existência o dano moral pelo abandono afetivo.

4.5.2 Posicionamentos favoráveis

Em oposição aos entendimentos contrários, temos aqueles que são favoráveis a reparação civil, aduzindo que o mero dever de prestar alimentos não é suficiente, sendo necessário o efetivo exercício do dever de cuidado, proteção e amparo, garantindo o saudável desenvolvimento moral e psíquico da criança.

Temos então, a primeira ação judicial favorável a indenização por abandono afetivo, na ocasião, o então Tribunal de Alçada de Minas Gerais condenou um pai a pagar indenização de duzentos salários mínimos a título de danos morais ao filho, pela falta de convívio.

EMENTA – INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. (TAMG – 2.0000.00.408550-5/000(1) Relator: UNIAS SILVA, Data de julgamento 01/04/2014, Data da publicação 29/04/2014).

Pautada no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, a decisão expõe que:

No que respeita à dignidade da pessoa da criança, o artigo 227 da Constituição Federal expressa essa concepção, ao estabelecer que é dever da família assegurar-lhe "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-la "à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão". Não é um direito oponível apenas ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família.

Assim, compreende-se que a responsabilidade não se pauta tão-somente no dever alimentar, mas se insere no dever de possibilitar o desenvolvimento humano dos filhos, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana.

Um dos casos dos julgados de maior destaque, foi o Recurso Especial, julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em abril de 2012;

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurto, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.
5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012)

O voto da Relatora expõe de maneira brilhante a importância do dever de cuidado nas relações familiares;

Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empecilho sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar. Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tísado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. **Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever. (Grifo nosso)**

Progressivamente vão se formando entendimentos jurisprudenciais favoráveis a responsabilidade por abandono afetivo, alçados no dever de cuidado dos genitores, legalmente estabelecido em nosso ordenamento.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o que foi demonstrado no presente trabalho, observa-se que o conceito de família sofreu importantes mudanças ao longo do tempo, sobretudo com o advento da Constituição Federal de 1988. Foram estabelecidas igualdades entre cônjuges, filhos oriundos ou não do casamento. As entidades familiares também evoluíram, sendo reconhecidas a União Estável e a família Monoparental.

Instauram-se no nosso ordenamento jurídico importantes princípios, dentre eles o da afetividade. Os laços familiares passaram a ser consolidados no afeto de seus membros e não apenas nas ligações sanguíneas. Assim, o princípio da afetividade consolida o afeto como o principal elemento norteador do Direito de Família.

Outro importante princípio ganha destaque, com o estabelecimento da Constituição e posteriormente o Estatuto da Criança e do Adolescente, nasce o princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, através dele, o menor passou a ser visto como sujeito de direitos e deveres previstos constitucionalmente, tendo interesses priorizados e protegidos pelo Estado.

Nessa concepção, a paternidade deverá ser exercida de maneira responsável, com o bom convívio entre pais e filhos, resguardando e assegurando os direitos e deveres de ambos. A paternidade deve ser exercida de maneira responsável, o dever de proteção e convivência devem ser mantidos, mesmo após o divórcio. Apenas a prestação alimentar não é suficiente para manter o desenvolvimento da criança, que necessita da presença do genitor para que cresça de forma saudável, livre de traumas.

Busca-se o exercício da paternidade responsável, de maneira que não ocorram negligências. A criança não deve ser penalizada pela omissão do genitor, seu desenvolvimento deve ser sadio e equilibrado.

A responsabilidade civil adentra nas relações familiares para evitar a impunidade dos genitores em decorrência dos atos ilícitos praticados, como o abandono afetivo que caracteriza a violação dos direitos assegurados na Carta Magna.

Comprovado a ilicitude da conduta (seja ela intencional ou proveniente de negligência), o dano moral e o nexo de causalidade entre o ato e o dano, entende-se que é perfeitamente cabível a indenização. Contudo, não é qualquer abandono que pode gerar a obrigação de indenizar, corre-se o risco de banalizar as ações no judiciário. Note-se que é imprescindível a comprovação do dano psíquico causado ao filho, não bastando a simples e vaga alegação de abandono.

Portanto, concluímos que a responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo, objetiva indenizar o filho, pelos danos ocasionados pela omissão do seu genitor, como também, visa punir o comportamento desses pais, desestimulando e prevenindo futuras atitudes semelhantes na sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil brasileiro**. Brasília: Senado Federal, 2002.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**, 26ª ed. Saraiva – São Paulo, 2012.

_____. Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**, 26ª ed. Saraiva – São Paulo, 2012.

_____. Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro**; Imprensa: São Paulo, Saraiva, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, 2ª ed. Saraiva- São Paulo, 2012.

_____. Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2014.

KAROW, Aline Biasuz Suarez, **Abandono afetivo: Valorização Jurídica do Afeto nas Relações Paterno – Filiais**, Juruá, 2012.

JUSTIÇA, Superior Tribunal, REsp 1159242/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi. Terceira turma, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012, Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Dano+Moral+Decorrente+de+Abandono+Afetivo>. Acesso em: 16 de novembro de 2017 às 20:10hs.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A Repersonalização das Relações de Família**; Teresina, ano 8, n 307, 10 maio 2004. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/8106-8105-1-PB.doc> Acesso em 12 de novembro de 2017 às 14:00hs.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça, 2.0000.00.408550-5/000(1) Rel. Unias Silva, Data de julgamento 01/04/2014, Data da publicação 29/04/2014, Disponível em : <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Dano+Moral+Decorrente+de+Abandono+Afetivo>. Acesso em: 15 de novembro de 2017 às 21:30hs.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça, 102510802614140011/MG, Rel.: Nilo Lacerda, Data de Julgamento: 29/10/2009, Data de Publicação: 09/12/2009, Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Dano+Moral+Decorrente+de+Abandono+Afetivo>. Acesso em 10 de novembro de 2017 as 22:15hs;

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil. Vol. 7: Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. AC: 70071387666 RS, Rel: LiselenaSchifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 09/11/2016, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 11/11/2016, Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Dano+Moral+Decorrente+de+Abandono+Afetivo>. Acesso em: 15 de novembro de 2017 as 16:30hs.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, APL: 00029499320118260104 SP 0002949-93.2011.8.26.0104, Rel: Alexandre Lazzarini, Data de Julgamento: 17/11/2015, 9ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 17/11/2015. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Dano+Moral+Decorrente+de+Abandono+Afetivo>. Acesso em: 16 de novembro de 2017 as 01:30hs.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça, ac: 2014027876/ Blumenau, Rel. Denise Volpato, data de julgamento 22/03/2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Dano+Moral+Decorrente+de+Abandono+Afetivo>. Acesso em: 16 de novembro de 2017 as 22:00hs.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência** - Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.