

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS POR ABANDONO AFETIVO E A ÓTICA CONTEMPORANEA DOS TRIBUNAIS

*PARENTS 'CIVIL RESPONSIBILITY FOR AFFECTIVE ABANDONMENT AND THE
CONTEMPORARY VIEW OF THE COURTS*

Josiane Marcia FERNANDES¹

ISSUE DOI: 10.21207/1983.4225.523

RESUMO

Este estudo tem por objetivo esclarecer sobre o dano moral, a responsabilidade civil e suas classificações, bem como, o abandono afetivo, considerando os princípios fundamentais elencados em nosso ordenamento jurídico, sobre tudo, a responsabilização civil dos pais por abandono afetivo. O sistema jurídico brasileiro é orientado por princípios fundamentais que expressam os costumes e valores acolhidos pela sociedade. O abandono afetivo dos filhos sempre foi considerado uma conduta ilícita em nossa sociedade e com recursos basilares de proteção em nosso Direito brasileiro. A sua rejeição é coerente com os valores fundamentais que estruturam o ordenamento jurídico, pois tal proteção é para garantir o melhor interesse do menor, bem como, notadamente, o respeito à dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Dano Moral. Reparação Civil. Abandono Afetivo

¹ Pós Graduada pelo Centro Universitário de Maringá em Direito Civil, Processo Civil e Direito do Trabalho (2017) – Aluna não regular do Programa de Pós graduação em Ciências Sociais stricto sensu na disciplina de Tópicos Avançados de Identidade da Universidade Estadual de Maringá (UEM) - (2016). Bacharel em Direito pela Faculdade Alvorada de Tecnologia e Educação de Maringá (2012) – Pós Graduada pela Escola da Magistratura do Paraná (EMAP) em Direito Aplicado (2013) –Aluna do Curso Preparatório para Magistratura Federal – ENFASE (2017). Advogada. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/7037727118352601>. Contato: j.adv.fernandes@hotmail.com.

ABSTRACT

This study aims to clarify moral damage, civil liability and its classifications, as well as affective abandonment, considering the fundamental principles listed in our legal system, above all, the civil liability of parents for emotional abandonment. The Brazilian legal system is guided by fundamental principles that express the customs and values accepted by society. The emotional abandonment of children has always been considered an unlawful conduct in our society and with basic protection resources in our Brazilian law. Its rejection is consistent with the fundamental values that structure the legal system, as such protection is to guarantee the best interest of the child, as well as, notably, respect for the dignity of the human person.

Keywords: *Moral Damage. Civil Repair. Affective Abandonment*

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo demonstrar a premente necessidade de garantir ao cidadão uma maior efetividade dos direitos sociais através das políticas públicas ligadas à seguridade social. A realidade brasileira é marcada por agudas desigualdades sociais e grande parte da população enfrenta dificuldades para obter uma condição de vida digna.

Ao se observar o núcleo familiar, no tocante ao dano moral e aos preceitos constantes no ordenamento jurídico, percebe-se uma discussão referente ao abandono afetivo e a responsabilidade civil dos pais.

Inevitavelmente, tantos os doutrinadores como os operadores do direito, dividem-se [em opiniões diversas] em relação ao tema, pois o Estado deve proteger o direito à vida, a dignidade da pessoa humana, que constitui o bem jurídico supremo, bem como a família, pois a ausência dos genitores na formação humana pode diretamente ou indiretamente, afetar a formação do ser, por essa razão fala-se em dano moral e responsabilidade civil, institutos consagrados desde a antiguidade.

Apesar de estar consagrado em nossa Constituição Brasileira, em seu art. 227, que:

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

Não é possível obrigar uma pessoa a amar a outra. Nesse contexto complexo e sensível, a responsabilidade civil pode ser utilizada como uma arma, não para obrigar a amar, mas conscientizar os pais de sua obrigação como genitores, como responsáveis diretos pela formação desses futuros cidadãos.

2 DANO MORAL

O termo *dano moral*, pode ser traduzido em o instituto que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio, é a lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.² Conceito esse já pacificado por nossa doutrina pátria, do qual é um dano causado a outrem passível de indenização. Indenização essa, que deve ser estudada e verificada, calculando e mensurando assim o grau de dano causado e o dano sofrido.

O código civil brasileiro estabelece em seu artigo 927, que “aquele que por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” A reparação surge decorrente de três requisitos: o ato ilícito, o dano e o nexo de causalidade entre o ato e o dano.³ Ainda no artigo 186 da referida lei, reza que o dano moral é passível de reparação.

O dano, propriamente dito, pode ser dividido em duas categorias: os patrimoniais e os não patrimoniais. Segundo Maria Helena Diniz, o dano moral é a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica provocado pelo fato lesivo.⁴ Para Wilson de Melo Silva, “dano moral é tudo aquilo que não seja sucessível de valor econômico”.⁵ Em outras palavras, mensurar o valor do dano seria relativo ao que foi suportável ou não à pessoa lesada.

Quanto se fala em dano patrimonial, a possibilidade de se calcular seria mais simples, pois se fala em matéria, todavia o dano não patrimonial se refere a algo mais profundo, sendo, muitas vezes, imperceptível aos olhos humanos pois se refere a integridade, a

² GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p.359.

³ BULOS, Uadi Lammego. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010, p.552.

⁴ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p.81.

⁵ SILVA, Wilson de Melo. O Dano Moral e Sua Reparação. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993, p.13.

espiritualidade daquele que foi lesionado, a sua intimidade. Lesão essa que muitas vezes para que seja reparada, nem mesmo a quantificação em dinheiro seria possível pois o trauma tanto psíquico como afetivo trariam prejuízos irreparáveis.

De suma importância, consignar que a Constituição Federal de 1988, assegura em seu artigo 5º, inciso V, o direito de resposta proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou a imagem, e ainda, no Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 62, transcreve como direito básico a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

O *dano patrimonial*, resguardado pelo Código Civil Brasileiro em seu artigo 402, e nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho é aquele que atinge o patrimônio da vítima, podendo-se mensurar financeiramente e indenizar o dano emergente sofrido pela vítima, bem como quanto ao lucro cessante, que seria aquele que ela efetivamente perdeu e o que razoavelmente deixou de lucrar.⁶

Todavia, o *dano não patrimonial* não comporta esse tipo de reparação, por resultar exclusivamente da subjetividade da vítima. Não se busca impor ao sofrimento um valor em pecúnia, mas atenuar o sofrimento da vítima, isso porque essa reparação além de trazer certa satisfação material, também traz ao mesmo, a satisfação espiritual, reparação essa também sancionadora, para que o agente não seja reincidente no dano.

(confuso – conceituação feita repetidamente)

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A responsabilidade civil é um instituto de conteúdo extenso e complexo, entretanto, Miguel Maria de Serpa Lopes resume em poucas linhas que a *responsabilidade civil* é a obrigação em reparar um prejuízo, seja por decorrência de culpa, ou de outra circunstância legal, sendo essa culpa presumida ou meramente objetiva.⁷

Urge mencionar, que inúmeras são as correntes doutrinárias a respeito da responsabilidade civil, como já mencionado, em razão da

⁶ FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 97.

⁷ LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 160.

complexidade e amplitude do tema, que podemos definir como a obrigação de fazer ou não fazer algo, ressarcir ou reparar algum dano, ou seja, exprimir, sempre, a obrigação de responder por algo, financeiramente ou não.

Caio Mário, nos ensina que, para a configuração da obrigação de indenizar no âmbito da responsabilidade civil subjetiva, seja invocada a presença de três elementos: a) a verificação de conduta ante jurídica; b) a existência de um dano, seja este material ou imaterial; c) e o estabelecimento de nexo de causalidade entre um e outro, de forma a precisar que o dano decorre de conduta antijurídica, caso não houvesse este, não teria afetado o bem jurídico.⁸

Podemos classificar ainda, a responsabilidade em objetiva e subjetiva, ambas movidas pela Teoria da Responsabilidade Objetiva e Teoria da Responsabilidade Subjetiva.

A teoria da responsabilidade objetiva, explana Fabio Ulhoa Coelho, que o sujeito de direito pode ser responsabilizado objetivamente por danos causados em razão de atos ilícitos de duas formas: a) a formal específica de previsão legal; b) e a material através de exploração de atividade, qual se possibilite socializar custos entre os beneficiados. Dessa forma, possui responsabilidade civil formal o sujeito em que a norma atribui a obrigação de indenizar o dano, independente da culpa, já a responsabilidade civil material é quando o sujeito é obrigado a prestar indenização mesmo não sendo o culpado pelo dano, porém por ocupar posição que economicamente lhe possibilite socializar os custos da atividade.⁹

Já a teoria da responsabilidade subjetiva pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Dessa forma, não havendo culpa não haverá responsabilidade.

Para Caio Mário da Silva Pereira, o que sobressai na teoria da responsabilidade subjetiva, no foco das considerações e dos conceitos, é a figura do ato ilícito, como ente adotado de características próprias e identificando na sua estrutura, requisitos, efeitos e elementos. A essência da responsabilidade subjetiva vai fundamentalmente na pesquisa ou indagação de como o comportamento contribui para o prejuízo sofrido pela

⁸ SILVA. Caio Mario Pereira da. Teoria Geral do Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 661.

⁹ COELHO. Fabio Ulhoa. Curso de Direito Civil. v.2. São Paulo: Saraiva, 2004.

vítima. Somente gerará efeito ressarcitório uma determinada conduta que no âmbito jurídico se reveste de certos requisitos ou certas características.¹⁰

A responsabilidade civil é considerada subjetiva quando inspira a idéia de culpa do agente que causou o dano, prova essa é a fonte para que nasça o dever de indenização. Será subjetiva porque se submete ao comportamento do sujeito.¹¹

O dano é o elemento norteador para o processo de compensação de dano sofrido pela vítima, apesar da grande discussão em volta desse tema, muitas vezes ainda, não contempla a necessidade cotidiana de repercussão íntima sofrida pela vítima.

Nos casos de abandono moral, o que incide é a *responsabilidade extracontratual ou aquiliana*, da qual o agente não tem vínculo contratual com a vítima, mas um vínculo legal, imposto pelo ordenamento e, em razão do descumprimento do dever legal, por ação ou omissão, com nexo de causalidade, culpa ou dolo, esse causará um dano passível de responsabilidade.

4 A FAMÍLIA NO CONTEXTO JURÍDICO

Até a metade do século XIX, a família apresentava um caráter patriarcal. O avanço da sociedade contribui com o surgimento de novas entidades e, em decorrência, tanto o direito quanto o estado identificaram a necessidade de criação de normas para se adequar a essa realidade.

No âmbito jurídico, o avanço social influenciou a elaboração de normas. Na Constituição de 1988, houve um progresso considerável no conceito de família, estabelecendo entidades familiares, procurando adequar à lei a realidade social atual, a iniciar pelo Código Civil de 2002 inovando por exemplo, a substituição da expressão “pátrio poder” pelo “poder familiar.”

Ao se pensar no termo “família”, trás a mente de um homem e uma mulher, unidos pelo casamento e cercados de filhos.¹² Essa união se

¹⁰ PEREIRA. Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 29.

¹¹ RODRIGUES. Silvio. Direito Civil: Responsabilidade Civil. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002 p. 11

¹² DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 8 ed. 2011, p. 40.

amplia significativamente com a prole, seu crescimento e desenvolvimento.

Com a evolução e a necessidade de criar leis, surgiu o Direito de Família para organizar e regular as relações familiares e solucionar os conflitos procedentes.

O Pluralismo das relações familiares rompeu o aprisionamento do molde da atual família ao casamento. A consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento, essa mutação opera verdadeira transformação na família tradicional. O ordenamento jurídico identificando a necessidade de reconhecer outras entidades familiares e a proteção da união estável, bem como a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes, é chamada de monoparental.¹³ (confuso)

O direito vem regulando e legislando sempre com o intuito de manter o equilíbrio social e para contribuir na formação do indivíduo, na constituição do “si mesmo”, relações interpessoais e sociais.¹⁴

4.1 FAMÍLIA MATRIMONIAL

Tanto o Estado como a igreja, na tentativa de regular as relações afetivas, adotaram postura conservadora para preservar um estrito padrão de moralidade. Dessa forma estabelecendo interditos e proibições de natureza cultural e não biológica, os relacionamentos amorosos passaram a ser denominados de família.¹⁵

Com a separação do Estado e da igreja, ocasionando um enfraquecimento da igreja católica e o fortalecimento do Estado surgiu o casamento civil.

Com o surgimento do Império em 1822, foi mantida a tradição de Portugal em relação a tutela da igreja católica sobre a instituição do casamento. A igreja atribuía o caráter de sacramento, não existindo o casamento civil.

O casamento apenas religioso é considerado união estável, porém o casamento civil oferece maior segurança e estabilidade a união. Os

¹³ DIAS, op. cit. p. 41.

¹⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato e União Estável. 7 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 10 e 11.

¹⁵ DIAS, op. cit. p. 44 e 46.

direitos e deveres são impostos para vigorarem durante sua vigência e até mesmo após a dissolução pelo divórcio, ou mesmo pela morte. A lei estabelece algumas posturas prévias como cláusulas, condições, regras como deveres dos cônjuges. Para que os nubentes possam casar, basta a mera manifestação de vontade, que no máximo podem através de pacto nupcial, eleger regime de bens a vigorar quando da dissolução do casamento.¹⁶

4.2 UNIÃO ESTÁVEL

A união estável é a relação de um homem e uma mulher que possuem impedimento para o casamento, decorrente de convivência pública, contínua e duradoura, formada com objetivo de constituição de família. Esse instituto está previsto no artigo 226 da Constituição Federal de 1988, bem como artigo 1.790 da Lei Civil, da qual conferiu ao companheiro direitos sucessórios. Artigo esse que abriu grande discussão constitucional conforme o RE nº 878.694/MG.

Para se caracterizar a união estável, a doutrina e a jurisprudência vêm considerando como pressupostos a existência de relação afetiva, duradoura, estabilidade, convivência sob o mesmo teto, prole e dependência econômica. Isso não significa que seja totalmente essencial a presença de todos esses requisitos. Há de se verificar o caso concreto.

Há grande importância na convivência entre homem e mulher, de forma não passageira, nem fugaz, em convívio como se marido e esposa fosse.¹⁷ A união estável inicia de um vínculo afetivo, duas pessoas começam a ser identificadas no meio social como um par, dessa forma o relacionamento se torna uma unidade. O casal transforma-se em totalidade única da qual produz efeitos pessoais com reflexos de ordem patrimonial. E, por isso, que ser a vida em comum e a mútua assistência são apontadas como seus elementos caracterizadores. A exigência de notoriedade, continuidade e durabilidade, só será como forma de comprovar a existência do relacionamento.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ VENOSA, Silvio Salvo. Direito Civil: Direito de Família. São Paulo: 2008, 8 ed., vol VI, p.37.

4.3 FAMÍLIA MONOPARENTAL

A Constituição elencou como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, conforme o artigo 226, § 4º, empregando o mesmo tratamento dispensado a união estável.

A *monoparentalidade* é advento da viuvez, a morte de um dos genitores, na separação de fato ou de corpos, divórcio dos pais ou a adoção por pessoa solteira. A entidade familiar chefiada por algum parente que não um dos genitores igualmente constitui vínculo *uniparental*.

Para se configurar uma família como *monoparental*, basta haver diferença de gerações entre um de seus membros e os demais e desde que não haja relacionamento de ordem sexual entre eles. Mas não somente a presença de menores de idade que permite o reconhecimento, a maioria dos descendentes não descaracteriza a monoparentalidade como família. Isso é uma realidade, um fato social.¹⁸

As famílias monoparentais, possuem estrutura mais frágil, pois quem vive sozinho com a prole acaba com encargos redobrados, além de cuidados com o lar, com os filhos, devendo prover o sustento da família. Por esses motivos, há de se falar que o Estado atenda a tais peculiaridades e dispense proteção especial, privilegiando por meios de políticas públicas para que essas famílias possam se manter de forma digna.¹⁹

Ao se falar em dignidade da família, ou mais especificamente na dignidade da pessoa humana, não são somente fatores econômicos, mas aqueles que concernem ao próprio indivíduo na ordem moral, intelectual, psicológica e entre outras. (?)

5 O PAPEL DA FAMÍLIA NA FORMAÇÃO DO INDIVÍDUO

A família é um dos primeiros ambientes de socialização do indivíduo, responsável pela transmissão de valores éticos e morais, agindo assim como interventora entre homem e cultura. Em outras palavras, o molde da aprendizagem humana, com significados e práticas culturais próprias esculpindo modelos de relação interpessoal, individual e coletiva,

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

de socialização do indivíduo. E por meio desse envolvimento familiar que se efetiva no indivíduo, as transformações nas sociedades e relações futuras.

A família possui uma função primordial da qual é garantir a sobrevivência da espécie humana, fornecendo cuidados necessários para que o indivíduo possa se desenvolver adequadamente.

É possível dizer que é no âmbito familiar que o indivíduo possui seus primeiros relacionamentos interpessoais com pessoas significativas estabelecendo trocas emocionais que agem como suporte afetivo contribuindo para a formação do indivíduo quando adulto, das quais são essenciais para o desenvolvimento e aquisição de condições físicas e mentais centrais para cada etapa do desenvolvimento psicológico.²⁰

Dessa forma, pode-se asseverar que as experiências vivenciadas pelo indivíduo no contexto familiar, bem como em outros ambientes do qual está inserido, contribuem diretamente para sua formação, sendo que no âmbito familiar, o mesmo passara por uma série de experiências genuínas em termos de afeto, que possibilitarão um aprendizado essencial para sua atuação futura.²¹

Muitas vezes, essa contribuição para o desenvolvimento do indivíduo não é possível. Por diversos motivos, pode ocorrer a ausência de um dos genitores ou aquele responsável por sua criação e educação. Essa ausência, ou melhor, abandono, muitas vezes não seria apenas física, mas a essencial para seu desenvolvimento. Pois o significado de estar ausente, pode, muitas vezes, significar estar presente. Presente em seu cotidiano, em seu meio social, no acompanhamento escolar, em suas relações sociais, seu comportamento social.

Rege em nosso Código Civil Brasileiro a respeito do “dever”, no artigo 1.634, “dirigir-lhes a criação e educação, tê-los em sua companhia e guarda já no artigo 1.517, conceder-lhes ou negar-lhes consentimentos para casar, logo a diante no artigo 1.729 nomear lhes tutor, representá-los e assisti-los nos atos da vida civil, reclamá-los de quem ilegalmente os detenha, exigir obediência, respeito e serviços próprios de sua idade e condição”.

Os filhos menores estão sujeitos ao poder familiar que compete aos pais, trata-se de um conjunto de regras, direitos e deveres dos pais. Ainda, mesmo com o extenso rol, não consta o que seja mais importante:

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid.

o dever de lhes dar amor, afeto e carinho. A missão constitucional, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores não se limita a vertentes patrimoniais.²²

Para maior proteção do menor, há convenções que tratam dos direitos da criança e do adolescente, como a Convenção de Haia e a Convenção dos Direitos da Criança, bem como o Estatuto da Criança e Adolescente onde podemos identificar os seguintes princípios norteadores: a) Princípio da Condição Peculiar da Criança e do Adolescente (art. 6º, ECA), b) Princípio da Prioridade Absoluta (art. 4º, ECA), c) Princípio da Proteção Integral (art. 3º, ECA), d) Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente (art. 6º, ECA).

Cada membro de uma família possui deveres a serem cumpridos e direitos a serem respeitados que, ao serem infringidos possibilitam o surgimento de ações reparatórias. Isso, especialmente em relação a paterno-filial, é possível a responsabilização dos danos causados pelos pais aos filhos.

6 CONFIGURAÇÃO DO ABANDONO AFETIVO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS

A lei não pode obrigar uma pessoa a amar outra, porém esse não seria um argumento suficiente para que não cumpra aquele que tem o dever legal, porém é possível, para que haja uma conduta social e moral, serem impostas regras para resguardar a integridade dos indivíduos que compõem a sociedade. Sendo assim, o indivíduo que faz ou deixa de fazer algo que está determinado pela legislação estará sujeito a sanções.

Dessa forma, mesmo que haja a presença constante na vida dos filhos, o mau desempenho pode acarretar danos a sua formação.

O abandono afetivo, em sentido amplo deve ser avaliado, pois mesmo que os genitores não se encontrem presentes cotidianamente podem cumprir com seus deveres, entretanto legislar com o intuito de obrigar alguém a amar uma pessoa seria impossível, uma pessoa ser penalizada por não amar, foge até mesmo daquilo que determina nossa Carta Magna, o direito a liberdade, sendo assim não seríamos livres espiritualmente. (confuso)

²² DIAS, op. cit. p. 429.

Em nosso ordenamento jurídico, encontramos grande cuidado em relação ao afeto, especialmente nas relações parentais. Há a concepção de que a capacidade de se desenvolver como sujeito e a relação social do mesmo depende dos valores recebidos no seio familiar. O papel paterno e materno possui função estruturante do filho como indivíduo.²³

Uma convivência familiar saudável entre pais e filhos, não se limita apenas a manutenção material ao prover alimentos, educação e guarda. Quando, por ações ou omissões voluntárias, negligentes ou imprudentes causarem, de alguma forma, danos a uma pessoa, esses são passíveis de indenização através de pagamento em pecúnia para a reparação ao dano causado.

O pai, ao deixar de oferecer ao filho a convivência familiar em função de sua omissão gerando um vazio no seu desenvolvimento, deverá por consequência ser obrigado a reparar. Pois ao se falar em responsabilidade civil subjetiva, onde há o nexo de causalidade entre o dano indenizável e o ato ilícito, só responde aquele que lhe der causa.

O ressarcimento é possível após se constatar o abandono afetivo, e o pressuposto para o provimento da ação é a efetiva relação paterna e filial. Todavia essa relação deve ser investigada com cuidado, com o intuito de se verificar a possibilidade de indenização a título de dano moral por abandono afetivo, para não haver julgamentos errôneos.

Dessa forma a responsabilização por abandono afetivo depende da consciência do genitor, de forma a afastar essa responsabilização do mesmo que tinha até mesmo o desconhecimento de ser pai.

A discussão não se refere quanto a origem, se paterna ou materna filial, mas a existência afetiva dessa relação. É irrelevante se essa prole adveio da união estável, de um matrimônio, de uma relação sexual, ou mesmo aquele o qual presente não cumpre suas funções legais. Há de se salientar a grande importância de verificação de que o genitor ausente do convívio tinha conhecimento da paternidade.

Ao se falar em “dever de sustento”, mesmo um genitor que sozinho mantenha o sustento da prole, não afasta o dever do outro em contribuir, não elimina o dever do outro. O não cumprimento desse dever pode-se configurar até mesmo em prisão civil estabelecida pela Constituição Federal de 1988 bem como o Pacto de São José da Costa Rica.

²³ PERREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, Porque me Abandonastes? In.: Temas Atuais do Direito e Processo de Família-Primeira. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 289.

Em relação ao “dever de guarda” o qual é a manutenção dos pais, ou um deles, na companhia dos filhos, salvo fato maior, excepcional indicar ao contrário. Esse dever é fato natural do poder familiar, e no caso de pais que não se encontram mais unidos incumbe ao outro, o ausente, o direito de visitas.

Insta consignar, o “dever de educação”, da qual é dever dos pais para garantir aos filhos uma formação moral e intelectual. Esse conjunto de deveres, resguardados constitucionalmente, contribui para a formação do indivíduo e a formação de sua identidade como ser.

Atualmente, com a evolução da sociedade, muitos pais desempenham também o papel de mãe, e muitas mães desempenham também o papel de pai, ou até mesmo outra pessoa, um terceiro desempenhe essa função paterna/materna.

7 ENTENDIMENTO DOMINANTE NOS TRIBUNAIS

É possível encontrar os elementos do dever de indenizar decorrente do abandono afetivo, de maneira que esse espaço vago pelo abandono influencia na subjetividade do indivíduo. Entretanto, a indenização somente é possível diante de um abandono, um desprezo, conforme entendimento pacificado de nossos tribunais.

A culpa, deverá estar comprovada, pois desta forma, estará presente a infração legal dos deveres dos genitores, pois a assistência material, bem como a imaterial que lhes são imposta s pelo poder familiar estará violada. Há casos em que não se configura o abandono, conforme segue entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo em decisão de 2015:

DANO MORAL. ABANDONO AFETIVO. Espontaneidade do afeto que não se confunde com o dever jurídico de cuidado, decorrente da relação paterno-filial. Não caracterização de abandono afetivo. Prova dos autos demonstram que a autora, não perfilhada, apenas procurou o pai quando já tinha 15 anos. Pai que prontamente a reconheceu como filha e buscou auxiliá-la enviando módicos valores a título de alimentos. Autora que não ajuizou ação de alimentos em face do genitor. Existência de relacionamento entre pai e filha, ainda que esporádico. Inexistência de prova ou mesmo alegação de que o genitor tenha maltratado a filha, ou se negado a se relacionar com ela ou impedido de frequentar sua casa

ou sua família. Inviabilidade de se admitir o abandono afetivo antes da perfilhação. Ação improcedente. Recurso improvido.²⁴

Nesse diapasão, conclui-se que o principal fundamento consiste na violação dos deveres constitucionalmente garantidos ao menor. Dessa forma, o dano à dignidade, quando totalmente comprovado, deve ser passível de reparação.

No entanto, certos limites devem ser impostos, para que não se transforme aquilo que deveria ser uma reparação em uma indústria de enriquecimento, ou em outras palavras ao invés de termos um avanço no judiciário, estaríamos de frente ao retrocesso. A indenização não deve ser utilizada como forma de castigar os pais, mas utilizada com bom senso, podendo ter um papel pedagógico nas relações familiares.

Em relação ao prazo prescricional, é manifesto que se inicia com a maioria, vejamos:

INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO. PRESCRIÇÃO. O prazo prescricional das ações de indenização por abandono afetivo começa a fluir com a maioria do interessado. Isso porque não corre a prescrição entre ascendentes e descendentes até a cessação dos deveres inerentes ao pátrio poder (poder familiar). No caso, os fatos narrados pelo autor ocorreram ainda na vigência do CC/1916, assim como a sua maioria e a prescrição da pretensão de ressarcimento por abandono afetivo. Nesse contexto, mesmo tendo ocorrido o reconhecimento da paternidade na vigência do CC/2002, apesar de ser um ato de efeitos *ex tunc*, este não gera efeitos em relação a pretensões já prescritas.²⁵

Em entendimento inovador, entendeu a Quarta Turma em Recurso especial julgado em 29/11/2005 o que se segue:

ACÇÃO. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. PAI. FILHO. ABANDONO AFETIVO. A Turma, por maioria, conheceu do recurso e deu-lhe provimento para afastar a possibilidade de indenização nos casos de abandono afetivo, como dano passível de indenização. Entendeu que escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar ou a manter um relacionamento afetivo, que nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada. Um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido,

²⁴ TJ-SP - APL: 02047279220128260100 SP 0204727-92.2012.8.26.0100, Relator: Francisco Loureiro, Data de Julgamento: 14/05/2015, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 14/05/2015.

²⁵ Precedentes citados: REsp 430.839-MG, DJ de 23/9/2002, e AgRg no Ag 1. 247.622-SP, DJe de 16/8/2010. REsp 1.298.576-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 21/8/2012.

ainda que, tardiamente, pelo amor paterno. O deferimento do pedido não atenderia, ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo, nesse sentido, já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios previstos na legislação civil.²⁶

E ainda, o abandono não se configura somente em relação a filiação biológicas, mas também em sócio afetiva, conforme decisão exaurida pelo Ministro Raul Araújo da Quarta Turma em 2017:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NOVO CPC. INAPLICABILIDADE. FAMÍLIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. ALIMENTOS. AFERIÇÃO DO BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7 DO STJ. PRECEDENTES. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. QUANTUM. EQUIDADE NA FIXAÇÃO. REEXAME DAS PREMISSAS DE FATO ADOTADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7 DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL INVIABILIZADO EM RAZÃO DE ÓBICE SUMULAR. PRECEDENTES. ALEGADO ABANDONO AFETIVO ANTES DO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Inaplicabilidade do NCPC ao caso concreto ante os termos do Enunciado nº 1 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 2. Em recurso especial não é possível a revisão do valor fixado pela instância a título de alimentos com base na aferição do binômio necessidade do alimentando e possibilidade do alimentante, pois demandaria necessariamente o reexame de conjunto fático-probatório. Óbice da Súmula nº 7 do STJ. 3. Excepcionalmente, o STJ admite a revisão da verba honorária fixada pelo critério da equidade quando o valor fixado destoar da razoabilidade, revelando-se irrisório ou exagerando, circunstância não verificada no caso. 4. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a majoração do valor arbitrado a título de honorários advocatícios enseja o revolvimento de matéria fático-probatória, além das peculiaridades do caso concreto, salvo quando o valor se revelar irrisório ou exorbitante, o que não se verifica no presente caso. 5. O STJ tem orientação no sentido de que não é possível o conhecimento do recurso especial interposto pela divergência jurisprudencial, na hipótese em que o dissídio é apoiado em fatos da causa e não na interpretação da lei federal. Isso porque a Súmula nº 7 do STJ também se aplica aos recursos especiais interpostos pela alínea c, do permissivo constitucional. Precedentes. 6. A

²⁶ REsp 757.411-MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 29/11/2005.

Terceira Turma já proclamou que antes do reconhecimento da paternidade, não há se falar em responsabilidade por abandono afetivo. Precedentes. 7. Agravo regimental não provido.²⁷

Finalmente, registra-se que nem mesmo o judiciário ou legislativo pode impor que haja sentimento entre pais e filhos. O amor é decorrente do convívio. Entretanto, nossa constituição garante ao menor certos cuidados e a sua ausência é passível de indenização.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família, antigamente constituída somente através do sagrado casamento, distanciou-se totalmente da ideia de um grupo chefiada pelo homem. Com a industrialização, a evolução moderna, bem como, o fato de não somente o homem manter o lar, a família, mas também a mulher, esposa ganhar espaço no meio profissional, e assumindo responsabilidades antes atribuídas somente ao homem, dessa forma, também, foi-se transformando e surgindo novas entidades familiares. A Constituição Federal, ao acompanhar essa evolução, reconhecendo e velando pelas mesmas. (confuso)

O poder familiar passou a impor deveres em atenção ao interesse do menor. O princípio da dignidade da pessoa humana, fundamental principal do Estado, tomou posição de grande importância nas relações familiares. Diante desse cenário, tornou-se presente um direito de família cada vez mais humano.

O presente estudo objetivou discutir o tema da responsabilidade civil diante ao abandono afetivo, considerando os elementos necessários para sua configuração.

Primeiramente, considera-se oportuno entender o dano moral em si, seu conceito e a responsabilidade civil advinda do mesmo, as teorias e classificação em relação ao dolo e a culpa, bem como a responsabilidade civil subjetiva como objetiva.

Conclui-se, finalmente, com base no estudo realizado, que para que haja a reparação civil, a indenização pelo abandono afetivo, há de se ponderar minuciosamente a ausência do pai, se o abandono ocorreu de

²⁷ AgRg no AREsp 766159 / MS AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2015/0209174-1, Rel Ministro MOURA RIBEIRO (1156), julgado em 02/06/2016.

forma omissa ou a evento externo, dessa forma impossibilitando sua presença, deve-se ponderar, sobre tudo, seu conhecimento ou não como genitor, bem como a indenização a título não de punir, mas de certa forma confortar o ofendido em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. (confuso)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Brasil. Tribunal de Justiça de São Paulo-SP - TJ-SP - APL: 02047279220128260100 SP 0204727-92.2012.8.26.0100, Relator: Francisco Loureiro, Data de Julgamento: 14/05/2015, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 14/05/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Precedentes citados: REsp 430.839-MG, DJ de 23/9/2002, e AgRg no Ag 1. 247.622-SP, DJe de 16/8/2010. REsp 1.298.576-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 21/8/2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça - REsp 757.411-MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 29/11/2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. AgRg no AREsp 766159 / MS AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2015/0209174-1, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO (1156), julgado em 02/06/2016

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiros, 2000.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. v.2. São Paulo: Saraiva, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 8 ed. 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União Estável**. 7 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Pai, Porque me Abandonastes?** In.: Temas Atuais do Direito e Processo de Família-Primeira. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Wilson de Melo. **O Dano Moral e Sua Reparação**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993.

VENOSA, Silvio Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: 2008, 8 ed., vol VI.