

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

YURIKI GUTTEMBERG NÓBREGA DE SOUSA

**ABANDONO AFETIVO:
FUNDAMENTOS E POSSÍVEL REPARAÇÃO DO LESADO**

SOUSA

2016

YURIKI GUTTEMBERG NÓBREGA DE SOUSA

**ABANDONO AFETIVO:
FUNDAMENTOS E POSSÍVEL REPARAÇÃO DO LESADO**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Campina Grande - UFCG, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada após integralização curricular, sob a orientação do Prof. André Gomes Alves.

SOUSA

2016

YURIKI GUTTEMBERG NÓBREGA DE SOUSA

**ABANDONO AFETIVO:
FUNDAMENTOS E POSSÍVEL REPARAÇÃO DO LESADO**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Campina Grande - UFCG, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada após integralização curricular, sob a orientação do Prof. André Gomes Alves.

Monografia defendida em: _____ de _____ de _____

COMISSÃO EXAMINADORA

(orientador): Prof. (Título)

(Examinador) Prof. (Título)

(Examinador) Prof. (Título)

DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho ao Deus Pai, Filho e Espírito Santo, pelo estímulo e ao amor que em mim depositou, pois, nele encontro força e coragem para lutar e vencer.

AGRADECIMENTOS

Acima de tudo e de todos, agradeço a Deus por ter me conduzido ao caminho da sabedoria, concedendo-me a capacidade de reconhecer as deficiências que tenho enquanto ser humano, ao passo que me dá força para superar as dificuldades e alcançar os objetivos, pois, nele encontro o pilar que sustenta minha existência.

Aos meus pais, Ionaldo Nóbrega da Silva e Marivânia Sabino de Sousa Nóbrega, pois o caráter não se encontra nos livros, mas sim numa boa educação.

Ao professor André Gomes Alves, meu orientador, pelo empenho, dedicação e profissionalismo apresentado a cada momento, norteando os passos a ser seguidos ao longo dessa orientação.

Aos meus colegas de classe pela amizade que conquistamos e o apoio que sempre me deram ao longo do curso.

EPÍGRAFE

“A injustiça em um lugar qualquer é uma ameaça à
justiça em todo o lugar.”

Martin Luther King

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CF	Constituição Federal
CC	Código Civil
CPC	Código de Processo Civil
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente

RESUMO

Na atualidade, muito se discute a atitude de pais que, ao quebrarem o laço marital com o cônjuge/companheiro, também se afastam dos filhos sob a guarda do outro cônjuge, fazendo surgir o fenômeno chamado de abandono afetivo. Discute-se se, mesmo sendo cumpridas as obrigações financeiras de alimentar e prover sustento material, os filhos que crescem sem o afeto de um dos pais, ou de ambos, sofre danos decorrentes dessa atitude. Como consequência, também se discute se os pais que abandonam os seus filhos podem ser responsabilizados de alguma forma pela sua omissão, uma vez que estariam descumprindo o dever de afeto, de carinho, de amparo. Nessa perspectiva, o objetivo geral do presente trabalho é demonstrar a possibilidade jurídica da responsabilização dos pais pelo abandono afetivo dos filhos. O estudo se justifica pela relevância dos direitos fundamentais garantidos prioritariamente a criança e ao adolescente. Como também, pela obrigação da família, da sociedade e do Estado em assegurá-los. Para se atingir os objetivos, foi realizado estudo bibliográfico, através de pesquisas em artigos científicos e eletrônicos, livros, revistas, decisões judiciais e publicações na imprensa escrita e nos sítios de tribunais que abordem direta ou indiretamente o tema em análise. Buscou-se subsidiar o trabalho na Constituição Federal, na legislação infraconstitucional, na doutrina e na jurisprudência com o intuito de auxiliar num entendimento positivo de haver a possibilidade de responsabilizar os pais por abandono afetivo. Utilizou-se o método comparativo para analisar as divergências ou convergências entre os diversos posicionamentos levantados e as correntes existentes, identificando o pensamento de cada autor ou jurista em relação ao tema abordado. Também foi utilizado o método dedutivo para, a partir dos efeitos sociais alcançados e da problemática que possa surgir diante das barreiras no sistema Democrático de Direito, permitir a construção da posição jurídica sobre a possibilidade indenizar em razão do abandono afetivo.

PALAVRAS-CHAVE: Família. Afeto. Abandono. Responsabilidade. Dever de Indenizar.

ABSTRACT

Nowadays, there is a lot of discussion around parents attitudes when they break the marital bond with their spouse/partner and also interrupt their relationship with their kids, making happen what is called the emotional distance. There is a discussion around children that grow up without parent's affection, even if they have the livelihood support from them, what psychological damage can be caused from this. As consequence, is also discussed if the parents, who abandon your kids, can be liable in *some* way for your omission, once they breached their duty of affection and support. In this prospect, the goal of this present work is to show the legal possibility of accountability of the parents for the emotional neglect of their kids. The study is justified on the relevance of the fundamental rights guaranteed to the kid and the teenager and also on the obligation of the family, society and State to ensure those rights. To achieve those goals, was performed bibliographical study through research on scientific articles, books, magazines, legal decisions and publications in the written press and court websites addressing the topic. The work was subsidized by the federal constitution , Brazilian laws, doctrine and jurisprudences in order to assist a positive understanding on the possibility of charging the parents for abandoning their kids. Was used the comparative method to assay the divergences or convergences between the several raised placements and existing chains, identifying the thought of each author or jurist according to the topic. It was also used deductive method to enable to build the legal position about the possibility to indemnify the parents for emotional distance, from the social effects achieved and the problems that may arise before the democratic rule of law barriers.

KEY-WORDS: family. Affection. Abandonment. Responsibility. Duty to indemnify.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 FAMÍLIA.....	13
2.1 O DESENVOLVIMENTO DO CONCEITO DE FAMÍLIA	14
2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INERENTES AO DIREITO DE FAMÍLIA ..	18
2.2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	18
2.2.2 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE	20
2.2.3 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR	22
2.2.4 PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....	23
2.2.5 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	24
3 RESPONSABILIDADE CIVIL	26
3.1 CONCEITO	27
3.2 TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL	28
3.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	30
3.3.1 AÇÃO OU OMISSÃO.....	30
3.3.2 DANO	31
3.3.3 NEXO DE CAUSALIDADE.....	33
3.4 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA	35
3.5 RESPONSABILIDADE OBJETIVA	36
3.6 RESPONSABILIDADE NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE..	37
4 RESPONSABILIZAÇÃO DOS PAIS PELOS DANOS ORIUNDOS DO ABANDONO AFETIVO	40
4.1 ABANDONO AFETIVO	40
4.2 POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS CONTRÁRIOS A OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR.....	41
4.3 POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS FAVORÁVEIS A OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR.....	43

4.4 A OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR PERANTE O ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO.....	46
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	49
REFERÊNCIAS	52

1 INTRODUÇÃO

Na atualidade é cada vez maior a quantidade de filhos cujos pais são divorciados e, muitos desses genitores, ao quebrar o laço marital com o cônjuge/companheiro, passam a descumprir também suas obrigações familiares, perdendo o contato com seus descendentes, conseqüentemente, deixando de prover as necessidades afetivas e em muitos casos a necessidade financeira. Acarretando com essas atitudes, uma série de problemas aos filhos que crescem sem ter o afeto dos pais.

Um dos fenômenos resultantes dessa realidade é o abandono afetivo causador de sérios danos aos filhos, afetando diretamente o íntimo destes, deixando as marcas do desamparo refletido não só nos sentimentos, mas alcançando seus reflexos no meio social.

Também se discute se os pais que abandonam os seus filhos podem ser responsabilizados de alguma forma pela sua omissão, uma vez que estariam descumprindo o dever de afeto, de carinho, de amparo, causando, assim, transtornos aos filhos, por não participarem efetivamente de sua criação, educação e formação pessoal.

O objetivo geral da presente pesquisa é estudar a possibilidade jurídica da responsabilização dos pais pelo abandono afetivo dos filhos. Ela terá como objetivos específicos: a) estudar os princípios e normas a respeito da responsabilidade civil do direito de família, principalmente as questões referentes ao poder familiar; b) levantar o posicionamento doutrinário a respeito do tema; c) identificar a jurisprudência existente sobre a obrigação de indenizar em decorrência do abandono afetivo.

O estudo se justifica pela relevância dos direitos fundamentais garantidos prioritariamente a criança e ao adolescente. Como também, pela obrigação da família, da sociedade e do Estado em assegurá-los.

Será realizado o estudo, através de pesquisas bibliográficas, artigos científicos e eletrônicos, livros, revistas, jurisprudências, publicações na imprensa escrita que abordem direta ou indiretamente o tema em análise. Isso objetivando ampliar conhecimentos sobre o confronto de ideias que venham fortalecer o posicionamento sobre a responsabilidade civil por abandono afetivo no ordenamento jurídico pátrio.

Buscar-se-á subsídio na Constituição Federal, na legislação infraconstitucional, na doutrina, na jurisprudência e nos princípios constitucionais direcionados ao ser humano, com

a finalidade de construir o entendimento acerca da possibilidade de responsabilizar os pais por abandono afetivo.

Utilizar-se-á o método comparativo para analisar as divergências ou convergências entre os diversos posicionamentos levantados. Também será utilizado o método dedutivo para construir a posição jurídica sobre a possibilidade de indenizar aplicada ao caso concreto.

Far-se-á um levantamento de críticas até então feitas a título de identificar as correntes existentes, e o pensamento de cada uma em relação ao tema abordado para buscar guaridas nesses trabalhos já apresentados por estudiosos do Direito, e entender o posicionamento apresentado à questão em tela. Apontar os efeitos sociais alcançados, além da problemática que possa surgir diante das barreiras no sistema Democrático de Direito.

O presente trabalho está dividido em três capítulos e visa a uma melhor compreensão sobre o assunto. O primeiro capítulo aborda a constituição e o desenvolvimento da família, passando por diversas lutas para conquistas de direitos e liberdades, políticas, sociais, econômicas e culturais em cada momento histórico.

A família evoluiu de unidade econômica e verdadeira comunidade rural constituída sob a égide do patriarca, para uma compreensão de família formada pela afetividade e solidariedade. Permitindo a cada um de seus membros, a realização de seus projetos de vida assegurados pela Constituição como primazia do princípio da dignidade da pessoa humana.

Far-se-á uma explanação sobre os princípios constitucionais inerentes ao direito e à família. Apresentar-se-á as principais características de cada um deles e a possibilidade de aplicação ao assunto em estudo.

No segundo capítulo, será feita uma abordagem sobre a responsabilidade civil no direito civil pátrio. Apresentar-se-á as teorias existentes acerca da responsabilidade civil, os pressupostos e subdivisão doutrinária, bem como sua aplicabilidade no direito de família. Mostrar-se-á também a responsabilidade civil dos pais no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No terceiro capítulo adentrar-se-á na análise específica do tema em estudo. Buscar-se-á provar a possibilidade de reparação pelos danos efetivos causados pelos pais aos filhos, por se tornarem ausentes na criação destes. Trazendo a discussão e colocando os posicionamentos favoráveis e desfavoráveis inerentes à possibilidade jurídica da responsabilização dos pais pelo abandono afetivo. Por fim, as considerações acerca do presente estudo, expondo o resultado sobre a possibilidade de ter os pais o dever de indenizar os filhos pelo abandono afetivo.

2 FAMÍLIA

A ideia de família se apresenta em conexão com as primeiras formações humanas que foram estabelecidas com intuito coletivo de fortalecimento e proteção recíprocas, como também na busca de necessidades primordiais para subsistência como alimentação, procriação e assistência. Com estes objetivos, a família passou a ser um elemento de identificação dos membros de uma coletividade humana.

Nesse sentido, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2012, p. 47) asseveram que:

[...] a formação de grupamentos, em sociedades antigas, já permitiam realizar algumas finalidades, ainda que rudimentares, como a produção (o trabalho conjunto para satisfação das necessidades básicas de assistência), a de reprodução (preocupação procriacional, formação de descendência) e a de assistência (defesa contra inimigos e seguro contra a velhice).

A partir dessas relações rudimentares, naturalmente foi surgindo e desenvolvendo-se o vínculo afetivo entre as pessoas, acarretando na formação de núcleos familiares e formação de seus descendentes. Assim, família está relacionada à perpetuação da espécie humana, consistindo na união entre homem e mulher para poder procriar e, além disso, na assistência e proteção mútua.

No decorrer da história da humanidade, foram criados mecanismos sociais e religiosos ligados à ideia de família. Dentre esses mecanismos, surgiu o casamento com a finalidade de unir pessoas de sexos diferentes, criando, a partir deste, laços afetivos que resguardaram os interesses dessas pessoas, contribuindo assim para formar grupamentos humanos.

Dias (2010, p. 27) esclarece que a “família é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito”. Ou seja, o direito tem na família um de seus objetos, procurando investigar a sua estrutura e, com isso, criar princípios, normas, regulamentos e formalidades sobre a família.

Foi o tratamento da família pelo Direito que fez com que surgisse a ideia do casamento, que é a formalização, pelo Estado, dos vínculos entre duas pessoas com o fim de constituir uma família.

O intervencionismo estatal levou à instituição do casamento: convenção social para organizar os vínculos interpessoais. A própria organização da sociedade se dá em torno da estrutura familiar. A sociedade, em determinado momento histórico, instituiu o casamento como regra de conduta (VENOSA *apud* DIAS, 2010, p. 27).

Esse instituto se apresenta como um meio de constituição de família, criando vínculos entre grupos sociais aos quais fazem parte, a partir da regulação sexual, da perpetuação da espécie, da prole. Com isso, o casamento trouxe características sociais, culturais e religiosas à família fortalecendo os vínculos psicológicos e afetivos entre seus membros.

Paulo Nader (2010) afirma que ao longo das civilizações o casamento é a fórmula jurídica de constituição da família por meio de um negócio jurídico bilateral que oficializa, com as solenidades exigidas pelo direito, a união exclusiva e por tempo indeterminado de duas pessoas de sexo distinto, que buscam uma vida em comum.

Essa ideia, entretanto, vem sendo ajustada em razão de uma nova realidade social que, segundo Farias e Rosenvald (2010, p. 2) é atualmente “marcada por relações plurais, abertas, multifacetárias e (por que não?) globalizadas”.

Para compreender essa nova feição da família é preciso, antes, compreender como o conceito de família se desenvolveu ao longo da história da humanidade demonstrando sua evolução e crescente mutação.

2.1 O DESENVOLVIMENTO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

A origem mais provável dos primeiros agrupamentos naturais com características de família foi o sistema social primitivo chamado matriarcado. Paulo Nader (2010, p. 9) explica que a caracterização da família nesse sistema tinha como causa:

O fato do homem ser guerreiro, caçador, deslocando-se no espaço nômade, enquanto a mulher cuida da sobrevivência dos filhos, cultivando a terra, muito contribuiu para a caracterização do pretendido tipo familiar.

A passagem para o modelo patriarcal da Roma antiga foi baseado na luta pela sobrevivência, pouco importando a afetividade. O direito romano tratava da família baseado na unidade econômica, política, militar e religiosa do grupo, que era controlado pelo *pater familias*¹, sempre uma pessoa do sexo masculino e necessariamente o mais velho. Sendo uma entidade patrimonializada, os membros da família eram força de trabalho, formando uma comunidade integrada por todos os parentes, uma verdadeira unidade de produção. Assim, o núcleo familiar precisava ser hierarquizado e patriarcal (DIAS, 2010).

O patriarca possuía, dessa forma, o poder de mando e decisão. Ele mandava em tudo e decidia, em certas circunstâncias, até mesmo sobre a vida e a morte dos demais membros da

¹ O chefe da família

família. As mulheres entravam na família pelo casamento, jamais adquirindo autonomia, apenas tendo o dever de obediência (GAGLIANO, 2012). A mulher, dessa forma, sujeitava-se totalmente ao patriarca e tinha como função os trabalhos domésticos e os deveres para com o marido.

A família, nessa forma patriarcal, era confundida com unidade de produção. E, com o falecimento do patriarca, a família era desmembrada em outras, cabendo aos descendentes do sexo masculino constituir uma nova família, tornando-se o seu novo patriarca.

Com a morte do pater famílias a tendência era a dissociação dos antigos membros da família, bem como a fragmentação do patrimônio. Para evitar tais conseqüências, às vezes se convencionava a formação de um consórcio, elegendo-se um chefe e continuando a vida em comum. Os agnatos, que integravam a família *communi jure*, participavam também de um amplo grupo, denominado *gens*, e seus membros se identificavam pelo nome – *nome gentílico* (NADER, 2010, p. 11).

Os *gens* tinham integrantes que possuíam um passado comum, dando outra ideia de família, ainda existente na atualidade, que corresponde a uma origem comum e que é estabelecida pelo nome de família. Neste sentido, Loureiro (2013) assevera que o nome é um atributo da personalidade do indivíduo, é um direito que visa proteger a própria pessoa, individualizando-o dos demais integrantes da família e da sociedade.

O nome de família identifica o indivíduo, especificando sua origem, ou seja, sua ascendência e servindo de referência para a sua prole, ou seja, a descendência. Vê-se, portanto, que a construção familiar parte de um entroncamento comum, tomando por base os ascendentes, vindo a garantir à sua proliferação, sendo identificados pelo nome de família.

Com a ascensão do cristianismo, a família passou a ser uma instituição abençoada pela igreja através do casamento, sempre monogâmico e perpétuo. Tornando o casamento em matrimônio capaz de formar a base da igreja e, conseqüentemente, da sociedade.

A igreja passou a marginalizar as uniões entre homens e mulheres que não fossem abençoadas pela autoridade religiosa de forma solene e seguidos os ritos da doutrina cristã. Ao passo que instituiu o casamento como sendo um sacramento, que é mantido até os dias atuais pela sociedade cristã.

No entanto, o estado de submissão da mulher ao homem continuou seguindo os mesmos costumes que foram ratificados no Direito Canônico, prova disto estão na passagem escrita na Bíblia pelo apóstolo Paulo, na carta aos Efésios, que assim expõe:

Vós, mulheres, submetei-vos aos vossos maridos, como ao Senhor; porque o marido é a cabeça da mulher, como também Cristo é a cabeça da igreja,

sendo ele próprio o Salvador do corpo. Mas, assim como a igreja está sujeita a Cristo, assim também as mulheres o sejam em tudo aos seus maridos (EFÉSIOS, 5, 22-24).

Observa-se que a inserção da família constituída pelo casamento na doutrina cristã, englobou na solenidade religiosa todos os costumes e ditames oriundos do modelo patriarcal, onde a mulher permaneceu submissa ao marido em tudo que conviessem como dogma instituído pela própria igreja, que a mulher cabia à sujeição ao marido, o que de certo modo em nada diferia de ser propriedade pertencente ao marido.

Essa intervenção da Igreja, que se confundia com o Estado, buscou ao longo da história, estruturar a família e seus vínculos interpessoais, instituindo-a através do casamento como regra de conduta social. Pois, a família por ser visualizada como uma construção social precisava estabelecer limites a cada membro que a compunha.

Na antiguidade e na idade média, convencionou-se o modelo de família patriarcal, baseado no incentivo a procriação e ao mesmo tempo à produção. Tinha a família uma formação agrícola e necessitava de mão-de-obra para alavancar o desenvolvimento da comunidade a que pertencia. Por isso, quanto mais integrantes na família, maior a produção e conseqüentemente, às condições de sobrevivência da comunidade. Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2012, p. 50) asseveram que:

[...] as mulheres, por exemplo, ao serem incorporadas a uma família, pelo matrimônio, passavam a estar não sob a autoridade exclusiva dos seus maridos, mas também, sob a “mão forte” do *pater*, motivo pelo qual se afirma que elas nunca adquiriam autonomia, pois passavam da condição de filha a de esposa, sem alteração na sua capacidade.

Segundo Venosa (*apud* STOLZE E PAMPLONA, 2012, p. 113) “Por muito tempo na história, inclusive na Idade Média, nas classes mais nobres, o casamento esteve longe de qualquer conotação afetiva. A instituição do casamento sagrado era um dogma da religião doméstica”. O casamento, na maioria das vezes, era estabelecido entre as famílias e não estava ligado efetivamente ao sentimento de amor entre o casal. Porque, naquela época, para a Igreja Católica Medieval o amor entre marido e mulher não era valorizado, apenas incentivado à procriação e ao trabalho do lar e, em muitos casos o casamento era tido como um meio de somar o patrimônio levando em consideração apenas o fator financeiro.

Com o advento da Revolução Industrial ocorreram significativas mudanças na estrutura familiar. O trabalho para manter o sustento da família passou a ser exercido também pelas mulheres e crianças. Com o aumento da necessidade de mão-de-obra, grande parte da população rural migrou do campo para as cidades para trabalhar nas fábricas em busca de

melhores condições de vida, o que contribuiu significativamente para o aumento de mão-de-obra como descreve Dias (2010, p. 28) citando que a revolução industrial:

Fez aumentar a necessidade de mão-de-obra, principalmente para desempenhar atividades terciárias. Foi assim que a mulher ingressou no mercado de trabalho, deixando o homem de ser a única fonte de subsistência da família, que se tornou nuclear, restrita ao casal e a sua prole. Acabou a prevalência do caráter produtivo e reprodutivo da família, que migrou do campo para as cidades e passou a conviver em espaços menores. Isso levou à aproximação dos seus membros, sendo mais prestigiado o vínculo afetivo que envolve os seus integrantes.

Com um grande conglomerado de pessoas nas cidades, ocorreu a diminuição dos espaços ocupados pelas famílias. Com custo crescente das moradias, muitas famílias passaram a conviver em espaços menores, o que levou às mudanças e alterações dos núcleos familiares. Tal proximidade entre as pessoas aumentou o vínculo afetivo entre elas, formando uma nova modalidade de família baseada na afetividade, onde o interesse patrimonialista da família romana foi trocado pela valorização do carinho e do amor fraterno.

A família baseada nos laços afetivos de carinho e amor foi sofrendo, ao longo do tempo, evoluções que deram espaço a múltiplas formas de arranjo familiar, fazendo surgir algo que Dias (2010, p. 40) chama de Famílias Plurais e que explica da seguinte forma:

Hoje, todos já estão acostumados com famílias que se distanciam do perfil tradicional. A convivência com famílias recompostas, monoparentais, homoafetivas permite reconhecer que ela se pluralizou: daí a necessidade de flexionar igualmente o termo que a identifica, de modo a albergar todas as suas conformações. Expressões como famílias marginais, informais, extramatrimoniais não mais servem, pois trazem um ranço discriminatório.

A família deixou de ser a célula do Estado e passou a ser a célula da sociedade, pautada na igualdade e solidariedade entre seus integrantes, e que o desenvolvimento do conceito de dignidade da pessoa humana serviu para disseminar outros tipos de arranjos familiares (Dias, 2010).

É nessa perspectiva que inicia-se o tópico sobre a chamada família constitucionalizada, que busca demonstrar a base da sociedade e os direitos reservados na Constituição Federal a fim de resguardá-los, na tentativa de conquistar a igualdade de direitos entre o homem e a mulher, além de igualar a prole quando diz respeito aos filhos havidos ou não dentro da instituição do casamento, os antigos filhos ilegítimos.

2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INERENTES AO DIREITO DE FAMÍLIA

A Constituição Federal de 1988 trata a família como sendo “base da sociedade” e estabelece que ela “tem especial proteção do Estado” (art. 226, caput). Ela é colocada como marco inicial da sociedade, garantindo igualdade de direitos entre homens, mulheres, ascendentes e descendentes. A Constituição reconheceu as uniões estáveis e as comunidades formadas entre pais e filhos como entidades familiares². Ela garantiu aos filhos havidos ou não na relação pelo casamento, ou adotivos tratamento igual em direitos e obrigações sem fazer distinção. A Lei Maior ainda estabeleceu a obrigatoriedade da família, sociedade e Estado de assegurar prioritariamente os direitos fundamentais inerentes à criança e ao adolescente³.

As disposições constitucionais sobre a família significam o estabelecimento de princípios que devem reger todas as demais normas e relações jurídicas da sociedade. Nesse sentido, Farias e Rosenvald (2010, p. 31) explicam que “o texto constitucional subordina todas as demais normas de tal modo que é possível notar uma força normativa em sua estrutura, condicionando todo o tecido normativo infraconstitucional”.

Assim, por ser a base e a referência do sistema jurídico do país, serão apresentados os princípios constitucionais do Direito de Família, relacionando-os com a valorização da afetividade pelas famílias modernas.

2.2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade do ser humano corresponde a um valor inerente a cada pessoa. Immanuel Kant (2006), diz ser o homem o fim em si mesmo. Assim, a dignidade é um atributo da

² Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

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

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

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal serão exercidos igualmente pelo homem e pela mulher

³ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...)

§6º 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.

pessoa, sendo o homem o sujeito de conhecimento, e responsável pelos seus atos e consciente de seus deveres. Assim expõe:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade (KANT, 2006, p. 65).

O ser humano é um ser em si mesmo e possui valor moral intransferível e inalienável. Não podendo sua dignidade humana ser violada ou sacrificada, por representar um valor humano interno absoluto e independe de suas qualidades individuais, não podendo ser utilizado como meio para atingir outros fins, além do respeito recíproco entre seres racionais e a estes assegurados pelo Estado.

Nas palavras de Barroso (2010, p. 254): “A dignidade da pessoa humana está no núcleo essencial dos direitos fundamentais, e dela se extrai a tutela do mínimo existencial e da personalidade humana, tanto na sua dimensão física como moral”. Assim, a dignidade da pessoa humana abrange uma diversidade de valores e preceitos inerentes a toda pessoa, extraídos das dimensões físicas e morais que constitui o princípio maior do Estado Democrático de Direito.

Na Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado um dos fundamentos do Estado brasileiro. Por essa razão, ele é essencial e irradia seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico. Como decorrência desse princípio, todos têm direito a uma vida digna e, para isso, o Estado deve garantir ao ser humano as condições existenciais mínimas. Portanto, no pensamento constitucionalista atual, o princípio da dignidade da pessoa humana é valorado como sendo o princípio central do nosso ordenamento jurídico, norteador dos demais princípios e assumindo papel importantíssimo como núcleo essencial na garantia dos direitos e garantias fundamentais.

Neste sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana apresenta-se para Pereira (*apud* Dias, 2010), como o princípio mais universal, configurando-se como um macroprincípio que irradia todos os outros que garantem uma vida digna e ética, como a liberdade, a autonomia privada, a igualdade e ainda a solidariedade.

No que diz respeito ao Direito de Família, a dignidade da pessoa humana atua como princípio garantidor da formação e desenvolvimento da família e de seus membros. Assim, cabe ao Estado garantir o pleno desenvolvimento da família e seus integrantes, garantido a todos os seus membros igual respeito e consideração, contribuindo de alguma forma para a

formação do caráter e da personalidade da criança, tornando-a um cidadão capaz de formar também outro cidadão num futuro presente.

2.2.2 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

A família alcançou o centro das atenções do ordenamento jurídico. O Estado cuida da pessoa humana, a partir da concepção até morte, e protege o patrimônio a que lhe pertença, mesmo depois de sua morte.

O sistema jurídico propicia as condições legais para que o ser humano realize seus anseios, aspirações e uniões entre seus membros para que eles alcancem a paz, o amor e a felicidade. A família é, pois, o porto seguro para essas realizações. A grande novidade é que agora a família é baseada no afeto recíproco entre seus membros, não mais importando convenções ou formalidades que outrora eram confundidos com o próprio conceito de família.

Esclarece Karow (2012, p. 123-124) que:

[...] Casais que separam por reconhecerem que não há mais afeto entre si. Famílias alternativas formam-se em função do vínculo afetivo existente. Crianças demonstram desejo de residir com um dos pais ou avós em função dos laços de afeto. Adoções são deferidas em função do vínculo afetivo preestabelecido. Registros de nascimento podem ser anulados em face de nunca haver tido o estabelecimento da socioafetividade. O estado de filho consolida-se com o estabelecimento do afeto.

Nesse ponto, é preciso esclarecer o que vem a ser o afeto e, para cumprir essa tarefa, utilizar-se-á da diferenciação kantiana entre paixão e afeto:

O afeto procede como a água que rebenta uma barreira, a paixão um rio que cava cada vez mais fundo seu leito. O afeto age sobre a saúde como um ataque de apoplexia, paixão como uma consumação ou atrofia. O afeto é como um intoxicante que nos faz dormir, ainda que seja seguido, no outro dia, por uma dor de cabeça, mas a paixão deve ser vista como resultado da ingestão de veneno [...] (apud Karow, 2012, p. 130).

Para explicar a metáfora kantiana, Maria de Lourdes Borges (apud Karow) fala em amor-afeto e amor-paixão, dizendo que o primeiro é mais intenso, porém dura menos e é menos perigoso do que o amor-paixão. Assim, onde há muito afeto, há pouca paixão, sendo que o afeto é sincero e não se deixa dissimular, enquanto a paixão geralmente se oculta. Ademais, explica a autora que o afeto provém do dever moral da benevolência e, assim, ao se

fazer o bem, através desse hábito caridoso, despertam-se sentimentos de simpatia que formam o afeto.

A afeição é, pois, o elemento principal que caracteriza a família na atualidade. A figura do pai como mantenedor econômico vem diminuindo sua importância no seio familiar, enquanto que a mulher aumenta sua responsabilidade financeira na manutenção econômica da família. Neste entendimento de que o fenômeno econômico tem tornado o papel da mãe e do pai semelhantes, o fenômeno afetivo age no mesmo sentido, ou seja, a afetividade não é mais uma tarefa primordial da mãe, mas tem se tornado, igualmente, uma função igual no seio da família.

Lévy-Bruhl (*apud* Diniz, 2010, p. 24) fala que “o traço dominante da evolução da família é a tendência em tornar o grupo familiar cada vez menos organizado e hierarquizado, fundando-se cada vez mais na afeição mútua”.

Com isso, os arranjos familiares tendem a se tornar, cada vez menos, conjuntos pré-definidos com determinados tipos de pessoas, tais como o arranjo da família tradicional composta por pai, mãe e filhos. Assim, as famílias compostas apenas por mãe e filhos ou por pai e filhos crescem no país. Também já se encontram um número expressivo de famílias compostas por pessoas com outros tipos de parentescos.

A afetividade, elemento definidor do novo conceito de família, passa a ser, também um compromisso do Estado para com todos os seus cidadãos:

O direito das famílias é o mais humano de todos os direitos. Acolhe o ser humano desde antes do nascimento, por ele zela durante a vida e cuida de suas coisas até depois de sua morte. Procura dar-lhe proteção e segurança, rege sua pessoa, insere-o em uma família e assume o compromisso de garantir a sua dignidade. Também regula seus laços amorosos para além da relação familiar. Essa série de atividades nada mais significa do que o compromisso do Estado de dar afeto a todos de forma igualitária, sem preconceitos e discriminações (DIAS, 2010, p. 81).

O direito, ao buscar dar maior proteção e garantias indistintas ao homem como um todo, também atribui aos familiares à obrigação recíproca de auxílio mútuo, conforme estabelece o art. 229 do Código Civil⁴. Assim, surge, a questão de saber se a afetividade é ou não é um direito de cada pessoa e, o sendo, a quem cabe prestá-la.

Dias (2010) explica que é a afetividade no âmbito das relações familiares que faz gerar deveres recíprocos entre os integrantes de uma família, de forma que o Estado, apesar de ter

⁴ Art. 229. Os pais tem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

obrigações para com todos os seus cidadãos, é dispensado de prover toda a gama de direitos assegurados ao cidadão.

São os integrantes da família que devem prover, juntamente com o Estado, as carências entre os seus membros. Essa é a configuração de outro princípio, o da solidariedade familiar que passa a ser descrito em referido tópico.

2.2.3 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

A solidariedade entre os membros da família demonstra o compromisso de amparar uns aos outros dando assistência material e moral de forma recíproca, aumentando o laço afetivo. Flávio Tartuce (2012, p. 1033-1034), expõe que:

Ser solidário significa responder pelo outro, o que remonta à ideia de solidariedade do direito das obrigações. Quer dizer, ainda, preocupar-se com a outra pessoa. Desse modo, a solidariedade familiar deve ser tida em sentido amplo, tendo caráter afetivo, social, moral, patrimonial, espiritual e sexual.

Trata, portanto, o princípio da solidariedade familiar, da responsabilidade social específica que tem os integrantes da família dar assistência, uns aos outros em especial dos pais aos filhos, mantendo o respeito e a dignidade de todos no seio familiar.

Nesse entender, Dias (2010) argumenta que princípio da solidariedade se origina dos vínculos afetivos na relação familiar, extraindo-se de suas entranhas, conteúdo ético que compreende a fraternidade e a reciprocidade, assentando-se no conteúdo constitucional que impõe aos pais a obrigação de assistência aos filhos.

Uma das técnicas originárias de proteção social que até hoje se mantém é a família. Aproveita-se a lei da solidariedade no âmbito das relações familiares. Ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão (DIAS, 2010, p. 67).

Percebe-se que o indivíduo é contemplado pelo Estado enquanto membro da sociedade familiar, dispondo de direitos e obrigações recíprocas prevalecendo os interesses do grupo sobre o do indivíduo isolado, com a finalidade de fortalecer a instituição da família. Corroborando com o entendimento de Puig Brutal (*apud* NADER, 2010, p. 30) que explica que “O interesse individual é substituído por um interesse superior, que é o da família, e para as necessidades desta, e não para as do indivíduo, é que se concede a tutela jurídica”.

Nesse entendimento, primeiramente, cabe aos membros da família a obrigação assistencial, na sequência à sociedade e por último cabe ao Estado suprir as necessidades familiares. Nessa obrigação de coexistência mútua familiar, passamos a analisar o próximo princípio atinente ao assunto, o da igualdade.

2.2.4 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A igualdade na formação familiar recebe proteção constitucional garantindo a todos o direito ao tratamento isonômico. Atribuindo aos homens e mulheres a igualdade de direitos e obrigações no convívio social, na sociedade conjugal, bem como na mútua obrigação de assistência e amparo aos membros da sociedade familiar, em especial, aos filhos.

Para Dias (2010), o princípio da igualdade se apresenta como um dos meios de sustentação do Estado Democrático de Direito, colocando a necessidade de a lei ser aplicada igualmente para todos, fazendo ressalva aos casos de desigualdades materiais para que esta prevaleça em detrimento da igualdade formal, garantindo a mesma categoria idêntico tratamento legal.

Os conceitos de igualdade e de justiça evoluíram. A justiça formal identifica-se com **igualdade formal**, consistindo em conceder aos seres de uma mesma categoria idêntico tratamento. Aspira-se a **igualdade material** precisamente porque existem desigualdades (DIAS, 2010, p. 65).

Portanto, explica que a lei tem o condão de tratar a todos igualmente. Desse modo, fica evidente a igualdade entre os cônjuges/companheiros na livre formação e planejamento familiar, tornando-se merecedores de deveres e direitos recíprocos na criação e guarda dos filhos. Do mesmo modo, todos os filhos devem ser tratados igualmente.

Em suma, juridicamente, todos os filhos são iguais perante a lei, havidos ou não durante o casamento. Essa igualdade abrange os filhos adotivos e havidos por inseminação artificial heteróloga (com material genético de terceiro). Diante disso, não se pode mais utilizar as odiosas expressões *filho adulterino, filho incestuoso, filho ilegítimo, filho espúrio ou bastardo*. Apenas para fins didáticos utiliza-se o termo *filho havido fora do casamento*, eis que, juridicamente, todos são iguais (TARTUCE, 2012, p. 1034).

É importante destacar que tais preceitos estão previstos no texto constitucional e, por conseguinte no Código Civil vigente (art. 226, §§ 5º e 6º da CF/88, art. 1511 e 1596 do CC/2002), consagrando a igualdade entre os membros da família, tratando da igualdade, não

apenas do tratamento igual entre os iguais, e sim da solidariedade e da reciprocidade de forma igualitária no âmbito familiar. Neste mesmo caminho, passa-se a analisar outro princípio, o da proteção integral da criança e do adolescente que vem crescendo gradativamente graças ao entendimento de que é necessário proteger o menor a fim de que se conquiste uma sociedade mais justa e mesmo organizada.

2.2.5 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Esse princípio é justificado pela vulnerabilidade inerente às crianças e aos adolescentes, que, em razão do processo de formação da personalidade, precisam ter garantida a sua integridade física e psicológica de maneira plena.

Essa proteção vem consubstanciada no art. 227 da Constituição Federal que especifica, em favor das crianças e adolescentes, 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.

Outra garantia constitucional estabelecida à criança e ao adolescente é a proibição de se estabelecer qualificadoras ou atributos à filiação, como era comum antigamente quando se utilizava expressões como filhos legítimos e ilegítimos. Nesse sentido, Dias (2010, p. 69) explica que:

Também dispõe de assento constitucional a igualdade no âmbito das relações paterno-filiais, ao assegurar aos filhos os mesmos direitos e qualificações e vedar designações discriminatórias (CF 227 § 6.º). Agora a palavra “filho” não comporta nenhum adjetivo. Não mais cabe falar em filhos legítimos, ilegítimos, naturais, incestuosos, espúrios ou adotivos. Filho é simplesmente “filho”.

A proteção integral à criança e ao adolescente encontra guarida, também, no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que procura a eles assegurar todos os direitos inerentes à pessoa humana, estabelecendo que a família, a sociedade e o Estado são responsáveis por essa garantia constitucional. Pois de acordo com o entendimento de Dias (2010, p. 68):

A forma de implementação de todo esse leque de direitos e garantias, que devem ser assegurados com absoluta prioridade pela família, pela sociedade e pelo Estado, está no Estatuto da Criança e do Adolescente (L. 8.069/1990), microssistema que traz normas de conteúdo material e processual de natureza civil e penal, e abriga toda a legislação que reconhece os menores como sujeito de direito. O Estatuto rege-se pelos princípios do melhor

interesse, paternidade responsável e proteção integral, visando a conduzir o menor à maioridade de forma responsável, constituindo-se como sujeito da própria vida, para que possa gozar de forma plena de seus direitos fundamentais.

Maria Helena Diniz (2010) explica que uma vez que a proteção integral da criança e do adolescente é uma responsabilidade da família, da sociedade e do Estado, estes entes deverão respeitar os direitos da criança e do adolescente, sob pena de responderem pelos danos causados.

Coloca-se, nesse ponto, a questão relevante deste trabalho, que é o de saber se a afetividade entre os integrantes de uma família é ou não uma obrigação passível de indenização quando não for cumprida, compreendendo que a resposta a essa questão, entretanto, não há como ser respondida neste momento. Sendo necessário, ainda, o estudo e as considerações a respeito de outros princípios do Direito de Família e a explicitação da teoria da responsabilidade civil, que será exposta no capítulo seguinte, a fim de que possa-se entender o que vem a ser essa responsabilidade civil e se caberia essa responsabilização no contexto do abandono afetivo.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL

Mesmo a Constituição reconhecendo e garantindo a todos o direito de liberdade, esse direito encontra limites, pois para viver em sociedade é necessário respeitar as regras de convívio social, encontrando no direito de liberdade do outro ser humano o limite para o seu direito. Tornando-se responsável pelos atos que venham causar desequilíbrio na ordem moral e patrimonial no seio social em que vivem. E, para encontrar o equilíbrio social é imprescindível que encontre no ordenamento jurídico a solução para o conflito existente.

A responsabilidade civil está atrelada à obrigação de reparação de danos causados a terceiros por dolo ou culpa. Os reflexos das ações humanas em relação ao descumprimento das atribuições sejam contratuais, extracontratuais ou afetivos, é tema que vem sendo debatido visando à necessidade e o reconhecimento do direito daquele que sofreu o prejuízo moral ou material.

A problemática sobre a reparação civil vem sofrendo constantes transformações em virtude da evolução social. Contudo, o legislador tratou de regulamentar a situação criando leis que obrigam àquele que causou o dano a repará-lo, garantindo ao prejudicado o ressarcimento pelo prejuízo sofrido. Instituiu através da legislação a compreensão sobre a responsabilidade civil, e a responsabilização às ofensas a lei e ao direito do lesado.

Trata o atual Código Civil da responsabilidade civil genérica ao afirmar que: aquele que por ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência causar dano material ou moral a terceiros, mesmo o titular de um direito ao exercer esse direito, exceda os limites impostos à finalidade econômica e social mesmo que seja pela boa-fé ou pelos bons costumes, comete ato ilícito⁵. Assevera que, quem cometer ato ilícito que venha causar dano independentemente de culpa está obrigado, adquirindo a responsabilidade objetiva de reparar o dano causado, independente se moral ou material⁶.

⁵Art. 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;

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

⁶Art. 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 ao direito de outrem.

Percebe-se, portanto, que o objetivo legal da responsabilização civil, é restabelecer o bem lesado ao estado original, evitando prejuízo ao terceiro ou enriquecimento sem causa. Caso não haja possibilidade de restaurar o bem, será compensado de forma financeira através da pecúnia. Corroborando com o entendimento, Diniz (2013, p. 23) expõe que:

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.

Ainda neste sentido, a autora (2013) continua dizendo que a função da responsabilidade esta em garantir o direito do lesado à segurança e ainda servir como uma espécie de sanção civil que busca compensar a vítima mediante a reparação do dano causado a esta, punindo o lesante e desestimulando a corrente prática desse tipo de ato lesivo.

Extrai-se, portanto, uma dupla funcionalidade da responsabilidade civil apresentando-se com um caráter sancionatório que busca fazer com que o agente causador do prejuízo suporte suas consequências, e ainda, o caráter compensatório garantindo ao lesado o direito à reparação igual ou equivalente ao dano sofrido e educativo.

3.1 CONCEITO

A responsabilidade civil nas palavras de Maria Helena Diniz é conceituada como sendo: “a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão do ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal” (DINIZ, 2013, p. 50). Já Tomaszewski (2004 *apud* STOCO, 2013, p. 164) nos ensina que:

Imputar a responsabilidade a alguém, é considera-lhe responsável por alguma coisa, fazendo-o responder pelas consequências de uma conduta contrária ao dever, sendo responsável aquele indivíduo que devia e podia ter agido de outro modo.

Portanto, para uma pessoa ser responsabilizada por um dano, é preciso que tenha contribuído direta ou indiretamente para ocasionar o prejuízo. Percebe-se que cabe aos genitores a obrigação de cuidado com os filhos. Deixando estes de cuidar, de dar assistência durante toda a fase de crescimento até alcançar a maioridade, estará contribuindo para causar um dano, seja afetivo ou psicológico ao descendente.

Segundo Rodrigues (2003, p. 6) “responsabilidade civil vem definida por SAVATIER como a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam”.

Continua o autor aduzindo que “Realmente o problema em foco é o de saber se o prejuízo experimentado pela vítima deve ou não ser reparado por quem o causou. Se a resposta for afirmativa, cumpre indagar em que condições e de que maneira será tal prejuízo reparado (RODRIGUES, 2003, p. 6)”.

Trata da obrigação se aquele que causou o prejuízo a outrem, venha repará-lo, arcando com os custos para que o bem retorne ao estado original, caso seja impossível, deverá pagar indenização que venha a satisfazer a parte prejudicada de forma injusta.

Para Cavalieri filho (2010, p. 2) a responsabilidade civil:

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

Extrai-se, diante do exposto, que o dever de reparar o dano é sucessivo ao cometimento do ato danoso. Portanto, praticou o ato e causou o dano, independente de ter agido com dolo ou culpa, lhe recairá a obrigação de reparar o prejuízo causado a vítima ou ao terceiro prejudicado.

Todavia, entende-se por responsabilidade civil, a obrigação legal de reparar o dano causado à outra pessoa ou terceiros que de alguma forma os efeitos danosos lhe tenha causado prejuízo, iniciando assim, o estudo acerca da teoria da responsabilidade civil, discutindo as formas possíveis de reparar o dano causado à prole.

3.2 TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A teoria da responsabilidade civil procura discutir as condições e as formas legais de reparar os prejuízos causados às pessoas em virtude dos atos danosos praticados. Ela atua diligentemente para obrigar o agente que causou o dano a arcar com os prejuízos decorrentes de sua ação, inspirando-se no sentido de buscar minuciosamente a justiça. Restabelecendo o equilíbrio jurídico e econômico quebrado com os efeitos do ato ilícito praticado. Nesse sentido:

O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *status quo ante* (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 13).

Trata a teoria da responsabilidade civil em encontrar a essência do dano, quais as causas que motivou o agente a praticá-lo, e encontrar os meios legais de conduzir o problema e da reparação os prejuízos suportados pela vítima, restabelecendo o equilíbrio jurídico-financeiro.

Encontram-se no Código Civil vigente os fundamentos extremos da teoria da responsabilidade, previstos em seus artigos 186 e 927. O primeiro trata de definir o ato ilícito, asseverando que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. O segundo determina, ao agente que praticou o prejuízo, obrigação de reparar o dano causado por ato ilícito, aduzindo que “Aquele que por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (RODRIGUES, 2003, p. 13).

Achar um ponto de encontro entre a teoria da responsabilidade civil e o direito de família, que é o ramo do direito onde está inserta a questão do abandono afetivo, não é uma tarefa fácil. Sobre essa dificuldade, aponta Fábio Andrade (apud Karow, p.205) que:

A dificuldade para um perfeito delineamento das relações entre esses dois setores do direito civil não é nova. Afinal, é reconhecido que também o direito de família contempla relações patrimoniais. Contudo, estas consistem em apenas uma parte do direito de família. O núcleo do direito de família concentra-se em uma série de deveres pessoais entre os seus integrantes. A base do casamento está no sentimento entre seus membros. As relações entre os integrantes da família são, portanto, distintas daquelas mantidas entre os participantes do vínculo obrigacional. É justamente este fator que caracteriza e perpassa o direito de família propiciando a sua (relativa) especificidade na esfera do direito civil.

Essa dificuldade será enfrentada neste trabalho, posto que, ao discutir a possibilidade de responsabilização civil por abandono afetivo, estar-se-á estudando relacionamentos entre relações patrimoniais e as relações de afeto, através da possibilidade de reparação por danos extrapatrimoniais. Diante de tal discussão, passa-se ao estudo dos pressupostos que indicam a responsabilização civil como forma de reparar esses danos de caráter mais afetivo que patrimonial.

3.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Os pressupostos da responsabilidade civil são os elementos mínimos necessários à caracterização desse fenômeno jurídico. Diniz (2013) entende que a responsabilidade civil requer a existência de uma ação, a ocorrência de um dano e um nexo de causalidade entre o dano e a ação. Esses são, portanto, os elementos que devem ser observados para que se possa encontrar na responsabilidade civil, qualquer que seja o tipo de responsabilidade, o fato que a causou ou as obrigações dela decorrentes.

Silvio Rodrigues (2003, p. 17) coloca um quarto elemento caracterizador da responsabilidade civil, a culpa. Esclarece o autor que “[...] a regra básica da responsabilidade civil, consagrada em nosso Código Civil, implica a existência do elemento culpa para que o *mister* de reparar possa surgir”.

Rodrigues (2003), entretanto, ao tratar de exceções, admite a existência da responsabilidade sem culpa, o que, no fundo, significa negar que a culpa seja um elemento necessário à caracterização mínima da responsabilidade.

Adotar-se-á, portanto, a posição de Maria Helena Diniz já citada quanto a existência de três pressupostos da responsabilidade civil: ação ou omissão, o dano e o nexo causal.

3.3.1 AÇÃO OU OMISSÃO

Não apenas o ato comissivo, mas também o omissivo, precisa existir para que possa nascer a responsabilidade civil. O ato precisa ter sido praticado ou ter deixado de ter sido praticado por uma pessoa. Assim, a responsabilidade pode advir de ato da própria pessoa, de ato de terceiro com quem a pessoa tem relação de responsabilidade ou de fato jurídico de que a pessoa tenha contribuído para a sua ocorrência.

Rodrigues (2007, p. 15) explica, nesse sentido, que “a responsabilidade do agente pode defluir de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a responsabilidade do agente e, ainda, de danos causados por coisas que estejam sob a guarda deste”.

Para responsabilização por abandono, é preciso que a omissão seja imputada a um dos genitores, mesmo que por adoção. Karow (2012) explica que para que terceiro possa ser responsabilizado é preciso que exista guarda formalizada tendo esse terceiro assumido a função de tutor ou de curador.

Tem-se, assim, que a responsabilidade civil só existirá caso ocorra uma ação ou omissão, podendo esse ato comissivo ou omissivo ter sido praticado pelos genitores ou por

terceiro que, formalmente, assumiu o encargo de tutor ou de curador, configurando assim, o abandono afetivo de assistir e cuidar afetivamente do menor.

3.3.2 DANO

Se não há dano algum afetivo à esfera jurídica de uma pessoa, não há razão para responsabilidade civil posto que, nessa situação absurda, a responsabilidade sem dano iria gerar uma injustiça ou ocasionar, por exemplo, um enriquecimento sem causa, que são situações rechaçadas pelo ordenamento jurídico.

Esclarece Diniz (2013, p. 54) que “Não pode haver responsabilidade civil sem dano, que deve ser certo, a um bem ou interesse jurídico, sendo necessária a prova real e concreta dessa lesão”.

Venosa (2013, p. 38) explica que “Dano consiste no prejuízo pelo agente”. Explica o autor que a noção de dano está sempre ligada a de prejuízo e que, modernamente, a noção de “lesão a um interesse”. Assim, interesses atingidos ilegitimamente ocasionam danos, que podem atingir a esfera patrimonial bem como a moral da vítima.

Diniz (2013, p. 80) diz que “O dano pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral”. Logo, o prejudicado necessita provar o dano para fazer valer a responsabilidade civil do agente. Não sendo obrigado que a vítima prove o valor do dano sofrido posto que este elemento decorre da atuação do juiz, caso seja chamado a solucionar a questão.

Um destes tipos de dano é mais fácil de ser vislumbrado: que é o dano patrimonial. Para Venosa (2013, p. 42), “O dano patrimonial, portanto, é aquele suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado por reposição em dinheiro, denominador comum da indenização”.

A definição de Venosa carece de profundidade porque define o dano patrimonial a partir da possibilidade de sua reposição, em dinheiro. Por essa razão, prefere-se a definição proposta por Cavalieri Filho (2010, p. 73, grifos do autor):

O dano patrimonial, como o próprio nome diz, também chamado de dano material, atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o **conjunto de relações jurídicas** de uma pessoa apreciáveis economicamente. Essa definição [...] tem o mérito de abranger todos os bens e direitos na expressão conjunto das relações jurídicas, vale dizer, abrange não só as **coisas corpóreas**, como a casa, o automóvel, o livro, enfim, o

direito de propriedade, mas também as coisas incorpóreas, como os direitos de crédito.

O outro tipo de dano é o moral, que mereceu, a partir da Constituição Federal de 1988, um maior respaldo e *status*, posto que, foi abandonada qualquer consideração até então aparente de que a existência do dano moral estaria de certa forma, subordinado à existência do dano patrimonial. Nesse sentido, Venosa (2013, p. 47) explica que “superou-se a renitência empedernida de grande massa da jurisdição, que rejeitava a reparação de danos exclusivamente morais”.

Venosa (2013, p. 47) continua seu entendimento no sentido que dano moral é o “prejuízo que afeta o ânimo, psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos de personalidade”.

Já o Código Civil de 2002 em seu art. 186, diz que na prática de ato ilícito, mesmo que seja exclusivamente moral, e esse ato viole direito ou cause prejuízo à outra pessoa, poderá ser responsabilizado, abrindo assim, a possibilidade de indenização pela ofensa à moral⁷.

Percebe-se que determinadas ações acarretam prejuízos que ultrapassam a esfera patrimonial e alcançam de forma brusca a pessoa atingindo diretamente a sua dignidade, a sua moral, causando prejuízos incalculáveis para a vítima. Não sendo possível restituir o dano moral, retornando-o ao *status quo*, o que poderá ser feito é amenizá-lo com o ressarcimento à ofensa moral através de pecúnia, atribuindo uma indenização ao lesado compensando o prejuízo por ele sofrido.

Cavaliere (2010) constrói um conceito de dano moral a partir da Constituição Federal. Para ele, em razão da Constituição vigente, pode-se conceituar o dano moral por dois aspectos distintos: um diretamente ligado ao conceito de dignidade, que é o sentido restrito, e um sentido amplo, que considera todos os bens personalíssimos, de ordem ética, mesmo que não atinjam a dignidade.

Os direitos de personalidade, entretanto, englobam outros aspectos da pessoa humana que não estão diretamente vinculados à sua dignidade. Nessa categoria incluem-se também os chamados novos direitos de personalidade: a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais [...] Resulta daí que o dano moral, em sentido amplo, envolve esses diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada (Cavaliere, 2010, p. 84).

⁷Art. 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.

No caso da responsabilidade por abandono afetivo, exige-se a presença de danos à personalidade do abandonado e, como não poderia deixar de ser, ele será mais grave quanto menor for a sua idade, pois de acordo com entendimento de Karow (2012), nesta fase de desenvolvimento da personalidade, o afeto torna-se a base para um melhor direcionamento e desenvolvimento pleno.

Diante do exposto, ação e dano, conforme explicado, são dois elementos necessários à responsabilidade civil. Entretanto, eles, separadamente, não se prestam a caracterização completa desse fenômeno. É preciso, ainda, que exista uma relação entre esses dois elementos, conhecida como nexos de causalidade.

3.3.3 NEXO DE CAUSALIDADE

O vínculo entre o dano e a ação é a relação por meio da qual é estabelecido que o primeiro, é conseqüente do segundo, ou seja, o dano decorre, diretamente ou indiretamente, da ação comissiva ou omissiva, como bem explica Cavalieri Filho (2010, p. 47), quando diz que:

Não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato. Daí a relevância do chamado nexos causal. Cuida-se, então, de saber quando um determinado resultado é imputável ao agente; que relação deve existir entre o dano e o fato para que este, sob a ótica do Direito, possa ser considerado causa daquele.

Por outro lado, Diniz (2010, p. 131) estabelece uma distinção entre nexos de causalidade e imputabilidade. Para a autora, a imputabilidade diz respeito a elementos subjetivos, enquanto que o nexos causal a elementos objetivos e que ela explica como sendo constituídos na ação ou omissão do sujeito.

Assim, o nexos causal é a relação entre a ação e o dano sob o aspecto objetivo, quando a ação causou ou produziu o dano patrimonial ou moral. A imputabilidade, por sua vez, é o elemento que liga o dano ao autor da ação e não à ação em si.

O nexos causal, entretanto, pode ser excluído por algumas situações que são previstas no ordenamento jurídico. Essas situações dizem respeito, em geral, ao elemento culpa da

vítima ou de terceira ou a completa impossibilidade de evitar o evento, fato que é chamado força maior ou caso fortuito.

Ainda de acordo com as situações que podem excluir o nexo causal, Diniz (2013) estabelece em cinco as razões excludentes do nexo de causalidade: culpa exclusiva da vítima; culpa concorrente; culpa comum; culpa de terceiro; caso fortuito ou força maior.

Silvio Rodrigues (2007) prefere tratar as duas primeiras causas citadas de maneira unificada, sob o gênero Culpa da Vítima, exclusiva ou concorrente. Explica ele que no caso de culpa exclusiva, desaparece a relação de causa e efeito entre o agente causador do dano e o prejuízo da vítima. No outro caso, a responsabilidade é atenuada em razão da culpa concorrente da vítima.

Diniz (2013) esclarece que na situação de culpa concorrente não desaparece o nexo de causalidade, havendo apenas uma atenuação, o que leva a regra geral de indenização devida por metade. A mesma autora estabelece outra situação, chamada de culpa comum, diferenciando da culpa concorrente pelo fato de que na culpa comum há uma obrigação recíproca dos agentes se indenizarem, sendo em ambos, considerados vítimas. Com isso, pode ocorrer, na verdade, uma compensação.

Outra possibilidade da exclusão da responsabilidade é o chamado fato de terceiro, que ocorre quando outra pessoa, diferente do agente e da vítima, tem relação com o fato. Para Venosa (2013, p. 66), “Entende-se por terceiro, nessa premissa, alguém mais, além da vítima e do causador do dano”.

A discussão que se coloca é se, existindo fato de terceiro, estaria o causador do dano liberado, mesmo que parcialmente, de responsabilizar pelo prejuízo da vítima. Venosa (2013) cita vasta jurisprudência para defender que o fato de terceiro não afasta a responsabilidade do causador do dano. Para o autor, sempre é possível que o causador do dano exerça o seu direito de regresso contra o terceiro. Não se trata, portanto, de uma legítima exclusão de responsabilidade, mas da possibilidade do causador do dano, quando tiver que indenizar a vítima, poder se voltar contra o terceiro em ação regressiva ou, ainda, no mesmo processo por meio de denúncia à lide.

Existe muita discussão doutrinária acerca da diferença entre os conceitos de caso fortuito e força maior. Venosa (2013, p. 57) explica que:

Para alguns autores, o caso fortuito seria aquela situação normalmente imprevisível, fato da natureza ou fato humano. A força maior seria caracterizada por algo também natural ou humano a que não se poderia resistir, ainda que possível prever sua ocorrência.

Na prática, ambas as figuras se equivalem quanto ao efeito de excluir o nexu causal, pois, por serem eventos imprevisíveis ou irresistíveis, não haveria razão justa para responsabilizar a pessoa que agiu ou deixou de agir.

No caso da responsabilidade por abandono efetivo, é necessário que os danos alegados à personalidade da pessoa abandonada estejam intimamente relacionados ao abandono. Karow (2012, p. 120-121), ao falar sobre máculas na personalidade ou psicopatias, explica ser:

Necessário que estas estejam estritamente ligadas à conduta omissiva ou comissiva dos genitores, excluindo-se que o dano advenha de outras situações que possam ser pulverizadas. Registre-se que os danos sofridos em tenra idade são irreparáveis, uma vez que geram sequelas na personalidade, não raras vezes acompanhadas de distúrbios emocionais.

Esclarecidos, assim, os principais elementos caracterizadores da responsabilidade, assim como as excludentes do nexu causal, os próximos tópicos tratarão dos tipos de responsabilidade: subjetiva e objetiva.

3.4 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

Tem-se responsabilidade do tipo subjetiva quando a culpa do agente é necessária para configurar o dever de indenização ou reparação do prejuízo sofrido pela vítima. Assim, é encontrada na culpa ou no dolo, a justificação da responsabilização civil do agente causador do dano, com sua atitude comissiva ou omissiva na prática do ato ilícito. Para Cavalieri Filho (2010, p. 16):

A ideia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva.

Portanto, a culpa gera a obrigação de reparação do prejuízo ou de arcar com indenização, cabendo ao prejudicado demonstrar a culpa do agente. Independentemente se o ato causador do dano, praticado por negligência, imperícia ou imprudência, bastando à comprovação da culpa.

Para que haja a responsabilização civil de pessoa causadora de ato danoso a outrem, essa “[...] responsabilidade do agente causador do dano só se configura se agiu culposa ou dolosamente” (RODRIGUES, 2003, P. 11).

Nem sempre, contudo, é fácil à vítima demonstrar a culpa do agente. Isso gerava situações em que o prejudicado não tinha como receber qualquer indenização pelo dano que sofreu. Com isso, ao longo do tempo, o pressuposto da culpa foi sendo desconsiderado, fazendo surgir outra forma de responsabilidade, a objetiva, baseada agora no risco e não mais na culpa.

3.5 RESPONSABILIDADE OBJETIVA

A responsabilidade civil objetiva surge como meio de sanar os problemas advindos com a revolução industrial. Pois, com o desenvolvimento tecnológico e aumento populacional no meio urbano, tornou-se difícil à reparação civil pelo dano sofrido pela vítima, uma vez que, caberia à vítima provar a culpa do agente causador do prejuízo, para poder responsabilizá-lo, e conseqüentemente ser ressarcido.

Segundo Cavalieri Filho (2010, p. 16) “[...] a vítima só obterá a reparação do dano se provar a culpa do agente, o que nem sempre é possível na sociedade moderna”. Diante dessa necessidade de provar a culpa/dolo do agente causador, surge em alguns países (na Itália, na Bélgica, na França e posteriormente no Brasil) a discussão sobre a sustentação de uma responsabilidade objetiva baseada na teoria do risco (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 16-17).

O Código Civil vigente traz no paragrafo único do artigo 927⁸ que cabe ao autor do dano, a reparação do prejuízo à vítima, independentemente de culpa, trata-se da responsabilidade objetiva em reparar o dano causado à outra pessoa pela violação de uma obrigação jurídica, imposta por lei. Dessa feita, aqueles que praticam atividades de risco potencial, serão responsabilizados independentemente de provar a culpa, tornando-se passíveis de pagamento de indenizações.

A responsabilidade objetiva tem como meta principal, evitar injustiças e possibilitar às vítimas, a reparação dos danos sofridos sem a obrigatoriedade de provar a culpa/dolo do agente causador. Pois, quem lucra com determinada atividade ou situação, deverá indenizar aqueles que sofreram desvantagens em virtude destas, respondendo pelos riscos ou danos causados como forma de equilibrar os fatores econômico e social, retornando o prejudicado ao estado original, caso não possa ressarcir o prejuízo, fará jus a indenização.

⁸ Código Civil, Art. 927, paragrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem.

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, determinadas situações, a reparação de um dano independentemente da culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou “objetiva”, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e dever ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independente de culpa (GONÇALVES, 2014, p.48).

Nestes casos de responsabilidade civil o autor não viola a lei, age conforme a lei, entretanto, ocorrendo o dano e existindo o nexo de causalidade, haverá a reparação por considerar justo que o agente causador se responsabilize pelos danos causados, porque a pessoa que sofre o prejuízo sem culpa sua, tem direito a indenização.

3.6 RESPONSABILIDADE NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069/1990, foi instituído em cumprimento a ordem mandamental da Constituição Federal de 1988, para estabelecer a proteção integral às crianças e adolescentes. Ele possui o objetivo de proteger os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana enquanto criança, bem como a regulamentação de órgãos e procedimentos de proteção à criança e ao adolescente, instrumentos estes, auxiliares da pessoa em desenvolvimento e de uma sadia qualidade de vida.

Logo, a proteção jurídica ao menor encontra na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente o seu maior respaldo. Maria Helena Diniz (2013, p. 675) enumera um conjunto de direitos assegurados à criança e ao adolescente.

A Lei n. 8.069/90 trata da proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos, relativos à ofensa dos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referente ao não oferecimento ou oferta irregular:

- a) do ensino obrigatório;
- b) de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência;
- c) de atendimento em creche e pré-escola às criança de zero a seis anos de idade;
- d) de ensino noturno regular, adequado às do educando;
- e) de programas suplementares de oferta de material didático-escolar, transporte e assistência à saúde do educando do ensino fundamental;
- f) de serviços de assistência social visando à proteção à família, à maternidade, à infância e à adolescência, bem como ao amparo às crianças e adolescentes que dele necessitem;
- g) de escolarização e profissionalização dos adolescentes privados de liberdade.

O Estatuto, além de atribuir todos esses direitos à criança e ao adolescente, também esclarece as formas de que esses direitos sejam garantidos, por meio de responsabilidades, órgãos e ações voltadas ao bem estar da criança e do adolescente.

Para a defesa dos direitos dos menores, serão admissíveis todas as espécies de ações, aplicando-se-lhes as normas do Código de Processo Civil, e contra os atos abusivos e ilegais de órgãos públicos lesivos a direito líquido e certo será cabível ação mandamental, que se regerá pelos preceitos da lei do mandado de segurança (DINIZ, 2013, p. 676).

Quando se fala em responsabilidade proveniente do Estatuto da Criança e do Adolescente é preciso estar claro que a responsabilização pode ser cobrada do Estado, da família ou de qualquer pessoa que esteja descumprindo os preceitos do estatuto.

Com relação à responsabilidade do Estado, cabe observar que ela está prevista na Constituição Federal em seu art. 227 e seus parágrafos e incisos, e, também em seu art. 5º, 6º entre outros do mesmo diploma legal, como também no Estatuto da Criança e do Adolescente. Esses dispositivos tratam de direitos e garantias fundamentais e sociais inerentes à criança e ao adolescente; elencam um rol de direitos que cabe ao Estado, regular e assegurar esses direitos e impor deveres.

Trata o Estado, também de garantir a proteção judicial dos direitos individuais, coletivos e difusos que são próprios das crianças e adolescentes. Podendo qualquer pessoa, que no interesse de fazer valer esses direitos dos menores, caso sejam violados por ação ou omissão, seja do poder público ou do particular, provocar o Ministério Público.

Para Diniz (2013, p. 677) “convém não olvidar que, pela Lei n. 8069/90, art. 220, qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, informando-o sobre fatos que constituam objeto da ação civil, indicando elementos de convicção”. Portanto, cabe tanto ao Ministério público, como aos entes federativos a titularidade ativa das ações que envolvam direitos difusos ou coletivos inerentes à criança e ao adolescente.

Com relação à responsabilidade da família, Venosa (2013, p. 301) explica que “Apenas recentemente a doutrina preocupou-se com situações específicas que podem gerar dever de indenizar entre membros da família, cônjuges, conviventes, pais e filhos”.

Essas situações específicas ainda são bastante discutidas na doutrina e na jurisprudência principalmente porque as normas legais não determinam todas essas situações específicas que gerariam o dever de indenizar. Algumas situações já são expressamente previstas na legislação como uma obrigação e, por isso, o seu descumprimento gerariam o

dever de indenizar, tais como a obrigação de alimentar entre ascendentes e descendentes, o dever de lealdade entre cônjuges etc. Entretanto, o campo obrigacional no direito de família é bem mais amplo do que qualquer lei possa expressamente prever de maneira específica. Para justificar essa amplitude recorre-se, então, à responsabilidade fundada em valores morais ou axiológicos, neste sentido Venosa (2013, p. 298) leciona que:

Hoje fala-se de um direito geral da personalidade, de molde a garantir o respeito mútuo e recíproco em sociedade: desse modo, impõe-se que seja reconhecido um feixe de direito que proteja esses aspectos e reprima as distorções. É fato que a responsabilidade aquiliana, e especificamente o dever de indenizar no direito contemporâneo, deixou de representar apenas uma reposição patrimonial de prejuízo ou uma jurisprudência dirigida a esse sentido, deslocando-se para um campo cada vez mais axiológico ou de valores existenciais que se traduzem, no seu cerne, na possibilidade de indenização do dano exclusivamente moral.

Essa é a responsabilização que se busca discutir neste trabalho, ou seja, a de pais em relação a filhos centradas no valor moral e, talvez também legal, da obrigação de afeto daqueles para com estes. Entretanto, para que esse ponto possa ser discutido, é preciso explicitar, a responsabilidade civil dos pais pelos danos causados por abandono afetivo, o que será feito no próximo capítulo.

4 RESPONSABILIZAÇÃO DOS PAIS PELOS DANOS ORIUNDOS DO ABANDONO AFETIVO

No presente trabalho já foi apresentado o elemento afetivo como o elemento chave do conceito de família. Reafirmando esse posicionamento, Farias e Rosenvald (2010, p. 29) afirmam que “O afeto caracteriza-se, destarte, como o grande continente que recebe todos os mananciais do Direito de Família, podendo (*rectius*, devendo) ser o fundamento jurídico de soluções concretas para os mais variados conflitos de interesse estabelecidos nessa sede”.

Ou seja, para os autores citados, o afeto, além de ser o elemento definidor da família também deve ser o princípio utilizado para solucionar os conflitos que surgirem nessa seara do direito.

Nesse contexto, será realizado neste capítulo um estudo sobre o abandono afetivo e relatados os principais posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito da responsabilização por danos decorrentes do abandono afetivo.

4.1 ABANDONO AFETIVO

A proteção aos filhos é uma consequência do poder familiar e decorre do fenômeno chamado paternidade e maternidade responsável. Na atualidade, é grande o número de casos em que os genitores, ao se separarem dos respectivos cônjuges, deixam de conviver com os seus filhos, abandonando-os.

O abandono pode se dar pelo não provimento de recursos materiais necessários á criação dos filhos, mas também pela falta de carinho e consideração dos pais. Em qualquer dos casos, o abandono pode gerar seqüelas psicológicas e comprometer o desenvolvimento saudável dessa criança.

Essa possibilidade de prejuízo do desenvolvimento intelectual das crianças contraria o direito assegurado pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, pois conforme Maria Berenice Dias (2010, p. 452)

O ECA, ao regulamentar a norma constitucional, identifica, entre os direitos fundamentais dos menores, seu desenvolvimento sadio e harmonioso (ECA 7º.). Igualmente lhes garante o direito de serem criados e educados no seio

da família (ECA 10). O conceito atual de família, centrada no afeto como elemento agregador, exige dos pais o dever de criar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade.

Portanto, como na conjuntura atual a família está baseada no afeto e a todas as crianças é assegurado o direito de crescer no seio de uma família, todas elas têm o direito de receber afeto necessário ao seu desenvolvimento psíquico e social.

Assim, considera-se abandono não apenas a falta de provimento de meios materiais, mas também o desleixo e a negligência para com os sentimentos e as necessidades de afeto dos filhos. Álvaro Villaça Azevedo (2013, p. 246) esclarece que “não basta o pagamento regular de pensão alimentícia, mas é preciso que existam cuidados pessoais com os filhos pensionados, como um dever inafastável decorrente da paternidade ou da maternidade”.

Assim, considera-se abandono afetivo a situação em que, em afronta aos princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade, a pessoa não recebe o carinho, a consideração, o cuidado, ou seja, todos os bens imateriais necessários ao desenvolvimento saudável.

Neste ponto, chega-se a conclusão que o afeto é um direito de todo ser humano. Resta saber se, juridicamente, é possível que os pais, ao não garantirem esse direito aos seus filhos, podem ser responsabilizados civilmente, segundo as teorias da responsabilidade civil anteriormente estudadas.

Para isso, as principais posições doutrinárias e jurisprudências a respeito do tema serão explicitadas, a fim de que se possa analisar de maneira adequada a responsabilização dos genitores nos casos de abandono afetivo, exemplificando suas consequências e as visões dos diversos estudiosos do tema em questão.

4.2 POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS CONTRÁRIOS A OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR

A doutrina e a jurisprudência veem divergindo a respeito da responsabilização dos pais da obrigação de pagar indenização aos filhos por tê-los abandonado quando de sua formação pessoal, se omitindo de zelar pela criação e educação destes.

Parte da doutrina vem questionando sobre a responsabilidade civil por dano afetivo apresentando que é um assunto sensível por se tratar de relação entre pais e filhos. E, que vem travando vários debates em virtude das consequências jurídicas por se tratar dano estranho à

reparação por não configurar de forma precisa os elementos caracterizadores da responsabilidade civil.

Dentre os “novos danos”, avulta, sem sombra de dúvidas a questão do dano moral por abandono afetivo. Seria esta uma nova categoria de dano moral? Quais seriam as características? Qual o bem jurídico lesado? Como caracterizar-se os elementos necessários à configuração de reparação? (BERNARDO, 2008, p. 480).

Portanto, há uma interrogação a respeito dos elementos caracterizadores do dano afetivo. Salienta o autor, que a indenização relacionada à natureza sentimental carece de elementos convincentes para que o judiciário possa tomar decisões com prudência. Por apresentar o dano afetivo uma natureza jurídica de caráter duplo: um de natureza compensatório e o outro de natureza punitiva.

O primeiro trata de reparar de forma pecuniária à pessoa lesada, por não mais haver possibilidade de retornar ao *status quo ante*. Entretanto, busca-se proporcionar uma diminuição do sofrimento suportado. O segundo teria o condão de punir o ascendente pelo desamor diante dos filhos abandonados quando de sua fase de desenvolvimento.

Todavia, para configurar o dano afetivo será necessário que esteja caracterizado, o ato ilícito e que este ato preencha aos pressupostos da responsabilidade civil.

Conquanto seja intuitivo que um menor cuja criação e educação seja negligenciada por um - ou ambos- dos componentes do casal parental, é vítima, ao menos potencial, de um dano, para que aí exsua o dever de indenizar não de caracterizar-se de forma extrema de dúvidas os elementos constitutivos da responsabilidade civil, quais sejam, o dano, o nexo de causalidade e a culpa (BERNARDO, 2008, p.487).

A conduta omissiva dos pais vem sendo entendida por parte da jurisprudência, como cláusula não obrigatória na responsabilização civil destes em relação aos filhos, por não preencher os requisitos da responsabilidade civil. Assim, não configura o dever indenizar, pois entendem que não há como mensurar o valor do afeto.

Desse modo, não há em se falar em indenização por abandono afetivo por entender que os pais não tem a obrigação de reparar os danos afetivos causados aos filhos, por falta de afeto. Nessa mesma linha de entendimento, posiciona-se o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), aduzindo que:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PAI. ABANDONO AFETIVO. ATO ILÍCITO. DANO INJUSTO. INEXISTENTE. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. MEDIDA QUE SE IMPÕE. O afeto não se trata de um dever do pai, mas decorre de uma opção

inconsciente de verdadeira adoção, de modo que o abandono afetivo deste para com o filho não implica ato ilícito nem dano injusto, e, assim o sendo, não há falar em dever de indenizar, por ausência desses requisitos da responsabilidade civil”. (TJMG, AC 0063791-20.2007.8.13.499, 17ª C. Cível, Rel. Des Luciano Pinto, julg. 27.11.2008, pub. 09.01.09)⁹.

Bernardo (2008, 487) se posiciona de forma contrária aduzindo que “tal postura é, a nosso ver, inaceitável, devendo estar caracterizado o ato ilícito (art. 186) a fim de que se estabeleça o abandono afetivo como fundamento de reparação por danos morais”. Desse modo, assevera o autor que o abandono afetivo não constitui dano passível de reparação civil e, que a responsabilidade civil deve se limitar a seu campo de atuação, não devendo se espriar por terrenos que não alcança, para não perder o prestígio que tem conseguido na seara jurídica.

Saindo da seara dos pontos negativos que identificam não ser os genitores passivos de qualquer responsabilização pelo abandono de seus filhos, passa-se então a analisar os posicionamentos favoráveis ao direito/dever de indenização por abandono efetivo.

4.3 POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS FAVORÁVEIS A OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR

Contrapondo-se aos posicionamentos retro citados, há entendimentos doutrinários e jurisprudenciais favoráveis à obrigação dos pais de indenizar os filhos pelo abandono afetivo, quando da omissão de criar e educar os filhos enquanto menores. Para isso, é feita a interpretação da lei visando à valoração do ser humano, a alcançar o ápice na sua dignidade.

Fato que se observa no alargamento do ordenamento jurídico vigente, através da interpretação da lei levada para além do conhecimento material alcançando a moral, como bem reparável civilmente.

Pois, tomando por base o princípio da dignidade humana o Tribunal de Justiça de São Paulo, tem se posicionado favorável a indenização por abandono afetivo moral e material, assim expondo:

“Responsabilidade civil. Dano moral. Autor abandonado pelo pai desde a gravidez da sua genitora e reconhecido como filho somente após propositura de ação judicial. Discriminação em face dos irmãos. Abandono moral e material caracterizados. Abalo psíquico. Indenização devida. Sentença reformada. Recurso provido para este fim” (TJSP, 8ª Câm. De Direito

⁹ <http://www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em 05 de junho de 2014.

Privado, Apelação com Revisão 511.903-4/7-00- Marília-SP, Rel. Des. Caetano Lagrasta, j. 12.03.2008, v.u)(TJSP, 2008 *pub* TARTUCE, 2012, p. 1033).

Fica assim, demonstrado a incidência do dever de indenizar caso ocorra o abandono material e moral por parte dos pais aos filhos, levando em consideração para tal indenização, às consequências advindas da falta de afeto, da presença paterna e outros fatores que influenciam na formação da criança e adolescente no seu processo de desenvolvimento pessoal e social. Dessa forma, tais decisões, influenciadas pela dignidade da pessoa humana ferida no seio familiar, veem, a cada dia se firmando na doutrina e jurisprudências pátrias.

Já decidia com vistas à dignidade da pessoa humana o extinto tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais:

“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, Apelação Cível 408.555-5, 7ª Câmara de Direito Privado, decisão 01.04.2004, Rel. Unias Silva, v.u.)(TAMG, 2004 *apud* TARTUCE, 2012, p. 1032).

Trata o presente julgado de que a obrigação de indenizar se deu em virtude da privação do direito à convivência da criança com seu genitor, ferindo então sua dignidade enquanto pessoa humana. Portanto, o abandono afetivo por parte do pai gerou a obrigação de reparação dos danos causados pela ausência de afeto, amparo, educação, dentre outros prejuízos causados a sua prole.

Para Tartuce (2012, p. 1033) [...] “é perfeitamente possível a indenização, eis que o pai tem o dever de gerir a educação do filho, conforme o art. 229 da CF/1988 e do art. 1634 do CC. A violação desse dever pode gerar um ato ilícito, nos termos do art. 186 do CC, se provado o dano à integridade psíquica”. Então, caso seja provado que a ausência do genitor na vida do filho deu causa ao dano psíquico, entende o autor ser passível de reparação civil.

Os tribunais vem discutindo porque os pais abandonam seus filhos de forma afetiva e material, rejeitando-os sem se preocuparem com os danos causados a sua prole. Nesse sentido existem decisões favoráveis a responsabilizar os pais pelos danos afetivos sofridos pelos filhos em decorrência do abandono.

O STJ tem decidido positivamente em relação ao dever de os pais em reparar os filhos pelos danos causados por abandono afetivo. Cita-se aqui o recurso especial de nº. 1.159.242 - SP (2009/0193701-9), que foi julgado em 24 de abril de 2012 pelo STJ:

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

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de 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, exsurgindo, 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.

No mesmo recurso, a Ministra Nancy Andrighi que em seu voto trouxe um argumento renovador sobre a forma de julgar, reconhecendo o afeto como valor jurídico, reconhecendo a obrigação de indenizar por parte do pai a filha abandonada afetivamente. Assim asseverando:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. FILHA HAVIDA DE RELAÇÃO AMOROSA ANTERIOR. ABANDONO MORAL E MATERIAL. PATERNIDADE REDONHECIDA JUDICIALMENTE. PAGAMENTO DA PENSÃO ARBITRADA EM DOIS SALÁRIOS-MÍNIMOS ATÉ A MAIORIDADE. ALIMENTANTE ABASTADO E PRÓSPERO. IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

[...] 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 regofe 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 tisdado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de 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 [...] (2012)

Neste sentido, percebe-se o posicionamento da relatora em valorar, não os sentimentos que deveriam ter sido resguardados pelos genitores aos seus filhos, mas na verdade o dever de cuidar da sua prole, emitindo assim a necessidade de os pais que deixem de prestar tal assistência, possam cumprir com suas responsabilidades objetivas.

Diante do exposto, entende-se que os Tribunais respondem às expectativas daqueles que defendem eu os genitores são responsáveis pelos cuidados dos seus filhos mesmo quando estão separados, e por isso devem de alguma forma responder civilmente pelos danos causados àqueles pelo seu abandono, possibilitando, através de uma indenização que este possa, no mínimo, ter uma vida digna e um tratamento adequado caso sofra algum tipo de consequência psicológica decorrente do abandono afetivo por seu genitor.

Perante o que fora exposto, passa-se a análise da obrigação de indenizar perante o ordenamento jurídico brasileiro, elencando os principais motivos dessa obrigação e demonstrando as preocupações doutrinárias e legislativas neste sentido.

4.4 A OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR PERANTE O ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Inicialmente pretende-se demonstrar as preocupações doutrinárias e legislativas com relação à obrigação de indenizar a prole diante do abandono afetivo do genitor, e por isso, apresenta-se a justificativa elencada pelo Projeto de Lei nº700 de 2007 que buscava alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente no sentido de caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal. Nesta justificativa, apresenta-se a necessidade de prevenir a negligência dos pais para com seus filhos, fundamentando-se nas concepções trazidas pela Carta Magna que busca assegurar o direito à dignidade e ao respeito, além dos tantos outros direitos que lhes são inerentes.

A justificativa elencada pelo Projeto de lei indaga-se a respeito de como esses direitos poderiam lhes ser assegurados quando da ausência dos genitores, indagando-se ainda, como seria possível atender aos anseios de segurança e afeto da prole caso os genitores lhes

retribuem apenas a indiferença e o desdém, indicando a obviedade como resposta a tais questionamentos.

A intenção do projeto de lei fica nítida que não obrigar que os genitores deem amor e afeto aos filhos, mas esclarecer o dever de formação dos filhos, orientando-os quando necessário e fornecendo-lhes apoio em situações difíceis. Justamente neste sentido, as decisões judiciais começam a demonstrar preocupação quanto a ausência dos genitores quando do momento da formação no caráter de seus filhos. Como bem demonstra a justificativa da juíza Simone Ramalho Novaes, da 1ª Vara Cível de São Gonçalo, Rio de Janeiro ao proferir que “o pai não tem culpa por não amar o filho, a tem por negligenciá-lo”. A juíza indica ainda que o pai tem o dever de arcar com as consequências por tê-lo abandonado e sido ausente em sua educação e assistência, evidenciando sua posição quanto à obrigação do genitor em amparar o filho abandonado moralmente. Indicando o dever do Estado de dar garantias de que os direitos fundamentais concernentes a cada cidadão sejam protegidos e aplicados de acordo com os traz a Constituição Federal de 1988.

Ainda nesse entendimento, Pereira (2013) afirma que não há quem possa obrigar os genitores dar carinho e afeto aos seus filhos, mas que é um dever do Estado e da sociedade demonstrar aos genitores ausentes de que o abandono pode comprometer drasticamente a formação de caráter desse prole, demonstrando ainda a necessidade de evitar que essas crianças sofram consequências psicológicas que venham a interferir em sua formação.

A discussão que surge do tema abordado é identificar se a indenização pelo abandono afetivo busca reparar um dano ocorrido à prole ou na verdade monetarizar o afeto devido pelos genitores, contribuindo para uma mercantilização das relações familiares. Devendo-se, contudo, lembrar que é dever do Estado proteger a instituição familiar, respeitando a autonomia das partes, mas cumprindo efetivamente seu papel na proteção da tutela familiar, haja vista que a família é o alicerce da organização social, como acentua Gonçalves (2012) em seus apontamentos.

Vale salientar ainda, que é de extrema importância a configuração dos requisitos que caracterizam a responsabilidade civil, demonstrando através de perícia médicas e laudos psicossociais atestando os danos psicológicos e emocionais causados à prole devido o abandono afetivo de seus genitores.

Resta caracterizado pela Carta Magna o dever dos genitores de dar assistência, educação, dignidade, norte e tudo que propiciem que os seus filhos possam gozar dos direitos resguardados constitucionalmente, e neste sentido percebe-se o dever do Estado em resguardar que esses direitos lhes sejam garantido. Tal imposição deve ser realizada pelo

Estado, dando aos pais condições dignas para fornecer esses direitos a sua prole ou mesmo interferindo nas relações familiares quando os genitores se negam a cumprir seus deveres, aplicando-lhes sanções que os eduquem de tal modo que consigam vislumbrar as consequências de sua ausência na formação de sua descendência.

Um entendimento apresentado pelo juiz Mario Romano Maggioni do Rio Grande do Sul demonstrou a necessidade da reparação dos danos do abandono afetivo em seguinte sentença:

A função paterna abrange amar os filhos. Portanto, não basta ser pai biológico ou prestar alimentos ao filho. O sustento é apenas uma das parcelas da paternidade. É preciso ser pai na amplitude legal (sustento, guarda e educação). (...) Uma indenização de ordem matéria não reparará, na totalidade, o mal que a ausência do pai vem causando à filha; no entanto, amenizará a dor desta e, talvez, propiciar-lhe-á condições de buscar auxílio psicológico e confortos outros para compensar a falta do pai. E, quanto ao demandado, o pagamento de valor pecuniário será medida profilática, pois fá-lo-á repensar sua função paterna (...).

Diante deste entendimento apontado pelo juiz Mario Romano, percebe-se o quão importante é a obrigação de reparar os danos causados pelo abandono afetivo, demonstrando a necessidade de suprimento da ausência do genitor através de uma indenização para que possibilite a recuperação das consequências desse abandono.

Por fim, verifica-se o consenso da grande maioria dos Tribunais em reconhecer a necessidade da reparação civil do dano moral por abandono afetivo, desde que caracterizados os requisitos a prática de ato ilícito pela conduta culposa e dolosa, perdurando o dano e o nexo de causalidade, configurando assim, o dano moral quando da atitude omissiva do pai ou da mãe ao descumprir os deveres oriundos da parentalidade, que seria o cuidado, a assistência material e, sobretudo a assistência moral e afetiva à prole.

Constitui-se assim o afeto como um princípio jurídico e ainda um pressuposto da autoridade paterna, reconhecendo que este não pode ser obrigado a proferir afeto ao seu próprio filho se não lhe for da sua vontade, a sanção adequada seria meramente reparatória. E como leciona Pereira (2013), ausentar-se de instituir uma sanção seria como presentear a atitude omissiva e mesmo contribuir com a irresponsabilidade e o abandono afetivo dos genitores.

Corroborando com o entendimento proferido por Pereira, Priscila Araújo de Almeida entende que:

A responsabilidade civil por abandono afetivo na filiação desempenha o papel de punição, objetivando educar os pais ou um deles pelo péssimo

exercício do poder familiar. Essa condenação pecuniária não tem como fundamento a recuperação do dano, mesmo porque não tem como reparar a dor psicológica suportada pelo filho, mas serve como medida educativa para o pai não cometer mais tal conduta.

Diante do exposto, percebe-se que se a responsabilidade civil pelo abandono afetivo for efetivamente regulamentada por lei, ocorrerá certa diminuição dos detrimientos que a ausência de afeto ocasionou à vítima, apesar de entender que nenhum valor ultrapassa o sofrimento ocasionado ao filho abandonado e esquecido em diversas fases de seu crescimento. Contudo, tal punição pode surgir como um meio de prevenção que novos abandonos venham a acontecer, influenciando positivamente, que os pais se tornem mais presentes na vida de seus filhos, contribuindo para formação de um caráter livre de qualquer sequela afetiva.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante os anos, a instituição familiar foi se modificando, saindo da família maternal, em que a mãe tomava conta dos filhos e da casa enquanto os pais trabalhavam para o sustento, para uma família paternal, em que o pai comandava e criava mais uma linha de produção que mesmo uma linhagem de afeto. A família produtiva só começou a entender o que seria afetividade quando, a partir da Revolução Industrial iniciou sua vida na cidade e adquiriu o contato maior uns com os outros.

Diante dessas modificações, surgiu então a figura da afetividade na formação do indivíduo, e o Estado passou a reconhecer a instituição familiar como a base para uma organização social. Neste sentido o estudo busca demonstrar a importância da família para a sociedade, indicando seus direitos e deveres de modo que possam contribuir para a organização da sociedade.

Desta feita, a proteção dada à família através dos direitos trazidos pela Constituição Federal, visa utilizar a intervenção estatal para garantir a proteção fundamental da família. Desse modo, entende-se que o caráter protetivo da Carta Magna intervêm nas relações familiares apenas para manter a ordem jurídica das relações sociais.

Voltando à instituição familiar, percebe-se que a afetividade surge como pressuposto necessário para a formação do caráter do indivíduo, possibilitando uma criação baseada no afeto e no carinho, respeitando assim o princípio da dignidade da pessoa humana. Esse

princípio entende ainda que toda criança tem direito à convivência familiar, à educação, o afeto e ainda, à assistência familiar, de modo que possa formar seu caráter num ambiente adequado e saudável.

Diante do exposto, identifica-se a necessidade da presença dos genitores para que seja garantido o afeto que lhe é de direito, não sendo transmitido quando os genitores simplesmente cumprem com suas obrigações de ordem material como o pagamento da pensão alimentícia. Os direitos inerentes às crianças e adolescentes em formação, garante-lhes também a prestação do afeto e do carinho como meio de assistência e amadurecimento eficaz do menor.

O abandono desse menor pelos seus genitores podem lhes causar danos irreparáveis na sua personalidade, além de representar o descumprimento dos encargos devidos aos pais através do poder familiar. Dessa forma, entende-se que o abandono que cause danos à personalidade do abandonado deve ser reparada através de indenização civil. Apesar de surgir uma discussão a respeito da validade e eficiência dessa reparação pecuniária, a grande maioria dos tribunais e mesmo doutrinadores, têm entendido que essa reparação é uma forma de amenizar os transtornos causados pelo abandono dessa obrigação afetiva dos pais para com seus filhos.

Alguns outros doutrinadores indicam a destituição do poder familiar como forma de reparar o abandono, já que a Constituição Federal nem qualquer legislação tem o condão de obrigar que um pai ou uma mãe ame seu filho, indicando que o afeto tem um caráter muito subjetivo, impossível de ser reparado por qualquer valor pecuniário, posicionando-se até mesmo num visão de que seria uma forma de monetarização do afeto.

Apesar das divergências doutrinárias, a pesquisa em si, demonstra que a responsabilização civil pelo abandono afetivo é a única forma de tentar punir e prevenir que os abandonos por parte dos genitores continuem acontecendo. Definindo-se como uma reparação pela omissão no dever de cuidar e dar assistência àqueles que lhes é de sua obrigação juridicamente.

Não há dúvida que a ausência do afeto e os transtornos causados por isso nunca vão ser totalmente reparados, mas é uma forma de fazer com que esses genitores negligentes possam ser responsabilizados de alguma forma, na tentativa ainda de conscientizá-los do mal que causaram a seus filhos e da importância de se fazerem presentes na vida deles.

Neste sentido, a reparação que é atribuída aos pais que abandonam seus filhos afetivamente tem como principal finalidade valorizar as relações paterno-filiais, verificando a afetividade como dever dos pais de cuidar e prover assistência aos filhos, dando total direito

aos filhos que se sintam lesados de alguma forma afetivamente pelo abandono daqueles que lhes deviam assistência, buscar indenização e reparação aos danos causados por eles, por meio da via judicial.

Por fim, entende-se que é de extrema importância utilizar-se da prudência quando das soluções dadas aos casos concretos, impedindo que a questão torne-se apenas um meio para obter vantagem, utilizando a criança privada do afeto apenas como meio de enriquecimento ilícito, sendo de total relevância a constatação da veracidade do abandono afetivo e das sequelas desse abandono.

A necessidade de um posicionamento unificado da doutrina e dos tribunais é de extrema importância acerca da reparação de caráter educativo, visando a reparação das relações paterno-filiais e dos danos causados pelo abandono, utilizando como principal reflexão a esse respeito, o apontamento da Ministra Nancy Andrighi (2012) de que amar é uma faculdade dada aos genitores, mas cuidar é um dever resguardado pelos princípios pátrios.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de família: curso de direito civil.** – São Paulo: Atlas, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo - 2ª ed.** – São Paulo: Saraiva 2010.

BERNARDO, Wesley Louzada. **Dano moral por abandono afetivo: um nova espécie de dano indenizável? Diálogos Sobre o Direito Civil – volume II / Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (organizadores).** – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL, Constituição da República Federativa do : texto constitucional promulgado em 05 de outubro de 1988, com suas alterações nºs 1/92 a 66/2010, pelo decreto nº 186/2008 Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.

BÍBLIA SAGRADA, Edição Pastoral – São Paulo: Paulus, 1990.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil /Sérgio Cavalieri Filho.** – 9ª ed. – São Paulo : Atlas, 2010.

CUNHA JR., Dirley. **Cursode Direito Constitucional, 6ª ed. revista, ampliada e atualizada.** – salvador- Bahia : Editora JusPODIVM, 2012

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Famílias-6ª ed. revista, atualizada e ampliada** – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias/ Cristiano Chaves de Farias/Nelson Rosenvald. - 2ª Ed. 2ª tiragem.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil, volume 6 : Direito de Família - As Famílias em Perspectiva Constitucional /Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 2. Ed. revista, atualizada e ampliada.** São Paulo : Saraiva, 2012.

GONÇAVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro. 9 ed., rev., atual. e ampl.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, v. 5: direito de família/Paulo Nader.** – Rio de janeiro: forense, 2010.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos: teoria e prática / Luiz Guilherme Loureiro. – 4. ed. ver. atual e ampl.** – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo : Método, 2013.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. Trad. de Leopoldo Holzbach.** São Paulo: Martin Claret, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Nem só de pão vive o homem: Responsabilidade civil por abandono afetivo.** Disponível em: <
http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirFamila/artigos/05_nem.so.de.pao.vive.o.homem.pdf
> Acesso em 20/05/2016.

RIO GRANDE DO SUL, Comarca de Capão da Canoa. Processo n. 141/1030012032-0 -. Magistrado: Mario Romano Maggioni. Julgado em 15/09/2003. Disponível em: <
<http://www.ibdfam.org.br/jurisprudencia%3E>.> Acesso em 20/05/2016.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil, v. 4. Responsabilidade civil / Silvio Rodrigues. – 20ª. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1 -2002) –** São Paulo, 2003.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência, Tomo I /Rui Stoco. – 9ª ed. rev., atual. e reformulada com Comentários ao Código Civil.** São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único/Flavio Tartuce. 2. ed. rev., atual. e ampl. –** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método.