

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Luilla Alves da Silva Correia

RESUMO

O presente artigo tem o intuito de discorrer sobre a Responsabilidade Civil por abandono afetivo dos pais em relação aos filhos, utilizando-se de fontes documentais e científicas. Não há ainda uma posição unânime na doutrina ou jurisprudência. Nesse sentido, a pesquisa faz uma evolução histórica da família, analisando os princípios basilares que regem o Direito de Família, apontando os elementos caracterizadores da Responsabilidade Civil, definindo o abandono afetivo e admitindo os impactos marcantes que traz no desenvolvimento dos filhos, designando os deveres dos pais em relação a seus filhos previstos na Constituição Federal, e assinalando a jurisprudência dos nobres Tribunais que tem proferido julgados em posições diferentes.

PALAVRAS-CHAVE: Família; Responsabilidade Civil; Abandono Afetivo; Desenvolvimento; Dever dos Pais.

ABSTRACT

The present article aims to discuss on Civil Liability by the affective abandonment of parents in relation to children, using documentary and scientific sources. There is not still a unanimous position in doctrine or jurisprudence. In this sense, the search makes a historical evolution of the family, by analyzing the basic principles governing the right of family, pointing out the elements characterising the Civil Liability, defining the affective abandonment and admitting the notable impacts that brings in the development of the children, designating the duties of parents in relation to their children provided for in the Federal Constitution, and noting the jurisprudence of noble Courts which has delivered judged in different positions.

KEY WORDS: Family; Civil Liability; Affective Abandonment; Development; Duty of Parents.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	ANÁLISE DA FAMÍLIA	7
2.1	Breve Evolução na Formação da Família	7
2.2	Princípios do Direito de Família	11
2.2.1	<i>Princípio da Afetividade</i>	12
2.2.2	<i>Princípio da Igualdade Jurídica Entre os Filhos</i>	12
2.2.3	<i>Princípio da Solidariedade Familiar</i>	13
2.2.4	<i>Princípio da Paternidade Responsável</i>	13
2.2.5	<i>Princípio do Melhor Interesse da Criança</i>	14
3	NOÇÕES HISTÓRICAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	15
3.1	Funções da Responsabilidade Civil	16
3.2	Elementos da Responsabilidade Civil	17
3.3	Classificações da Responsabilidade Civil	19
3.3.1	<i>Responsabilidade Contratual</i>	19
3.3.2	<i>Responsabilidade Extracontratual</i>	20
3.3.3	<i>Responsabilidade Subjetiva</i>	20
3.3.4	<i>Responsabilidade Objetiva</i>	21
3.4	Responsabilidade Civil dos Pais em Relação aos Filhos	21
4	O ABANDONO AFETIVO	23
4.1	Dever dos Pais em Relação aos Filhos	24
4.2	Análise Jurisprudencial de Casos	25
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	29
	REFERÊNCIAS	30

1 INTRODUÇÃO

A Responsabilidade Civil por abandono afetivo é um tema bastante atual e tem se tornado presente na doutrina e na jurisprudência dos Tribunais em razão de toda a proteção que é dada a Criança e ao Adolescente por meio da Constituição Federal, do Código Civil, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e dos princípios que norteiam o Direito de Família.

Analisaremos a importância da família e das relações familiares no desenvolvimento do indivíduo, averiguando que é no seio familiar onde a criança aprende seus primeiros princípios e valores por meio das experiências vividas com seus pais, e é neste âmbito onde a criança através da convivência familiar colhe exemplos para exteriorizar na sua vida adulta.

Será nas relações familiares que a criança deverá receber carinho, amor, afeto, atenção, visto que a ausência desses elementos tão importantes para sua formação cominados com o distanciamento gerado no abandono, produz sequelas de ordem emocional e psicológica à criança, acarretando danos irreparáveis. Importa salientar que não há pecúnia que pague essa falta de convívio, de afeto, dado que, o intuito da reparação não é monetizar o amor, e sim uma forma de coibir que demais agentes possam ter a mesma conduta e que o próprio agente possa refletir sobre o desamparo dado ao filho.

Iremos elucidar por meio de pesquisas científicas e uma análise jurisprudencial, a obrigação dos pais em relação aos filhos menores. O presente trabalho não tem o intuito de discutir se há uma obrigação de amar, e sim de analisar a presença de um dever jurídico imputado aos pais de cuidado dos filhos menores. Com isso, iremos indagar a Responsabilidade Civil aos pais em decorrência de abandono na modalidade de omissão, pois cabe ao genitor cumprir um dever que lhe foi imposto pela Constituição em seu artigo 227, pois a própria Constituição traz que é dever da família cuidar dos filhos e assisti-los, assegurando a estes o direito à convivência familiar.

Verificar-se-á que os pais, ao abandonarem seus filhos de forma afetiva, além de estarem descumprindo deveres que lhe são impostos, estão deixando de lado indivíduos vulneráveis, pois a presença dos pais é de extrema importância na vida dos filhos, uma vez que são aqueles que mais admiramos, os nossos pais, os responsáveis pelos laços sociais e estruturais da criança, sendo que a falta do afeto, desse fator essencial para o desenvolvimento do ser humano é capaz de gerar sequelas tanto na sua personalidade quanto no seu desenvolvimento.

2 ANÁLISE DA FAMÍLIA

A família, base da sociedade, passou por diversas transformações marcantes na sua constituição ao longo do tempo, e vem evoluindo desde a antiguidade até a atualidade. Nesse sentido, Giselda Maria F. Novaes Hironaka (2000, p.17) faz a seguinte ressalva: “Não se inicia qualquer locução a respeito de família se não se lembrar a priori, que ela é uma entidade histórica, ancestral como a história, interligada com os rumos e desvios da história [...]”

Contudo, é diante das inúmeras transformações no modelo familiar, que se faz necessário analisar períodos da História para compreendermos toda a evolução histórica da família e a influência dos povos antigos nessa transformação.

2.1 Breve Evolução na Formação da Família

O termo família tem origem na palavra *famulus* que vem do latim e significa “escravo doméstico”. O termo foi criado na Roma antiga com o intuito de servir de base para designar grupos que eram submetidos à escravidão agrícola.

No Direito Romano, a família patriarcal era bastante ampla, pois não englobava somente pessoas do mesmo sangue, mas também pessoas que não eram consanguíneas, como os parentes, criados, agregados e até escravos, as casas eram populosas e impediam a aproximação sentimental entre seus membros, não havendo a estimulação de laços afetivos nem tampouco a preocupação com os direitos das crianças, haja vista que assim como as mulheres da época que dependiam totalmente dos maridos e eram responsáveis somente pelos afazeres domésticos, as crianças tinham seus direitos reduzidos, e assim que adquirissem porte físico para trabalhar, juntavam-se com os adultos e ajudavam nas tarefas domésticas, segundo Claudia Maria da Silva:

Os vínculos jurídicos e os laços de sangue eram mais importantes e prevaleciam sobre os vínculos de amor. O afeto, na concepção da família patriarcal, era presumido, tanto na formação do vínculo matrimonial e na sua manutenção como nas relações entre pais e filhos. Quando presente, não era exteriorizado, o que levava a uma convivência formal, distante, solene, substanciada quase que unicamente numa coexistência diária. (SILVA, 2004, p.129)

O pai era considerado o patriarca e exercia total controle e autoridade sobre os membros da família, administrando toda economia, influenciando estes com seus valores sociais e exercendo influência na questão religiosa de seus descendentes, onde os mesmos deveriam seguir sua religião e crenças. Caio Mario da Silva Pereira (2006, p.26) menciona

que: “O *pater* era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz, comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos (*penates*) e distribuía justiça”.

Segundo o entendimento de Fustel de Coulanges, o *pater* era responsável por passar aos seus descendentes a importância em cultuar os seus antepassados mortos como se ainda fossem da família, e sendo que, caso a família não cultuasse os mortos, poderiam sofrer alguma maldição como catástrofes no seio familiar e a falta de alimento, desse modo, ressaltando a seguinte definição:

Em certos dias, determinados pela religião doméstica de cada família, os vivos reúnem-se aos antepassados. Levam-lhes o banquete fúnebre, derramam sobre eles leite e vinho, oferecem guloseimas e frutas ou queimam para eles as carnes de alguma vítima. Em troca dessas oferendas, invocam sua proteção; tratam-nos por seus deuses e pedem-lhes que tornem seu campo fértil, a casa próspera, os corações virtuosos. (COULANGES, 2006, p.44)

As famílias romanas adotavam preceitos rígidos que deveriam ser seguidos, o filho e a filha não tinham os mesmos direitos, nem o mesmo tratamento igualitário, sendo que o filho sempre teve mais direito que a filha, pois o homem possuía muito mais liberdade do que a mulher, seja ela civil ou moral. Segundo Fustel de Coulanges (2006, p. 44), as famílias preferiam ter filho homem que mulher, pois o homem, além de ter o direito de sucessão, era quem regia os cultos aos antepassados, enquanto a mulher após o casamento cultuava os antepassados de seu marido.

A família no Direito Canônico era alicerçada nos preceitos do cristianismo, e somente era instituída através de cerimônia religiosa, haviam regras e princípios básicos que giravam em torno do casamento. O matrimônio era tido como algo sagrado, pois o homem e a mulher selariam sua união e se tornariam somente um ser físico e espiritual, e não poderia ser dissolvido, pois aquilo que Deus unia o homem não poderia separar. Orlando Gomes faz a seguinte ressalva:

A autoridade do direito canônico em matéria de casamento foi conservada até a lei de 1980, que instituiu o casamento civil. (...) A lei civil reproduziu várias regras do direito canônico, e algumas instituições eclesásticas se transformaram em instituições seculares, tal como ocorreu, nos países católicos. Sob influência religiosa, por exemplo, mantém-se o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial, adotando-se o desquite como forma de dissolução da sociedade conjugal. (GOMES, 1981, p. 10)

A Igreja exercia bastante influência sobre a população, instituindo o casamento como algo sagrado e discriminando o aborto, o adultério e o concubinato. Na concepção do cristianismo a função do casamento era a de procriação e criação dos filhos, além de que, a

Igreja não abençoava uniões entre pessoas do mesmo sexo, pois estas uniões fugiam dos padrões impostos. Silvio de Salvo Venosa explicita o seguinte entendimento:

O direito de família canônico era constituído por normas imperativas, inspiradas a vontade de Deus ou na vontade do monarca. Era constituídas por cânones, regras de convivência impostas aos membros de família e sancionadas com penalidades rigorosas. (VENOSA, 2010, p. 09).

Após a evolução no Direito Canônico, surgem as ordenações Filipinas que permitiam o casamento na Igreja, ou quando homem e mulher já estão morando juntos há muito tempo, sendo então reconhecidos por marido e mulher. Porém, a indissolubilidade do casamento continuou a mesma, sendo que o regime de bens admitido na época era o de comunhão universal de bens, ou seja, não importa o que era do homem e o que era da mulher, com o casamento os bens se tornavam patrimônio dos dois. (WALD, 2002, p. 18)

As primeiras referências de família no Brasil no Código Civil de 1916 são sobre as influências do Código Napoleônico e têm suas características pautadas no direito romano com modificações introduzidas pelo direito canônico, o direito de família disciplinava os direitos patrimoniais e pessoas das famílias, nesse período a família no Brasil era reconhecida pelo matrimônio e os filhos somente eram reconhecidos se fossem legítimos, ou seja, se adviessem do matrimônio. A família era submissa ao *pater familias*. Assim, ainda reinavam resquícios de um modelo patriarcal totalmente autoritário, onde a mulher era reprimida e não exercia seus atos da vida civil.

O Código Civil de 1916 refletia ainda o modelo de família patriarcal, onde o homem, sob grande influência da igreja católica, era o chefe da família e a mulher ficava totalmente por conta dos afazeres domésticos, não podendo exercer seus atos da vida civil sem estar assistida por seu marido, pois era tida como uma pessoa relativamente incapaz, além de seus direitos serem significativamente menores que os dos homens. O artigo 233 do Código Civil de 1916 instituía o homem como único chefe da sociedade conjugal. A família somente era reconhecida se originária do casamento e tinha caráter indissolúvel. Nesta visão, Luiz Edson Fachin explica que:

No desenho do sistema clássico do Código Civil, a linha estava em admitir excepcionalmente a dissolução da sociedade conjugal. Como a concepção da família era calcada na ideia de manutenção dos interesses da instituição, com sacrifício de outrem, nomeadamente dos filhos ou dos próprios cônjuges, a dissolução aprecia como um modo excepcional de admissão. (FACHIN, 2003, p.195)

Há que se notar, que neste período, havia distinções entre filhos nascidos em decorrência do casamento, que eram os legítimos, e os nascidos que não decorriam do

casamento, os ilegítimos. O código vedava aos filhos ilegítimos o reconhecimento da paternidade, trazendo desde então, discriminação entre os filhos advindos do casamento ou fora dele, *in verbis*: “Os filhos incestuosos e os adúlteros não podem ser reconhecidos” (art. 358 do Código Civil de 1916).

Na vigência do Código Civil de 1916, a família somente era considerada como legítima se fosse constituída através do casamento. Pelo código, essa era a família considerada juridicamente correta e que tinha total proteção do Estado.

No entanto, com o decorrer do tempo, ocorreram diversas mudanças sociais e econômicas na sociedade, trazendo alterações nas estruturas familiares. Com o advento da Constituição Federal de 1988, veio à tona direitos a todos, a igualdade entre homens e mulheres e entre os filhos, sejam eles advindos do casamento ou não, e até mesmo os de adoção, e acabou reconhecendo a união estável como entidade familiar. Segundo Silvio de Salvo Venosa:

No direito brasileiro, a partir da metade do século XX, paulatinamente, o legislador foi vencendo barreiras e resistências, atribuindo direitos aos filhos ilegítimos e tornando a mulher plenamente capaz, até o ponto culminante que representou a Constituição de 1988, que não mais distingue a origem da filiação, equiparando os direitos dos filhos, nem mais considera a preponderância do varão na sociedade conjugal. (VENOSA, 2010, p.15)

A Constituição Federal trouxe uma evolução para a família no Brasil, trazendo uma igualdade plena aos indivíduos, os igualando em direitos e deveres. Em seu artigo 226 §5 e também em seu artigo 5º inciso I, trouxe uma igualdade entre homem e mulher dentro da sociedade conjugal e fora dela, dizendo que os mesmos dotam de direitos e deveres e deverão ser exercidos de forma igualitária, igualdade esta que veio para acabar com as ideias que se tinham dessa diferenciação e inferiorização da figura da mulher na sociedade.

Quanto a figura dos filhos, importa destacar na evolução que a Constituição Federal nos trouxe em seu parágrafo 6º do artigo 227, igualando os direitos entre os filhos advindos dentro do casamento, fora do casamento ou aqueles advindos da adoção, não admitindo qualquer designação distintiva ou discriminatória entre estes. De acordo com a lei, Arnoldo Wald (WALD, 2002, p.25) traz a seguinte observação: “Aos filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, são concedidos os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas a filiação.”

Entretanto, a Constituição Federal de 1988 trouxe princípios constitucionais primordiais para a nova ideia de família, tais como, igualdade, liberdade e dignidade da

pessoa humana. O seu intuito foi priorizar a proteção da família, referindo-se à mesma como base da sociedade. Neste sentido, interessantes são as palavras de Cristiano Chaves de Farias:

Neste caminho, sobleva apontar dois motivos essenciais para a formação do núcleo familiar na sociedade, dos quais um é, antes, o fim imediato visado pelo outro: o desenvolvimento da personalidade humana e a concretização do projeto de felicidade. A família, pois, não se localiza dentro de um conjunto de muros ou num campo, mais em atitudes mentais, no terreno fecundo da cultura. (CHAVES, 2002, p.03)

Por fim, o Código Civil de 2002 veio lapidar o que já havia se consolidado com a Constituição Federal, uma nova visão sobre a família de acordo com o desenvolvimento de preceitos constitucionais e nas relações baseadas em afeto e proteção. Segundo a visão do autor Cristiano Chaves de Farias:

Sem dúvida, hoje a família é núcleo descentralizado, igualitário, democrático e, não necessariamente heterossexual. Trata-se de entidade de afeto e entre-ajuda, fundada em relações de índole pessoal, voltadas para o desenvolvimento da pessoa humana, que tem como diploma legal regulamentador a Constituição da República de 1988. (CHAVES, 2002, p. 05)

O Código Civil de 2002 sob a influência da Constituição Federal trouxe novidades baseadas nas transformações da sociedade, trazendo o reconhecimento dos filhos advindos fora do casamento, pois até então havia-se “pré-conceitos” com esses filhos. Houve também a mudança no conceito de parentesco, onde este não seria mais definido somente pelo critério consanguíneo, mais também por um critério afetivo. A substituição do pátrio poder pelo poder familiar também veio com o advento do Código de 2002, fazendo com que a autoridade familiar, tanto a materna quanto a paterna seja responsável pelo cumprimento da finalidade da sociedade familiar, sendo que ambos são responsáveis solidariamente pelos filhos.

O Código, juntamente com a Constituição Federal de 88, considerando a evolução da família no Brasil, veio com intuito de destacar a função social da família, igualando filhos e cônjuges dentro da relação familiar, corroborando com o bem estar de todos pertencentes à entidade.

2.2 Princípios do Direito de Família

Por fim, em decorrência da nova ideia de família baseada no afeto, que ganhou forças com o advento da Constituição com seus princípios e preceitos e com o Código Civil que consolidou e evoluiu com as ideias desta, o Direito de Família ganhou uma principologia própria, com princípios fundamentados nesta nova ordem e visão de família.

2.2.1 Princípio da Afetividade

A afetividade constitui um princípio jurídico aplicado no âmbito familiar que se baseia no princípio da dignidade da pessoa humana, e tem sido o norteador do Direito de Família. Este princípio não está explícito no ordenamento jurídico, mas implícito nos costumes, doutrinas, jurisprudências e nos aspectos sociais.

Cada vez mais o afeto tem se tornado mais importante nas relações familiares, pois é através deste que se baseia o desenvolvimento e personalidade do indivíduo, na ideia de Luiz Roberto de Assumpção (2004, p.53): “Na família atual, o afeto é a razão de sua própria existência, o elemento responsável e indispensável para a sua formação, visibilidade e continuidade”.

É no âmbito familiar que a criança desenvolve o primeiro contato social e adquire os seus primeiros valores, e é nesta convivência que ela se baseará para se relacionar com outras pessoas. Por este motivo que se diz que o afeto é extremamente importante na formação do indivíduo, visto que este é um sentimento capaz de influenciar em toda vida emocional do ser humano, pois aquela criança que não teve afeto na sua infância, dificilmente será um adulto que passará afeto a outras pessoas. Maria Berenice Dias (2015, p.97) diz: “O conceito atual de família é centrado no afeto como elemento agregador, e exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação da sua personalidade.”

Portanto, é diante da influência deste princípio na vida social e psicológica do indivíduo que se diz que este é o norteador das relações familiares da atualidade e do Direito de Família.

2.2.2 Princípio da Igualdade Jurídica Entre os Filhos

O princípio da igualdade jurídica entre os filhos veio previsto na Constituição Federal e teve seu texto regulamentado no Código Civil de 2002. Este tem o intuito de evitar a discriminação entre os filhos, sejam eles advindos do mesmo casamento ou não, o que era comum até a previsão deste na Constituição Federal.

Este princípio consagra a ideia de que todos são iguais perante a lei, igualdade esta que abrange os adotivos, os advindos de inseminação artificial e os advindos ou não do casamento. Neste sentido ressalva Taisa Maria Macena de Lima:

A igualdade deve ser entendida como a mesma oportunidade de acesso a bens materiais e imateriais. Assim, viola o direito à igualdade o pai ou a mãe que não assegure a cada um dos filhos as mesmas oportunidades de acesso a bens materiais e imateriais, por exemplo, deixa que uns estudem em melhores colégios e recebam a mais esmerada educação formação em detrimento de outro. (DE LIMA, 2003, p.03)

Sendo assim, não é admissível qualquer diferenciação entre os filhos, todos deverão ter os mesmos direitos e proteção, pois além de ser um princípio constitucionalmente consagrado, ocasiona uma ofensa moral à criança e não deve ser admitida.

2.2.3 Princípio da Solidariedade Familiar

Este princípio tem sua origem na Constituição Federal e ganha forças nos vínculos afetivos, traduzindo a reciprocidade existente entre os integrantes da família de cooperarem mutuamente com assistência, amparo, ajuda e cuidado nas relações familiares. Na visão de Flavio Tartuce (2015, p.13): “Deve-se entender por solidariedade o ato humanitário de responder pelo outro, de preocupar-se e de cuidar da outra pessoa”.

A solidariedade não é tão somente patrimonial, mas também afetiva e psicológica, implicando em fraternidade e reciprocidade mútuas no núcleo familiar, de acordo com Maria Berenice Dias:

[...] Ao gerar deveres recíprocos os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão. Basta atentar que, em se tratando de crianças e de adolescentes, é atribuído primeiro a família o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação (CF 227). (DIAS, 2015, p. 49)

Todavia, diante dessa relação reciprocamente mútua, onde ambos devem cooperar, pode-se dizer que os pais têm este dever solidário de assistir e cuidar de seus filhos de forma material e imaterial.

2.2.4 Princípio da Paternidade Responsável

O princípio da paternidade responsável está previsto implicitamente na Constituição Federal e admite a responsabilidade dos genitores em cuidar dos filhos de forma física, moral e psíquica, garantindo os direitos que lhe são reconhecidos.

A paternidade deve ser exercida desde a concepção do filho até quando for necessário, se responsabilizando pelas obrigações e direitos que a ele lhe cabem. Desta forma diz Tiago José Teixeira Pires:

O Princípio da Paternidade Responsável significa responsabilidade e esta começa na concepção e se estende até que seja necessário e justificável o acompanhamento dos filhos pelos pais, respeitando-se assim, o mandamento constitucional do art. 227, que nada mais é do que uma garantia fundamental. (PIRES, 2013)

Assim, cabe aos pais conduzir a paternidade responsável desempenhando suas funções dentro do seio familiar e garantindo proteção, cuidado, carinho, afeto, dando amparo psíquico e material, para que a criança tenha seu total desenvolvimento.

2.2.5 Princípio do Melhor Interesse da Criança

O princípio está previsto de forma implícita na Constituição Federal em seu artigo 227 e regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, e prevê que é dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem os direitos fundamentais que lhe cabem, a fim de facultar o desenvolvimento físico, mental, social, os livrando de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Ao garantir essa proteção à criança, o legislador reconheceu a vulnerabilidade e a condição de pessoa em desenvolvimento desta, e por isso merece esse total amparo e proteção. Segundo o entendimento de Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado a sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa. (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira, 2008, p. 80)

Portanto, nota-se que o princípio do melhor interesse da criança e adolescente tem o intuito de garantir os direitos e assegurar o desenvolvimento e formação destes, admitindo sua hipossuficiência e lhe garantindo proteção jurídica e amparo social, sendo que os pais devem estar sempre observando o melhor interesse de seus filhos, com o objetivo de atingirem o seu melhor desenvolvimento e formação.

3 NOÇÕES HISTÓRICAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Na antiguidade, as sociedades eram regidas pelas vivências e costumes, contudo, as reações a ofensas, danos, lesões eram de forma direta e com violência. Neste período não se falava em Direitos nem tão pouco em proporcionalidade, e sim em vingança, em violência, em uma forma de fazer justiça com as próprias mãos. (GONÇALVES, 2014, p. 24)

No período Romano, prevalecia originariamente o sentimento da própria razão, de o ofendido se tornar um justiceiro e fazer a sua própria justiça. Com isso, se torna evidente a necessidade de intervenção de um poder público para legitimar as formas para reparação de danos.

Após o Poder Público ver a necessidade da sua intervenção, passou então a intervir instituindo a Lei do Talião, onde se retribuía o mal com uma pena, conhecida como *pena do Talião*. O famoso ‘olho por olho, dente por dente’, no qual o injustiçado poderia reagir prejudicando/lesando na mesma proporção àquele que lhe prejudicou. Percebe-se que a vingança ainda continuava, porém de uma forma proporcional, onde o Poder Público autorizava, justificando que somente assim haveria a compensação na reparação do dano. Nesse sentido, ressalva Roberto Senise Lisboa:

A vingança importava na reparação de um dano com a prática de outro dano. Impossibilitava-se, de fato, qualquer consideração sobre a noção jurídica de culpa leve ou lata, uma vez que se equiparava a prática de um delito a outro, com base da Lei do Talião, que limitava a represália da vítima sobre o agressor á proporcionalidade do dano causado. (LISBOA, 2010, p. 252)

Com o passar do tempo, surge o período denominado como composição voluntária, onde vigora a ideia de que é mais vantajoso substituir a vingança, por uma compensação econômica. Nessa forma de organização, o agressor repara o dano que causou à vítima, compensando com o pagamento de uma quantia de dinheiro ou bens, de uma forma proporcional à sua agressão. Sendo assim, em busca de uma justiça menos agressiva, a vingança passa a ser substituída pela composição regida já pelo Poder Público, onde o legislador começa a legalizar a indenização, bloqueando a vingança e o constrangimento.

Posteriormente a este momento, o Estado surge com a composição legal ou tarifada, onde esta passa a se tornar obrigatória para o agressor. O Estado passa a arbitrar o valor da punição a ser paga pelo agressor de acordo com cada caso. Aqui pode-se dizer que nasce a ideia de obrigatoriedade na reparação de lesões. Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

Num estágio mais avançado, quando já existe uma soberana autoridade, o legislador veda á vítima fazer justiça pelas próprias mãos. A composição econômica, de voluntaria que era, passa a ser obrigatória, e, ao demais disso, tarifada. (GONÇALVES,2014, p. 25)

Com o decorrer do tempo, o meio de responsabilização em Roma se deu pela “*Lex Aquilia de Damno*”, em que pune-se a culpa pelos danos que foram provocados injustamente. A “*Lex Aquilia*” foi um plebiscito admitido entre o final do século III, que instituíu que a forma de reparação à lesão provocada a outrem deveria ser financeira. Sendo assim, o titular do bem deveria obter o pagamento em dinheiro de quem lhe causasse o dano.

Essa nova fase, instituída pela “*Lex Aquilia de Damno*” fixou a necessidade da existência da culpa para que houvesse a reparação do dano causado, reparações essas que deveriam se dar de forma proporcional ao prejuízo e de caráter financeiro. Acreditava o legislador da época que se as penas sobreviessem aos patrimônios, o agressor pensaria duas vezes antes de lesar outrem. Segundo Maria Helena Diniz:

A *Lex Aquilia de Damno* veio a cristalizar a ideia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse os ônus da reparação, em razão do valor da res, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse precedido sem culpa. (DINIZ, 2010, p.11)

Contudo, constata-se que com essa nova ideia de culpa como elemento fundamental para o dever de indenizar, surge a evolução da responsabilidade civil, nascendo a responsabilidade civil subjetiva, e sendo esta consagrada nos códigos civis da modernidade, como o código civil Francês, Alemão e Brasileiro de 1916. Consagração essa vigente até os dias de hoje, pois teve sua recepção pelo Código Civil de 2002. Desta forma, Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 29) escreve: “O Código Civil de 1916 filiou-se a teoria subjetiva, que exige prova de culpa ou dolo do causador do dano para que seja obrigado a repará-lo.”

Portanto, observa-se uma evolução na Responsabilidade Civil, onde houve a proibição da vingança, da autotutela, da famosa justiça com as próprias mãos, para uma responsabilização baseada da culpa, onde a reparação do dano passa a ser de cunho financeiro e proporcional à lesão.

3.1 Funções da Responsabilidade Civil

Inicialmente se faz importante apresentar o conceito de Responsabilidade Civil. Significa o dever jurídico de recomposição do dano sofrido, imposto ao causador direto ou

indireto do dano. Desta forma, pondera Sergio Cavalieri Filho (2010, p.02): “A responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida. Assim toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil”.

A principal função da Responsabilidade Civil é submeter o agente causador do dano a repará-lo, recolocando o prejudicado no *status quo ante*, ou seja, repondo a vítima à situação que antes se encontrava, garantindo um direito ao lesado de não ficar prejudicado frente à lesão. Na ideia de Carlos Roberto Gonçalves:

Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil. (GONÇALVES,2014, p. 19)

A segunda função da Responsabilidade Civil é a da reparação, servindo também como uma sanção civil, onde se impõe uma indenização na proporção do dano, restaurando o equilíbrio moral e patrimonial, trazendo uma segurança jurídica ao ofendido. Uma vez que o simples dano traz a quebra de uma harmonia, pois o prejudicado é lesionado de alguma forma e esta lesão, seja ela física, moral ou intelectual, lhe traz prejuízo. Nas palavras de Everaldo Augusto Cambler:

A função da responsabilidade civil é principalmente ressarcir os prejuízos da vítima. A recomposição do patrimônio ou do direito do sujeito lesado por ato juridicamente imputável a outrem é o objetivo primário das regras de responsabilização. [...] A ordem jurídica procura garantir a todos os sujeitos a preservação de seus direitos (patrimoniais ou da personalidade), no sentido de assegurar sua recomposição. (CAMBLER,2012, p. 129)

Por fim, salienta-se que a responsabilidade civil, além do seu intuito patrimonial, que é o da restituição ao status que se encontrava o bem, com o fim de minimizar os efeitos decorrentes do dano, também tem a função pedagógica, de servir como uma sanção civil, fazendo com que a condenação seja uma forma de coibir que a pessoa ou outras ajam da mesma forma, cometendo novamente o mesmo erro.

3.2 Elementos da Responsabilidade Civil

Para que se admita a responsabilidade civil e se reconheça a reparação do dano é necessário que alguns requisitos essenciais estejam presentes, sendo eles: ação ou omissão, relação de causalidade e o dano à vítima. A ausência de um desses elementos impede essa responsabilização civil, segundo Maria Helena Diniz:

Entendemos que a responsabilidade civil requer: a) Existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente; b) ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado a vítima por ato comissivo ou omissivo do agente ou de terceiro por quem o imputado responde; c) nexo de causalidade entre o dano e a ação, pois a responsabilidade civil não poderá existir sem o vínculo entre a ação e o dano. (DINIZ,2010, p. 37/38)

Sobre ação ou omissão, o código civil prevê a responsabilização de qualquer pessoa que por ação comissiva ou omissiva, lícita ou ilícita, fundada na culpa ou risco, venha causar dano a outrem, na conduta comissiva (o agente faz alguma coisa) ou omissiva (o agente se omite a algo, deixa de fazer). Deve-se observar se o agente agiu com a culpa ou o dolo, salienta-se a importância de verificar se o agente poderia ter agido de outra forma de acordo com a circunstância do caso concreto. Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho:

A ação é a forma mais comum de exteriorização da conduta (...). Consiste, pois, em um movimento corpóreo, comissivo, um comportamento positivo, como a destruição de coisa alheia, a morte ou lesão corporal causada em alguém, e assim por diante. Já a omissão, forma menos comum de comportamento, caracteriza-se pela inatividade, abstenção de alguma coisa devida. (CAVALIERI, 2010, p.24)

Porém, é de grande importância ressaltarmos que a ação deve ser voluntária, ou seja, controlada pelo autor, pois para condutas praticadas por ameaça, coação, e sob estado de inconsciência não deve haver responsabilização.

A relação de causalidade é a relação que une a causa ao dano. A causa que gerou o dano deve ser a conduta omissiva ou comissiva do agente, sendo que, sem a relação entre causa e dano não podemos falar em dever de indenizar. Se houve o dano, mas a causa não está relacionada com o comportamento do agente, não há obrigação de indenizar.

O nexo causal liga o dano à ação do agente, e sem esse nexo não há responsabilidade civil, pois a causalidade é elemento obrigatório para ensejo de responsabilização e deverá ser provado. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves:

É a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Vem expresso no verbo “causar”, utilizado no artigo 186. Sem ela, não existe a obrigação de indenizar. Se houve o dano mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar. (GONÇALVES,2014, p.54)

E por fim, como elemento necessário para caracterização da responsabilidade civil, está o dano, visto que não há responsabilização civil sem dano, podendo este ser de cunho material, ou seja, atingir a órbita financeira, ou de cunho moral, sendo que as ofensas aos direitos da personalidade ensejam dano, e autorizam uma reparação pecuniária mesmo que nenhum prejuízo material advinha dessas ofensas. Segundo Maria Helena Diniz:

Não pode haver responsabilidade civil sem a existência de um dano a um bem jurídico, sendo imprescritível a prova real e concreta dessa lesão. Deveras, para que haja pagamento da indenização pleiteada é necessário comprovar a ocorrência de um dano patrimonial ou moral, fundados não na índole dos direitos subjetivos afetados, mas nos efeitos da lesão jurídica. (DINIZ, 2010, p. 61)

Portanto, o dano é uma ofensa a um bem jurídico e, sendo este provado, deverá ser indenizado. Assim, o agente deverá reparar o dano causado à vítima. Quando de cunho patrimonial podemos falar em reparação integral, pois dá para calcular o material. Porém, quando de cunho moral não podemos falar em reparação integral, e sim uma reparação proporcional, pois não há valor que calcule a lesão moralmente sofrida pelo indivíduo, já que não se pode avaliar a dor, a emoção, a aflição, ou seja, a sensação dolorosa experimentada pelo indivíduo.

3.3 Classificações da Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil poderá ser dividida em diversas espécies, podendo ser contratual, decorrer de um contrato, de uma manifestação de vontade entre as partes, ou extracontratual, quando decorre de uma violação a um dever legal. Pode ser ainda subjetiva, quando se baseia na ideia de culpa, ou objetiva, quando não há necessidade da comprovação de dolo ou culpa do agente, portanto, importante é analisarmos cada uma.

3.3.1 Responsabilidade Contratual

A responsabilidade civil contratual está prevista no artigo 389 do Código Civil de 2002, e é aquela proveniente de uma violação de obrigação disposta em um negócio jurídico e que com essa violação, cause prejuízo a outrem. Visto que nessa espécie de responsabilidade, o agente descumpra aquilo que foi pactuado e se torna inadimplente. Nas palavras de Maria Helena Diniz:

A responsabilidade contratual se oriunda de inexecução de negócio jurídico bilateral ou unilateral. Resulta, portanto, de ilícito contratual, ou seja, de falta de adimplemento ou da mora no cumprimento de qualquer obrigação. É uma infração a um dever especial estabelecido pela vontade dos contratantes, por isso decorre de relação obrigacional preexistente. (DINIZ, 2010, p. 129)

Nessa espécie de responsabilidade, o dano provocado a outrem se dá por um inadimplemento de obrigação, o que levará o agente a recompor o bem lesionado ao status quo ante dos prejuízos causados, fazendo com que haja a harmonia do equilíbrio abalado. Porém, importante é sabermos que nessa responsabilidade o agente só não será condenado a

reparar o dano se provar a ocorrência de alguma das excludentes admitidas na lei, que são a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e força maior. (GONÇALVES, 2014, p.45)

Haverá responsabilidade civil contratual quando o dever jurídico violado (seja essa violação parcial ou total) estiver previsto em um contrato, ou seja, há uma relação jurídica pré-existente entre as partes, pois o contrato traz esse vínculo jurídico.

3.3.2 Responsabilidade Extracontratual

A responsabilidade civil extracontratual decorre diretamente da lei, e está prevista no artigo 186 do Código Civil de 2002. Sendo assim, não há nenhum vínculo jurídico existente entre a vítima e o causador do dano, e sim uma infração a um dever legal. Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2014), essa responsabilidade abrange a violação dos deveres legais de abstenção ou omissão, como os que correspondem aos direitos reais, aos direitos da personalidade.

Podemos dizer que essa responsabilidade deriva de uma conduta, e que sua consequência é a mesma da responsabilidade contratual, recompor os prejuízos causados a outrem. Porém, sabemos que prejuízos de cunho moral e ofensas a direitos da personalidade são irreparáveis psicologicamente, pois existem danos que ficam marcados na vida do ofendido. No entanto, a reparação tem o cunho de amenizar os danos. Segundo Sergio Cavaliere Filho (2010, p.15): “Se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual.”.

Sendo assim, a responsabilidade extracontratual está pautada na inobservância da lei, ocasionando em uma lesão a um direito, sendo que essa lesão além de patrimonial poderá ser também de cunho moral e que fira direitos da personalidade. Importante salientar ainda que nessa espécie não há uma relação jurídica preexistente entre as partes.

3.3.3 Responsabilidade Subjetiva

A responsabilidade subjetiva está pautada na ideia de culpa e dolo como alicerce da responsabilidade civil, ou seja, aquele que age com culpa ou dolo em desfavor de outrem tem o dever de indenizar. Deste modo, a culpa ou dolo do agente é necessária para que haja o dever de reparar, cabendo ao lesado a demonstração que o agente que o lesionou agiu desta forma.

Neste sentido, Carlos Roberto Gonçalves aduz:

Essa teoria, também chamada de teoria da culpa, ou subjetiva, pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Em não havendo culpa, não há responsabilidade. Diz-se, pois ser subjetiva a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. (GONÇALVES, 2014, p.48)

Sendo assim, o agente causador do dano somente terá responsabilidade civil de indenizar o lesado se agiu com dolo ou culpa, sendo sua responsabilidade individual direta ou indireta. Direta quando o agente responder por ato próprio e indireta quando responder por ato de terceiro. Desse modo, a prova da culpa ou dolo do agente será necessária para que surja o dever de reparação.

3.3.4 Responsabilidade Objetiva

Essa espécie de responsabilidade tem como fundamento a existência do dano, baseia-se na ideia de que para que haja indenização basta que exista o dano proveniente de uma conduta comissiva ou omissiva e nexos causal entre ambos, não havendo a necessidade de se provar a culpa ou dolo do agente.

A responsabilidade objetiva está fundada no risco, não devendo analisar se a conduta foi culposa ou dolosa do agente, uma vez que o simples nexos causal entre o prejuízo sofrido pela vítima e a ação do agente, basta para que tenha o dever de indenizar. Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 48) diz: “Na responsabilidade objetiva prescinde-se totalmente da prova da culpa. Ela é reconhecida, independentemente de culpa. Basta, assim, que haja relação de causalidade entre a ação e o dano”.

Sendo assim, na responsabilidade objetiva, o lesado não precisa provar a culpa e dolo do agente causador do dano, pois o simples dano proveniente de uma conduta e o liame existente entre ação e dano, enseja à responsabilidade civil, logo, à reparação do dano.

3.4 Responsabilidade Civil dos Pais em Relação aos Filhos

A responsabilidade dos pais em relação aos filhos é de natureza objetiva, pois cabe aos pais o dever de cuidado com os filhos, e a promoção do desenvolvimento da personalidade destes. A negligência destes em relação à sua prole pode causar traumas e danos psicológicos difíceis de serem esquecidos.

Nessa responsabilidade não há que se falar em conduta culposa ou dolosa e sim em uma omissão em relação a um dever. Os pais que abandonam os seus filhos são omissos em relação ao dever de cuidado e devem ser responsabilizados. Segundo Maria Berenice Dias:

A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao deixar de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação. [...] Por certo, o STJ reconheceu o cuidado como valor jurídico, identificando o abandono afetivo como ilícito civil, a ensejar o dever de indenizar. (DIAS,2015, p. 97)

Os direitos dos filhos estão resguardados sob a forma de princípios, e pela Constituição Federal, no artigo 227 *caput* da Carta Magna. O legislador explana que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar á criança, ao adolescente e ao jovem uma série de direitos, inclusive o da convivência familiar, colocando a salvo de toda forma de negligência. Sendo assim, há que se notar que os direitos da criança, jovem e adolescente são expostos na lei, e o pai ou a mãe que não assegure esses direitos está agindo em desconformidade com o que lhe foi imposto.

4 O ABANDONO AFETIVO

O abandono afetivo nada mais é que a ausência de afeto entre pais e filhos. No entanto, essa ausência de dar o afeto é caracterizada como uma conduta omissiva dos pais em relação ao cumprimento dos deveres que lhe são incumbidos decorrentes do poder familiar, que são de prestar assistência moral, psicológica, afetiva e de orientação aos filhos. Giselda Hironaka conceitua o abandono afetivo como: "[...] omissão dos pais, ou de um deles, pelo menos relativamente ao dever de educação, entendido este na sua acepção mais ampla, permeado de afeto, carinho, atenção, desvelo [...]"

A ausência de afeto, cominado com a ausência do estrito cumprimento do dever de convivência familiar, caracteriza o abandono afetivo, visto que a criação e participação na vida dos filhos é um dever dos pais e um direito dos filhos. Os pais, ao agirem de forma omissiva ou indiferente nessa promoção e contribuição para a formação pessoal dos filhos, estão sendo negligentes com o direito dessas crianças e adolescentes, pois tudo que estes anseiam nessa fase de formulação da sua personalidade é de atenção, carinho, e afeto. Segundo Maria Berenice Dias (2013, p. 388):

A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a vertentes patrimoniais. A essência existencial do poder parental é a mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar. (DIAS, 2013, p. 388)

Os laços de afeto derivam da convivência, e essa convivência e assistência é de extrema importância na vida dos filhos, sendo que essa é um fator responsável para a formação saudável do caráter psíquico, moral e sentimental de uma criança, e a falta deste afeto, desse amparo, pode gerar abalos psicológicos inquestionáveis na sua personalidade, que possivelmente perdurarão por toda a vida. Segundo Rui Stoco (2007, p. 946): “A dor sofrida pelo filho em razão do abandono e desamparo dos pais, privando-o do direito á convivência, ao amparo afetivo, moral, psíquico e material é não só terrível, como irreversível.”

As crianças e adolescentes são pessoas que estão em pleno desenvolvimento, e devem ser amados, respeitados, cuidados e acima de tudo, terem uma convivência familiar saudável, devendo receber de seus pais assistência moral, afetiva e material. Nas palavras de Flávio Tartuce (2015, p.24): “De toda sorte, deve ser esclarecido que o afeto equivale a interação entre pessoas, e não necessariamente ao amor, que é apenas uma de suas facetas”.

Atualmente o afeto vem sendo apontado como o principal fundamento das relações familiares, e é na família onde o indivíduo desenvolve sua personalidade, adquire seus primeiros valores. E é justamente nesse seio onde o afeto deveria ser mais presente, pois o afeto de pai e mãe é algo incomparável e insubstituível. Alguns pais tentam substituir o afeto com presentes e pensão alimentícia, mais isso não é afeto. Afeto é o carinho, a interação com o filho, pois é sabido que o ser humano precisa também de elementos imateriais para a sua formação.

4.1 Dever dos Pais em Relação aos Filhos

Os pais têm deveres em relação a seus filhos, os quais deverão ser exercidos por ambos. A Constituição Federal em seu artigo 229 assegura que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e em seu artigo 227 deixa claro que é dever da família em primeiro lugar, assegurar os direitos da criança e do adolescente. Entre tais direitos se encontra previsto o da convivência familiar. Percebe-se pelo próprio texto constitucional que o dever imputado aos pais não é somente de cunho patrimonial e sim também afetivo e psicológico. Haja vista que não é somente a Constituição que menciona tais deveres, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil também mencionam.

Os deveres dos pais devem ser cumpridos com o fim de proporcionar um crescimento e desenvolvimento saudável à criança, fazendo com que a convivência passe a estes valores necessários para o desenvolvimento de sua personalidade, de sua moralidade e intelectualidade. O seio familiar desempenha uma função de contribuição para a formação da personalidade do indivíduo, pois são nessas relações afetivas que o indivíduo irá estruturar sua personalidade. Maria Berenice Dias (2015, p. 97) diz:

Assim, a convivência dos filhos com os pais não é um direito, é um dever. Não há direito de visitá-los, há obrigação de conviver com ele. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu desenvolvimento sadio. (DIAS,2015, p.97)

O afeto nas relações entre pais e filhos influencia na formação dos filhos, haja vista que a criança e o adolescente como indivíduos em pleno desenvolvimento necessitam de afeto e carinho. O sofrimento advindo da rejeição e descaso dentro da relação entre pais e filhos compromete a formação da personalidade e traz consequências inapagáveis para os filhos. Esse abandono traz abalos psicológicos aos filhos, ferindo direitos da personalidade destes e principalmente ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana. Nas palavras de Maria Berenice Dias (2015, p. 97):

A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer o seu desenvolvimento saudável. Se lhe faltar essa referência, o filho estará sendo prejudicado, talvez de forma permanente, para o resto de sua vida. Assim, a ausência da figura do pai desestrutura os filhos, tira-lhes o rumo da vida e debita-lhes a vontade de assumir um projeto de vida. Tornam-se pessoas inseguras e infelizes. (DIAS,2015, p.97)

Resta nos ressaltar que os pais não têm responsabilidade somente em fornecer alimento e subsídios para o crescimento saudável da criança, mas também fornecer afeto, carinho, atenção. Aqui não se pode falar em um dever de amar, pois não se pode obrigar alguém a amar outrem, porém, inerente é que cuidar é um dever. A Ministra Nancy Andrighi em um de seus votos no Recurso Especial nº 1.159.242 – SP (2009/0193701-9) expõe a seguinte frase: “Amar é faculdade, cuidar é dever.”

4.2 Análise Jurisprudencial de Casos

O tema responsabilidade civil por abandono afetivo ainda tem mostrado divergências e divide diversas opiniões. Os tribunais não têm demonstrado uma pacificação, porém, de forma cautelosa e criteriosa tem sido recorrente a aceitação de tal possibilidade. Em suma, se faz necessário analisarmos jurisprudências para melhor entendermos as posições dos tribunais.

Em 2012, o Superior Tribunal de Justiça admitiu a reparação civil pelo abandono afetivo no julgamento do REsp 1.159.242/SP. No acórdão, a Ministra Nancy Andrighi ressalta que é admissível a aplicação do conceito de dano moral nas relações de família, haja vista que aos pais estaria presente uma obrigação em dar auxílio psicológico aos filhos, colocando o cuidado como um valor jurídico, concluindo que a omissão do pai estaria intimamente ligada com nexos causal ensejando a indenização. Porém, entendeu ser necessário reduzir o quantum reparatório de R\$ 415.000,00 para R\$ 200.000,00. A ementa foi assim publicada:

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

filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada 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. (STJ, REsp 1.59.242/SP Rel. Min. Nancy Andriighi. 3 Turma j. 24.04.2012, DJe 10.05.2012).

O acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça salienta que o cuidado dos pais para com seus filhos está previsto no ordenamento jurídico brasileiro, no artigo 227 da Constituição Federal e que o descumprimento do dever de cuidado é um ilícito civil na modalidade de omissão. Aos pais cabe o dever de criação, de educação, de cuidado, de afeto, e o descumprimento desse dever gera danos psicológicos aos filhos, ou seja, os danos são gerados em decorrência de uma omissão dos pais. Há um nexo entre omissão e dano, logo, há uma indenização.

Em contrapartida, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no mesmo ano, 2012, manteve sentença que negou abandono afetivo, sob o cunho de que não é possível indenizar os abalos decorrentes da falta de afeto. O acórdão foi proferido dia 22 de novembro e teve decisão unânime da Câmara. Segundo o pai da autora, ele já contribuía com o sustento da mesma desde que fora ajuizada ação de investigação de paternidade. Conforme ementa:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABANDONO AFETIVO. DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA. A reparação de danos que tem por fundamento a omissão afetiva, no âmbito do direito de família, é sabidamente de interpretação restritiva, pois que, visando a traduzir o afeto humano em valor monetário, é marcada por enorme subjetividade, e não se configura pelo simples fato de os pais não terem reconhecido, de pronto, o filho. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70060154150, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 02/07/2014)

Haja vista que o presente trabalho não concorda com a decisão, pois como já citado no tópico 4.1, o dever dos pais vai além de obrigações materiais e alimentares. Os pais possuem um dever primário e de suma importância, o de ajudar na criação dos filhos, o de transmitir o afeto, o de transmitir valores a sujeitos que estão em formação.

Sob o mesmo entendimento da 8ª Câmara Cível do Rio Grande do Sul, o Superior Tribunal de Justiça decidiu no julgamento do Recurso Especial nº 1.493.125-SP (2014/0131352-4) de 23 de fevereiro de 2016, a não responsabilização do pai em virtude da filha por abandono afetivo. A autora alega um tratamento diferenciado em relação a seus irmãos, e que a conduta do pai em nunca ter apoiado afetivamente e financeiramente lhe

gerou danos. O Tribunal alegou que não há demonstração de ato ilícito com o abandono e que a ação de alimentos já resolveria o problema, de acordo com a ementa:

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ABANDONO AFETIVO. NÃO OCORRÊNCIA. ATO ILÍCITO. NÃO CONFIGURAÇÃO. ART. 186 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA CONFIGURAÇÃO DO NEXO CAUSAL. SÚMULA Nº 7/STJ. INCIDÊNCIA. PACTA CORVINA . VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM . VEDAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO CARACTERIZADO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. 1. A possibilidade de compensação pecuniária a título de danos morais e materiais por abandono afetivo exige detalhada demonstração do ilícito civil (art. 186 do Código Civil) cujas especificidades ultrapassem, sobremaneira, o mero dissabor, para que os sentimentos não sejam mercantilizados e para que não se fomente a propositura de ações judiciais motivadas unicamente pelo interesse econômico-financeiro. 2. Em regra, ao pai pode ser imposto o dever de registrar e sustentar financeiramente eventual prole, por meio da ação de alimentos combinada com investigação de paternidade, desde que demonstrada a necessidade concreta do auxílio material. 3. É insindicável, nesta instância especial, revolver o nexo causal entre o suposto abandono afetivo e o alegado dano ante o óbice da Súmula nº 7/STJ. 4. O ordenamento pátrio veda o pacta corvina e o venire contra factum proprium. 5. Recurso especial parcialmente conhecido, e nessa parte, não provido. (STJ, Recurso Especial nº 1.493.125 - SP (2014/0131352-4) Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva. 3 Turma j. 23-02-2016, DJe 01-03-2016).

Entretanto, como explanado no tópico 3.2 sobre a Responsabilidade Civil, a simples omissão do pai em relação à filha, é um dos elementos da responsabilidade civil e se cominado com o dano e com nexo causal, enseja dano moral. Os danos recorrentes do abandono afetivo não são apalpáveis, pois não são materiais e sim imateriais, e o auxílio material não supriria a necessidade afetiva do indivíduo.

Em concordância com a ideia do trabalho, de responsabilizar os pais que abandonam seus filhos afetivamente, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da apelação nº 0005780-54.2010.8.26.0103, deu provimento na ação do filho em desfavor do pai, alegando que o autor não foi a juízo com o fim de pedir amor de seu pai, mas sim de cobrar a este a sua responsabilidade que decorre da paternidade, ressaltando ainda que o amor não é concedido por ato judicial e sim por ações. Alega o Tribunal ainda que a responsabilidade dos pais vai além de objetos materiais e sim em condutas capazes de modular caráter dos filhos em valores que lhe serão acompanharão por toda a vida, conforme ementa:

EMENTA: DANO MORAL. Ação de indenização por danos morais ajuizada por filho em face de genitor, com alegação de abandono afetivo e material, eis que fruto de relacionamento extraconjugal, havendo o reconhecimento da paternidade tardio, com diluição de bens. Comprovação do relacionamento do réu com a genitora do autor. A responsabilidade da paternidade vai além do meramente material, implicando em procurar moldar no caráter dos filhos os valores e princípios que lhes farão enveredar pela vida, cômicos da necessidade da prática do bem, que norteará sua busca pela felicidade e pautará a conduta dos mesmos nos anos vindouros, seja no lado emocional, seja no lado profissional e igualmente no lado espiritual, vez que

a religião corrobora para aprimorar o caráter. Abandono afetivo e material configurados. Dano moral comprovado. Assédio moral é espécie de dano moral, não cabendo indenizações distintas. Custas, despesas processuais e honorários advocatícios devidos pelo réu, eis que a definição da indenização é critério subjetivo, não importando a sua redução em decaimento do pedido. Sentença reformada nesse ponto. Apelo do réu Improvido, apelo do autor parcialmente provido. (TJ-SP - APL: 00057805420108260103 SP 0005780-54.2010.8.26.0103, Relator: Ramon Mateo Júnior, Data de Julgamento: 14/05/2014, 7ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 16/05/2014)

Contudo, importa salientar a opinião do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, de acordo com os julgados do TJMG não há uma manifestadamente posição majoritária ou minoritária. O que notamos são diversos julgados que por ora julgam procedente, por ora improcedente, tendo sempre a cautela ao julgar um assunto ainda tão controverso. Os Desembargadores julgaram improcedente a indenização decorrente do abandono afetivo nos seguintes julgados: Apelação Cível 1.0515.11.003090-2/001 (2016); Apelação Cível 1.0521.04.035405-7/002 (2016); Apelação cível 1.0194.05.099785/001 (2013). Dentre outros, em contrapartida, o mesmo Tribunal julgou procedente a indenização nos seguintes julgados: Apelação Cível 1.0145.07.411698-2/001 (2014); Apelação Cível 1.0144.11.001951-6/001 (2013); Apelação Cível 2.0000.00.408550-5/000 (2004), dentre outros.

Todavia, a responsabilidade dos pais deve ir além da Órbita material, pois a falta do que é material não é capaz de gerar sequelas psicológicas, enquanto a falta de amor, de afeto, de carinho, é sim uma ensejadora de danos psicológicos. Danos esses capazes de comprometer o desenvolvimento saudável de uma criança. Sendo assim, caracterizamos o abandono afetivo como um ato atentatório ao direito de família e a própria Constituição Federal, trazendo danos inestimáveis àquele que é abandonado e, por isso, passível de indenização

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante ao exposto é notório que a família é responsável em fornecer à criança não somente subsídios materiais, como também imateriais, como amor, afeto e orientação. Aos pais é imputado o dever de convivência familiar à criança, convivência essa que vai além de uma presença física, mas também uma presença de cunho afetivo, moral, dando parâmetros para o desenvolvimento psicológico e sadio da criança, transmitindo valores e corroborando para evolução de seu filho como indivíduo.

O abandono afetivo traz danos de cunho psicológicos à criança, prejudicando então seu desenvolvimento, pois sabemos que não há ainda um remédio que obrigue a existência de amor entre pais e filhos. Porém, a negatividade de afeto acarreta em danos, sendo esses danos de ordem moral e passíveis de reparação pecuniária, reparação essa que não almeja comprar afeto, mas uma forma de amenizar os danos decorretes do abandono, trazendo ao responsável pelo abandono a reflexão ao observar os danos que acarretou a sua ausência, além de que essa responsabilização tem por intuito pedagógico coibir a prática de outras.

Assim sendo, aduzimos a então responsabilidade civil dos pais pelo descumprimento aos deveres que lhe são impostos. Os pais que agem com desleixo, desamor, desafeto com os filhos, estão agindo de uma forma omissiva, pois estão deixando de agir conforme a lei os determina. Sendo que, ao agir desta forma, causam danos psicológicos aos filhos. Logo, se há uma conduta omissiva por parte de um dos genitores, se há danos decorrentes do desamparo afetivo, moral e psíquico e se há um nexo entre conduta do genitor e o dano, há uma responsabilidade civil.

REFERÊNCIAS

ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto de. **Aspectos da Paternidade no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. **Código Civil de 1916**. Lei 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Disponível em: (<http://goo.gl/mCIVbm>) Acesso em: 07 de março de 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: (<http://goo.gl/wUgZP>) Acesso em: 07 de março de 2016.

_____. **Código Civil de 2002**. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: (<http://goo.gl/84AO>) Acesso em: 07 de março de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. (**Recurso Especial** nº 1.159.242, Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ministra Nancy Andriighi, Julgado em 24/04/2012, Publicado em 10/05/2012). Disponível em: (<https://goo.gl/yt1blk>) Acesso em 12 de maio de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. (**Recurso Especial** nº 2014/0131352-4, Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, Julgado em: 23/02/2016, Publicado em: 01/03/2016. Disponível em: (<https://goo.gl/xYOIWB>) Acesso em: 13 de maio de 2016

CAMBLER, Everaldo Augusto. **Fundamentos do Direito Civil Brasileiro**. 1ed, Millennium, 2012.

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

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006.

DE LIMA, Taisa maria macena. **Responsabilidade Civil dos pais por negligência na educação e formação escolar dos filhos: o dever dos pais de indenizar o filho prejudicado**. Disponível em: (<http://goo.gl/KqJJOq>) Acesso em 08 de março de 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Responsabilidade Civil**. 24ed, São Paulo: Saraiva, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: Elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. 2 ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano chaves de. **Direito Constitucional á Família (ou famílias sociológicas “versus” famílias reconhecidas pelo direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual á luz da legalidade constitucional)**. 2002. Disponível em: (<http://goo.gl/RcKz1k>) Acesso em: 04 de maio de 2016

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso.** 1º ed, São Paulo: Atlas. 2008.

GOMES, Orlando. **Direito de Família.** 4ed, Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil.** 9ed, São Paulo: Saraiva, 2014.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito civil.** 2000. Belo Horizonte. Del Rey.

_____. Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da Responsabilidade Afetiva na Relação entre Pais e Filhos – Além da obrigação legal de caráter material.** Disponível em: (<http://goo.gl/PpH4IM>) Acesso em: 02 de maio de 2016

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil.** 5ed, São Paulo: Saraiva, 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível** 2.0000.00.408550-5/000, Relator(a): Des.(a) Unias Silva , Relator(a) para o acórdão: Des.(a) , julgamento em 01/04/2004, publicação da súmula em 29/04/2004 Disponível em: (<http://goo.gl/J0pDR7>) Acesso em: 16 de maio de 2016

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível** nº 1.0194.09.099785-0/001, Relator(a): Des.(a) Tiago Pinto , 15ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 07/02/2013, publicação da súmula em 18/02/2013 Disponível em: (<http://goo.gl/4tPpr9>) Acesso em: 16 de maio de 2016.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível** nº 1.0144.11.001951-6/001, Relator(a): Des.(a) Wanderley Paiva , 11ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 27/02/2013, publicação da súmula em 01/03/2013 Disponível em: (<http://goo.gl/zHbGGc>) Acesso em: 16 de maio de 2016

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível** nº 1.0145.07.411698-2/001, Relator(a): Des.(a) Carlos Levenhagen , 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 16/01/2014, publicação da súmula em 23/01/2014 Disponível em: (<http://goo.gl/kGIPNO>) Acesso em: 16 de maio de 2016.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível** nº 1.0521.04.035405-7/002, Relator(a): Des.(a) Otávio Portes , 16ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 24/02/2016, publicação da súmula em 04/03/2016 Disponível em: (<http://goo.gl/eMi61Z>) Acesso em: 16 de maio de 2016

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível** nº 1.0515.11.003090-2/001, Relator(a): Des.(a) João Cancio , 18ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 15/03/2016, publicação da súmula em 17/03/2016 Disponível em: (<http://goo.gl/Qq3V0s>) Acesso em: 16 de maio de 2016

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituição de direito civil.** 16. Ed, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PIRES, Tiago José Teixeira. **Princípio da Paternidade Responsável.** Disponível em: (<http://goo.gl/NDblac>) Acesso em 01 de maio de 2016

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (**Apelação Cível** nº 70060154150, Sétima Câmara Cível, Relator: Desembargadora: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em

02/07/2014, Publicado em 07/072014). Disponível em: (<http://goo.gl/8zEy3C>) Acesso em 12 de maio de 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. (**Apelação Cível** n° 00057805420108260103 SP 0005780-54.2010.8.26.0103, Relator: Ramon Mateo Júnior, Data de Julgamento: 14/05/2014, 7ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 16/05/2014) Disponível em: (<http://goo.gl/mpDX0N>) Acesso em: 14 de maio de 2016.

SILVA, Cláudia Maria da. **Indenização ao filho: descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho.** Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v.6, 2004.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência.** 7ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flavio. **Direito de família.** 10 ed, São Paulo: Editora Método, 2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família.** Vol 6, 10º Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010.

WALD, Arnoldo. **O Novo Direito de Família.** 14 ed. São Paulo: Revista atualizada e ampliada, Saraiva, 2002.