

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ
Gabriel Vieira Querido Marcondes

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Taubaté – SP
2019

Gabriel Vieira Querido Marcondes

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Monografia apresentada para obtenção do título de bacharel em Direito pela Universidade de Taubaté.

Área de Concentração: Direito

Orientador: Prof. Marcos Edwagner Salgado dos Santos

Taubaté – SP

2019

**Ficha catalográfica elaborada pelo
SIBi – Sistema Integrado de Bibliotecas / UNITAU**

M321r Marcondes, Gabriel Vieira Querido
Responsabilidade civil por abandono afetivo / Gabriel Vieira Querido
Marcondes. -- 2019.
53 f.

Monografia (graduação) – Universidade de Taubaté, Departamento
de Ciências Jurídicas, 2019.

Orientação: Prof. Me. Marcos Edwagner Salgado dos Santos,
Departamento de Ciências Jurídicas.

1. Paternidade (Direito) - Brasil. 2. Abandono afetivo. 3.
Responsabilidade (Direito). 4. Responsabilidade dos pais. I. Universidade
de Taubaté. II. Título.

CDU 347.615.1(81)

GABRIEL VIEIRA QUERIDO MARCONDES

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Monografia apresentada para obtenção do título de
bacharel em Direito pela Universidade de Taubaté.
Área de Concentração: Direito

Data: _____

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. _____

Assinatura: _____

Dedico esta monografia a meu pai, que pôde pagar minha faculdade; à minha mãe, pelo apoio; aos meus avós, que me criaram; aos colegas de curso; aos professores, especialmente ao Prof. Marcos Edwagner Salgado dos Santos, orientador desta pesquisa e a todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram para esta conquista.

RESUMO

Este trabalho pesquisou sobre a indenização por abandono afetivo por parte dos genitores. O objetivo pretendido foi conhecer quais os fundamentos jurídicos para a possível indenização por danos morais em razão do descaso dos progenitores para com seus filhos. A metodologia utilizada foi à pesquisa bibliográfica que inclui grandes obras de renome na seara do direito de família, que abordam quais os elementos necessários para que se obtenha uma reparação financeira em consequência do abandono afetivo. Percebeu-se que embora o afeto em si não seja passível de monetarização, a omissão e negligência dos pais na criação e educação dos filhos, o descumprimento do dever de cuidado e a supressão do direito de conviver em família caracterizam atos ilícitos e, desta forma, são passíveis de indenização por dano moral. Ao final concluiu-se ser possível e viável a responsabilização civil dos genitores por abandono afetivo, não como medida de reparação por um afeto que já não existe ou mesmo nunca existiu, mas como uma maneira de conscientizar os pais do papel que desempenham na formação de seus descendentes.

Palavras-chave: Paternidade. Abandono afetivo. Indenização.

ABSTRACT

This work investigated the compensation for affective abandonment by the parents. The objective was to know the legal basis for possible compensation for moral damages due to affective abandonment of the parents. The methodology used was the bibliographical research that includes great works of renown in the field of family law, which deal with the necessary elements to obtain compensation for moral damages as a consequence of the affective abandonment of the parents. It was perceived that although affection itself is not amenable to monetization, parents' omission and negligence in the upbringing and upbringing of children, noncompliance with the duty to care for and suppression of the right to live together as a family characterize unlawful acts and, in this way, are liable for compensation for moral damages. At the end, it was concluded that it is possible and viable that the civil responsibility of the parents for affective abandonment is not possible as a measure of reparation for an affection that no longer exists or has never existed, but as a way of making parents aware of their role in the formation of your children.

Key-words: Fatherhood. Emotional abandonment. Indemnity

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 A IMPORTÂNCIA DA MANUTENÇÃO DOS VÍNCULOS ENTRE PAIS E FILHOS POR MEIO DA CONVIVÊNCIA CONTÍNUA	9
1.1 A família em uma acepção moderna	9
1.2 Espécies de família	10
1.3 Função social da família	12
1.4 A solidariedade familiar e o dever de cuidado	14
1.5 O rompimento dos laços conjugais e a continuidade dos deveres parentais	15
2 ABANDONO AFETIVO	18
2.1 A guarda compartilhada como forma de conter o abandono afetivo	21
3 RESPONSABILIDADE CIVIL EM FACE DO ABANDONO AFETIVO	25
3.1 Responsabilidade civil: conceitos e fundamentos	26
3.2 Abrangência da responsabilidade civil	27
3.3 Responsabilidade subjetiva e objetiva	27
3.3.1 Responsabilidade subjetiva	28
3.3.2 Responsabilidade objetiva	30
3.3.2.1 Responsabilidade civil pura e impura	32
3.4 Responsabilidade civil objetiva na Constituição Federal de 1988	34
3.5 Responsabilidade civil objetiva no Código Civil de 2002	35
3.6 A Responsabilidade Civil no Direito de Família	36
3.7 Responsabilidade civil por danos morais em razão do abandono afetivo	37
CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS	49

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu artigo 229, que os pais têm o dever de criar e educar os filhos.

O abandono consiste no desrespeito ao principal direito dos descendentes, previsto na Carta Magna. Tal negligência pode ser material, intelectual ou afetiva, a qual será tratada nesta monografia, cujo objetivo é conhecer quais os meios na esfera jurídica que um cidadão pode buscar para uma possível indenização por danos morais, no que diz respeito ao abandono afetivo dos genitores.

Assim, a questão que norteou esta pesquisa foi: Quais os fundamentos jurídicos para um possível ressarcimento moral em razão do desafeto dos ascendentes para com os descendentes?

Acredita-se que os elementos jurídicos necessários para uma possível indenização por danos morais por abandono afetivo dos pais seja a violação dos artigos 229 e artigo 1634, inciso I, presentes na Constituição Federal, bem como pelo fato de que a maternidade e a paternidade constituem bens indisponíveis para o direito de família.

O interesse pelo tema surgiu devido às divergências da jurisprudência, que ainda não se mostra unânime quanto à existência de uma possibilidade de monetização no que tange o abandono socioafetivo dos pais para com os filhos. Além de ser inegável relacionar que a formação do indivíduo está diretamente ligada a família. Acerca do abandono, diversas consequências podem surgir por conta desse feito. Vivenciam-se no cenário atual, diversos casos do descumprimento do dever dos pais e por isso a escolha do presente tema. Surge a seguinte indagação: o Ordenamento Jurídico fornece algum amparo para esses cidadãos? Há algum meio no poder judiciário que garanta o ressarcimento por esse abandono. Logo, esta monografia tem como objetivo estudar as possibilidades e os caminhos jurídicos que um ser humano pode tomar após sofrer dessa mazela. O resultado da pesquisa em comento se destina a cientificação das possibilidades que um filho tem de pleitear judicialmente, indenização a título de danos morais em razão do abandono afetivo dos pais.

Como metodologia foi realizada um estudo bibliográfico que inclui grandes obras de renome na seara do direito de família. A pesquisa inclui a análise de todos os elementos necessários para que se obtenha conhecimento acerca das possibilidades de um indivíduo que vivenciou o abandono afetivo dos genitores.

Para que fosse possível atingir o objetivo proposto, as informações encontram-se divididas em três capítulos: o primeiro capítulo aborda a importância da manutenção dos vínculos entre pais e filhos por meio da convivência contínua; o segundo capítulo explica o abandono afetivo e suas características; e o terceiro e último capítulo aborda a responsabilidade civil sob a ótica da doutrina e jurisprudência.

1 A IMPORTÂNCIA DA MANUTENÇÃO DOS VÍNCULOS ENTRE PAIS E FILHOS POR MEIO DA CONVIVÊNCIA CONTÍNUA

Neste capítulo busca-se discutir a importância dos vínculos entre pais e filhos por meio da convivência contínua. Para tanto, torna-se necessário uma breve análise da família em uma acepção moderna; observar a solidariedade familiar e o dever de cuidado, além da necessidade de continuidade dos deveres parentais após o rompimento dos laços conjugais.

1.1 A família em uma acepção moderna

O Direito de Família tem sofrido grandes modificações, especialmente no final do século que se encerrou, e já no início deste século e milênio. O Código Civil de 1916, obra memorável no seu tempo, não acompanhou a rápida evolução e modificação dos costumes, especialmente na estrutura da família patriarcal do século passado, na qual prevalecia a autoridade do homem, enquanto provedor, marido e pai. A vontade do pai e marido era fundamental e determinante, sendo imposta aos dependentes como lei.

Carlos Roberto Gonçalves (2015) ensina que a família brasileira sofreu influência da família romana, na qual predominaram as preocupações de ordem moral da família canônica, que considera o casamento um sacramento, não podendo os homens dissolver a união realizada por Deus, materializada no direito especialmente pelas Ordenações Filipinas, de forte predominância do Direito Canônico; e da família germânica, que originou de forma crescente, diversas regras no direito pátrio.

A família brasileira, então predominantemente rural e patriarcal, passou, a partir de meados do século passado, a povoar as cidades, abrindo oportunidade para o trabalho externo e, em consequência, mais liberdade e independência da mulher, enfraquecendo a estrutura patriarcal. O eterno mestre, Desembargador Francisco Figueiredo, do Tribunal de Justiça Mineiro, profundo conhecedor do Direito de Família, destaca em suas

palestras, com sabedoria, que dois fatos foram fundamentais no século passado para a igualdade posterior dos cônjuges no casamento: o surgimento da pílula anticoncepcional, permitindo à mulher controlar a natalidade, e o advento da Lei 4.121/1962, denominada Estatuto da Mulher Casada, que lhe conferiu o que parece absurdo nos dias atuais, o direito a exercer profissão lucrativa distinta do marido, a função de colaboradora na sociedade conjugal, a administrar livremente o produto de seu trabalho e os bens com ele adquiridos e a ingressar em juízo, sem autorização do cônjuge. Até a Lei 4.121/1962, a mulher casada era considerada relativamente incapaz para os atos da vida civil, exigindo consentimento do marido (art. 242, CC 1916).

A Constituição de 1988 acolheu as transformações sociais da família brasileira e reconheceu a igualdade dos cônjuges e dos filhos, bem como outras formas de constituição da família fora do casamento, não recepcionando as normas que prevaleciam no Código Civil de 1916, o que exigiu sua atualização e nas leis especiais, inclusive com edição de novas normas, resultando finalmente a aprovação do Código Civil de 2002, que também reclama revisão em diversas normas a fim de que possa se adequar ao atual momento e concepções modernas de família.

O moderno Direito de Família agasalha, ainda, as diversas formas de família constituídas pela convivência e afeto entre seus membros, sem importar o vínculo biológico e o sexo.

1.2 Espécies de família

As espécies de família são amplas, podendo ser conceituadas utilizando-se o vínculo biológico ou socioafetivo, casamento ou união de fato, natural ou substituta, unilinear ou pluralista.

Família matrimonial é a formada com base no casamento pelos cônjuges e prole, natural ou socioafetivo (DINIZ, 2011).

Família não-matrimonial é a constituída fora do casamento por união estável ou relações extraconjugais, podendo incluir aqui as famílias monoparentais e as diversas outras formas de família (DINIZ, 2011).

Família monoparental é a entidade familiar formada por qualquer dos pais e seus descendentes, natural ou socioafetivo (art. 226, § 4º da Constituição Federal).

Família natural é a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes (art. 25 da Lei 8.069/90).

Família substituta é a que se configura pela guarda, tutela e adoção (art. 28 da Lei 8.069/90 do Estatuto da Criança e do Adolescente). Na adoção, o adotado passa a integrar completamente a família adotiva, desvinculando-se da família biológica.

Família adotiva é a família constituída pelo vínculo de adoção (DINIZ, 2011).

Família constitucional e família não-constitucional, sendo a primeira às mencionadas na constituição, ou seja, as instituídas pelo casamento, união estável e monoparental (art. 226); enquanto a segunda são as demais não lembradas na constituição, podendo ser incluídas as formadas entre pessoas do mesmo sexo e as não-monogâmicas, que não podem ser marginalizadas ou prejudicadas, face os princípios constitucionais da igualdade e dignidade da pessoa humana (FARIAS; ROSENVALD, 2008).

Dias (2015), citando diversos doutrinadores, lembra que a Constituição Federal, diante do alargamento conceitual das relações interpessoais, a supremacia da dignidade da pessoa humana lastreada no princípio da igualdade e da liberdade e a ocorrência do resgate do ser humano como sujeito do direito, viu a necessidade de reconhecer a existência de outras entidades familiares além do casamento, mencionando a união estável e a família monoparental, entretanto, os tipos são meramente exemplificativos por serem os mais comuns.

Atualmente, é necessária uma visão pluralista da entidade familiar, abrigando os mais diversos arranjos familiares, pois não é mais identificada pela celebração do casamento, diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O que identifica a família é a presença do vínculo afetivo, unindo as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, empenhada cada vez mais em buscar a felicidade. Considerando a pluralidade das famílias, destaca a renomada doutrinadora, além da

família constitucionalizada, matrimonial, informal, constituída pela união estável, e a monoparental, a existência da família homoafetiva, anaparental, pluriparental ou recompostas, paralela e endonômista (DIAS, 2015).

1.3 Função social da família

A Constituição Federal de 1988 ao estabelecer o princípio do pluralismo familiar, reconhecendo como entidade familiar, além do casamento, a união estável e a família monoparental (art. 226, §§ 3º e 4º), os princípios da igualdade jurídica dos cônjuges, companheiros e filhos (art. 226, § 5º e 227, § 6º), e, principalmente, considerando como um dos princípios fundamentais da nação a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), reviu, alterou e ampliou substancialmente o conceito de família.

Com efeito, especialmente a partir do princípio da dignidade humana, a família passa a ser fundamentalmente um meio de promoção pessoal de seus membros e o único requisito para sua constituição deixa de ser jurídico (como era o casamento) e passa a ser fático, ou seja, o afeto. A entidade familiar atualmente é reconhecida como uma comunidade de afeto, de ajuda mútua, de realização da dignidade como ser humano. O *affectio familiae* torna-se o elemento radiador da convivência familiar. Nesse entendimento, o conceito de entidade familiar ultrapassa as previstas na Constituição Federal (casamento, união estável e monoparental) para reconhecer como família todo e qualquer grupo no qual os seus membros, enxergando uns aos outros como seu familiar, escolhem para viver como família. O conceito moderno de família se alarga, ganha uma nova roupagem; o amor, o auxílio mútuo material e espiritual entre seus membros se tornam mais importantes. A família moderna, plural e aberta, deixa, portanto, de ser constituída apenas pelo vínculo jurídico para ser reconhecida, quando presente o *intuitio familiae*, o afeto como elemento volitivo de sua formação (ALVES, 2007).

Conclui-se, desta forma, que o conceito moderno de família é a comunidade formada pelo afeto de seus membros, parentes ou não, que reciprocamente se enxergam e se consideram como entes familiares, independente da opção sexual.

As transformações e mudanças no Direito de Família, especialmente no século XX, foram significativas, como nunca antes visto. A sociedade patriarcal e rural do início do século, fortemente influenciada pela religião - leia-se Igreja Católica -, e que reconhecia como família apenas a constituída juridicamente pelo casamento, desagasalhando do manto da lei as demais, cedeu lugar a uma sociedade urbana e industrializada, com igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres, proteção e igualdade dos filhos de qualquer origem, pluralidade de constituição de família e valorização da dignidade do ser humano.

O princípio da dignidade da pessoa humana importou na despatrimonialização e na repersonalização das relações de família, valorizando-se os aspectos existenciais e garantindo-se os direitos da personalidade de cada membro, em substituição à exagerada importância que se dava ao tratamento das relações patrimoniais entre os cônjuges, companheiros e parentes, como ocorria anteriormente. O projeto familiar passou a ser desenvolvido no afeto, obrigando-se os membros a auxiliarem uns aos outros não apenas materialmente, mas também através de cuidados físicos, afetivos e morais, transformando o solidarismo em valor característico dos tempos atuais, expressando-se através da paternidade responsável, a exigência da *affectio maritalis*, o reconhecimento da paternidade socioafetiva, a proteção integral da criança e do adolescente e a isonomia dos filhos. A realização moral e material dos membros da nova família brasileira reflete em prol de toda a sociedade, cumprindo assim uma função social (GAMA, 2007).

O direito materializa-se em princípios, que indicam uma finalidade a alcançar, uma determinada função. Por excelência, a sede desses princípios é a Constituição Federal, que estabelece, por exemplo, a função social da propriedade, entretanto, também é mencionada pela legislação infraconstitucional, por exemplo, a função social do contrato (Código Civil). Não é necessário, todavia, menção expressa em texto da função social, já que o direito é um produto cultural e fruto dos anseios de determinada sociedade, resultando que todo instituto é criado e tem um determinado fim a cumprir. É o que sucede com o Direito de Família, que ressalta como função social desta, além da tutela e promoção da dignidade da pessoa humana, a igualdade dos cônjuges, a paternidade responsável, a solidariedade entre os membros, a pluralidade das entidades familiares,

a tutela especial à família, o dever de convivência, a proteção integral da criança e do adolescente, a isonomia entre os filhos, a guarda, manutenção e educação da prole, o dever de alimentos entre seus membros, a convivência harmônica e afetuosa, gerando membros compromissados, equilibrados intelectual e responsável com as injustiças sociais, com inclusão da família na solução dos problemas que afetam toda a sociedade (GAMA, 2007).

Farias e Rosenvald (2008) ensinam que os elementos da família são a reciprocidade, alteridade, respeito e afetividade, que resumem em síntese os seus princípios. A alteridade, termo relativamente novo, significa a aceitação das diferenças, o aprender com os outros, amar e ser responsável pelo outro, aceitando e respeitando suas diferenças de maneira fraterna, sem críticas, julgamentos e agressões.

1.4 A solidariedade familiar e o dever de cuidado

O sustento e a educação dos filhos constituem deveres de ambos os cônjuges. A guarda é, ao mesmo tempo, dever e direito dos pais. A cada um dos pais e a ambos simultaneamente incumbe zelar pelos filhos, provendo à sua subsistência material, guardando-os ao tê-los em sua companhia e educando-os moral, intelectual e fisicamente, de acordo com suas condições sociais e econômicas (GONÇALVES, 2015).

O poder familiar implica e obrigações inafastáveis. Cabe aos pais cuidar da prole e ainda que separados o filho tem direito à convivência familiar com cada um deles, não podendo o guardião impedir o acesso ao outro. O art. 227 da Constituição Federal dispõe ser “dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente com absoluta prioridade o direito à convivência familiar”, entre outros.

As alterações pertinentes ao direito de família, advindas da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, demonstram e ressaltam a função social da família no direito brasileiro pela igualdade absoluta dos cônjuges e dos filhos; da disciplina concernente à guarda, manutenção e educação da prole, com poderes ao juiz para decidir sempre no interesse.

A Constituição não elegeu a origem biológica como fundadora da família. Ao contrário, dispensou-a para fixar-se na relação construída no afeto e na convivência familiar, tendo ou não consanguinidade. A importância dada à convivência, no ordenamento jurídico pátrio, consagra os laços afetivos gerados nas famílias socioafetivas (LOBO, 2011).

O art. 1.566 do Código Civil impõe deveres recíprocos aos cônjuges, a saber: “I – fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV – sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos” (BRASIL, 2002, s.p).

Embora o casamento estabeleça vários deveres recíprocos aos cônjuges, a lei ateu-se aos principais, considerados necessários para a estabilidade conjugal. A infração a cada um desses deveres constituía causa para a separação judicial, como o adultério, o abandono do lar conjugal, a injúria grave etc. (LOBO, 2011).

Contudo, complementa o doutrinador que, com o advento da Emenda Constitucional n. 66/2010, ficam eles contidos em sua matriz ética, desprovidos de sanção jurídica, exceto no caso dos deveres de “sustento, guarda e educação dos filhos” e de “mútua assistência” (GONÇALVES, 2015, p. 132) inclusive após o rompimento dos laços conjugais conforme se verá a seguir.

1.5 O rompimento dos laços conjugais e a continuidade dos deveres parentais

Atualmente, é grande o número de casais com filhos, que se divorciam. Segundo Maria Helena Diniz: “O divórcio é a dissolução de um casamento válido, ou seja, a extinção do vínculo matrimonial, que se opera mediante sentença judicial, habilitando as pessoas a convolar novas núpcias” (DINIZ, 2017, p.280).

Porém, mesmo sendo o divórcio, o protagonista da ruptura familiar, é conveniente falar-se de ruptura de uma maneira geral, visto que, uma separação de fato, por exemplo, tem o mesmo sentido de ruptura familiar.

A mediação, tida como um método alternativo de resolução de conflitos é de extremo destaque após uma ruptura familiar, pois as partes seguem muitas vezes ligadas por um determinado vínculo, na maioria dos casos, os filhos. Nesse sentido, elucidativa é a lição de Tartuce que assim explana:

Ante a presença de tantos elementos sentimentais, exige-se dos operadores do direito envolvidos no tratamento da controvérsia familiar, além de uma sensibilidade mais acentuada, uma formação diferenciada para que possam lidar eficazmente com as perdas e as frustrações das pessoas quando do fim de seus projetos pessoais (TARTUCE, 2008, p.279).

A consciência de que mediante uma separação, a convivência pacífica e respeitosa pode e deve existir entre as partes, é suficiente para que uma ruptura não desencadeie mágoas e frustrações, situações estas, que quando ocorrem, faz com que todos, inclusive terceiros, fiquem sujeitos a sofrimento, uma vez que, a ruptura afeta não só as partes que decidem pela separação, mas, também, pessoas que estavam ligadas ao cotidiano e à vida dos ex-companheiros.

Quando os conflitos familiares fogem ao controle dos integrantes da família, não mais é possível poupar os filhos menores de presenciarem discussões, que vêm muitas vezes acompanhadas por ofensas, gritarias e decisões precipitadas. Esses conflitos geralmente fogem da compreensão das crianças e adolescentes, sendo provável que os impactos psicológicos causados a eles sejam de grande seriedade, podendo, inclusive interferir em sua formação e crescimento.

Sabe-se que é na família que a pessoa se encontra na sua mais íntima concepção. Os sentimentos e anseios pessoais são construídos no indivíduo dentro do ambiente familiar, e posteriormente a socialização desses sentimentos se dá juntamente com outras pessoas. Dias entende que: “o saudável desenvolvimento infantil e sua integração à comunidade cultural estão condicionados à constituição de seu psiquismo dentro de uma organização familiar em que as funções das pessoas que a compõem são bem definidas” (DIAS, 2015, p.154).

As lembranças da infância de uma pessoa irão repercutir na sua personalidade e nos seus valores como adulto. Algumas questões de cunho inconsciente, vividas na idade infantil poderão dar ensejo a problemas futuros.

A doutrinadora Martha Mendonça cita algumas situações prejudiciais ao desenvolvimento psicológico de crianças e adolescentes, em caso de separação de seus pais:

Se um dos pais desaparece após a separação; se eles passam por dificuldades econômicas; se o número de irmãos é considerado muito grande, pois fica mais difícil cuidar de todos; se o pai que possui a guarda ou mesmo um dos filhos sofre de depressão prolongada e se a separação faz a criança se afastar de sua rede de amigos e parentes (MENDONÇA, 2005, p.67).

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê em seu artigo 3º, os direitos que são garantidos ao menor:

Art. 3º - A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (BRASIL, 1990, s.p).

Ademais, o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, juntamente com o artigo 227 da Constituição Federal institui como obrigação da família, do Estado e da sociedade garantir à criança e ao adolescente a efetividade de seu direito a vida, saúde e educação, bem como, alimentação, moradia, etc., garantindo adicionalmente, um tratamento livre de violência, discriminação e crueldades.

Levando em conta essas disposições, Mendonça considera importante:

[...] desviar a criança o menos possível de sua rotina antes da separação. Há muitos homens que, ainda casados, são verdadeiros pais de fim de semana e, depois da separação, decidem brigar por igualdade de convívio. Muitas vezes a criança, especialmente se for pequena, não vai querer ficar com ele (MENDONÇA, 2005, p.71).

Portanto, pode-se concluir que por mais que o conflito possa existir, e a ruptura se concretize, o relacionamento de pais e filhos pode e deve seguir de maneira saudável, em virtude de respeito e harmonia de todos, porém, os interesses do menor devem ser tratados como prioridade no contexto social e jurídico.

2 ABANDONO AFETIVO

Uma questão polêmica que chega ao Judiciário, e merece também a avaliação dos Setores Técnicos, é a indenização pelo abandono afetivo. Atualmente, apesar das diversas configurações familiares existentes, o afeto é o elemento comum dos novos tipos

de família, e agora passou a ser um importante e decisivo elemento de jurisdicionalização.

A Constituição Federal Brasileira (1988), em seu artigo 229, dispõe que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, assim como os filhos maiores têm o dever de amparar os pais na velhice. Quando desrespeitado tal disposição da Carta Magna, caracteriza-se o chamado abandono, que pode ser material, intelectual ou afetivo.

De acordo com Moreira e Tonelli (2015), os crimes de abandono de abandono material e intelectual estão previstos no Código Penal Brasileiro. O artigo 224 do CP estabelece que o abandono material caracteriza-se quando se deixa de prover, injustificadamente, a subsistência do filho menor de 18 anos. A pena prevista para este crime é de um a quatro anos de detenção, além de multa.

Já o abandono intelectual, ocorre quando os pais ou responsáveis deixam de garantir a educação primária dos filhos, injustificadamente. O objetivo é garantir, segundo Moreira e Tonelli (2015), que toda criança tenha o direito à educação respeitado. Esse direito materializa-se com a obrigação dos pais de manter os filhos na escola dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos. A pena prevista para esse crime é de 15 (quinze) dias a um mês de reclusão e multa.

Moreira e Tonelli (2015) conceituam, ainda, o abandono afetivo, que se trata da indiferença afetiva de um genitor em relação aos filhos, mesmo que não exista o abandono material e/ou intelectual.

Madaleno (2015) dispõe que dentre os inescusáveis deveres paternos, figura o de assistência moral, psíquica e afetiva. Trata-se, de acordo com Madaleno, da preferência em deixar o filho no mais completo abandono, sem exercer o dever de cuidado que tem em relação a sua prole.

Karow (2012, p. 67) assevera que o abandono afetivo caracteriza-se a partir daqueles genitores que, mesmo que dão assistência material aos filhos, não dão assistência moral, ou seja, “trata-se da ausência de afeto, da presença, da companhia, da participação ativa na vida dos filhos”.

Stoco (2011, p. 1062) apud Karow (2012) afirma ainda, que o abandono afetivo acarreta uma dor irreversível e um trauma irreparável.

Madaleno (2015) complementa afirmando que o abandono afetivo gera a:

[...] desconsideração da criança e do adolescente no campo de suas relações, ao lhes criar inegáveis deficiências afetivas, traumas e agravos morais, cujo peso se acentua no rastro do gradual desenvolvimento mental, físico e social do filho, que assim padece com o injusto repúdio público que lhe faz o pai, deve gerar, inescusavelmente, o direito à integral reparação do agravo moral sofrido pela negativa paterna do direito que tem o filho à sadia convivência e referência parental, privando o descendente de um espelho que deveria seguir e amar” (MADALENO, 2015, p.491).

Em razão dos danos causados aos filhos abandonados, passa-se a analisar quais as consequências jurídicas suportadas pelos pais que abandonam afetivamente seus filhos.

Existem algumas correntes de pensamento que entendem que “não é possível quantificar o amor”, que “não se pode obrigar ninguém a amar”, e que “afeto não pode ser reconhecido como valor jurídico”. Mas, se ele é notado quando acaba, acarretando os divórcios, por que não pode ser notado quando é a causa do sofrimento e carências de um indivíduo, por quem tinha obrigação de, pelo menos, cuidar dele, educá-lo e protegê-lo? Para Karow (2012), os que creem que não se pode exigir a indenização por abandono afetivo tentam incutir a ideia de que a família é imune ao instituto da responsabilidade civil, ou mais grave: que pais podem ser negligentes e omissos com seus filhos, que mesmo assim contarão com a impunidade a qualquer sanção.

Em pesquisa de análise a jurisprudências dos TJs dos três Estados do Sul, além do TRF 4ª. Região, STJ e STF, de ações indenizatórias de filhos contra pais (homens) por abandono afetivo, Moreira e Toneli (2015) constatam que essas ações se tornam frequentes em decorrência de dois fatores: da configuração das atuais famílias a partir das relações afetivas (satisfação afetiva e sexual) e da cristalização da autoridade paterna, distinta da autoridade materna, que caracterizam as relações familiares.

Observa-se também a prevalência de ações de abandono afetivo contra o pai, uma vez que a paternidade é diferenciada da maternidade na família contemporânea; em menor escala ocorrem as ações contra a mãe, quando há fatores morais (usuária de álcool/drogas). No caso das demandas contra a mãe, conforme pontua Silva (2018), o objetivo é a extinção do poder familiar; mas, quando o pai é acionado em ação de abandono afetivo, o objetivo não é a extinção do poder familiar, e sim, contrariamente, a

manutenção dos vínculos, sendo que essa manutenção e a indenização pecuniária seriam uma forma de punição. O afeto masculino é entendido como diferente do afeto feminino: nas ações por abandono afetivo, o afeto masculino seria exatamente o exercício da autoridade.

O fato é que é a ausência do pai ou da mãe que traz sofrimentos para uma criança, e esse dano precisa ser reparado. Segundo Karow (2012), na reparação civil por abandono afetivo, o autor responderá tanto na forma dolosa como culposa (por inexistência de distinção entre essas modalidades no art. 186 do Código Civil/2002) – ou seja, não é somente quando o agente age com dolo que é obrigado a indenizar –, o que irá refletir no critério de fixação do quantum indenizatório.

Assim, situações em que um filho percebe que o pai/mãe o trata com rejeição, indiferença, descaso, discriminação em relação aos irmãos, desinteresse, falta de participação em eventos significativos (ex.: aniversários, formatura), estão sendo levadas ao Judiciário para reclamar uma resposta para suas dores. O abandono afetivo, na maioria dos casos, obriga o filho a suportar a rejeição sofrida calado, mas que pode causar outras formas de patologias.

A guarda compartilhada pode impedir que o abandono ocorra, pois, muitas vezes, o genitor desiste de ser pai e de estar sempre próximo ao filho em razão das muitas dificuldades colocadas pela genitora para que este relacionamento seja amigável. Com a guarda compartilhada, ambos os pais estarão próximos aos filhos e não há que se falar em abandono afetivo.

2.1 A guarda compartilhada como forma de conter o abandono afetivo

A Guarda Compartilhada consubstancia-se em uma guarda de filhos menores de 18 (dezoito) anos completos não emancipados, ou maiores impossibilitados de exercer atos da vida civil enquanto durar tal condição, que vem crescendo nos últimos tempos,

como a maneira mais evoluída e equilibrada de manter os vínculos parentais com os filhos após ser rompida a relação conjugal (separação, divórcio, dissolução de união estável) (SILVA, 2018).

Esta modalidade de guarda segue o princípio da prioridade da interação dos membros da família – desempenho de papéis, relações privadas, afetivas e econômicas, separação de tarefas, responsabilidades e deveres. Segundo Silva (2018) tal como era quando os genitores conviviam juntos, o convívio deve continuar existindo, porém em função dos filhos, como uma forma de preservar os vínculos parentais, e em respeito às mesmas estruturas: relações assimétricas entre seus integrantes, submissão às legislações e normas sociais que regimentam os direitos e deveres de cada um e que são assegurados pela própria sociedade.

No caso do exercício da Guarda Compartilhada, seja ela somente jurídica ou jurídica/física, a ruptura conjugal não modificará a situação na constância da união; ou seja: continuará a responsabilidade solidária de ambos os pais, então ambos continuam igualmente responsáveis pela condução da educação, cuidados, assistência e criação dos filhos, deixando de existir o genitor que detém a totalidade da guarda e o outro reduzido a um papel periférico de mero fiscalizador (DUARTE, 2012).

Inclusive, estabelecer-se a Guarda Compartilhada significa justamente reafirmar a responsabilidade de ambos os genitores com seus descendentes. Por isso, devem-se implementar programas de políticas públicas que auxiliem na manutenção e preservação dos vínculos paterno-filiais após a separação conjugal, seja através de atualizações legislativas (como o caso das Leis 11.698/2008 e 13.058/2014), seja por uma reformulação das atividades das instituições públicas e privadas (por exemplo, permitir a ambos os pais o acesso a informações escolares e médicas do(s) filho(s), ou garantir-se a isonomia judicial) (SILVA, 2018).

O intervalo temporal em as visitas do(a) genitor(a) não guardião(ã) ocorrem, restritas a visitas quinzenais, pode trazer para a criança o medo de ter sido abandonada pelo genitor ausente, aliado ao paulatino desapego a este em razão do distanciamento. Destaca-se que a percepção que a criança tem de tempo é diversa da de um adulto, e isto se torna ainda mais graves e a criança estiver na tenra idade. Para

uma criança pequena, uma ausência de uma semana pode parecer de meses, ou até mesmo significar um “para sempre” (FERNANDES, 2012).

Quando a separação/divórcio dos pais ocorre em clima de civilidade, muitos pais/mães não guardiães, segundo Silva (2018) afirmam que o relacionamento com os filhos melhora, por não haver superproteção, e os momentos juntos têm mais qualidade. Porém, como a maior parte das separações ocorre sob clima litigioso, o regime de visitas periódico (semanal/quinzenal) imposto ao(à) genitor(a) “visitante” das crianças reduz drasticamente o tempo disponível para a convivência, e conduz, inevitavelmente, à perda da intimidade entre pai/mãe e filho(s).

Madaleno e Madaleno (2013) afirmam que, em geral, os filhos não aceitam bem a separação dos pais, porque ocorre a desestruturação emocional momentânea chegando às interferências em sua vida diária (mudanças de ambiente, alteração da rotina diária, a existência de “dois lares”, a “intromissão” do Judiciário mediante audiências, papéis, sentenças etc.) e frequentemente alterações físicas (problemas de saúde) e educacionais (problemas de relacionamento com os colegas ou de rendimento escolar).

Aliás, é importante alertar para o fato de que pai e mãe nunca podem ser vistos como “visitas”!

A própria Lei 13.058/2014 determina que a alteração não autorizada ou o descumprimento não motivado de cláusula estabelecida na guarda unilateral ou compartilhada poderá gerar a perda de prerrogativas por parte de seu detentor (§ 4º do art. 1584 do CC/2002). Com isso, pretende-se advertir o(a) alienador(a) que a guarda não lhe confere “posse” da criança, que uma criança não é um “bem” do qual se adquire uma “propriedade”, e que lhe sobrevirão sanções como a reversão da guarda física em favor do(a) genitor(a) descontinuo(a) e até mesmo a Guarda Compartilhada. A lei é clara: a guarda deve ser revertida ao(à) genitor(a) que oferecer melhores condições de relacionamento da criança com o(a) outro(a).

O sucesso da guarda compartilhada depende do bom relacionamento entre os pais, que devem manter diálogo entre si e com os filhos, porque, os pais não conseguindo se entender nas suas questões pessoais, provavelmente não conseguirão se entender quanto ao compartilhamento da sua convivência com a prole.

Segundo Alvim (2018), a aspecto mais positivo e determinante da guarda compartilhada é a participação de ambos os genitores na vida e desenvolvimento do filho, preservando os laços afetivos entre pais e filhos, fazendo com que o seu interesse e bem-estar sejam sempre atendidos mediante decisão comum de ambos os genitores.

Sabe-se que a guarda compartilhada é mais do que dividirem os pais com os filhos a sua residência, consistindo em assegurar ao menor a presença do pai e da mãe na sua vida; pelo que haverá essa modalidade de guarda, se o menor residir permanentemente com a mãe ou o pai, mas com a participação constante do outro na sua criação, e na tomada de decisões importantes no seu desenvolvimento moral e intelectual.

Já o aspecto negativo da guarda compartilhada, nos dizeres de Alvim (2018) se dá quando o filho acaba sendo usados no interesse dos pais, que, valendo-se do seu dever de participar ativamente da vida e criação do menor, um deles acaba querendo compartilhar realmente é da vida do outro. Nesses casos, quase sempre o amor fenece em relação a um dos genitores, mas continua presente no coração do outro, que busca qualquer pretexto para estar tanto quanto possa na companhia do outro.

Nada impede que um casal decida em pôr fim à vida conjugal, com a desoneração do dever sexual, e, tendo filhos, continue a residir na mesma casa, dividindo, quanto aos mesmos, os deveres e responsabilidades, numa verdadeira guarda compartilhada de fato.

Alguns veem na guarda compartilhada, com períodos de convivência na companhia de um ou outro dos genitores, a insegurança que causa à criança a alternatividade de lares, provocando-lhe uma confusão mental pela falta de referência quanto ao seu verdadeiro lar; mas tais consequências são remotas quando os pais estão realmente empenhados em fazer com que os filhos se sintam bem, com os pais separados, como se não tivesse havido a separação.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL EM FACE DO ABANDONO AFETIVO

As pessoas necessitam relacionar-se para proverem sua subsistência, bem como para obterem os bens supérfluos que facilitam suas vidas e a tornam mais agradável.

Na vida em sociedade, determinados comportamentos de uma pessoa, contudo, podem prejudicar as demais, quer lhes ofendendo o patrimônio, quer lhes afetando a

dignidade ou outro direito da personalidade. Quando esse comportamento provoca um dano a outra pessoa, seja ela natural ou jurídica, nasce para esta o sentimento de obter uma reparação.

Havendo um evento danoso, o Direito faz nascer a obrigação de reparar, cujo principal objetivo é o de restabelecer um estado anterior que o fato jurídico fez romper (TARTUCE, 2018). E isto é possível através do instituto da responsabilidade civil.

3.1 Responsabilidade civil: conceitos e fundamentos

A responsabilidade civil é o sub-ramo do Direito Civil que estuda o dever de reparar um dano causado e em que circunstâncias esse dever existe. Portanto, é a matéria que estuda o dever de reparar um dano causado por uma pessoa, ou mesmo o dano causado por um terceiro. Ambos os indivíduos precisam ter alguma relação jurídica, seja em razão da prática de conduta ilícita, ou de conduta lícita, sem que entre agente e vítima exista, obrigatoriamente, uma anterior relação jurídica.

Se na antiguidade a responsabilidade era vista como um dever de responder, como uma pena imposta ao infrator de um dever jurídico, atualmente se vê a questão como uma ideia de reparação, vale dizer, de retorno ao estado anterior à violação, na medida do possível, seja na mesma espécie, ou com o equivalente em dinheiro (VENOSA, 2016).

A palavra “responsabilidade” tem seu ingresso no cenário jurídico em fins do século XVIII, constando do Dicionário Crítico da Língua Francesa, publicado entre os anos de 1787 e 1788 na cidade de Marselha, revestindo-se de cunho eminentemente político, no qual o termo vem a ser reconhecido, exprimindo a responsabilidade dos atos dos governantes em relação aos cargos políticos que ocupavam (GABURRI, 2018).

Foi no Código Penal francês de 1810 que, pela primeira vez empregou-se o termo em um texto legal, com o sentido que hoje lhe é designado mundialmente. A partir de então todos os ordenamentos jurídicos vieram a adotá-lo (GABURRI, 2018).

3.2 Abrangência da responsabilidade civil

Segundo Diniz (2017), a responsabilidade civil busca conhecer se o prejuízo suportado pela vítima merece ou não a reparação por parte de quem o causou. E, em caso de a resposta ser afirmativa, importa inquirir sob que condições e de que forma essa reparação se dará

O Código Civil (CC) de 1916, em seu art. 159, entrelaçou as ideias de ato ilícito e de responsabilidade civil, de maneira que toda responsabilidade civil nasceria de um ato ilícito e de que todo ato ilícito geraria responsabilidade civil.

O Código Civil de 2002, por sua vez, tratou separadamente o ato ilícito nos arts. 186 e 187 e da responsabilidade civil no art. 927. De uma análise perfunctória e topográfica dos dispositivos, já se pode perceber que as noções de ato ilícito e de responsabilidade civil não se confundem, tampouco se fundem. Se a norma é a de que a responsabilidade civil decorre de um ato ilícito, existem circunstâncias em que o ato ilícito não faz surgir a responsabilidade civil, bem como existem outras em que a responsabilização civil irá decorrer de um ato lícito.

Assim, a livre concorrência torna possível a ocorrência de dano justo, pois, por exemplo, o restaurante que tem o melhor atendimento, comida mais saborosa e de melhor qualidade, com preços justos, acaba retirando clientes dos concorrentes que não possuem os mesmos atributos. Desta feita, frente a esse dano, lícito, não subsiste o dever de reparação.

Ademais, aquele que causa um dano a coisa de outrem, em estado de necessidade, também pode não ser obrigado a reparar, posto a presença de uma excludente de ilicitude. Nesta hipótese, tal como na anterior, não existe dever de indenizar, não obstante a evidência do dano.

3.3 Responsabilidade subjetiva e objetiva

Quanto ao critério de imputação do dever de reparar o dano, classifica-se a responsabilidade civil em subjetiva e objetiva.

Segundo Cavalieri Filho (2015), a melhor doutrina sobre responsabilidade civil tem como finalidade determinar aquele quem deve indenizar quando algum dano é produzido. Essa determinação é necessária tendo em vista que a obrigação é imposta àquele que causar dano a outrem e, complementarmente, da circunstância, já que nem todos os danos são passíveis de serem indenizados. Daí ser necessário traçar o quadro da responsabilidade civil, fixando-se o critério a ser seguido para que se possa saber em que circunstância é devida a reparação do dano. Arremata dizendo que existem dois critérios para imputar a responsabilidade civil, a saber: o da responsabilidade subjetiva e o da objetiva.

Antes de se prosseguir em uma análise mais detalhada, é importante esclarecer que o que diferencia a responsabilidade subjetiva e objetiva é a conduta do agente que causou o dano. Se a reparação depender de uma conduta culposa e violadora de um direito (dolo ou culpa), diz-se que a responsabilidade é subjetiva; se para reparar o dano apenas a conduta for suficiente, sem ser necessário investigar se existiu ou não culpa, diz-se que a responsabilidade é objetiva.

Como já se deixou antever, a responsabilidade subjetiva é baseada na culpa do agente que, com sua conduta, causou o dano. Álvaro Villaça Azevedo (2011) explica que, para que se configure a culpa, genericamente considerada (culpa em sentido lato), indaga-se se o sujeito, autor do dano, agiu dolosa ou culposamente (culpa em sentido estrito). Como essa indagação prende-se diretamente ao sujeito, essa responsabilidade é conhecida pela doutrina por subjetiva e será melhor detalhada mais adiante.

3.3.1 Responsabilidade subjetiva

A responsabilidade subjetiva é aquela em que comportamento danoso ocorre havendo culpa. Esta culpa, conforme informam Gagliano e Pamplona Filho (2018) é uma culpa *lato sensu*, que se subdivide em: a) Culpa *stricto sensu*; e b) Dolo.

Em sentido estrito, a culpa é verificada no comportamento do agente, quer comissivo ou omissivo, que não prima pelo dever de cuidado imposto ao homem de entendimento mediano. Afirma-se, então, que a conduta culposa pode ocorrer por negligência, imprudência e imperícia.

Na culpa, o desvalor situa-se apenas na conduta, jamais no resultado danoso. O agente, com a sua conduta, busca um resultado lícito, mas acaba produzindo um resultado ilícito.

Explica Lisboa (2012, p.89) que “negligência é inobservância das normas que ordenam operar com atenção, capacidade, solícitude, discernimento. Já a imprudência consiste na precipitação, no procedimento inconsiderado, sem cautela, na afoiteza no agir”.

A negligência é a forma negativa da culpa e aparece antes mesmo da prática da conduta, a exemplo de quem dirige veículo com os pneus gastos. A imprudência é a feição positiva da culpa e manifesta-se concomitantemente com a ação, como no exemplo de o agente conduzir veículo em alta velocidade em dia de chuva (CUNHA, 2017).

Embora o art. 186 do CC não faça menção à imperícia, esta pode ser vista como uma forma de imprudência, analisada em um sentido técnico-profissional. Desta feita, A imperícia consubstancia-se na conduta profissional imprudente, que deixou de observar as normas técnicas de procedimento, ou a conduta do profissional liberal que não atuou com sua habilidade peculiar. Já o dolo é verificado na conduta comissiva ou omissiva do agente, direcionado à causação de um dano.

Segundo Rogério Greco (2017), ao comportar-se com dolo o agente deve ter consciência, isto é, deve saber exatamente aquilo que faz. A doutrina que se prende à concepção romana divide a responsabilidade subjetiva em delitual e quase delitual.

Explica Greco (2017) que os delitos são atos ilícitos praticados com a intenção de produção do resultado danoso. Este conceito amolda-se àquilo que hodiernamente se entende por dolo.

Já quanto aos quase delitos – prossegue Greco (2017), o dano resulta de uma conduta levada a cabo sem que se tenha adotado todas as diligências para evitá-lo. Esse conceito corresponde à noção de culpa, a qual se caracteriza pela negligência, pela imprudência ou pela imperícia.

A noção de responsabilidade civil subjetiva é muito mais ética do que justa, porque exige que a vítima demonstre a culpa do agente, quer na modalidade dolosa, quer na culposa.

Em síntese, na responsabilidade subjetiva são identificados três elementos: a) elemento material, consistente em uma conduta humana; b) elemento psicológico, isto é, a vontade que pode desviar o curso das coisas; e c) elemento sociológico, fundado na reprovabilidade social da conduta do agente (RIZZARDO, 2015).

3.3.2 Responsabilidade objetiva

A responsabilidade objetiva decorre da pressão das demandas práticas, consagradas pelas legislações de infortunistas em que o empregado que sofria acidente no trabalho tinha o direito de ser indenizado, desde que conseguisse fazer prova da culpa do empregador, com fundamento na regra da responsabilidade subjetiva (TARTUCE, 2018).

No entanto, o que normalmente se observava é que a única prova capaz de provar referida culpa seria o depoimento de colegas que, temendo sofrerem represálias por parte do empregador, eram superficiais em seus depoimentos, confusos e até mesmo omissos. Assim, acabava que o dano era suportado somente pela vítima.

Com o intuito de driblar a necessidade de fazer prova sobre a culpa, embora sem dela se descurar como base de imputação da responsabilidade civil, foi desenvolvida a teoria da culpa presumida, uma solução intermediária através da qual a culpa continuava sendo um pressuposto da responsabilidade civil, embora já existissem sinais de sua degradação como único elemento causal de sustentação do dever de reparação, e

surgisse, outrossim, fatores que considerassem a vítima como centro da estrutura de reparação (NADER, 2016).

A responsabilidade com culpa presumida continua subjetiva, no entanto invertendo-se o ônus da prova da culpa, que, ao se distanciar da norma geral, deixa de estar a serviço da vítima e passa a ter peso também sobre o ofensor, que deverá fazer prova de que não possui culpa.

Como ensina Nerilo (2015), a responsabilidade objetiva contenta-se com relação positiva entre fato e agente, a simples causação, a mera produção do resultado, para a imputação do dever de indenizar. É indiferente que o agente tenha querido comportar-se daquela maneira, que tenha movido com negligência, ou que alguma causa escusável justifique seu comportamento.

Na precisa síntese de Tartuce (2018), a responsabilidade objetiva tem por fundamento a relação de causalidade objetiva que remonta ao dano àquele que o houver causado. Pouco importa em que condições psicológicas o causou: sem tê-lo querido, sem ter pensado, sem ter podido impedi-lo. Essa responsabilidade não implica nenhum juízo de valor sobre os atos do responsável; é suficiente que o dano se ligue materialmente à conduta, pois aquele que exerce uma atividade deve assumir os riscos, principalmente se dela for uma fonte de lucro: a reparação do dano será uma contrapartida dos proveitos perseguidos.

Ambos os sistemas de imputação de responsabilidade civil – subjetiva e objetiva – convivem harmonicamente entre si. Caio Mário da Silva Pereira (2016) defende a convivência de ambas as doutrinas, sendo que a culpa exprimiria a noção básica e princípio geral definidor da responsabilidade civil, aplicando-se a teoria do risco nos casos especialmente previstos, ou quando a lesão decorre da prática de atividade ou profissão que expôs o lesado ao risco do dano que sofreu.

Portanto, é possível afirmar que a responsabilidade subjetiva é a regra do direito brasileiro, que pode ser excepcionada em duas hipóteses, conforme expressamente previstas no § único do art. 927 do CC, ou seja, existirá o dever de indenizar, mesmo não havendo culpa (responsabilidade objetiva): a) nos casos especificados em lei; ou b) quando a atividade desenvolvida por aquele que der causa ao dano implicar, a seu turno, em risco para os direitos de terceiros.

O item “a” assemelha-se ao princípio da tipicidade do direito penal, de modo que, feitas as devidas adaptações, afirma-se que não há responsabilidade civil objetiva sem prévia previsão legal.

Diferentemente da primeira hipótese, e como o estudioso pode perceber, o item “b” é uma cláusula geral cujo conteúdo deverá ser preenchido caso a caso, segundo a prudente discricionariedade do magistrado.

Essa cláusula é dotada de uma amplitude tal que atividades hoje desconhecidas podem ser ali enquadradas, bem como atividades até então consideradas de risco, podem deixar de sê-lo, de acordo com os avanços técnicos e científicos.

Apesar de toda a sua resistência pela responsabilidade civil objetiva, Georges Ripert (2002, p.237) já dizia que “aqueles que se entregam a uma atividade lícita, mas perigosa, têm obrigação de não causar prejuízo a outrem, ou, em todo o caso, de reparar o prejuízo que causaram”. E exemplifica com os modernos meios de transportes da época, como os *tramways*, e depois os automóveis e aviões que, segundo o autor francês, receberiam um tratamento mais severo no início.

Neste sentido assevera Gaburri (2018, p.75) que “a atividade de risco insere-se no ordenamento como cláusula geral de conteúdo semântico vago e impreciso, que será concretizada pelo magistrado conforme os valores vigentes em determinado tecido social”.

3.3.2.1 Responsabilidade civil pura e impura

Álvaro Villaça Azevedo (2011) propõe uma bifurcação da responsabilidade objetiva em duas categorias, a pura e a impura.

Segundo o citado professor, a responsabilidade civil objetiva impura tem, sempre, como substrato, a culpa de terceiro, que está vinculado à atividade do indenizador (AZEVEDO, 2011). Seriam hipóteses de responsabilidade civil objetiva impura todas as previstas no art. 932 do CC, em estudo neste capítulo, pois ali alguém responde

objetivamente por ato culposo de outrem. Para tanto, aquele que indenizou fica com direito de regresso contra o verdadeiro culpado, ressalvado o disposto no art. 942 do CC em relação aos descendentes incapazes.

Já a responsabilidade civil objetiva pura implica ressarcimento, ainda que inexista culpa de qualquer dos envolvidos no evento danoso. Assevera o autor da proposta classificatória que, neste caso, indeniza-se por ato lícito ou por mero fato jurídico, porque a lei assim o determina. Em decorrência disso, não existe direito de regresso contra ninguém, arcando o indenizador¹, exclusivamente, com o pagamento do dano.

Comentando tais teorias, Pessoa (2009) observa que:

[...] a responsabilidade civil objetiva seria impura quando, embora lhe seja imanente o quesito objetivo determinante do nexo causal entre o fato e o dano, as excludentes gerais da responsabilidade têm morada, uma vez que elidível em razão de caso fortuito ou força maior. A responsabilidade civil objetiva pura, por seu turno, não tem supedâneo na culpa de quem quer que seja, tampouco em qualquer fato ilícito passível de vinculação ao agente indenizador. A indenização é devida meramente pelo risco embutido no desenvolvimento de uma atividade absolutamente lícita. Não há possibilidade de exclusão da responsabilidade por culpa exclusiva da vítima, nem mesmo mitigação do *quantum* indenizatório por eventual corresponsabilidade, não havendo tampouco direito de regresso do agente indenizador em face do terceiro que, efetivamente, foi o agente causador do dano (PESSOA, 2009, p.272).

O exemplo dessa espécie, oferecido por Pessoa (2009) da proposta classificatória, é o de um recipiente de ácido instalado com a mais absoluta segurança, que é atingido por um tufão², sendo arrastado a um rio, provocando dano ecológico.

Em razão do princípio da segurança jurídica, defende Azevêdo (2011), a proposta que nem a interpretação doutrinária nem as decisões judiciais podem criar hipóteses de responsabilidade objetiva pura. Em outras palavras: somente à lei é confiada esta tarefa, e o legislador assim o fez – nas palavras daquele autor – apenas para duas hipóteses: danos nucleares e danos ambientais³.

¹ Observe que o Azevêdo (2011), ao tratar da responsabilidade objetiva pura, não se refere a culpado, mas simplesmente a um indenizador.

² Frise-se que, ao referir-se a um tufão, o autor aponta para um fato jurídico que fez eclodir o evento danoso e não, a um ato jurídico (ato humano).

³ Ação de indenização – Danos materiais e morais a pescadores causados por poluição ambiental por vazamento de nafta, em decorrência de colisão do navio N-T Norma no Porto de Paranaguá – 1) [...] b) legitimidade de parte da proprietária do navio transportador de carga perigosa, devido a responsabilidade

3.4 Responsabilidade civil objetiva na Constituição Federal de 1988

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) trouxe a defesa do consumidor como princípio que deve ser seguido pelo Estado e pela sociedade para atingir a finalidade de existência digna e justiça social. O Brasil adota o modelo de economia capitalista de produção, já que a livre iniciativa é um princípio específico da economia de mercado; já a ordem econômica cita a defesa do consumidor contra os possíveis abusos ocorridos no mercado de consumo.

A CF/88 eleva a pessoa humana ao vértice do ordenamento jurídico nacional, ao consagrar a dignidade humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, no inc. III de seu art. 1º. Protege, ainda, nos incs. V e X de seu art. 5º, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando-lhes o direito à indenização por dano material ou moral decorrente da violação de tais direitos.

Antes da CF/88, mesmo nos poucos casos em que se admitia a reparação do dano moral, a jurisprudência predominante negava sua cumulatividade com o dano material,

objetiva. Princípio do poluidor-pagador; c) inadmissível a exclusão de responsabilidade por fato de terceiro; d) danos moral e material caracterizados; e) juros moratórios: incidência a partir da data do evento danoso – Súmula 54/STJ; f) sucumbência. [...] c) Inviabilidade de alegação de culpa exclusiva de terceiro, ante a responsabilidade objetiva.- A alegação de culpa exclusiva de terceiro pelo acidente em causa, como excludente de responsabilidade, deve ser afastada, ante a incidência da teoria do risco integral e da responsabilidade objetiva ínsita ao dano ambiental (art. 225, § 3º, da CF e do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81), responsabilizando o degradador em decorrência do princípio do poluidor-pagador. d) Configuração de dano moral. Patente o sofrimento intenso de pescador profissional artesanal, causado pela privação das condições de trabalho, em consequência do dano ambiental, é também devida a indenização por dano moral, fixada, por equidade, em valor equivalente a um salário-mínimo. e) termo inicial de incidência dos juros moratórios na data do evento danoso. Nos termos da Súmula 54/STJ, os juros moratórios incidem a partir da data do fato, no tocante aos valores devidos a título de dano material e moral; [...] 3.- Recurso Especial improvido, com observação de que julgamento das teses ora firmadas visa a equalizar especificamente o julgamento das ações de indenização efetivamente movidas diante do acidente ocorrido com o Navio N-T Norma, no Porto de Paranaguá, no dia 18.10.2001, mas, naquilo que encerram teses gerais, aplicáveis a consequências de danos ambientais causados em outros acidentes semelhantes, serão, como natural, evidentemente considerados nos julgamentos a se realizarem. (STJ – 2ª S. – REsp. 1.114.398/PR – Rel. Min. Sidnei Beneti – j. em 08.02.2012 – v. u.)

sob o argumento de que o ressarcimento patrimonial já repararia a vítima suficientemente (MEDEIROS NETO, 2014).

3.5 Responsabilidade civil objetiva no Código Civil de 2002

A postura adotada pelo Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406/02), em sintonia com a Constituição de 1988, destaca e valoriza a proteção dos direitos da personalidade, inserindo, inclusive, as pessoas jurídicas, no que lhes é pertinente aplicar. O Código destaca em seu art. 11, de maneira clara, a obrigação de reparar o dano moral, sem limitações quanto às suas diversas manifestações e áreas de incidência.

Coube ao CC/2002 formalizar os ajustes havidos no instituto da responsabilidade civil, ao longo do século XX. Manteve a responsabilidade subjetiva, ainda válida para muitas situações jurídicas, mas introduziu várias cláusulas gerais que consagram a responsabilidade objetiva, dentre as quais o abuso de direito, o exercício da atividade de risco ou perigosa, os danos causados por produtos, a responsabilidade pelo fato da coisa e do animal, a responsabilidade dos incapazes, dentre outras (TARTUCE, 2018).

Foi o CC/2002 que consagrou a responsabilidade civil objetiva, fundada na teoria do risco da atividade e nos casos especificamente previstos em lei. (art. 927, parágrafo único).

O CC/2002 garante a reparação do dano moral, de maneira ampla, incumbindo ao julgador, mediante arbitramento, à luz da equidade e do postulado da razoabilidade, de fixar o valor da condenação em cada caso concreto. Para Medeiros Neto (2014), esse código, rompendo com os alicerces do individualismo que caracterizou a codificação de 1916, pautou-se pelo signo do social e do coletivo, relativizando a proteção conferida antes aos direitos patrimoniais, e voltando-se, nesse passo, em nova perspectiva, para a tutela da pessoa, no extenso leque de consideração da sua personalidade, à luz do valor fonte que é a dignidade humana.

Na esteira da CF/1988 e do CDC, o CC/2002 é expresso ao contemplar a reparabilidade do dano moral, ao contemplá-lo no conceito de ato ilícito, nos termos de seu art. 186⁴.

Reconhecida a possibilidade da ocorrência de danos diversos advindos de uma mesma conduta, passou-se a admitir a ideia do amplo ressarcimento, compreendido como a reparação e/ou compensação de todas as espécies de danos experimentados pela vítima em decorrência do evento lesivo, direcionando a atividade judicial para a composição, aferição e arbitramento do valor da indenização, cujo respaldo positivo se encontra no artigo 944 do Código Civil de 2002 que prevê que “a indenização mede-se pela extensão do dano” (BRASIL, 2002).

3.6 A Responsabilidade Civil no Direito de Família

A responsabilidade pode ser classificada como subjetiva e objetiva. Será subjetiva a responsabilidade quando está se esculpir na culpa do agente, que prescinde de ser comprovada de forma inequívoca para que possa ter obrigação de reparar o dano que fora causado e, objetiva usando o dever de reparar o dano causado a outrem independente da comprovação de culpa (DIAS, 2015).

No que diz respeito à seara das relações de família, que difere das demais principalmente por ser uma relação que não é regulamentada por contratos, só é admitido a responsabilidade civil subjetiva, ou seja, a modalidade de responsabilidade civil que prescinde da comprovação de culpa, isto em virtude de que é impossível considerar, por exemplo, a paternidade como atividades de risco (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012).

Logo, por este motivo que é possível declarar que, via de regra, a admissão do instituto da responsabilidade civil no direito de família dependerá da apreciação de culpa do agente.

⁴ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Tecidas estas considerações passa-se a abordar a incidência ou não do instituto da responsabilidade civil por danos morais em razão do abandono afetivo nas relações paterno filiais.

3.7 Responsabilidade civil por danos morais em razão do abandono afetivo

O Direito de Família, como regulador das relações familiares, acompanhando a tendência do sistema jurídico, através da legislação e reiteradas decisões, tem priorizado a valorização do individuo dentro do grupo familiar, colocando-o em primeiro lugar em face de qualquer outra circunstância, em harmonia com o princípio da dignidade.

Nesta era de “dignificação” da pessoa, verifica-se que a liberdade e a autenticidade comunicam-se constantemente. A liberdade de o cidadão poder fazer suas escolhas pessoais, sabendo que seus direitos estão assegurados, leia-se sem acepção de formas, podendo assim viver uma autenticidade nos relacionamentos.

O matrimônio deixou de ser selado única e exclusivamente por interesses patrimoniais, embora, todavia, aconteçam nesse intuito, pode-se dizer que são a exceção e não a regra. Casais se separam por reconhecerem que não há mais afeto entre si. Famílias alternativas formam-se em função do vínculo afetivo existente. Crianças demonstram o 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 nascimentos podem ser anulados em face de nunca haver tido o estabelecimento da socioafetividade. O estado de filho consolida-se com o estabelecimento do afeto (KAROW, 2012).

É importante estas pontuações iniciais para que se conheça como o instituto da responsabilidade civil pode ser aplicado a esta realidade.

Como já mencionado acima, o instituto da responsabilidade civil passou por diversas modificações e na seara do direito de família tal fato não foi diferente.

A responsabilidade civil no direito de família que antes projetava apenas nas relações de casamento e união estável, agora também começa a incidir nas relações de filiação, ou seja, nas relações entre pais e filhos.

Uma das hipóteses em que se tem a ocorrência da responsabilidade civil no direito de família e a decorrente do abandono afetivo, ou melhor dizendo, por consequência do abandono paterno-filial.

A incidência da condenação a indenização ocasionada pelo abandono familiar se dá quando o genitor, mesmo diante do seu dever de prover assistência moral a seus filhos, se esquia dessa obrigação e se faz ausente no cotidiano de sua prole e, por conseguinte, não presta o devido amparo afetivo durante o desenvolvimento e formação da personalidade do mesmo.

O argumento para tal incidência advém da Constituição Federal de 1988 que dispõe, em seu artigo 229, que os pais têm o dever de criar e educar os filhos, trata-se isso nada mais que a aplicação do princípio da solidariedade social ou familiar de forma imediata a uma relação privada. Para Madaleno,

[...] o exercício da paternidade e da maternidade – e, por conseguinte, do estado de filiação – é um bem indisponível para o Direito de Família, cuja ausência propositada tem repercussões e consequências psíquicas sérias, diante das quais a ordem legal/constitucional deve amparo, inclusive, com imposição de sanções, sob pena de termos um Direito acéfalo e inexigível (MADALENO, 2015, p. 401).

Além destes argumentos, a reparação civil resultante do abandono afetivo, também encontra escopo no fato de que ao abandonar a sua prole o genitor afronta o dever de convivência elencado no art. 1.634 do Código Civil que fixa, como atributos do poder familiar, a direção da criação dos filhos e o dever de ter os filhos em sua companhia.

Segundo Almeida e Rodrigues Júnior (2012) a doutrina majoritária defende a reparação por danos morais nos casos de abandono afetivo. Para os autores, o dever de convivência familiar é imposto aos pais e os filhos que possuem o direito fundamental de receberem afeto, pois “é na família que o indivíduo vivencia boa parte das suas experiências e desenvolve aspectos psicológicos, sociais e políticos” (ALMEIDA; RODRIGUES JR., 2012, p. 545).

Porém, segundo Almeida e Rodrigues Jr. (2012), a maioria das decisões judiciais afasta a indenização nos casos de abandono afetivo, como por exemplo, no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, acórdão proferido na Apelação Cível 1.0145.05.219641-0/001 (1), relatado pelo desembargador Domingos Coelho unanimemente acompanhado pelos demais integrantes da Turma julgadora, em que afastaram a possibilidade de reparação por danos decorrentes do abandono afetivo do filho pelo pai. Considerou-se, no julgamento, que:

[...] o amor não pode ser imposto e, ainda, que uma decisão judicial não tem o condão de sanar eventuais deficiências da relação paterno-filial. O relator também ressalta o fato de que, no caso, não houve configuração dos elementos indispensáveis para a responsabilização do pai (ALMEIDA; RODRIGUES JR, 2012, p 546).

No mesmo íterim, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais condenou um pai a pagar indenização de duzentos salários mínimos a título de danos morais ao filho, por não ter com ele convivido (Apelação Cível n. 408.550-5 da Comarca de Belo Horizonte. Sétima Câmara Cível. Presidiu o julgamento o Juiz José Affonso da Costa Côrtes e dele participaram os Juízes Unias Silva, relator, D. Viçoso Rodrigues, revisor, e José Flávio Almeida, vogal). No entanto o Superior Tribunal de Justiça reformou a decisão em comento, afastando, na ocasião, o dever de indenizar sob o prisma da ausência de ato ilícito, pois o pai não seria obrigado a amar o filho (STJ, Recurso Especial 757.411/MG, Relator Ministro Fernando Gonçalves; votou vencido o ministro Barros Monteiro, que não conhecia do recurso. Os Ministros Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezini e Cesar Asfor Rocha votaram com o Ministro relator. Data do julgamento: 29 de novembro de 2005).

Contudo, acontece que o tema sofreu evolução de modo a se enquadrar no entendimento majoritário da doutrina, conforme pode se vislumbrar em outra decisão o Superior Tribunal de Justiça admitiu a reparação civil pelo abandono afetivo.

Da leitura inicial do Recurso Especial n. 1.159.242, após o relatório, o acórdão é iniciado pela relatora com a seguinte sentença: “Sintetiza-se a lide em determinar se o abandono afetivo da recorrida, levado a efeito pelo seu pai, ao se omitir da prática de

fração dos deveres inerentes à paternidade, constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável” (BRASIL, 2012, s.p).

Conforme defendido ao longo deste estudo e ressaltado, a fim de dar cientificidade ao tema, é que o principal objetivo da responsabilidade civil é definir entre os inúmeros eventos danosos que se verificam quotidianamente, quais deles devem ser transferidos ao lesado, ao autor do dano.

O acórdão dispensa delongas e inicia a análise do tema pelo cerne central da questão, realmente a lide é “sintetizada” como bem definido no voto, pelo fato de, se a conduta do pai ao omitir-se da prática dos deveres inerentes à paternidade constitui elemento suficiente para caracterizar o dano moral passível de compensação.

Veja que a decisão não é inflamada de discursos sensacionalistas, do tipo se o amor pode ser comprado, se a justiça pode obrigar alguém a amar, que amor não tem preço etc. O texto se limita basicamente à questão central, de forma extremamente técnica e objetiva justamente como devem emanar as decisões do Egrégio Tribunal.

Isso porque em face da citada indústria do dano moral e seus adeptos - aliados aqueles que desprovidos de conhecimento jurídico e de causa, que manifestam-se contrariamente a tese do abandono afetivo – exigem que a ciência jurídica, sobretudo o instituto da responsabilidade civil requisite pontualmente, dentre os fatos ocorridos diariamente, quais merecem guarida da responsabilidade civil e em que limites.

Partindo de tal pressuposto é possível fazer uma análise técnica, objetiva e precisa do tema.

Apontada a primeira irresignação, a decisão passa a análise da existência do dano moral nas relações familiares concluindo que apesar dos nobres sentimentos que envolvem as relações familiares, que não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar o dano no direito de família. A relatora de forma científica e técnica explana:

[...] ao revés os textos legais que regulam a matéria (art. 5º e X da CF e arts. 186 e 927 do CC-02) tratam do tema de maneira ampla e irrestrita, de onde é possível se inferir que regulam, inclusive, as relações nascidas dentro de um núcleo familiar, em suas diversas formas. Assim, a questão – que em nada contribui para uma correta aplicação da disciplina relativa ao dano moral – deve ser superada com uma interpretação técnica e sistemática do Direito aplicado à espécie, que não pode deixar de ocorrer, mesmo ante os intrincados meandros das relações familiares (BRASIL, 2012, s.p).

Conforme o estudo até então empreendido, em relação às críticas ao acórdão paradigma que negava a possibilidade de indenização, frisou-se que o art. 186 do Código Civil se trata de uma cláusula geral, como princípio geral de proteção à pessoa, estando na parte geral do código, aplica-se a todos os demais institutos, sobretudo se atentar-se que o dano é lesão a interesse juridicamente protegido.

Existem doutrinadores que defendem que em caso de abandono afetivo, a penalidade adequada é a perda do pátrio poder, no entanto, esse pensamento não é coerente.

No mesmo sentido, a decisão prossegue com relação a análise atinente ao instituto do poder familiar e sua possibilidade de “perda”, o que também fora criticado neste estudo, na forma como fora colocado no antigo paradigma, é que justamente a decretação da perda do poder familiar. Isso seria demonstração de sanção administrativa, mas não civil, que, pela legislação civil brasileira, a responsabilidade civil tem função satisfatória, compensatória e até dissuasória, mas não punitiva. Portanto, irrelevante a justificativa de que a perda do poder familiar se encarrega da função punitiva, pois não é esta que está em análise. Este foi o voto da Ministra:

Outro aspecto que merece apreciação preliminar, diz a respeito a perda do poder familiar (art. 1638, II do CC-02), que foi apontada como a única punição possível de ser imposta aos pais que descumram do múnus a eles atribuído, de dirigirem a criação e educação de seus filhos (art.1634, II, do CC-02). Nota-se, contudo, que a perda do pátrio poder não suprime, nem afasta, a possibilidade de indenizações ou compensações, porque tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do mal cuidado recebido pelos filhos (BRASIL, 2012, s.p).

Na sequência o voto passa a identificar a matéria mais relevante para o deslinde da controvérsia, afeta ao instituto da responsabilidade civil, o qual dedicou-se um capítulo no presente estudo em face de acreditar-se que este contém quase todas as respostas para a solução do caso.

O voto põe em cheque os elementos da responsabilidade civil frente à vulnerabilidade de sentimentos que ocorrem no seio da família:

É das mais mezinhas lições de Direito, a tríade que configura a responsabilidade civil subjetiva: o dano, a culpa do autor e o nexos causal. Porém, a simples lição ganha contornos extremamente complexos quando se focam as

relações familiares, portanto nessas se entremeiam fatores de alto grau de subjetividade, como afetividade, amor, mágoa, entre outros, os quais dificultam, sobremaneira, definir ou perfeitamente identificar e/ou constatar elementos configuradores do dano moral (BRASIL, 2012, s.p).

Dentre os elementos específicos da reparação civil por abandono afetivo, elaborados neste estudo, a Corte também entendeu que dita norma de conduta, dever de cuidado, também deve ser aplicada àqueles que embora não tenham vínculo biológico os tem de forma civil, através da adoção, por exemplo.

Demonstra que o Tribunal está totalmente alinhado com os novos valores familiares constitucionais.

Prossegue ponderando sobre a responsabilidade civil que advém de determinadas condutas, bem como, discorre a cerca do dano que se traduz a lesão a interesse juridicamente protegido.

Significa dizer que a decisão – conforme transcrição literal – entende que é “monótono” o entendimento que dentre os deveres inerentes ao poder familiar está aquele de convívio, cuidado, proteção, de criação e educação dos filhos.

Se observado este estudo, no capítulo que trata a respeito dos elementos da responsabilidade civil e aplicação ao abandono afetivo, a tese é feita a partir da subsunção.

A Ministra Nancy Andrighi mencionou a importância do cumprimento não só dos deveres legais, mas também dos deveres afetivos dos pais em relação aos filhos:

[...] indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos [...], destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança (BRASIL, 2012, s.p).

Dito de outra forma, o Princípio da Afetividade corresponde a um dever paterno-filial, porque uma criança criada sem afeto terá sua formação prejudicada. Referido afeto, tão importante entre pais e filhos precisa ser emanado da convivência familiar, pois não se trata de uma consequência puramente biológica, nem tampouco econômica.

Neste sentido, Luz (2008) aduz que segundo a Constituição, a relação entre pais e filhos está calcada na ideia de proteção, tendo os pais o dever de assistir, criar e educar

os filhos menores nos termos da legislação. Os autores prosseguem afirmando que a função do poder parental é propiciar aos filhos os cuidados necessários para o pleno desenvolvimento da personalidade.

Com relação à ilicitude e culpa, a decisão também refere a importância do dever de cuidado, mensurado e referido nesta pesquisa. Relata “que a ilicitude não está no desamor e sim na falta de atendimento ao dever de cuidado, requisito mínimo que deve ser empreendido a vida de uma criança para o seu pleno desenvolvimento” (BRASIL, 2012, s.p).

O acórdão se revela fulminante neste ponto, respondendo aos críticos que sempre apontam a impossibilidade da tese fundamentada, principalmente, no princípio da impossibilidade de obrigação de afeto. Não se puniu a falta de afeto unicamente e sim a negligência na conduta do genitor.

Assim responde de forma exemplar e põe fim a todo e qualquer sensacionalismo feito com relação à tese, no que tange ao poder judiciário obrigar alguém a amar, neste sentido:

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar.

Negar ao cuidado o status de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na parte final do dispositivo citado: “(...) além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (...)”.

Alcançando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empecilho sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar.

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.

O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião.

O cuidado, distintamente, é tísado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o

tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever (BRASIL, 2012, s.p).

Com relação ao dano e o nexo causal, o Tribunal foi mais além do que tínhamos proposto. A decisão entende que os reiterados atos de omissão do genitor para com o seu dever de cuidar, bem como, seus atos que privilegiaram a outra parte de sua prole, são plenamente passíveis de indenização independente de prova destes danos, pois inerentes a própria situação experimentada pela vítima. Conclui que o dano é do *tipo in re ipsa*, o que no presente estudo é contrariado por nós, justamente pela questão do nexo causal.

Isso porque havendo uma terceira pessoa que assuma a figura da mãe ou pai omissos essa poderá preencher de tal forma o vazio da vítima a ponto de não se verificar a existência de danos com relação aos atos omissos dos genitores faltantes. Considere-se que, mesmo assim, esta terceira pessoa nunca será seu pai ou sua mãe, e se este fato por si só, de delegação a outra pessoa de papel único, pode ser considerado como causador de danos.

Quem sabe pode-se incitar um debate jurídico entre as teses e argumentos de defesa: em casos que não restarem efetivamente demonstrados o dano e ainda o nexo causal, pessoas que não tiveram assistência de um dos genitores e foram relegados ao abandono afetivo, porém em face de terceiro assumir esta condição, não restaram danos, entretanto, assim mesmo, não tiveram daquele que por lei deveria dar a assistência, dever de guarda, criação, educação e cuidado. Será que nestes casos poderá haver reparação em decorrência de abandono afetivo?

Matéria para os advogados combatidos discutirem e levantarem, para quem sabe, mais uma vez, o Superior Tribunal de Justiça rever a decisão neste aspecto.

Surpreendeu a divergência por parte Ministro Massami Uyeda um defensor do direito de família e dos seus valores, entretanto, acredita-se que a classificação como do *tipo in re ipsa* é que também motivou o voto vogal naqueles termos, se ponderados seus argumentos.

Já o Ministro Sidnei Beneti ponderou a questão probatória, a fim de avaliar se a omissão paterna não se deve em parte em face da conduta da genitora da menor,

situação esta que deve ser reavaliada em face, de justamente, redimensionar o valor da indenização fazendo o cotejo das condutas praticadas e a proporcionalidade do dano, nos termos da lei civil.

Igualmente, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino acompanhou o voto do Ministro Sidnei Beneti, no que verte ao valor da indenização, fazendo menção a prova colhida na origem, com relação ao comportamento da genitora da autora e sua parcela de culpa na não aproximação do requerido com a autora.

Conforme anteriormente explanado neste estudo – embora não se teve acesso aos autos – acredita-se que o comportamento do cônjuge não guardião deve ser analisado para observar-se até que ponto o mesmo possui responsabilidade no afastamento do outro cônjuge, a ponto de tornar impossível e impraticável a convivência entre pai e filha.

Por derradeiro, justifica o Ministro que compreende que o reconhecimento de dano moral em matéria afeta à família é situação excepcional, devendo ser admitido somente em casos extremos nas relações familiares.

O Recurso Especial foi parcialmente provido para reduzir o valor da indenização de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais), por entender que estava em demasia, para o valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) na data do julgamento realizado pelo Tribunal de origem (26.11.2008), corrigidos desde então.

Assim, encerrou-se o tão festejado acórdão que analisou a responsabilidade civil por abandono afetivo nas relações paterno-filiais.

Diverge-se no ponto central, pois enquanto a alta corte atribuiu que a reparação civil por abandono afetivo é do *tipo in re ipsa*, entende-se que se trata de indenização a ser analisada caso a caso mediante os fatos específicos, com complexa fase instrutória, com diversos tipos de provas, devendo necessariamente demonstrar de forma cristalina o dano e o nexo causal.

No entanto, mesmo diante desta decisão modificadora do entendimento jurisprudencial majoritário, a jurisprudência atual ainda oscila na admissão da reparação civil por abandono afetivo, prevalecendo os julgados que concluem pela inexistência de ato ilícito em casos tais, notadamente pela ausência de prova do dano, *in verbis*:

[...] a pretensão de indenização pelos danos sofridos em razão da ausência do pai não procede, haja vista que para a configuração do dano moral faz-se necessário prática de ato ilícito. Beligerância entre os genitores (TJRS, Apelação Cível n. 0048476-69.2017.8.21.7000, Teutônia, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Jorge Luís Dall'Agnol, julgado em 26/04/2017, DJERS 04/05/2017).

[...] a jurisprudência pátria vem admitindo a possibilidade de dano afetivo suscetível de ser indenizado, desde que bem caracterizada violação aos deveres extrapatrimoniais integrantes do poder familiar, configurando traumas expressivos ou sofrimento intenso ao ofendido. Inocorrência na espécie. Depoimentos pessoais e testemunhais altamente controvertidos. Necessidade de prova da efetiva conduta omissiva do pai em relação à filha, do abalo psicológico e do nexo de causalidade. Alegação genérica não amparada em elementos de prova. Non liquet, nos termos do artigo 373, I, do Código de Processo Civil, a impor a improcedência do pedido (TJSP, Apelação n. 0006195-03.2014.8.26.0360, Acórdão n. 9689092, Mococa, Décima Câmara de Direito Privado, Rel. Des. J. B. Paula Lima, julgado em 09/08/2016, DJESP 02/09/2016).

[...] o dano moral exige extrema cautela no âmbito do direito de família, pois deve decorrer da prática de um ato ilícito, que é considerado como aquela conduta que viola o direito de alguém e causa a este um dano, que pode ser material ou exclusivamente moral. Para haver obrigação de indenizar, exige-se a violação de um direito da parte, com a comprovação dos danos sofridos e do nexo de causalidade entre a conduta desenvolvida e o dano sofrido, e o mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui, por si só, situação capaz de gerar dano moral (TJRS, Apelação Cível n. 0087881-15.2017.8.21.7000, Porto Alegre, Sétima Câmara Cível, Rel^a Des^a LiselenaSchifino Robles Ribeiro, julgado em 31/05/2017, DJERS 06/06/2017).

Nesta exposição, pode se extrair que a doutrina se mostra pacífica à admissão da reparação imaterial por abandono afetivo, porém, no âmbito judicial, a aplicação da responsabilidade civil por danos morais em razão do abandono afetivo do genitor ainda não é uníssona, inúmeros são os julgados que afastam a indenização.

CONCLUSÃO

A dignidade da pessoa e a solidariedade foram inseridas no texto Constitucional de 1988, modificando paradigmas relacionados a todo o antigo sistema vigente. Os princípios consubstanciam valores, e por meio deles, a norma jurídica deve ser interpretada. Atualmente, o eixo fundamental da família é a pessoa, com suas características existenciais e morais. Daí resulta a conclusão de que a função da família emerge na promoção da dignidade das pessoas que a compõem.

Acompanhando as transformações já citadas, aos filhos foi dada proteção especial, estando eles em estado de vulnerabilidade, mas acima de tudo sendo

respeitados como pessoa. A família chamada democrática exerce função de compartilhamento entre direitos e deveres fundamentais da personalidade.

Observou-se que o antigo pátrio poder, o qual era direcionado exclusivamente ao pai, foi redimensionado na concretude da pessoa e passou a ser exercido pelos pais de forma igualitária. Vale lembrar que, o exercício deste poder deve ser direcionado ao descendente, baseado no melhor interesse da criança e do adolescente.

Vislumbrou-se que, os conflitos familiares existem, e de certa forma contribuem para o desenvolvimento da personalidade das pessoas. Entretanto, em alguns casos, excedem a seara existencial, podendo gerar danos para as pessoas envolvidas.

Ante ao explanado pode se extrair que o instituto da responsabilidade civil passou por inúmeras alterações com o passar dos anos até alcançar a sua atual posição.

Junto a atual realidade sobreveio às discussões; dentre elas a abordada neste trabalho, qual seja, a responsabilidade civil por danos morais em razão do abandono afetivo paterno.

É dever constitucional dos pais, e direito dos filhos, a convivência, a educação, o sustento, a segurança. A escassez do afeto, no seio familiar, tem feito com que muitos filhos clamem no Poder Judiciário uma reparação civil por danos morais, na tentativa da indenização pecuniária amenizar o sofrimento, os danos morais sofridos.

Contudo, hodiernamente a jurisprudência encontra-se dividida no que concerne o tema podem ser encontrados inúmeros julgados que entendem ser incabível o pedido de reparação civil em razão do abandono do genitor, todos os julgados, quase que exclusivamente, se baseiam no argumento da impossibilidade de se obrigar alguém a dar carinho.

Em sentido contrário, com espeque na imposição constitucional e legal de deveres aos pais, se encontra decisões em que houve a condenação dos genitores pela violação das atribuições inerentes ao poder familiar.

A Ministra Nancy Andrighi no Recurso Especial n. 1.159.242, tentou unificar o entendimento sobre esta questão julgando ser possível a condenação por danos morais no âmbito das relações familiares entre pais e filhos.

Por óbvio fora a primeira decisão em que o Superior Tribunal de Justiça condenou um genitor ao pagamento de indenização por danos morais à sua prole decorrente do abandono afetivo, mas a decisão está pendente de recurso.

Logo, ainda não é possível afirmar com robustez que o abandono afetivo gera dano moral que acarrete o direito à indenização. Lado outro, nas hipóteses em que o genitor seja comissivo, mas pratique condutas que refletem diretamente na dignidade, honra, ou, até mesmo na privacidade de seus descendentes, certa deve ser a condenação, devendo ser severamente punido.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR Walsir Edson. **Direito Civil: Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A função social da família. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. n. 39. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, 2007, p. 131-153.

ALVIM, J.E.C. **Ação de Guarda de Filho**: ações de família. Curitiba: Juruá Editora, 2018.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações**. 102. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 15 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1.159.242/SP**. 3ª Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-abandono-afetivo.pdf>>. Acesso: 9 set. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2017.

DIAS, M.B. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: RT, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v 5.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 5.

DUARTE, LP.L. **A guarda dos filhos na família em litígio**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERNANDES, M.V.G.; MIRANDA, V.R. Síndrome de alienação parental. In: CARVALHO, M.C.N. (Coord.). **Psicologia e Justiça: Infância, adolescência e família**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 259-274

GABURRI, Fernando. **Direito Civil para Sala de Aula**. 7. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2018. v.4.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 3.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GUERRA, Leandro dos Santos. A função Social da Família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. n. 39. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, 2007, p. 157-160.

GONÇALVES, C.R. **Direito Civil Brasileiro**⁶: direito de família. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v.6.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017. v. 1.

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

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. 3. ed. São Paulo: RT, 2012.

LÔBO, P. **Direito Civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LUZ, Antônio Fernandes. Laços de Afeto e Solidariedade nas Relações Parentais. In: BASTOS, Eliane Ferreira. LUZ, Antônio Fernandes. (Coord.) **Família e Jurisdição II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. v.II.

MADALENO, A.C.C. Indenização pela prática de alienação parental e imposição de falsas memórias. In: MADALENO, R; BARBOSA, E. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo. Ed. Atlas, 2015.

MADALENO, A.C.C; MADALENO, R. **Síndrome da alienação parental**: Importância da detecção - Aspectos legais e processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2014.

MENDONÇA, M. Quando a separação não é um trauma. **Revista Época**, Rio de Janeiro, 2005.

MOREIRA, L.E; TONELI, M.J.F. Abandono afetivo: afeto e paternidade em instâncias jurídicas. **Psicologia, Ciência e Profissão**, Brasília: Conselho Federal de Psicologia, v. 35, n. 4, p. 1257-1274, 2015.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 7.

NERILO, Lucíola Fabrete Lopes. **Manual de Responsabilidade Civil**. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1.

PESSOA, Maurício. O reflexo dos princípios informadores do Código Civil e das cláusulas gerais na responsabilidade civil: a cláusula geral da responsabilidade objetiva. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério. **Responsabilidade Civil**: Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 398-416.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Tradução de Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SILVA, D.M.P. **Mediação e Guarda Compartilhada**: Conquistas para a Família - Prefácio de Julieta Arsênio. 3. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Mediação nos Conflitos Civis**. São Paulo: Editora Método, 2008.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Método, 2018.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2016.