

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO DE FILHO

Ana Paula da Fonseca Menezes¹

Cesar Riboli²

1 INTRODUÇÃO

O direito civil, principal ramo do Direito privado, é considerado como um conjunto de regras e princípios que disciplinam as relações das pessoas físicas e jurídicas, buscando a aplicação de normas da vida cotidiana para alcançar a harmonização na convivência em sociedade. Este ramo do Direito tem como uma das suas vertentes o direito de família e a responsabilidade civil, regidas pelo Código Civil de 2002.

Este texto trata da responsabilidade civil por abandono afetivo dos pais em relação aos filhos, cuja ação omissa acarreta, na maioria dos casos, dano moral. Traz então, como objetivo, a análise das discussões teóricas e das decisões judiciais a respeito da indenização solicitada pelo filho ou responsável, quando este alega dano moral por abandono afetivo paterno-materno, diante da omissão no dever jurídico de convivência familiar.

Assim, primeiramente, é feita uma análise do que vem a ser a responsabilidade civil, apresentando pequenos entre lances com o abandono afetivo, principalmente, mostrando a importância da família em algumas questões importantes como grupo social e de formação do indivíduo e a possível deturpação na esfera familiar após o abandono, para que na sequência seja melhor detalhada a questão da família e, por fim, todo o ensejo da responsabilidade civil e as consequências que o abandono afetivo pode causar.

Então, para alcançar o objetivo proposto e fomentar a discussão, parte-se do seguinte questionamento: Quais os encaminhamentos dados tanto pelos doutrinadores, quanto pelas decisões judiciais, para o dano causado em decorrência de abandono afetivo, considerando-se o dano como pressuposto da responsabilidade civil?

¹ Graduada em direito pela Universidade Regional Integrada do alto Uruguai e das Missões – URI, Campus de Frederico Westphalen, RS.

² Doutor em Educação pela UNISINOS - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS. Mestre em Direitos pela URI - Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Campus de Santo Ângelo, RS. Especialista em Direito Civil, Processo Civil, Contabilidade Gerencial e Docência. Graduado em Administração, Ciências Contábeis e Direito. Coordenador do Curso de Direito da URI - Campus de Frederico Westphalen. Professor Universitário. Advogado.

Duas correntes motivam essa discussão: aquela favorável ao filho, em decorrência dos danos causados à pessoa, de caráter psíquico-cognitivo-social, por impedimento de convivência familiar; e a outra, favorável ao requerido, que se posiciona contrário à “obrigação de amar alguém”. Argumenta essa corrente que não há, no ordenamento jurídico, para a falta de amor, qualquer consideração de ato ilícito.

Por outro lado, evidencia-se que a jurisprudência vem se transformando, permitindo a indenização por abandono afetivo, não apenas através da compensação pecuniária pelo desafeto, mas como uma forma de demonstrar o valor do filho dentro das relações familiares, onde se enfatiza que os filhos necessitam muito mais do que provimento material, necessitam de atenção, cuidado e uma relação saudável de amor e afeto, e quando isso não ocorre, buscase os meios jurídicos como mecanismo de compensação deste filho pelo abandono sofrido.

2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A palavra “responsabilidade” descende do verbo latino *respondere*, de *spondeo*, primitiva obrigação de natureza contratual do direito quiritário romano, pelo qual o devedor se vinculava ao credor nos contratos verbais por intermédio de pergunta e resposta.

Sobre o termo “responsabilidade”, Tomaszewski (2004, p. 245), enfatiza que “imputar a responsabilidade a alguém é considerar-lhe responsável por alguma coisa, fazendo-o responder pelas consequências de uma conduta contrária ao dever, sendo responsável aquele indivíduo que podia e devia ter agido de outro modo”.

Em relação ao conceito de responsabilidade civil, é importante que a vítima não fique sem ressarcimento ou então, dependendo da situação, do próprio reconhecimento das autoridades competentes, pois muitas vezes acontece de um ente familiar abandonar uma criança ou então cometer algum ato em desfavor de familiar, indo assim totalmente contra o Estatuto da Criança e do Adolescente, ficando o menor sem qualquer amparo patrimonial e, principalmente, moral e afetivo. Diante disso, segundo Plácido e Silva, trata-se de um:

Dever jurídico, onde a pessoa, por contrato ou omissão, busca a satisfação através da convenção da prestação, principalmente, para suprimir possíveis sanções legais, sendo que, havendo a obrigação de fazer ou não fazer ou dar alguma coisa sobre ressarcir danos legais ou penalidades, há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção. (SILVA, 2008, p. 642).

A compreensão de Pontes de Miranda, é plenamente válida perante o tema em questão, uma vez que, mesmo em tempos antigos pode-se levar para os dias atuais, pois:

Quando fazemos o que não temos o direito de fazer, certo é que cometemos ato lesivo, pois que diminuímos, contra a vontade de alguém, o ativo dos seus direitos, ou lhe elevamos o passivo das obrigações, o que é genericamente o mesmo. Ou seja, o que se induz da observação dos fatos é que em todas as sociedades o que se tem por ofensa não deve ficar sem satisfação, sem ressarcimento. (PONTES DE MIRANDA, 1966, p. 14).

Já nos entendimentos jurídicos de Maria Helena Diniz, a responsabilidade civil trata:

A todo instante surge o problema da responsabilidade civil, pois cada atentado sofrido pelo homem relativamente à sua pessoa ou ao seu patrimônio constitui um desequilíbrio de ordem moral ou patrimonial que reclama a criação de soluções ou remédios por parte do ordenamento jurídico, visto que o direito não poderá tolerar ofensas que fiquem sem reparação. (DINIZ, 2012, p. 63)

Assim, diante de um embasamento mais detalhado referente ao que vem a ser a responsabilidade civil, pode-se perceber que esta é uma das formas que a entidade familiar tem para ser protegida pelo Estado, uma vez que, o mesmo tem como interesse maior resguardar o grupo familiar, o que pode ser protegido através da responsabilidade civil, tendo-se um parâmetro maior do que acontece quando há o abandono afetivo, garantindo dessa forma que nenhum ato fique impune.

Em relação a tais ditames, Arnoldo Wald, compreende que “determinadas normas, ao serem violadas, ou seja, ao sofrerem consequências, deve-se prontamente reparar o prejuízo causado, para que assim sejam sanados os possíveis danos causados”. (WALD, 2003, p. 687).

Para Maria Helena Diniz, é importante ressaltar que, no que tange à responsabilidade civil e a reparação do dano causado pelo agente ou terceiros, nada mais é do que:

[...] uma forma de aplicar sanções, nas quais obriguem a reparar o dano moral ou patrimonial, até mesmo aqueles causados por terceiros, pelo fato do próprio imputado ou da pessoa por quem ele responde e, assim acontece, em relação ao fato ou de coisa de animal sob sua guarda, ou então pelo ordenamento jurídico, ressaltando que, tal estrutura baseia-se na ideia de culpa, isto quando há a existência da responsabilidade sem culpa. (DINIZ, 2003, p. 308).

Diante de tais ditames, entende-se que responsabilidade civil é um dos institutos jurídicos mais utilizados para a reparação do dano, principalmente quando se fala em dano moral ou outras ramificações, apesar de existirem outros tipos de danos e indenizações. Contudo, em relação ao dever jurídico da responsabilidade, este tem como basilar o contrato,

fato ou omissão, e pode ser definido como a obrigação de reparar o prejuízo causado a alguém, apesar de não ser suficiente ou então não suprir como um todo os que são causados por familiar ou parente próximo e até mesmo terceiros responsáveis.

2.1 Funções da Responsabilidade Civil

No que tange às funções inerentes à responsabilidade civil, estas dizem respeito principalmente, com a reparação do dano. Assim, de acordo com Noronha (2007, p. 429), os objetivos mais basilares são: indenização patrimonial, satisfação compensatória relativa ao dano moral causado, bem como, o fato de compensar a integridade física violada.

Ressalta-se que, além dessa função reparatória, para Noronha (2007, p. 433) também há outras funções na responsabilidade civil, “(...) a sancionatória e a preventiva. Nisso, pode-se dizer que uma das principais finalidades da responsabilidade civil seja reparar o dano, contudo, deve-se também atentar a possíveis sanções para quem causar dano a outrem”.

Cavaliere Filho (2008), destaca que caso haja um sacrifício maior ou menor em relação ao lesante, também deve haver a referida punição. Ou seja, mesmo que os danos sejam quase insignificantes, entende-se que eles ocorreram e precisam, de forma mais rápida e lícita possível, que sejam reparados.

Além disso, podem-se estabelecer três funções básicas, gerais e primordiais da responsabilidade civil, no caso: punição para quem causou o dano a outrem, reparação do dano e a indenização propriamente dita. Em conformidade com isso, Carlo Castronovo (2006), refere que a responsabilidade civil determina-se através da função de proteger um interesse geral de uma sociedade, a qual poderá ser definida pela reparação do dano, ressaltando que não se tem uma limitação específica para dizer quantos interesses poderão ser amparados.

Todavia, em muitas jurisprudências já se tem o entendimento pacificado referente à responsabilidade civil e o abandono afetivo, uma vez que, como a maioria das vezes, é comprovado no mínimo, que ocorreu o dano moral e afetivo relacionado à criança ou ao adolescente, então é notório e válido a indenização a parte da vítima, pois:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO. SENTENÇA QUE JULGA IMPROCEDENTE O PEDIDO INICIAL SOB O FUNDAMENTO DE AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO. II - CERTIDÃO NO DISTRIBUIDOR ONDE CONSTA DIVERSAS AÇÕES DE ALIMENTOS AJUIZADAS PELA AUTORA. III - ATO ILÍCITO CARACTERIZADO. DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

À CONVIVÊNCIA FAMILIAR. ART. 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. IV - DANO MORAL. DEVER DE INDENIZAR. PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL. V - VALOR DA INDENIZAÇÃO FIXADO EM R\$5.000,00. VI - RECURSO PROVIDO. (TJ-PR 7685249 PR 768524-9 (Acórdão), Relator: Jorge de Oliveira Vargas, Data de Julgamento: 26/01/2012, 8ª Câmara Cível,).

Para Maria Helena Diniz (2001), a compensação do dano causado tem como pressuposto maior o poder de garantir que aquele que sofreu com a perda, possa pelo menos ter como satisfazer as suas necessidades, sejam elas materiais ou morais, através da indenização como forma de atenuar o sofrimento estabelecido por outrem.

Destaca-se que, sobre a função sancionatória da responsabilidade civil, para Fábio Ulhoa Coelho, “A responsabilidade civil, quando subjetiva, cumpre também, no caso, a obrigação de indenizar, representa a punição do sujeito passivo pela prática do ato ilícito”. (COELHO, 2012, p. 549).

Dessa forma, ao longo do texto, pode-se compreender que a função sancionatória ou chamada também de punitiva, se expressa a partir do momento em que busca-se “uma forma de desestimular um novo dano a terceiros, determinando, inclusive, que aqueles que cometerem novamente o mesmo erro lesivo, poderão responder pela ofensa causada, até mesmo via patrimonial como forma de ressarcimento”. (GONÇALVES, 2012, p. 369).

2.2 Natureza Jurídica da Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil é considerada, no Direito Civil, como o termo de responsabilidade em qualquer situação, onde alguma pessoa deve arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso, então, de acordo com o artigo 186 do Código Civil de 2002: “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*”.

Por outro lado, o artigo 927, ao tratar da responsabilidade civil e da obrigação de indenizar estabelece que “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. No parágrafo único prevê que “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Nesse diapasão e, referente ao direito privado, tal instituto deriva-se da obrigação de indenizar, uma vez que, ao tratar de dano patrimonial decorrente de um fato lesivo voluntário, é oportuno, desde já, acrescentar a possibilidade de reparação do dano exclusivamente moral.

2.3 Requisitos da Responsabilidade Civil

Os requisitos ou elementos ou pressupostos da responsabilidade civil são os seguintes: ação, dano e nexos de causalidade entre dano e a ação. Mas há, ainda, inúmeras divergências acerca da culpa na responsabilidade civil, principalmente “quando se trata do afeto entre pais e filhos, uma vez que envolve os direitos fundamentais com as relações paterno filiais, por isso, alguns doutrinadores utilizam apenas a ação, o nexos de causalidade e o dano causado pelo pai no caso”. (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 155).

No que diz respeito à conduta, é possível evidenciar que há a conduta ilícita do pai que causou dano emocional ao filho, ou seja, ocasionando um ato, principalmente se for ilícito, sendo passível de compensação pelo seu efeito danoso.

Sobre tais preceitos Frederico Marques, diz que, no que tange a conduta humana na responsabilidade civil:

Apresenta-se como ação ou omissão, visto que, uma e outra conduta se situam no campo naturalístico do comportamento humano, isto é, no mundo exterior, por serem trecho da realidade que o Direito submete, ulteriormente, a juízo de valor, no campo normativo. (MARQUES, 1955, p. 40-41).

Dessa forma, percebe-se que, os pais quando não tratam seus filhos com o respeito que deveriam no que se refere ao vínculo de proximidade, estão agindo contra as normas do ordenamento jurídico, ficando sujeitos a sofrer todo tipo de consequência pertinente às condutas adotadas, principalmente, quando um dano é ocasionado a outrem.

Já em relação ao dano, é interessante lembrar que não existe a responsabilidade sem dano, assim, havendo prejuízo, ocorrerá a conduta danosa que gerará, dependendo de cada caso concreto, a obrigação de indenizar em razão da conduta comissiva ou omissiva.

Assim, de acordo com José Aguiar Dias:

O dano é, um dos elementos necessários à configuração da responsabilidade civil, o que suscita menos controvérsia. Com efeito, a unanimidade dos autores convém em que não pode haver responsabilidade sem a existência de um dano, e é verdadeiro truismo sustentar esse princípio, porque, resultando a responsabilidade civil em

obrigação de ressarcir, logicamente, não pode concretizar-se onde nada há que reparar. (DIAS, 2011, p. 819)

Inclusive, a própria Constituição Federal de 1988, mais especificamente, no artigo 5º, inciso X, dispõe que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (BRASIL, 1988).

Perante o Código Civil de 2002, art. 186, o dano é disposto como sendo aquele em que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Na responsabilidade civil, conforme entende Maria Helena Diniz, para que possa existir o dano “[...] trata-se de uma lesão sofrida por uma determinada pessoa, na qual um bem, seja moral ou patrimonial, é diminuído ou até destruído, por outrem e a fim de buscar a efetiva indenização, deverá comprovar o dano gerado”. (DINIZ, 2003, p. 64).

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

3.1 Da Responsabilidade Civil e o Poder Familiar

Conforme o entendimento sedimentado, o conceito de família vem evoluindo no tempo, com relação ao poder familiar, acabou deixando o modelo patriarcal bem no passado, abrindo então pressupostos para várias formas de modelos de famílias.

A Constituição Federal de 1988 e o Código Civil Brasileiro de 2002, reconhecem diversos tipos de modelos de família, no entanto, é importante fazer uma referência ao modelo anterior estabelecido no Código Civil de 1916, no qual segundo Miranda é:

Sem dúvidas, é na família que se tem a primeira visão do mundo, das obrigações como cidadão, do respeito por si e pelos outros. As experiências que se tem no núcleo familiar definem o modo como a pessoa irá conviver na sociedade, isto é, os principais conceitos do ser nascem primeiro na família para depois ganhar a sociedade de modo que a personalidade da vida adulta depende dos primeiros anos de vida da pessoa. Essas orientações e experiências ganham especial relevo na relação entre pais e filhos, em razão da proximidade do vínculo existente. (MIRANDA, 2012, p. 05).

De acordo com o Código Civil de 2002, o instituto do poder familiar está determinado no Livro “Do Direito de Família”, subtítulo II, Capítulo IV, sendo que, além do poder familiar, o Código também estrutura matérias de acordo com os Direitos da Criança e do Adolescente.

Disciplinando os deveres e responsabilidades dos pais em relação aos seus filhos, dispõe no art. 1.634 do Código Civil:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I- Dirigir-lhes a criação e educação;

II- Tê-los em sua companhia e guarda;

III- Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV- Nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou sobreviver não puder exercer o poder familiar;

V- Representá-los, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI- Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII- Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (BRASIL, 2002).

Percebe-se assim que é primordial que o poder familiar sempre faça parte do convívio familiar, uma vez que, para o bem e melhor interesse da criança é importante que o pai e a mãe, bem como os familiares, sejam presentes e procurem auxiliar para o crescimento, saúde e proteção da criança e do adolescente.

Todavia, não há uma terminologia precisa acerca do poder familiar e o pátrio poder, dessa forma, pode-se dizer que, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves "Poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores". (GONÇALVES, 2014, p. 01).

O poder familiar além da previsão no Código Civil de 2002, também está inserido no Estatuto da Criança e do Adolescente, expressamente nos artigos 21 a 24, que “trata da convivência familiar e comunitária e do artigo 155 a 163, sendo fato indiscutível para entender antes mesmo do tema sobre Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo”. (GONÇALVES, 2014, p. 293).

Paulo Lôbo, refere que:

Extrai-se do art. 227 da Constituição o conjunto mínimo de deveres cometidos à família – fortiori ao poder familiar – em benefício do filho, enquanto criança e adolescente, a saber: o direito à vida, à saúde, à alimentação (sustento), à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar. Por seu turno, o art. 229 estabelece que os pais tenham o dever

de assistir, criar e educar os filhos menores. Evidentemente, tal conjunto de deveres deixa pouco espaço ao poder. São deveres jurídicos correlativos a direitos cujo titular é o filho. (LÓBO, 2008, p. 287).

O artigo 229 da Constituição vem complementar esse entendimento, ao prever que: “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. (BRASIL, 1988).

3.2 Da Responsabilidade Civil e o Ato Ilícito

De acordo com o Código Civil de 2002, a definição de ato ilícito está disposta no artigo 186, conforme já foi visto. No entanto, com o intuito de haver uma melhor compreensão do que vem a serem considerados os atos ilícitos, é necessário compreender o artigo 929 do Código Civil de 2002, no qual:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - A deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo. (BRASIL, 2002).

Nesse contexto, referente ao ato ilícito, o entendimento é simples quando determinado na responsabilidade civil, pois, “a partir do momento em que ocorre um dano, é gerada uma forma de indenização para que assim seja restaurada a paz e a tranquilidade da vítima antes de ocorrer o prejuízo, então é obrigatório indenizar quando é reconhecido o ato ilícito”. (COELHO, 2012, p. 50-51).

Um exemplo do exposto acima é a jurisprudência a seguir, onde é comprovado o ato ilícito cometido pelo pai com relação ao filho, principalmente, por ser de responsabilidade do pai a reparação dos filhos quando estes estiverem sob a sua autoridade e companhia:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA. RESPONSABILIDADE DOS PAIS PELO FILHO MENOR DE IDADE NA ÉPOCA DA PRÁTICA DO ATO ILÍCITO. ART. 932, I DO CCB. MÉRITO. ATO ILÍCITO RECONHECIDO NA ESFERA CRIMINAL. DANOS MATERIAIS. INAPLICABILIDADE DO ART. 928 DO CCB. IMPUGNAÇÃO GENÉRICA DOS VALORES. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. ATO ILÍCITO. SÚMULAS 43 E 54 DO STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS. I - Nos termos do art. 932, I do Código Civil os pais são responsáveis pela reparação decorrentes dos

atos ilícitos praticados pelos pais. (TJ-RS - AC: 70029335395 RS, Relator: Artur Arnildo Ludwig, Data de Julgamento: 24/02/2011, Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 16/03/2011).

No entendimento de Maria Helena Diniz (2012), a caracterização do ato ilícito é configurada por meio da omissão voluntária ou ação, isto é, no contexto da violação de norma jurídica que visa a resguardar os interesses alheios, onde o agente que causou o dano a outrem tenha o conhecimento do ato que está fazendo, quer dizer, assumindo o risco do dano.

3.3 Da Responsabilidade Civil Decorrente do Abandono Afetivo

Com relação ao tema em questão, é válido mencionar que uma das questões principais é entender e também fazer cumprir conforme os moldes das leis, as penalidades referentes aos pais que abandonam os filhos cruelmente, bem como aqueles que os tratam com total e comprovada rejeição, o que acaba por muitas vezes, atrapalhando não apenas a convivência familiar, como também o crescimento psicológico da criança e do adolescente.

Dessa forma, de acordo com Coelho (2006), não é de hoje que todos sabem quais são os deveres de um pai e de uma mãe perante os seus filhos, principalmente no que se refere ao reconhecimento judicial e civil com relação à paternidade. Então acaba sendo condição natural a obrigação de assistência inerente tanto à relação biológica quanto à não-biológica, sendo que, este dever, não se resume somente aos alimentos, fonte de sobrevivência, mas, entre outros, também no que tange ao afeto, fonte de construção.

No entanto, como as relações familiares evoluíram, vale destacar também que a responsabilidade civil perante a criança e ao adolescente tem de acompanhar o mesmo fluxo de informações e reconhecimentos perante os tribunais. No caso, não se pode apenas mensurar que uma criança irá ficar satisfeita com a reparação da falta dos pais diante da reparação por meio econômico.

Dessa forma, as jurisprudências antigamente não reconheciam a reparação de dano moral referente ao abandono afetivo dos pais, ou então, também determinavam que o dano ocorrido pela criança ou o adolescente poderia ser reparado através de ordem econômica, agora, mudou o entendimento e se reconhece que o abandono afetivo deve ser reestabelecido por parte de ordens e reconhecimento jurídicos, principalmente, por meio de indenização.

Então, de acordo com a disposição da reparação do dano moral com relação ao abandono afetivo, evidencia-se:

Apelação cível. Pensão alimentícia. Alimentante. Capacidade financeira. Não demonstração. Majoração indevida. Danos Morais decorrentes de abandono afetivo. Constrangimento (dor e sofrimento). Não demonstração. Indenização indevida. Sentença mantida. A majoração do valor fixado como pensão alimentícia não dispensa a demonstração concreta pela alimentada da capacidade financeira do alimentante. A indenização por danos morais decorrente de abandono afetivo é juridicamente possível, mas esbarra na necessidade de comprovação da efetiva existência de constrangimento a que se submeteu o filho (a) em razão do referido abandono. (TJ-RO - APL: 00117426720138220102 RO 0011742-67.2013.822.0102, Relator: Desembargador Moreira Chagas, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 16/07/2015).

No entanto, de acordo com o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, apesar do abandono afetivo com relação ao filho, se o genitor ou genitora estão em dia com o pagamento da pensão, não há o que falar em dano psicológico ou moral, pois:

Não comete ato ilícito o pai que abandona afetivamente o seu filho, apesar de sustentá-lo materialmente mediante pagamento de pensão alimentícia, pela simples ausência de previsão legal que o obrigue a dispensar carinho e amor à sua prole. Com esse entendimento, a 16ª Câmara Cível do TJ/MG julgou improcedente o pedido de indenização por danos morais ajuizado por uma jovem contra seu pai biológico, por abandono afetivo. Após ter o pedido negado pelo juiz Damião Alexandre Tavares Oliveira, da 1ª vara Cível de Ponte Nova, a estudante entrou com recurso alegando que seu pai não lhe deu o afeto necessário durante a infância e a juventude. Ela disse que, por causa do abandono, teve sofrimento psicológico. O desembargador Otávio de Abreu Portes, relator do recurso, sustentou em seu voto que o abandono afetivo não configura ato ilícito e, portanto, não é passível de indenização, citando jurisprudência do STJ e do próprio TJ/MG. Os desembargadores Wagner Wilson Ferreira e Aparecida Grossi acompanharam o voto do relator (MIGALHAS, 2016).

Entretanto, para Hironaka (2002), no que tange ao dano moral caracterizado por abandono afetivo, reitera-se que, a fim de se verificar se cabe ou não indenização a título de dano moral por abandono afetivo, deve-se provar se há ou não a efetiva existência de uma relação paterno-filial. No caso, entende a autora, que a responsabilização do genitor por abandono afetivo depende de sua consciência na condição de pai, de modo que resta descartada de pronto a hipótese de um filho que venha a pleitear a ação de um pai que não tenha conhecimento do fato de ter se tornado pai ou do acúmulo do pedido de indenização por danos morais em ações investigatórias de paternidade.

Por outro lado, a 2ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina ao não reconhecer o recurso de filha que pretendia ser indenizada pelo pai devido ao abandono afetivo, alegou que não houve dano moral indenizável e manteve a sentença que negou indenização por danos morais pleiteada por uma filha de relacionamento extraconjugal contra seu pai biológico. Constou da decisão:

O afeto não é algo que se possa cobrar, quer in natura ou em pecúnia, e tampouco se pode obrigar alguém a tê-lo. É evidente que cabe ao genitor, até por questões biológicas, amar o filho e lhe proteger; mas, lamentavelmente, nem sempre as circunstâncias da vida levam a isso. Afinal, até que ponto seria mais nocivo à criança sofrer as consequências deste abandono ou de uma convivência forçada e sem afeto, a fim de evitar futura condenação indenizatória. Assim, concluiu que o abandono afetivo que gera indenização é aquele decorrente de castigo excessivamente cruel, mas não se pode confundir-lo com o pai que nunca teve qualquer ligação afetiva com o filho”. (MIGALHAS, 2015, p. 34, grifos nossos).

Vale ainda destacar que, de acordo com Braga, entende-se que, apesar de ser possível a aplicação desse instituto no âmbito do Direito de Família, a responsabilidade civil por abandono afetivo é tema controvertido em doutrina e jurisprudência, “porque muitos doutrinadores consideram que a indenização não surtiria o efeito de aproximar pais e filhos, não havendo efeitos práticos nesta medida em razão de inexistir o dever jurídico de amar”. (BRAGA, 2011).

De tal forma, no que tange ao entendimento de Rodrigues (2007), referente ao Instituto da Proteção da Pessoa dos Filhos, o Código Civil traz como possibilidade a guarda compartilhada ou então unilateral, principalmente, com a justificativa de assegurar ao máximo a proteção da criança e do adolescente, com o intuito de não deixar que os mesmos sejam largados por ambos os pais em abandono. Assim estabelece o artigo 1.583 do CCB:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada:

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

§5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos. (BRASIL, 2002).

Maria Berenice Dias (2013), enfatiza que, mesmo quando ocorre a separação dos cônjuges não se pode falar em resolução com o simples fato da separação quando há filhos envolvidos na união, uma vez que, eles têm direitos e deveres com relação aos filhos, pois

havendo a separação o exercício do poder familiar não é afetado, visto que, a unidade familiar continua existindo.

No entanto, sendo inevitável a separação e se não houver acordo entre os pais referente à proteção da pessoa dos filhos, serão respeitados os dispostos no artigo 1.584 do Código Civil brasileiro, o qual estabelece:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho. (BRASIL, 2002).

O entendimento de Gonçalves (2007), no que concerne à proteção da pessoa dos filhos com relação a dissolução da sociedade conjugal é mais enfático, uma vez que, pressupõe que ambos os pais possuem a determinação de proteger os filhos em todas as condições que lhes forem necessárias, mesmo que não haja nenhuma disposição legal obrigando a figura do pai em reivindicar a guarda dos filhos.

Então, entende-se que para que haja a responsabilização civil é necessário, ainda, que “o dano e o nexo causal sejam comprovados. Isso se faz por meio de laudos formulados por especialistas que apontem o dano psicológico gerado à criança e que atestem a vinculação desse dano à situação de abandono afetivo a qual esta foi submetida”. (TOVAR, 2010, p. 16).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o estudo da responsabilidade civil por abandono afetivo, entende-se que além de haver a possibilidade da responsabilização civil dos pais pelo abandono, esta responsabilidade está prevista legalmente através de vários dispositivos da Constituição Federal de 1988, Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente.

A jurisprudência dos Tribunais superiores tem reconhecido em inúmeras decisões a possibilidade da responsabilização econômica. Ela decorre dos direitos e dos deveres dos pais para com os filhos, sendo que, quando houver o descumprimento desses preceitos, torna-se cabível a responsabilização em valores a serem definidos pelo juízo, da mesma forma em que,

o dano causado pelos pais muitas vezes é impossível de ser reparado tanto no que se refere à área moral, como também à social e à legal.

Identificou-se que é reconhecido na Constituição Federal de 1988, mais precisamente no artigo 227, que, a toda criança e adolescente, tem o direito à convivência familiar e a dignidade, bem como a educação, a assistência e acima de tudo o afeto, que é o componente direcional para constituir as famílias nos dias de hoje.

Percebe-se que, a ausência do afeto e da convivência, fez com que muitos filhos busquem junto ao Poder Judiciário a obtenção de uma reparação. Diferente do abandono material, quando se trata de falta de afeto que acarreta danos na formação do indivíduo, é impossível a restituição ao status anterior, razão pela qual o que se busca é uma reparação pecuniária que amenize o sofrimento e os danos morais sofridos pelos filhos.

A jurisprudência ainda é bastante dividida em relação ao tema, verificou-se que uma grande parte das ações que envolvem o abandono afetivo, possuem julgamentos que entendem que é incabível o pedido de indenização por abandono parental basicamente com fundamento na impossibilidade de se obrigar alguém a dar carinho.

Por outro lado, evidenciou-se em sentido oposto, que com base na imposição constitucional e legal de deveres aos pais, é possível a responsabilização dos pais por violação das atribuições inerentes ao poder parental.

Além disso, vislumbrou-se que, muitos violam os direitos fundamentais do filho menor, prejudicando-o no que tange à formação da sua personalidade, podendo então, caracterizar o abandono afetivo. Logo, o abandono afetivo tem sido entendido como o descumprimento dos encargos atinentes aos pais pelo poder familiar, podendo acarretar lesões irreversíveis, como por exemplo, o distanciamento entre pais e filhos.

No entanto, muito embora as responsabilizações civis por abandono afetivo sejam matérias recentes e ainda estejam em tramitação para virarem lei, inexistindo um número pertinente de doutrinas, é possível identificar através de jurisprudências, que alguns magistrados já estão se manifestando favoráveis às reparações pecuniárias, isto é, quando há comprovação do dano moral ao menor. Esta reparação civil em razão do abandono afetivo serve como forma de responsabilizar os pais e conscientizá-los da importância de se fazerem mais presentes na vida dos filhos.

Por todo o exposto, conclui-se que deve haver a reparação do dano pela falta de afetividade, não para que insurja um afeto que já não se fazia presente na relação familiar, mas para que, gradativamente, seja estabelecida uma consciência de genitores mais

responsáveis com a importância que o afeto determina na vida de uma personalidade em formação, para que o filho não sirva meramente como objeto na relação conjugal extraconjugal, mas que principalmente sejam respeitados os direitos como ser humano.

REFERÊNCIAS

BRAGA, Denise Menezes. **Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo, 2011.** Monografia (Monografia apresentada ao Programa de Graduação em Direito como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito) - Universidade do Estado do Ceará. Disponível em: <<http://www.mp.ce.gov.br/esmp/biblioteca/monografias/dir.familia/responsabilidade.civil.por.abandono.afetivo.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL, **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 26 mar. 2019.

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

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro.** Código Civil, 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm Acesso em: 13 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 05 abr. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 8ª ed. rev. ampl. 2ª reimpr.- São Paulo: Atlas, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil – Obrigações: responsabilidade civil.** Vol. 2, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Helenira Bachi. Da reparação civil dos alimentos. Da possibilidade de ressarcimento frente à paternidade biológica. In: MADALENO, Rolf (Coord.). **Ações de Direito de Família.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil.** 12ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

DIAS, Maria Berenice. A ética do afeto. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, nº 668. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6668>>. Acesso em: 26 mar. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das Famílias.** 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1ª tiragem, março, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol.7. São Paulo: Saraiva 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. Vol. 9, 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **O problema da liquidação do dano moral e o dos critérios para a fixação do “quantum” indenizatório**. 2. ed. In: Atualidades jurídicas 2. São Paulo: Saraiva, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 6: direito de família. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6447/Poder-Familiar-Conceitocaracteristica-conteudo-causas-de-extincao-e-suspensao>>. Acesso em: 13 abr. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HIRONAKA, Gisele Maria Fernandes Novaes. **Família e casamento em evolução**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, nº 1, abr.-jun.1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares Constitucionalizadas: para além dos *numerus clausus***. IN: Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e Cidadania: O novo Código Civil Brasileiro e a *Vacatio Legis*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARQUES, Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Vol. 2, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

MIGALHAS. **O STJ e o Dano Moral por Abandono Afetivo**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI199074,21048+STJ+e+o+Dano+Moral+por+Abandono+Afetivo>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

MIGUEL, Alexandre. **Responsabilidade civil no novo código civil: algumas considerações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MIRANDA, Amanda Oliveira Gonçalves de. **Responsabilidade civil dos pais nos casos de abandono afetivo dos filhos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3242, 17 de maio de 2012. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/21799>>. Acesso em: 12 abr. 2019.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**, V. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portu-gues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 26 mar. 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. 5, 17ª ed. Rio de Janeiro: Gen, Forense, 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. 2ª.ed. Tomo LIII . Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso**. 1ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2008.

TOMASZEWSKI, Adalto de Almeida. **Separação, Violência e Danos Morais – A Tutela da Personalidade dos Filhos**. São Paulo: Paulistana Jur, 2004.

TOVAR, Rachel Sales. **Dano moral decorrente do abandono afetivo nas relações paterno-filiais**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/racheltovar.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2019.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil. Direito de Família**. 3ª ed. Vol.6. São Paulo: Atlas, 2003.

WALD, Arnoldo. **Curso de Direito Civil: introdução e parte geral**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.