



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
MONOGRAFIA JURÍDICA**

**A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR ABANDONO AFETIVO:
POSSIBILIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DE DANO**

ORIENTANDO (A): Ana Louise Lopes Guimarães

ORIENTADORA: PROF^a. Ysabel Del Carmen Barba Balmaceda, Ms.

GOIÂNIA-GO
2022

ANA LOUISE LOPES GUIMARÃES

A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR ABANDONO AFETIVO:

POSSIBILIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DE DANO

Monografia Jurídica apresentada à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito, Negócios e Comunicações, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).

Prof^a. Orientadora: MS. Ysabel del Carmen Barba Balmaceda.

GOIÂNIA-GO
2022

ANA LOUISE LOPES GUIMARÃES

A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR ABANDONO AFETIVO:

POSSIBILIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DE DANO

Data da Defesa: ____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

Orientador (a): Prof. (a) Mest. Ysabel Del Carmem Barba Balmaceda Nota

Examinador (a) Convidado (a): Prof. (a): Mest. Gabriela Pugliesi Calaça Nota

Dedico este trabalho às pessoas que possuem grande participação e importância em minha vida, pessoas que representam tudo o que é discutido neste trabalho, sendo amor, afeto e família.

Dedico em especial a minha mãe, Sandra Lopes Wanderley que sozinha carregou a maior das responsabilidades, de mãe e pai ao mesmo tempo e, dedico ainda, aos meus avós, Luanice Alves Lopes Azevedo e Ivany Azevedo Wanderley. Meus pilares, meu suporte e minha personificação de amor e afeto em um mundo onde tais sentimentos e princípios familiares estão praticamente extintos.

Primeiramente, antes e acima de tudo e todos, agradeço a Deus, por ser minha base, força e refúgio, pois sem ele nada seria possível.

Agradeço aos meus familiares, que lutaram comigo para que esse sonho se tornasse realidade, que sempre me incentivaram e torceram por mim.

Agradeço às minhas amigas e amigos por todo pensamento positivo e por sempre estarem ao meu lado nesta jornada.

Por fim, meus agradecimentos a todos os meus professores que ajudaram a construir meus conhecimentos até aqui, assentando sempre um tijolinho na minha edificação profissional.

E claro, não posso deixar de agradecer a minha orientadora, Ysabel del Carmen Barba Balmaceda, que muito além de tudo, foi amiga e conselheira, em suas orientações inenarráveis, as quais foram essenciais para o desenvolvimento da minha monografia.

SUMÁRIO

RESUMO	07
ABSTRACT	08
INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO I – A RELAÇÃO FAMILIAR	11
1.1 A evolução da concepção de família	11
1.2 Os princípios inerentes à família	16
CAPÍTULO II – A RESPONSABILIDADE CIVIL	23
2.1 Conceitos e espécies da responsabilidade civil	23
2.2 Pressupostos da responsabilidade civil	29
CAPÍTULO III – O ABANDONO AFETIVO	35
3.1 Família, filhos e o abandono afetivo	35
3.2 A convivência como obrigação dos genitores	39
3.3 A caracterização de dano por abandono afetivo	40
CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS	48

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso visa demonstrar a evolução pela qual a família fora submetida, notadamente pela influência da afetividade nas relações familiares, posto que antigamente não era predominante. Assim, em um primeiro momento busca elucidar todo o percurso conceitual da evolução familiar, bem os princípios inerentes a esta no ramo jurídico do Direito de Família. Posteriormente é tratado a respeito da responsabilidade civil, suas espécies e pressupostos, com o fito de melhor compreender os danos que decorrerão do referido tema em conteúdo. Por fim, estudar-se-á a afetividade, relacionando então a família, os filhos e o abandono afetivo e, a convivência como obrigação genitores, para então adentrar-se a caracterização do dano decorrente do abandono afetivo, em razão da ausência de afetividade dos genitores para com sua prole, bem como os posicionamentos jurisprudenciais.

Palavras-chave: afetividade. abandono afetivo. convivência familiar. responsabilidade civil. dano.

ABSTRACT

The present course conclusion work demonstrates the evolution by which the family was perceived, not notably by the influence of the activity on family relationships, since it was not predominant in the past. Chapter I, the entire conceptual course of family evolution, as well as the principles inherent to this in the legal branch of Family Law. In chapter II, its theme will be decisive in civil liability, its species, in order to better understand the damages that will result from said content. Finally, in chapter III, affectivity will be studied, relating the family, the children and the affective abandonment, and the coexistence with the parents, to then enter the characterization of the damage resulting from the affective abandonment, due to the lack of affection of the parents towards their offspring, as well as the jurisprudential positions.

Keywords: affection. affective abandonment. Family living. civil responsibility. damage.

INTRODUÇÃO

Em um primeiro momento, importa deixar claro que o abandono afetivo ganhou certo enfoque recentemente, tornando-se um assunto bastante controverso na doutrina e na jurisprudência por se tratar de um tema relativamente novo e um dos mais atuais no ramo do direito de família. Neste diapasão, há que se mencionar que apesar de implicitamente presente no ordenamento jurídico, a legislação brasileira impõe alguns deveres dos genitores para com seus descendentes, todavia está não é clara o bastante ao ponto de dizer se proporcionar afeto insere-se nos deveres inerentes ao pai ou a mãe que, porventura, se ausente do convívio diário com sua prole.

De modo conseguinte, o presente estudo tem por base analisar a evolução conceitual de família com o intuito de se ter uma melhor compreensão a respeito do relacionamento do progenitor ou progenitora para com os filhos, visando assim, avaliar a relação afetiva, precisamente a demonstração desta, bem como uma possível obrigação ou não de se prestar tal afetividade. Outrossim, será analisado ainda, de forma minuciosa as consequências e as adversidades que a falta de afeto pode causar em uma criança, tais como: emocionais, psicológicos e sociais.

Nessa premissa, é notório dizer que a legislação brasileira se preocupa com a relação familiar, precipuamente com o vínculo entre pais e filhos. Assim sendo, a Constituição da República Federativa do Brasil dispõe nos artigos 227 e 229 que é dever da família assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem a convivência familiar e, ainda o dever de assistir e educar os filhos. Na mesma linha de raciocínio, o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90 –, abarca sobre o mesmo assunto, no que tange aos direitos da criança e do adolescente a respeito da convivência familiar, esclarecendo assim, que os pais são protagonistas naturais desta entidade.

Continuamente, tem-se o artigo 1.632, do Código Civil Brasileiro – Lei 10.406/02 – o qual deslinda que as relações entre pais e filhos não se alteram por

consequente separação judicial, divórcio ou até mesmo dissolução de união estável. Inobstante, é perceptível que as supracitadas leis não mencionam especificamente o dever de responsabilidade civil ao genitor ou genitora que omitem o afeto ao filho, abrindo assim, margem para a doutrina e a jurisprudência tratarem da responsabilização civil, bem como da possível reparação do dano causado ao filho que fora abandonado afetivamente por seus genitores.

Destarte, com o intuito de se ter um melhor entendimento a respeito desta problemática, o presente trabalho encontra-se dividido da seguinte forma:

No primeiro capítulo se analisara inicialmente o conceito de família e sua evolução através do tempo. De modo conseguinte, será abordado os princípios que norteiam a relação familiar e possuem um caráter moral.

Lado outro, o segundo capítulo abordará sobre a responsabilização civil demonstrando suas espécies e pressupostos, principalmente, nos casos de abandono afetivo, levando em conta tratar-se de dano que enseja reparação pecuniária, ainda que existam posicionamentos divergentes a este respeito.

Em contrapartida, o terceiro capítulo consiste no intuito da caracterização do abandono afetivo, demonstrando o dano causado à criança, ao adolescente ou ao jovem, devido à ausência dos genitores, negligenciando assim, o dever inerente a estes, o de cuidado e, que enseja a possibilidade de reparação pecuniária em face do abandono afetivo.

Para tanto, o objetivo central desta monografia é demonstrar a importância da discussão a respeito do tema, o qual não possui uma legislação correlata específica tratando sobre o assunto, embora se tenha a doutrina e a jurisprudência, estas não se encontram totalmente consolidadas, o que acarreta uma certa insegurança jurídica, haja vista poder ou não ser conferida uma indenização decorrente do abandono afetivo, tendo por base tentar minimizar os danos causados por um dos genitores à prole.

CAPÍTULO I – A RELAÇÃO FAMILIAR

1.1 A evolução da concepção de família

Em um primeiro momento, é importante salientar que ao longo dos tempos, a concepção e a percepção de família é o instituto que mais sofreu modificações e adaptações nos parâmetros sociais e jurídicos. (VENOSA, 2017, p. 18).

Infere-se assim, que a família está em constante evolução e isso decorre da própria evolução da sociedade, relacionada ao modo de agir e pensar das pessoas, que muito interferem particularmente neste campo do direito de família.

Deste modo, com o fito de melhor compreensão da evolução das relações familiares, Farias; Rosenvald (2017, p. 35) pontuam como eram anteriormente, essas relações com o advento do Código Civil Brasileiro de 1916:

Naquela ambientação familiar, necessariamente matrimonializada, imperava a regra "até que a morte nos separe", admitindo-se o sacrifício da felicidade pessoal dos membros da família em nome da manutenção do vínculo de casamento. Mais ainda, compreendia-se a família como unidade de produção, realçados os laços patrimoniais. As pessoas se uniam em família com vistas à formação de patrimônio, para sua posterior transmissão aos herdeiros, pouco importando os laços afetivos.

Não obstante, partilhando-se ainda do mesmo ensinamento, Ramos (2016, p. 27) afirma que:

À época do início da vigência do Código Civil de 1916, afirmava-se que o matrimônio era o assento básico da família, de modo que o direito deveria ocupar-se basicamente das relações familiares que compreendiam o casamento e o pátrio poder, uma vez que era sobre o casamento que repousava a própria sociedade civil, sendo que o matrimônio era indissolúvel.

Lado outro, Schreiber (2020, p. 1194) diz que a percepção que se tinha de família, anteriormente, era unicamente pautada no sistema patriarcal, a qual era instituída tão somente pelo matrimônio, possuindo-se assim, o intitulado “chefe” da

comunidade marital que detinha sobre si a dominação da esposa, bem como dos filhos.

Dando ainda mais ênfase, Dias (2021, p. 46) pondera que “as referências feitas aos vínculos extramatrimoniais e aos filhos ilegítimos eram punitivas e serviam exclusivamente para excluir direitos, na vã tentativa da preservação da família matrimonializada”.

De modo conseguinte, a fim de corroborar-se os ilustres doutrinadores outrora supramencionados, a dita lei civil de 1916, julgava, a todo instante, que a mulher era meramente fâmula do esposo, sendo este dominante na relação familiar, conforme preceitua-se os artigos 233 e 240 do Código Civil (1916) revogado:

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos

Compete-lhe:

I - a representação legal da família;

II - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, I, c, 274, 289, I e 311);

III - o direito de fixar o domicílio da família, ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao juiz, no caso de deliberação que a prejudique;

IV - Inciso suprimido pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962:

Texto original: O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do teto conjugal (arts. 231, II, 242, VII, 243 a 245, II e 247, III)

IV - prover a manutenção da família, guardada as disposições dos arts. 275 e 277.

Art. 240. A mulher, com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta.

Nota-se assim, através dos dispositivos então mencionados, que estes tornaram-se obsoletos, levando-se em conta a realidade social nos dias de hoje. Outrossim, insta salientar que os ilustres doutrinadores supracitados demonstraram que o Código Civil Brasileiro de 1916 não se ateu em momento algum a qualquer outra modalidade familiar, preservando-se, a todo instante, a família puramente tradicional e legítima.

Hodiernamente, é notório que a relação familiar mudou drasticamente com o escoar do tempo, evoluindo-se e transformando-se, abolindo assim, o sistema patriarcal pautado somente no matrimônio, na qual o marido era o dominante da relação familiar e, esta não era fundada na afetividade. Além do mais, pondera-se ainda, a evolução na formação estrutural da família, a qual passou a prever as famílias

homoafetivas, as entidades familiares monoparentais, como sendo aquelas formadas por apenas um dos progenitores, bem como o concubinato, atualmente, união estável.

Nesta premissa, insta ressaltar, entretanto, que a família está resguardada pela legislação brasileira desde a Constituição Federal de 1934, neste tocante, Ramos (2016, p. 27) assevera que:

[...] a família legítima era constituída por meio do casamento, entendimento seguido pelas Constituições posteriores (1937, 1946, 1967) até a Constituição de 1988, que rompeu com a referida concepção, reconhecendo como família a união estável entre um homem e uma mulher e a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes.

Lôbo (2018, p. 13) vai além no tocante a evolução das relações familiares e preceitua que:

No plano constitucional, o Estado, antes ausente, passou a se interessar de forma clara pelas relações de família, em suas variáveis manifestações sociais. Daí a progressiva tutela constitucional, ampliando o âmbito dos interesses protegidos, definindo modelos, nem sempre acompanhados pela rápida evolução social, a qual engendra novos valores e tendências que se concretizam a despeito da lei.

Nesta senda, resta claro que com o passar dos anos a Constituição Brasileira passou a dar mais importância a família, garantindo a esta mais direitos e deveres e, conseqüentemente, abarcando as transformações já inseridas na sociedade, dando-lhes assim, total proteção.

Desta maneira, a Constituição Federal de 1988 ampliou o conceito de família e na oportunidade garantiu amparo aos filhos havidos fora do casamento, as famílias monoparentais e aqueles decorrentes da união estável. Assim, tais garantias encontram-se dispostas no artigo 226, da Constituição Federal, *in totum*:

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

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

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

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

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

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Regulamento

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Constata-se então pelo supradito dispositivo a nítida evolução tanto nas modalidades familiares, quanto aos papéis do homem e da mulher dentro da entidade familiar, assegurando-lhes direitos iguais para ambos. Entretanto, por se tratar de um dispositivo legal, acaba por ser muito sucinto ao abordar o conceito e as instituições familiares, deste modo, há que ser interpretado de forma mais abrangente.

Diante das inúmeras alterações ocorridas em razão do tempo, fica ímprobo conceituar o atual paradigma do que é família. Neste tocante, Gagliano; Pamplona (2017, p. 1079) diz que “[...] não é possível apresentar um conceito único e absoluto de Família, apto a aprioristicamente delimitar a complexa e multifária gama de relações socioafetivas que vinculam as pessoas, tipificando modelos e estabelecendo categorias”.

Lado outro, Venosa (2017, p. 17) assevera que:

A conceituação de família oferece, de plano, um paradoxo para sua compreensão. O Código Civil não a define. Por outro lado, não existe identidade de conceitos para o Direito, para a Sociologia e para a Antropologia. Não bastasse ainda a flutuação de seu conceito, como todo fenômeno social, no tempo e no espaço, a extensão dessa compreensão difere nos diversos ramos do direito.

Tentando uma possível conceituação do que é família atualmente, Nader (2016, p. 40) enuncia que:

[...] família é uma instituição social, composta por mais de uma pessoa física, que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum. Ao lado da grande-família, formada pelo conjunto de relações geradas pelo casamento, ou por outras entidades familiares, existe a pequena-família, configurada pelo pai, mãe e filhos.

Evidencia-se então, que não é possível fazer-se uma conceituação definitiva do que é família, entretanto, resta claro que a família de fato sofreu grandes transformações e dentre tais, nota-se a todo tempo, que os íngremes doutrinadores

fazem menção a afetividade, a qual era totalmente ignorada anteriormente, e hoje em dia é de suma importância que esteja presente nas relações familiares, sendo ainda, o principal ponto de estudo deste trabalho, visto que a falta desta acarreta inúmeros imbrólios.

Visando corroborar a atual presença da afetividade nas relações familiares, Madaleno (2018, p. 88 apud Farias, 2004, p.15) assinala que:

A entidade familiar deve ser entendida, hoje, como grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade, pois a outra conclusão não se pode chegar à luz do Texto Constitucional, especialmente do artigo 1º, III, que preconiza a dignidade da pessoa humana como princípio vetor da República Federativa do Brasil.

Ainda, na mesma linha de pensamento, Dias (2021, p. 43/44) elucida que:

Surge a concepção da família formada por lações afetivos de carinho, amor. A valorização do afeto deixou de se limitar apenas ao momento de celebração do casamento, devendo perdurar por toda a relação. Disso resulta que, cessado o afeto, está ruída a base de sustentação da família, e a dissolução do vínculo conjugal é o único modo de garantir a dignidade da pessoa.

Lado outro, tem-se que mencionar a conceituação de família nos parâmetros jurídicos, bem como pelos laços consanguíneos. Nesta esteira, Pereira (2017, p. 49), diz que:

Ao conceituar a “família”, destaque-se a diversificação. Em sentido genérico e biológico, considera-se família o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum. Ainda neste plano geral, acrescenta-se o cônjuge, aditam-se os filhos do cônjuge (enteados), os cônjuges dos filhos (genros e noras), os cônjuges dos irmãos e os irmãos do cônjuge (cunhados).

Ao conceituar a família lato sensu, Gonçalves (2017, p. 351) pondera que “[...] o vocábulo família abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção. Compreende os cônjuges e companheiros, os parentes e os afins”.

À vista disso, após perquirir rapidamente o histórico da relação familiar brasileira até os dias atuais e, conseqüentemente as circunstâncias que acarretaram a evolução no Direito de Família, tomando-se como ponto de referência a

promulgação da Constituição Federal de 1988, evidenciando-se assim, que a família, nos dias de hoje, consiste na organização social formada a partir de laços consanguíneos, jurídicos e afetivos.

1.2 Os princípios inerentes à família

Dando prosseguimento ao estudo do tema do abandono afetivo e com o intuito de melhor contextualizá-lo, faz-se imprescindível a interpelação dos princípios que norteiam a relação familiar, buscando entender de forma mais sucinta a aplicabilidade destes ao Direito de Família.

Importa salientar em um primeiro momento que para se ter um melhor entendimento a respeito da importância dos princípios para uma correta compreensão e aplicação da regra, necessário é entender inicialmente as diferenças entre princípios e regras.

Sobre o tema, Dias (2021, p. 58) explica que:

O ordenamento jurídico positivo compõe-se de princípios e regras cuja diferença não é apenas de grau de importância. Acima das regras legais, existem princípios que incorporam as exigências de justiça e de valores éticos que constituem o suporte axiológico, conferindo coerência interna e estrutura harmônica a todo o sistema jurídico.

A íngreme doutrinadora acrescenta ainda que:

Os princípios são normas jurídicas que se distinguem das regras, não só porque têm alto grau de generalidade, mas também por serem mandatos de otimização. Possuem um colorido axiológico mais acentuado do que as regras, desvelando mais nitidamente os valores jurídicos e políticos que condensam. Devem ter conteúdo de validade universal. Consagram valores generalizantes e servem para balizar todas as regras, as quais não podem afrontar as diretrizes contidas nos princípios. (DIAS, 2021, P. 58/59)

Constata-se assim, através dos ensinamentos de Maria Berenice Dias, que os princípios dispõem de uma força generalizante, possuindo uma maior intensificação ao serem violados e, conseqüentemente, muito mais gravosa que ao se violar uma regra. No tocante as regras, Dias (2021, p. 59) ensina ainda que:

são normas que incidem sob a forma “tudo ou nada”, o que não sucede com os princípios. Quando, aparentemente, duas regras incidem sobre o mesmo

fato, é aplicada uma ou outra, segundo critérios hierárquico, cronológico ou de especialidade. Aplica-se uma regra e considera-se a outra inválida. As regras podem ser cumpridas ou não, contêm determinações de âmbito fático e jurídico com baixa densidade de generalização.” Quando são admitidas exceções, não se está frente a um princípio, mas de uma regra concorrente ou subordinada a outra que lhe é incompatível ou contrária.

Evidencia-se então que os princípios detêm um caráter conformador e são imprescindíveis na exata compreensão e aplicação, excepcionalmente, do Direito de Família.

Infere-se ponderar que diversos doutrinadores abarcam uma gama extraordinária de princípios. Tartuce (2019, p. 29 a 73) por sua vez, aborda em sua obra alguns deles, a saber: Princípio de proteção da dignidade da pessoa humana, solidariedade familiar, igualdade entre filhos, igualdade entre cônjuges e companheiros, igualdade na chefia familiar, não intervenção ou da liberdade, melhor interesse da criança e do adolescente, afetividade, função social da família e boa-fé objetiva.

Ante os princípios outrora mencionados, Gagliano; Pamplona (2017, p. 125) faz menção ainda, ao princípio da convivência familiar, o qual é um dos princípios de suma importância para o estudo do presente trabalho e que será melhor trabalhado posteriormente.

Convém salientar que os princípios supracitados que respaldam a relação familiar, encontram-se abarcados na Constituição Federal de 1988, a qual, como já estudado anteriormente, mudou por completo a concepção de família e a garantiu fartos direitos e deveres, dando-lhe mais proteção.

Importa estudar minuciosamente cada um dos princípios elencados acima. Assim, passasse para a análise do primeiro princípio, qual seja, o da proteção da dignidade da pessoa humana que se encontra disposto no rol do artigo 1º, da Constituição Federal de 1988, sendo um de seus pilares e tido ainda, como a base do direito de família, visto que fundamenta todas as relações entre pessoas, em especial daquelas que integram uma entidade familiar.

Nesta premissa, a respeito do referido princípio, Gagliano; Pamplona (2017, p. 95) pondera que:

[...] a sua definição é missão das mais árduas, muito embora arrisquemo-nos a dizer que a noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental de

respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade.

Nas palavras da ilustre doutrinadora Maria Berenice Dias. (2016, p. 106):

A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares - o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum -, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.

De outra sorte, Madaleno (2016, p. 106) afirma que:

O Direito de Família tem a sua estrutura de base no princípio absoluto da dignidade humana e deste modo promove a sua ligação com todas as outras normas ainda em vigorosa conexão com o direito familista, pois configurando um único sistema e um único propósito, que está em assegurar a comunhão plena de vida, e não só dos cônjuges, dos unidos estavelmente, mas de cada integrante da sociedade familiar.

O princípio da solidariedade familiar possui grande relevância por não se limitar ao aspecto material, devendo ser concebido em um sentido amplo, possuindo caráter afetivo, social, moral, patrimonial e espiritual. Neste tocante, Lôbo (2018, p.44) diz que:

A solidariedade do núcleo familiar deve entender-se como solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros, principalmente quanto à assistência moral e material. A solidariedade em relação aos filhos responde à exigência da pessoa de ser cuidada até atingir a idade adulta, isto é, de ser mantida, instruída e educada para sua plena formação social (Bianca, 1989, v. 2, p. 15). A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança inclui a solidariedade entre os princípios a serem observados, o que se reproduz no ECA (art. 4o).

Segundo Dias (2021, p. 70) a legislação valendo-se dos laços afetivos que subsistem nas relações familiares e com o intuito de afastar a responsabilidade do estado em suprir os direitos assegurados constitucionalmente, acaba procriando deveres recíprocos entres os membros familiares.

O princípio da igualdade entre filhos está insculpido no art. 227, §6º da Constituição Federal, que estabelece que “os filhos, havidos ou não da relação do

casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Deste modo, não pode haver qualquer distinção no tratamento dos filhos em razão da origem da concepção ou mesmo por outras causas. Neste diapasão, Gonçalves (2017, p. 354) elucida que “Hoje, todos são apenas filhos, uns havidos fora do casamento, outros em sua constância, mas com iguais direitos e qualificações (CC, arts. 1.596 a 1.629)”.

No que concerne ao princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros, a Constituição Federal, em seu artigo 226, § 5º, instituiu a isonomia substancial entre os cônjuges e companheiros, de maneira que, se porventura, houver divergências na condução da família, nenhuma das vontades prevalecerá sobre a outra, devendo a questão ser, então, resolvida pelo poder judiciário. Isso porque, distintivamente do que ocorria na legislação de 1916, nos dias de hoje a condução do lar é exercida de forma igualitária.

A este respeito, Tartuce (2019, p. 44) com o objetivo de melhor demonstrar o reconhecimento desta igualdade, pondera assim que “[...] o marido ou companheiro pode pleitear alimentos da mulher ou companheira, ou mesmo vice-versa. Além disso, um pode utilizar o nome do outro livremente, conforme convenção das partes (art. 1.565, § 1.o, do CC)”.

O princípio da igualdade na chefia familiar intrinsecamente ligado ao princípio anteriormente abordado, igualdade entre cônjuges e companheiros é aquele na qual, pelos ensinamentos de Tartuce (2019, p. 49):

[...] pode ser exercida tanto pelo homem quanto pela mulher em um regime democrático de colaboração, podendo inclusive os filhos opinar (conceito de família democrática). Substituiu-se uma hierarquia por uma diarquia. Assim sendo, pode-se utilizar a expressão despatriarcalização do Direito de Família, eis que a figura paterna não exerce o poder de dominação do passado. O regime é de companheirismo e de cooperação, não de hierarquia, desaparecendo a ditatorial figura do pai de família (pater familias), não podendo sequer se utilizar a expressão pátrio poder, substituída por poder familiar.

O princípio da não intervenção ou da liberdade encontra-se fundamentado no artigo 226, caput, da Constituição Federal, o qual estabelece que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, assim, não podendo haver nela intervenção. Tem-se ainda, o § 7º do referido dispositivo, seguido do artigo 1.565, §2º, do Código Civil, que preconizam que o planejamento familiar é de livre decisão do

casal, sendo vedada qualquer tipo de coerção. Tal vedação, entretanto, não impede que o Estado incentive o controle de natalidade, planejamento familiar ou eduque as famílias por meio de políticas públicas. Porém, a decisão final deve ser sempre do casal.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente consagrado no artigo 227, caput da Constituição Federal preconiza que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Neste sentido, a fim de corroborar o dispositivo acima explicitado, Lôbo (2018, p.55) assevera que:

O princípio do melhor interesse significa que a criança — incluído o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança — deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade. Em verdade ocorreu uma completa inversão de prioridades, nas relações entre pais e filhos, seja na convivência familiar, seja nos casos de situações de conflitos, como nas separações de casais.

O princípio da função social da família é extraído do artigo 226 da Constituição Federal, que estabelece que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Deste modo, as relações familiares serão analisadas dentro do contexto social, dentro daquilo que a sociedade apresenta ao Estado hoje em dia. Se a sociedade muda, é preciso que a concepção de família também seja alterada, para, assim, atender ao ideal de realização de todos os integrantes da entidade familiar. Fazendo-se desta maneira, atenderá a essa função social da família.

Gagliano; Pamplona (2017, p. 122) diz que:

[...] a principal função da família é a sua característica de meio para a realização de nossos anseios e pretensões. Não é mais a família um fim em si mesmo, conforme já afirmamos, mas, sim, o meio social para a busca de nossa felicidade na relação com o outro.

No tocante ao princípio da boa-fé objetiva, Tartuce (2021, p. 2033) afirma que “boa-fé objetiva tem três funções no Código Civil de 2002, plenamente aplicáveis aos institutos familiares”.

Dentre as funções da boa-fé objetiva aplicáveis as entidades familiares, segundo Tartuce (2021, p. 2033/2034) tem-se a interpretação, o controle e a integração, devendo então, as tratativas jurídicas serem interpretadas com base na boa-fé objetiva, bem como de acordo com os costumes do local de sua elaboração. Outrossim, o indivíduo que porventura desrespeite a boa-fé objetiva no desempenho de um direito, cometerá assim, abuso de direito. Por fim, há que estarem presentes os princípios de probidade e boa-fé, durante todo o processamento de um contrato.

O princípio da convivência familiar nas singelas palavras de Lôbo (2018, p. 54/55) é aquele:

[...] dirigido à família e a cada membro dela, além de ao Estado e à sociedade como um todo. Por outro lado, a convivência familiar é o substrato da verdade real da família socioafetiva, como fato social facilmente aferível por vários meios de prova. A posse do estado de filiação, por exemplo, nela se consolida. Portanto, há direito à convivência familiar e direito que dela resulta.

Gagliano, Pamplona (2017, p. 125/126) afirma que:

Pais e filhos, por princípio, devem permanecer juntos. O afastamento definitivo dos filhos da sua família natural é medida de exceção, apenas recomendável em situações justificadas por interesse superior, a exemplo da adoção, do reconhecimento da paternidade socioafetiva ou da destituição do poder familiar por descumprimento de dever legal.

Insta frisar ainda que o artigo 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente não permite que os filhos sejam afastados do convívio de seus pais por mero motivo financeiro, *in verbis*:

Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder.

Parágrafo único. Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio.

Por fim, o princípio da afetividade, o qual é de suma importância para a elaboração do presente trabalho, isto porque a afetividade é imprescindível para que cada um dos membros da família se sinta encorajados no desenvolvimento e concretização de suas próprias personalidades. Assim é que o afeto, na atualidade, pode ser apontado como principal fundamento das relações familiares. Se não há afeto, não há família.

Neste tocante, tem-se o posicionamento Madaleno (2018, p. 145) o qual afirma que:

O afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana. A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto. Necessariamente os vínculos consanguíneos não se sobrepõem aos liames afetivos, podendo até ser afirmada, em muitos casos, a prevalência desses sobre aqueles. O afeto decorre da liberdade que todo indivíduo deve ter de afeiçoar-se um a outro,¹⁶⁶ decorre das relações de convivência do casal entre si e destes para com seus filhos, entre os parentes, como está presente em outras categorias familiares, não sendo o casamento a única entidade familiar.

Dias (2021, p. 74) esclarece que “[...] O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Também tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família”.

Nesta senda, levando-se conta os íngremes doutrinadores supramencionados, resta claro a importância da afetividade nas relações familiares, acima de tudo, conforme elucida Maria Berenice Dias, para trazer humanidade as famílias.

Finalizado o estudo dos princípios norteadores da relação familiar, necessário se faz relacioná-los com o tema central deste trabalho, levando em conta o caráter fidedigno que o afeto possui, criando assim, a caracterização da responsabilidade civil dos progenitores que abandonam afetivamente sua prole.

CAPÍTULO II – A RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 Conceitos e espécies da responsabilidade civil

Após explicitar-se a respeito da evolução conceitual de família, bem como dos princípios que a respaldam, faz-se necessário a partir deste instante, compreender o que vem a ser a responsabilidade civil, assim como suas espécies e pressupostos, para assim afirmar a possibilidade desta em face do abandono afetivo.

Em um primeiro momento, convém salientar que a responsabilidade civil está em constante evolução em razão de vincular-se, necessariamente, ao modo de viver de cada tempo. Assim, é notório que a responsabilidade civil busca o equilíbrio das relações jurídicas, conferindo assim, certeza à reparação do dano injusto.

Partindo-se então ao estudo do que vem a ser responsabilidade civil, insta mencionar que o Código Civil Brasileiro abarca sobre o assunto em seus artigos 927 ao 954, entretanto, é sabido que há outros dispositivos elencados na mesma legislação que também tratam a respeito do dito tema, haja vista ser este inerente ao direito das obrigações e dos direitos individuais, os quais impõem reparação ou ressarcimento caso não sejam efetivados.

Pois bem. É concebível dizer que a responsabilidade civil surge em decorrência do descumprimento de um dever jurídico preexistente, o qual impõe o dever de reparação pelos danos possivelmente causados.

Nesta premissa, no tocante à conceituação do tema, Nader (2016, p. 35) propaga que:

A responsabilidade civil implica duas ordens de deveres: uma, de natureza primária, em que se exige do agente o cumprimento de determinado dever, como o de conduzir a causa de seu cliente com zelo e dedicação; outra, de ordem secundária, quando o agente descumprir o dever, gerando com a sua conduta uma lesão, ao patrimônio ou à pessoa, a ser reparada mediante indenização pecuniária.

Colaborando, de modo igual, Gagliano; Pamplona (2017, p. 858) afirmam que “[...] a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior da coisa”. Assim, a responsabilidade civil é um dever jurídico de reparação, o qual depende que seja descumprido uma obrigação particular, ou seja, a responsabilidade nasce do dano, do prejuízo causado a terceiro.

Para Wald; Giancoli (2012, p. 25), a responsabilidade civil trata-se de “um mecanismo de resposta ou reação a uma violação da lei ou do contrato, a determinada falha ou desvio de conduta humana ou uma consequência por uma lesão perpetrada”.

Lôbo (2019, p. 323) vai além, quanto ao conceito de responsabilidade civil, e asseveram que:

A responsabilidade civil, no sentido estrito, é efeito do fato ilícito absoluto ou de determinado fato lícito, que origina imputação de deveres jurídicos a alguém de dar, de fazer ou de não fazer. Ou seja, o direito, ante a ocorrência ou a probabilidade de ocorrência de consequências por ele repelidas desses fatos jurídicos (ilícito ou lícito), atribui a responsabilidade de natureza patrimonial a certa pessoa física, ou pessoa jurídica ou entidade não personificada, que lhe pode ou não ter dado causa.

Ainda, na mesma linha de pensamento, Gonçalves (2017, p. 11/12) define responsabilidade como:

[...] responsabilidade exprime ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano. Sendo múltiplas as atividades humanas, inúmeras são também as espécies de responsabilidade, que abrangem todos os ramos do direito e extravasam os limites da vida jurídica, para se ligar a todos os domínios da vida social. [...] A responsabilidade pode resultar da violação tanto de normas morais como jurídicas, separada ou concomitantemente. Tudo depende do fato que configura a infração, que pode ser, muitas vezes, proibido pela lei moral ou religiosa ou pelo direito.

Lado outro, Tartuce (2017, p. 327) assevera que “a responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida”.

Ante os conceitos ora apresentados através dos doutrinadores supramencionados, infere-se que a responsabilidade civil está eminentemente ligada

a ação que causa um dano e, conseqüentemente tem como resultado o direito a uma reparação pecuniária, ou seja, os prejuízos porventura causados a outrem têm de ser indenizados, e os indivíduos que tiverem seus direitos violados, da mesma maneira merecem proteção.

Assim, evidencia-se que a responsabilidade e o dever de indenizar estarão sempre juntos e, muitas vezes serão utilizados como sinônimos, visto que quando ao se afirmar a responsabilidade civil de uma pessoa, inerente a ela será o dever de indenizar. Deste modo, a indenização é a consequência do reconhecimento da responsabilidade civil e quando não há responsabilidade não há que se falar em indenização.

A partir deste momento, após os breves esclarecimentos acerca do que vêm a ser responsabilidade civil, mediante o embasamento doutrinário ora apresentado, faz-se necessário assim, abordar os tipos de responsabilidades, com o intuito de ter uma melhor compreensão do tema. Infere-se assim, que existem a responsabilidade civil e penal, importando-se aqui apenas a primeira; a responsabilidade contratual e extracontratual; responsabilidade objetiva e subjetiva e a responsabilidade direta e indireta.

Assim, passa-se para a análise das espécies de responsabilidade civil, as quais foram citadas logo acima. Preliminarmente, importa diferenciar a responsabilidade civil da responsabilidade penal. Nesse diapasão, Farias; Rosenvald; Braga (2017, p. 124/125) preceituam que:

[...] responsabilidade jurídica distinguem-se dois tipos de responsabilidade, já referidos por Aristóteles: um que ocorre na relação entre indivíduos e que serve como critério resolutorio de litígios ou nas questões indenizatórias; outro é a responsabilidade penal, quando o ato do indivíduo confronta-se com as normas de toda a sociedade, modernamente surgindo a obrigação de receber a punição prevista legalmente em virtude de atos delituosos.

Gonçalves (2017, p. 58) também se preocupa em fazer menção à responsabilidade civil e a responsabilidade penal, deste modo, assevera que “no caso da responsabilidade penal, o agente infringe uma norma de direito público. O interesse lesado é o da sociedade. Na responsabilidade civil, o interesse diretamente lesado é o privado. O prejudicado poderá pleitear ou não a reparação.”

Corroborando, ainda, o acima mencionada, Nader (2016, p. 44) também faz menção sobre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal, a saber:

Além da responsabilidade civil, a ordem jurídica dispõe sobre a de natureza penal. Naquela, o interesse afetado é restrito à pessoa lesada; nesta, a ação constrange a sociedade como um todo. A civil tem por mira a reparação in natura ou pecuniária, a cargo do autor da lesão, enquanto a penal se caracteriza pela imposição de pena privativa de liberdade ou multa, além de pena acessória, como a perda de cargo público. A configuração prática de ambas opera-se com a violação de um dever jurídico.

Ainda, na mesma linha de raciocínio, Gagliano; Pamplona (2017, p. 56 apud Gagliano; Pamplona, 2002, p. 462) se posicionam da seguinte maneira:

na responsabilidade civil, o agente que cometeu o ilícito tem a obrigação de reparar o dano patrimonial ou moral causado, buscando restaurar o status quo ante, obrigação esta que, se não for mais possível, é convertida no pagamento de uma indenização (na possibilidade de avaliação pecuniária do dano) ou de uma compensação (na hipótese de não se poder estimar patrimonialmente este dano), enquanto, pela responsabilidade penal ou criminal, deve o agente sofrer a aplicação de uma cominação legal, que pode ser privativa de liberdade (ex.: prisão), restritiva de direitos (ex.: perda da carta de habilitação de motorista) ou mesmo pecuniária (ex.: multa).

Nesta perspectiva, resta evidente que tanto a responsabilidade civil quanto a responsabilidade penal derivam de um fato tido como ilícito, o qual deteriora precipuamente o que o direito impõe em seu ordenamento jurídico. Outrossim, há que se mencionar o artigo 935, do Código Civil Brasileiro, que preconiza que “a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”.

A este respeito, Venosa (2017, p. 402) pontua que:

[...] a sentença penal condenatória faz coisa julgada no cível quanto ao dever de indenizar o dano decorrente da conduta criminal [...]. De outro modo, a sentença penal absolutória, por falta de provas quanto ao fato, quanto à autoria, ou a que reconhece uma dirimente ou justificativa, sem estabelecer a culpa, por exemplo, não tem influência na ação indenizatória que pode revolver autonomamente toda a matéria em seu bojo.

No que se refere à responsabilidade civil propriamente dita, cabe destacar que esta subdivide-se em outras espécies, sendo: contratual e extracontratual;

objetiva e subjetiva; direta e indireta. Em se tratando da responsabilidade contratual e extracontratual, Gagliano; Pamplona (2017, p.69) diz que:

[...] se o prejuízo decorre diretamente da violação de um mandamento legal, por força da atuação ilícita do agente infrator (caso do sujeito que bate em um carro), estamos diante da responsabilidade extracontratual, a seguir analisada. Por outro lado, se, entre as partes envolvidas, já existia norma jurídica contratual que as vinculava, e o dano decorre justamente do descumprimento de obrigação fixada neste contrato, estaremos diante de uma situação de responsabilidade contratual.

Sob esta mesma linha de pensamento, Gonçalves (2016, p 59) enuncia que:

Na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual, descumpre o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta, existe uma convenção prévia entre as partes que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito.

Nada obstante, é perceptível que ambas as responsabilidades, contratual e extracontratual, são autoexplicativas, estando, suas definições expressas na própria denominação. Assim, a responsabilidade contratual se dá a partir da inexecução em contrato firmado entre as partes, por outro lado, na responsabilidade extracontratual não há um negócio jurídico anteriormente firmado entre as partes, está ocorre em decorrência do ato ilícito, tendo por base a inobservância da lei.

Dando continuidade ao estudo das espécies de responsabilidade civil, passa-se então para a análise da responsabilidade objetiva e subjetiva, sendo a primeira fundada no risco, com origem em determinação legal, independentemente de culpa do agente e a segunda, dependente de demonstração de culpa do agente.

Fazendo menção a responsabilidade subjetiva, Lôbo (2019, p. 338) diz que “[...] a culpa é necessária para ligação entre o fato ilícito e o sujeito imputável. Nessa hipótese, o fato (ou ato) é contrário a direito, mas responsabilidade somente imputa-se ao sujeito se houver vontade ou se houver procedido sem cuidado necessário. Por outro lado, ao mencionar a responsabilidade objetiva, Lôbo (2019, p. 341) afirma que “[...] a ligação do fato ao sujeito imputável dá-se sem qualquer consideração de culpa, inclusive a presumida. Nessa hipótese, para a ilicitude basta apenas a contrariedade a direito, do fato”.

Ainda, sobre as duas espécies, Gonçalves (2016, p.62) diz o seguinte:

[...] denomina objetiva a responsabilidade que independe de culpa. Esta pode ou não existir, mas será sempre irrelevante para a configuração do dever de indenizar. Indispensável será a relação de causalidade entre a ação e o dano, uma vez que, mesmo no caso de responsabilidade objetiva, não se pode acusar quem não tenha dado causa ao evento.

No que concerne à responsabilidade objetiva, faz-se imprescindível mencionar o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro, que é claro ao dizer que não há exigência de caracterização de culpa para que seja configurada a obrigação de reparação de dano, mas sim a existência do último, a saber:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

É sabido que o Código Civil Brasileiro, em diversos dispositivos esparsos faz alusão tanto a responsabilidade objetiva quanto a responsabilidade subjetiva, evidenciando-se como regra, que a subjetiva vigora, sem prejudicar, obviamente, a aplicação da objetiva. Inobstante, Gonçalves (2017, p.49) faz menção afirmando que “o Código Civil brasileiro, malgrado regule um grande número de casos especiais de responsabilidade objetiva, filiou-se como regra à teoria “subjetiva”. É o que se pode verificar no art. 186, que erigiu o dolo e a culpa como fundamentos para a obrigação de reparar o dano”.

Por fim, levando em conta que a responsabilidade civil se dividi ainda em responsabilidade direta e indireta, analisar-se-á então para o estudo destas. Diz responsabilidade direta quando o fato é imputado ao agente por conduta própria, ou seja, responsabilidade por ato próprio e, responsabilidade indireta quando incide sobre o agente ato de terceiros. Nesse sentido, tem-se o posicionamento do ínclito Venosa (2017, p. 393) o qual sustenta que “a responsabilidade pode ser direta, se diz respeito ao próprio causador do dano, ou indireta, quando se refere a terceiro, o qual, de uma forma ou de outra no ordenamento, está ligado ao ofensor”.

Por conseguinte, no que se refere a responsabilidade indireta, o Código Civil Brasileiro, a título de exemplo, aponta os possíveis responsáveis pelos danos causados por terceiros em seu aludido artigo 932:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

À vista disto, tendo por base todo o estudo das espécies de responsabilidade civil e com o intento de poder assimilar melhor o tema trabalhado neste capítulo, prossegue-se assim para o estudo dos pressupostos da responsabilidade civil.

2.2 Pressupostos da responsabilização civil

Antes de adentrar-se precipuamente ao estudo do que são os pressupostos da responsabilidade civil, tende-se deixar claro que inexistente um consenso doutrinário sobre quais são efetivamente os pressupostos do dever de indenizar ou elementos essenciais da responsabilidade civil. Todavia, é indiscutível o fato de que a doutrina majoritária é adepta a conjectura de que para a ocorrência da responsabilidade civil é imprescindível a presença do dano, da culpa, da conduta humana e do nexo de causalidade, sendo esta, a teoria subjetiva.

Neste diapasão, Tartuce (2021, p. 812) é um simpatizante da teoria subjetiva e considera que para que seja caracterizado a responsabilidade civil é necessário que estejam presentes os quatro pressupostos. A saber:

[...] prevalece o entendimento de que a culpa em sentido amplo ou genérico é sim elemento essencial da responsabilidade civil, tese à qual este autor se filia. Desse modo, pode ser apontada a existência de quatro pressupostos do dever de indenizar, reunindo os doutrinadores aqui destacados: a) conduta

humana; b) culpa genérica ou *lato sensu*; c) nexos de causalidade; d) dano ou prejuízo

Também por este prisma é o entendimento dos ilustres doutrinadores Farias; Rosenvald; Braga (2017, p. 152) que perfilham o mesmo pensar ao asseverar que:

Existem acentuadas divergências doutrinárias no tocante ao elenco dos pressupostos da responsabilidade civil, sendo que nenhuma delas logrou a obtenção de uma aceitação preponderante. Optamos assim por uma classificação tetrapartida dos pressupostos da responsabilidade civil, cujos elementos são: (a) ato ilícito; (b) culpa; (c) dano; (d) nexos causal.

Nesse passo, é de todo oportuno trazer à baila ainda, o entendimento do preclaro doutrinador Gonçalves (2017, p. 52) o qual obtempera que “[...] quatro são os elementos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima”.

Infere-se assim, que os então mencionados doutrinadores abarcam a culpa como um dos pressupostos para que seja caracterizada a responsabilidade civil. Deste modo, evidencia-se que ambos são apoiantes da responsabilidade civil subjetiva, outrora estudada, considerando, por via de regra que a culpa é um pressuposto do dever de indenizar.

Não obstante, convém mencionar que a doutrina minoritária é simpatizante de que para a reparação do dano são necessários três pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam, a conduta, o nexos causal e o dano, excluindo-se assim a culpa como um dos pressupostos para a caracterização da responsabilidade civil, tratando-a apenas como um subitem do ato danoso ou um elemento accidental, sendo apenas um elemento indispensável para a responsabilidade subjetiva.

Sobre tal aspecto, merece ser trazido à baila o excelente magistério de Assis; Jesus; Melo (2017, p. 841) o qual preceituam que:

Embora a culpa seja, de fato, um elemento subjetivo a ser considerado na teoria da responsabilidade civil, preferimos que ela esteja elencada apenas como subitem do elemento intitulado ato danoso, já que a sua verificação não é exigida em todos os casos de responsabilidade civil. Assim, ficam os elementos da responsabilidade civil (e não do ato ilícito), nesta obra, reduzidos ao ato danoso (com culpa ou sem culpa), ao prejuízo e ao nexos de causalidade.

A fim de corroborar o acima mencionado, Gagliano; Pamplona (2017. P.81) asseveram que:

A culpa, portanto, não é um elemento essencial, mas sim acidental, pelo que reiteramos nosso entendimento de que os elementos básicos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil são apenas três: a conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo, e o nexo de causalidade

À vista do exposto, nota-se que os aludidos doutrinadores descrevem a culpa de tal maneira por não a considerarem como um elemento geral da responsabilidade civil, visto que por existirem duas modalidades da mesma, esta não encontrasse presente na responsabilidade objetiva, por tal razão não é possível incluí-la como pressuposto da responsabilidade civil.

Apesar disso, é pacífico o entendimento da doutrina majoritária de que a culpa é sim um elemento essencial da responsabilidade civil. Deste modo, para o estudo deste trabalho será observado a existência dos quatro pressupostos do dever de indenizar, a saber: conduta humana, culpa, nexo causal e o dano ou prejuízo. Assim, é meritório deslindar cada um individualmente, a fim de que, a posteriori, se possa relacioná-los com a responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo.

Nesta senda, convém esmiuçar o primeiro pressuposto da responsabilidade civil, sendo a conduta humana, desta forma, urge trazer à baila o entendimento do insigne doutrinador Tartuce (2021, p.812) o qual aclara que “[...] a conduta humana pode ser causada por uma ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia, modelos jurídicos que caracterizam o dolo e a culpa, respectivamente”.

Partilhando-se da mesma linha de raciocínio, Gagliano; Pamplona (2017, p.874) ao fazerem menção do elemento conduta humana, elucidam que:

[...] a ação (ou omissão) humana voluntária é pressuposto necessário para a configuração da responsabilidade civil. Trata-se, em outras palavras, da conduta humana, positiva ou negativa (omissão), guiada pela vontade do agente, que desemboca no dano ou prejuízo.

Constata-se, pois, que a conduta humana como pressuposto para a caracterização da indenização faz-se imprescindível a ocorrência da ação ou da omissão do sujeito que dá origem a obrigação de indenizar, em virtude de

possivelmente ter causado danos a outrem. De outra sorte, há que se ponderar que é fundamental que haja a voluntariedade, ou seja, o agente imputável tende ter a liberdade de escolha e o total discernimento do que faz.

No que diz respeito ao elemento culpa, o exímio preceptor Tartuce (2021, p.814) esclarece que “[...] quando se fala em responsabilidade com ou sem culpa, leva-se em conta a culpa em sentido amplo ou a culpa genérica (culpa lato sensu), que engloba o dolo e a culpa estrita (stricto sensu)”.

Gonçalves (2016, p. 66) ao fazer menção ao elemento culpa, reafirma e, ainda vai além, declarando que:

O dolo consiste na vontade de cometer uma violação de direito, e a culpa, na falta de diligência. Dolo, portanto, é a violação deliberada, consciente, intencional do dever jurídico. Para obter a reparação do dano, a vítima geralmente tem de provar dolo ou culpa stricto sensu do agente, segundo a teoria subjetiva adotada em nosso diploma civil.

Venosa (2017, p. 406 apud Stoco, 1999, p. 66) por sua vez, preceitua ainda que “a culpa, genericamente entendida, é, pois, fundo animador do ato ilícito, da injúria, ofensa ou má conduta imputável. Nessa figura encontram-se dois elementos: o objetivo, expressado na iliciedade, e o subjetivo, do mau procedimento imputável”.

O dano, terceiro pressuposto da responsabilidade civil, decorre dos prejuízos causados a vítima, sejam estes patrimoniais ou morais, os quais decorram da ação ou omissão de um indivíduo. Convém frisar que é imprescindível que ocorra o dano para a caracterização da indenização, em razão de que caso este esteja ausente, não se falar em reparação do dano.

Consolidando o acima mencionado, Venosa (2017, p. 413) explica que:

Dano consiste no prejuízo sofrido pelo agente. Pode ser individual ou coletivo, moral ou material, ou melhor, econômico e não econômico. A noção de dano sempre foi objeto de muita controvérsia. Na noção de dano está sempre presente a noção de prejuízo. Nem sempre a transgressão de uma norma ocasiona dano. Somente haverá possibilidade de indenização, como regra, se o ato ilícito ocasionar dano.

Gagliano; Pamplona (2017, p. 94 apud Cavalieri, 2000, p. 70) partilhando da mesma concepção, diz que:

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento — risco profissional, risco proveito, risco criado etc. —, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa

Após os breves esclarecimentos do que vem a ser o dano e, levando em conta que este pode ser tanto material (patrimonial) quanto moral (extrapatrimonial), sendo o primeiro decorrente da lesão ao patrimônio material da vítima, não estando apenas interligado a lesão ao bem corpóreo que ela possui, entretanto, nesta modalidade de dano é imprescindível que este seja comprovado, não se admitindo que o dano material seja presumido. No tocante ao segundo, este está ligado a lesão a personalidade da pessoa, tendo como efeito a dor, angústia ou o sofrimento.

Nesta vertente, ao tratar do dano material, Tartuce (2021, p. 842) diz que:

Os danos patrimoniais ou materiais constituem prejuízos ou perdas que atingem o patrimônio corpóreo de alguém. Pelo que consta dos arts. 186 e 403 do Código Civil não cabe reparação de dano hipotético ou eventual, necessitando tais danos de prova efetiva, em regra.

Ainda, no que diz respeito ao dano moral, Tartuce (2021, p. 847) afirma que:

A melhor corrente categórica é aquela que conceitua os danos morais como lesão a direitos da personalidade, sendo essa a visão que prevalece na doutrina brasileira. Alerta-se que para a sua reparação não se requer a determinação de um preço para a dor ou o sofrimento, mas sim um meio para atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial, o que traz o conceito de lenitivo, derivativo ou sucedâneo. Por isso é que se utiliza a expressão reparação e não ressarcimento para os danos morais.

Em sendo assim, ao tratar deste assunto, Schreiber (2020, p. 884) assevera que:

O dano patrimonial é entendido como a lesão a um interesse jurídico passível de valoração econômica. O dano moral, por sua vez, deve ser compreendido como a lesão a um interesse jurídico atinente à personalidade humana e, por isso mesmo, insuscetível de valoração econômica. A conceituação do dano moral no direito brasileiro é, todavia, objeto de intensas divergências doutrinárias e jurisprudenciais, como se verá mais para a frente.

Finalmente, chega-se ao estudo do último pressuposto da responsabilidade civil, o nexu causal o qual trata do liame jurídico que liga o fato, os danos experimentados e a responsabilidade civil, a este respeito, Tartuce (2021, p. 827) atesta que “o nexu de causalidade ou nexu causal constitui o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, constituindo a relação de causa e efeito entre a conduta culposa – ou o risco criado –, e o dano suportado por alguém”.

De modo semelhante, Schreiber (2020, p. 900) por sua vez, diz que:

o nexu de causalidade, que liga a conduta culposa do agente ao dano sofrido pela vítima. Para que surja o dever de indenizar, é preciso que o dano verificado seja uma consequência da ação ou omissão do agente. O nexu causal (relação de causa e consequência) é originariamente um conceito lógico, e não jurídico

Com isso, findo o estudo dos pressupostos gerias da responsabilidade civil, adentrar-se-á agora ao estudo do campo familiar, com o intuito de dar início, propriamente, a possibilidade de reparação do dano em virtude do abandono afetivo, assim, prossiga-se para análise do próximo capítulo.

CAPÍTULO III – O ABANDONO AFETIVO

3.1 Família, filhos e o abandono afetivo

A partir deste momento se iniciará o estudo do tema central deste trabalho e, para isso, faz-se necessário retornar ao que anteriormente fora abordado a respeito da concepção de família. Deste modo, sabe-se que a entidade familiar, por meio dos costumes, das normas pré-estabelecidas pela sociedade e através dos padrões culturais, vem se alterando continuamente, evoluindo-se cada vez mais.

Convém retificar para tanto, o que fora tratado no tocante ao conceito de família e sua conseqüente evolução legislativa, assim, Ramos (2016, p. 27) expõe que:

[...] a família legítima era constituída por meio do casamento, entendimento seguido pelas Constituições posteriores (1937, 1946, 1967) até a Constituição de 1988, que rompeu com a referida concepção, reconhecendo como família a união estável entre um homem e uma mulher e a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes.

Nesta premissa, há que se ponderar que não é somente a concepção de família que está em constante evolução, a figura dos filhos também vem evoluindo com o passar dos tempos e, hodiernamente, sua concepção é totalmente diferente daquela conhecida em tempos pregressos. Em assim sendo, Gonçalves (2017, p. 30/31) aborda a respeito da nova concepção legislativa dos filhos:

Os filhos que não procediam de justas núpcias, mas de relações extra-matrimoniais, eram classificados como ilegítimos e não tinham sua filiação assegurada pela lei, podendo ser naturais e espúrios. Os primeiros eram os que nasciam de homem e mulher entre os quais não havia impedimento matrimonial. Os espúrios eram os nascidos de pais impedidos de se casar entre si em decorrência de parentesco, afinidade ou casamento anterior e se dividiam em adúlteros e incestuosos. Somente os filhos naturais podiam ser reconhecidos, embora apenas os legitimados pelo casamento dos pais, após

sua concepção ou nascimento, fossem em tudo equiparados aos legítimos (art. 352).

Isto posto, tem-se que os ensinamentos trazidos até então passaram e continuam passando por profundas modificações e, que a evolução da entidade familiar foi de suma importância para que houvesse também uma evolução legislativa que protegesse o seio familiar e assegurasse direitos e deveres. Neste diapasão, com o advento da Constituição Federal de 1988, vigente até o presente momento, houve assim, a extinção da desigualdade que pairava entre os membros de uma família e passou a garantir igualdade entre os filhos havidos ou não fora do casamento.

Por conseguinte, conforme outrora mencionado, a família, antigamente, não era adepta da afetividade, ou seja, não era pautada no amor entre os membros da família, entretanto, com o tempo e com a evolução legislativa o afeto passou a ser a base da entidade familiar e o intuito em retomar tal ponto e mostrar novamente as transformações envolventes no seio familiar servira de parâmetro para tratar sob o abandono afetivo em si, haja vista que também tem passado por transformações, bem como sendo cada vez mais corriqueiro.

Para uma melhor compreensão, há que se assinalar que nos dias de hoje, os relacionamentos não são tão duradouros e, diga-se de passagem, muito embora pelo fato de não serem mais pautados na infinitude do matrimônio, como outrora abordado.

Lado outro, tem-se os relacionamentos passageiros ou ainda, como mais usualmente conhecidos, a mera “ficada”, sendo pessoas que se envolvem por um curto período de tempo e que não possuem intensão alguma em constituir um relacionamento duradouro ou até mesmo uma família.

Entretanto, destes relacionamentos, seja do divórcio ou dos que não possuem matrimônio, mas apenas um relacionamento passageiro, pode acabar advindo a figura dos filhos, os quais acabam tendo a convivência diária com um de seus progenitores, tendo apenas contatos esporádicos com o outro.

Sabe-se que incontáveis são causas que cerceiam o distanciamento entre pais e filhos e, uma destas causas é a modalidade da guarda imposta, a qual muitas vezes dificulta a convivência dos filhos com um dos genitores, porém, frisa-se que possuem outras causas, tais como a alienação parental, que é quando um dos genitores passa a manipular o filho com a finalidade de que este se distancie do

genitor que deixou o lar conjugal ou, ainda quando o próprio genitor, seja a mãe ou o pai decidem se distanciar de sua prole, pouco impostando-se com tal.

Assim, tem-se que este distanciamento por vontade própria dos genitores, gera, conseqüentemente, o abandono afetivo para com os filhos, negligenciando-se então, o cuidado, a educação, a saúde, a companhia e a afetividade, o que enseja uma certa preocupação por parte do Direito.

Nesta senda, Schreiber (2020, p. 1253) pontua que “por abandono afetivo entende-se a situação em que ao menos um dos genitores deixa, apesar do provimento de recursos materiais, de reservar ao filho o necessário amparo emocional e psíquico, por meio de sua companhia e convívio familiar”.

Não obstante e, como já ponderado, a afetividade é um princípio constitucional, sendo aplicado ao Direito de Família, o qual faz menção a evolução da concepção de família que passou a ser baseada no sentimento, bem como tornando-se o ápice para a formação da estrutura familiar.

Todavia, ainda que se trate de um princípio constitucional, este não está expresso na Carta Magna, tal como no Código Civil, no entanto, os mesmos tipificam as obrigações dos pais, devendo estas serem obedecidas e seguidas à risca, havendo penalidades em caso de descumprimento, conforme predispõe o artigo 227, da Constituição Federal:

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

Nota-se assim, que o supracitado dispositivo trás as obrigações impostas aos genitores e, que devem ser asseguradas à criança, ao adolescente e ao jovem, por parte de seus familiares, da sociedade, bem como do Estado. Destaca-se que dentre os direitos assegurados está a convivência familiar, que como já mencionado é um requisito para a configuração do abandono afetivo, posto que este se dá pela ausência de um dos progenitores.

Por outro lado, o Estatuto da Criança e do Adolescente possui um capítulo exclusivo o qual trata da convivência familiar, cabendo destacar os artigos 19 e 22, *in verbis*:

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos quais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.

Resta claro assim que ambos os genitores possuem obrigações para com seus filhos, devendo sempre estarem presentes, dando todo o suporte necessário que uma criança, um adolescente e um jovem necessitam. Destarte, o Código Civil não fica atrás quanto aos direitos assegurados aos filhos e preleciona em seu artigo 1.583:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos:

§ 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.

Deste modo, fica comprovado que nas duas modalidades de guarda mencionadas, os genitores ficam sujeitos ao convívio e a educação, bem como a interação com a criança, o adolescente e o jovem. Evidenciando-se assim, que a legislação brasileira ao tratar do cuidado dos filhos por parte de seus genitores, salvaguarda a essência da proteção e participação integral dos pais na vida da prole.

Posto isso, ainda que não haja na legislação a obrigatoriedade quanto a afetividade e a fornecimento de amor e carinhos aos quais os filhos necessitam, a ausência em si destes genitores na vida de seus filhos, sendo omissos em quesitos relacionados a afetividade e ao cuidado, caracteriza então o abandono afetivo.

3.2 A convivência como obrigação dos genitores

Convém salientar de início, que o poder familiar advém da união de direitos e deveres aos quais os genitores possuem em relação a sua prole, com o intuito de lhes proverem um crescimento saudável. Em razão disto, é notório dizer que à convivência entre pais e filhos é um dos direitos e deveres aos quais decorrem do poder familiar.

Nesta perspectiva, há que se ponderar o artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual preceitua que o poder familiar será exercido em condições igualitárias, ou seja, tanto pelo pai quanto pela mãe, não alterando-se o poder familiar em virtude do divórcio ou da dissolução da união estável dos pais, visto que mesmo que a convivência entre os genitores não mais seja a mesma, esta não deve interferir nos direitos inerentes à criança e ao adolescente, tais como o da convivência entre pais e filhos.

Não obstante, o Código Civil Brasileiro, preceitua também em seu artigo 1.632 que “a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.”. Desta forma, o dispositivo elenca um direito à convivência familiar e, ao seu lado, um dever dos pais de terem os filhos sob sua companhia.

Por conseguinte, a Carta Magna, em seu artigo 227, elenca os direitos fundamentais da criança e do adolescente, destacando, principalmente, o direito à convivência familiar e comunitária, os quais são de responsabilidades do progenitor e da progenitora:

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

Lado outro, ainda no que tange a convivência, Maria Berenice Dias (2016, p.164) assevera que:

A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer o seu desenvolvimento saudável. A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação.

Nota-se que a autora enfatiza os danos causados à prole em decorrência da negligência perpetrada pelos genitores ante a ausência destes. Assim sendo, resta evidente que a criança, bem como o adolescente necessitam da convivência familiar, do afeto para assim garantirem um desenvolvimento proveitoso, evitando futuras sequelas e danos emocionais, os quais podem ser irreparáveis.

Outrossim, o Estatuto da Criança e do Adolescente, aborda ainda, a respeito do presente assunto, em seu artigo 19, que “é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambientes que garanta seu desenvolvimento integral.”

Deste modo, observa-se que assim como o que já fora explicitado mais acima, o supramencionado dispositivo reafirma a importância da convivência, assegurando-a tanto na família natural quanto na substituta, sendo está como exceção, mas priorizando sempre o desenvolvimento do indivíduo em seu lar, na companhia dos genitores.

3.3 A caracterização de dano por abandono afetivo

A partir deste momento, faz-se imprescindível compreender se o abandono afetivo de fato causa danos à criança e ao adolescente e, se tais danos acarretam a responsabilização civil por parte de um dos progenitores, bem como uma minuciosa análise quanto aos danos decorrentes da ausência daqueles em face da prole.

Nesta senda, como outrora explicitado e, com o fito de melhor compreensão no tocante a caracterização deste dano, necessário se faz retomar ao conceito de responsabilidade civil, à vista disto, o íngreme doutrinador Venosa (2017, p.390) deslinda que:

O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato

ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. Desse modo, o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar.

À vista do que fora supracitado, evidencia-se que para a caracterização da responsabilidade civil e a consequente obrigação de indenizar, necessário se faz a presença da efigie do dano e, na ausência desta, não que se falar em responsabilização civil. Por conseguinte, Venosa (2016, p. 390) elucida ainda que:

Os princípios da responsabilidade civil buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado. Um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social. Os ordenamentos contemporâneos buscam alargar cada vez mais o dever de indenizar, alcançando novos horizontes, a fim de que cada vez menos restem danos irressarcidos. É claro que esse é um desiderato ideal que a complexidade da vida contemporânea coloca sempre em xeque. Os danos que devem ser reparados são aqueles de índole jurídica, embora possam ter conteúdo também de cunho moral, religioso, social, ético etc., somente merecendo a reparação do dano as transgressões dentro dos princípios obrigacionais.

Em assim sendo, percebe-se então a imposição da figura do dano para a configuração da responsabilidade civil, desta forma, há que se considerar os possíveis danos desempenhados em uma criança e um adolescente ante a ausência afetiva de um dos progenitores. Nesta premissa, Dias (2016, p. 164) assevera que:

O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida. A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer o seu desenvolvimento saudável.

Em sequência, ao explanar quanto a possível indenização decorrente da ausência de afeto, Dias (2016, p. 165) pondera ainda:

Tal comprovação, facilitada pela interdisciplinaridade, tem levado ao reconhecimento da obrigação indenizatória por dano afetivo. Ainda que a falta de afetividade não seja indenizável, o reconhecimento da existência do dano psicológico deve servir, no mínimo, para gerar o comprometimento do pai com o pleno e sadio desenvolvimento do filho. Não se trata de atribuir um valor ao amor, mas reconhecer que o afeto é um bem que tem valor.

Tratando-se ainda a respeito do abandono afetivo e seus consequentes danos, Madaleno (2018, p. 490/491) afirma que:

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.

Na oportunidade, Madaleno (2018, p. 491) preconiza ainda:

[...] embora possa ser até dito que não há como o Judiciário obrigar a amar, também deve ser considerado que o Judiciário não pode se omitir de tentar, buscando de uma vez por todas acabar com essa cultura da impunidade que grassa no sistema jurídico brasileiro desde os tempos em que as visitas configuravam um direito do adulto e não como um evidente e incontestável dever que têm os pais de assegurar aos filhos a convivência familiar, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (CF, art. 227).

Consolidando o acima citado, eis o que preleciona o ilustre preceptor Gagliano; Pamplona (2017, p. 859/860):

Logicamente, dinheiro nenhum efetivamente compensará a ausência, a frieza, o desprezo de um pai ou de uma mãe por seu filho, ao longo da vida. Mas é preciso se compreender que a fixação dessa indenização tem um acentuado e necessário caráter punitivo e pedagógico, na perspectiva da função social da responsabilidade civil, para que não se consagre o paradoxo de se impor ao pai ou a mãe responsável por esse grave comportamento danoso (jurídico e espiritual), simplesmente, a “perda do poder familiar”, pois, se assim o for, para o genitor que o realiza, essa suposta sanção repercutiria como um verdadeiro favor.

Nesta entoada, considerando o entendimento dos aludidos doutrinadores supra mencionados, nota-se que é de suma importância que os genitores se façam presentes, continuamente, na vida de seus filhos, desde o nascimento destes e, que a ausência de um daqueles gera danos imensuráveis e muitas vezes irreparáveis, que acabam acompanhando a criança e o adolescente por todo o período de sua vida e o prejudicando tanto no crescimento pessoal quanto no crescimento profissional, bem como em suas relações interpessoais.

Lado outro, passando-se a partir deste momento para o estudo do ponto central que seria a responsabilização civil destes genitores omissos no tocante a

afetividade para com suas proles, bem como da indenização por parte deles em decorrência dos danos causados aos filhos em virtude do abandono afetivo.

Insta ponderar que por mais que a caracterização da indenização pelo abandono afetivo não seja uma tese muito defendida, esta, tem começado a se consolidar e, boa parte dos Tribunais Estaduais, bem como o próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ, já possuem seus entendimentos firmados e, diga-se de passagem, entendimentos estes a favor da reparação civil decorrente do dano sofrido.

Lado outro, no tocante aos entendimentos contrários a responsabilização civil decorrente do abandono afetivo, estes são firmados sob a tese que não há ilicitude pela não prestação de afeto do genitor para com o filho.

Entretanto, convém frisar que o judiciário não tem o condão de obrigar que um dos genitores sinta amor, carinho ou afeto pelo seu filho, aquele imporá apenas uma sanção indenizatória ao genitor omissor, com um intuito punitivo em razão do desprezo ou abandono para com sua prole. Outrossim, sabe-se que quantia alguma compensará tal ausência e os danos decorrentes dela, mas como já explicitado, é necessário que haja uma punição por parte do judiciário.

Importa demonstrar com mais perspicuidade alguns entendimentos consolidados a respeito do tema abordado e, em sendo assim, recentemente, mais precisamente no dia 10/09/2021, em ação proposta perante o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, um pai foi condenado a pagar o importe de quinze mil reais a título de indenização em razão do abandono afetivo para com seu filho de penas sete anos de idade. O acórdão foi assim firmado:

DANO MORAL. ABANDONO AFETIVO. Espontaneidade do afeto que não se confunde com o dever jurídico de cuidado, decorrente da relação paterno-filial. Caracterização de abandono afetivo. Elementos de informação constantes dos autos demonstram que o réu deixou, voluntariamente, de conviver com o filho menor, causando-lhe prejuízos de ordem extrapatrimonial. Réu revel, que mora próximo à residência do filho, mas não o visita e nem paga alimentos regulares. Desnecessidade da produção de prova pericial para constatar o mal que tal comportamento causa à criança de 7 anos, reatado por testemunha e pela própria genitora. Devida a fixação de indenização por danos morais no valor de R\$ 15.000,00, a fim de reparar o sofrimento comprovadamente causado ao demandante. Ação procedente. Recurso provido.

Sob outra perspectiva, tem-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça – STJ no informativo nº 269 de 21 de novembro a 2 de dezembro de 2005 e o informativo nº 392 de 27 de abril a 1º de maio de 2009:

AÇÃO. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. PAI. FILHO. ABANDONO AFETIVO. A Turma, por maioria, conheceu do recurso e deu-lhe provimento para afastar a possibilidade de indenização nos casos de abandono afetivo, como dano passível de indenização. Entendeu que escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar ou a manter um relacionamento afetivo, que nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada. Um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que, tardiamente, pelo amor paterno. O deferimento do pedido não atenderia, ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo, nesse sentido, já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios previstos na legislação civil. REsp 757.411-MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 29/11/2005.

ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. Trata-se de ação de investigação de paternidade em que o ora recorrente teve o reconhecimento da filiação, mas o Tribunal a quo excluiu os danos morais resultantes do abandono moral e afetivo obtidos no primeiro grau. A Turma entendeu que não pode o Judiciário compelir alguém a um relacionamento afetivo e nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada. Assim, por não haver nenhuma possibilidade de reparação a que alude o art. 159 do CC/1916 (pressupõe prática de ato ilícito), não há como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de reparação. Logo a Turma não conheceu do recurso especial. Precedente citado: REsp 757.411-MG, DJ 27/3/2006. REsp 514.350-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 28/4/2009.

Nesta senda, nota-se que o STJ não reconheceu a ausência do genitor como um ato ilícito, pois o judiciário não possui o condão de obrigar que um pai sinta amor por seu filho. Assim, segundo o Ministro Fernando Gonçalves relator do acórdão supracitado “escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar ou a manter um relacionamento afetivo, que nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada”. Destarte, o Ministro Aldir Passarinho Junior partilha do mesmo entendimento, como outrora explanado em seu acórdão.

Todavia, por mais que boa parte dos processos relativos ao abandono afetivo sejam julgados improcedentes quanto a efetiva responsabilidade civil de um dos progenitores, há sim aqueles procedentes em sua totalidade ou ainda que parcialmente procedentes, como já demonstrado pelo julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Não obstante, eis o informativo nº 496 de 23 de abril a 4 de maio de 2012 do Superior Tribunal de Justiça:

DANOS MORAIS. ABANDONO AFETIVO. DEVER DE CUIDADO. O abandono afetivo decorrente da omissão do genitor no dever de cuidar da prole constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável. Isso porque o non facere que atinge um bem juridicamente tutelado, no caso, o necessário dever de cuidado (dever de criação, educação e companhia), importa em vulneração da imposição legal, gerando a possibilidade de pleitear compensação por danos morais por abandono afetivo. Consignou-se que não há restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e ao conseqüente dever de indenizar no Direito de Família e que o cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento pátrio não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas concepções, como se vê no art. 227 da CF. O descumprimento comprovado da imposição legal de cuidar da prole acarreta o reconhecimento da ocorrência de ilicitude civil sob a forma de omissão. É que, tanto pela concepção quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole que ultrapassam aquelas chamadas *necessarium vitae*. É consabido que, além do básico para a sua manutenção (alimento, abrigo e saúde), o ser humano precisa de outros elementos imateriais, igualmente necessários para a formação adequada (educação, lazer, regras de conduta etc.). O cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, é um fator indispensável à criação e à formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica, capaz de conviver em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania. A Min. Relatora salientou que, na hipótese, não se discute o amar - que é uma faculdade - mas sim a imposição biológica e constitucional de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerar ou adotar filhos. Ressaltou que os sentimentos de mágoa e tristeza causados pela negligência paterna e o tratamento como filha de segunda classe, que a recorrida levará ad perpetuum, é perfeitamente apreensível e exsurtem das omissões do pai (recorrente) no exercício de seu dever de cuidado em relação à filha e também de suas ações que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano in re ipsa e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação. Com essas e outras considerações, a Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, deu parcial provimento ao recurso apenas para reduzir o valor da compensação por danos morais de R\$ 415 mil para R\$ 200 mil, corrigido desde a data do julgamento realizado pelo tribunal de origem. REsp 1.159.242-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 24/4/2012.

Mesmo com tal entendimento favorável, há ainda inúmeros julgados contrários, os quais consideram improcedente o abandono que as crianças e os adolescentes sofrem de um de seus genitores ou até mesmo de ambos. Pondera-se ainda, que tais julgados seguem a mesma linha de raciocínio, afirmando que o mero distanciamento entre pai e filho não configura ato ilícito e, que se o genitor cumpre com a obrigação alimentar não enseja também no abandono do menor, visto que já o ampara financeiramente. Deste modo, é imprescindível que a exordial da ação de indenização por abandono afetivo seja bem instruída e que seja requerido a realização da prova psicossocial, com o fito de demonstrar o dano causado ao filho para que não reste dúvidas na hora de ser proferida a sentença de mérito.

Por fim, comprovado o dano causado, este é passível de indenização, conforme predispõe o artigo 5º, inciso V e X, da Constituição Federal, assim, não há que se falar na possibilidade ou não da reparação por meio da indenização, posto ser um direito constitucional, o qual não se restringe única e exclusivamente ao dano material, *in verbis*:

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, segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...]

V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (..)

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. [...]

Isto posto e, diante de tudo o que fora explanado, resta comprovado que o abandono afetivo é considerado um ato ilícito e, está amparado tanto na Carta Magna, quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil, ficando então, estabelecido como direito de todos, a convivência no âmbito familiar.

CONCLUSÃO

À vista de todo o exposto, há que se pontuar algumas conclusões pertinentes quanto ao referido trabalho, assim, em um primeiro momento tem-se que a evolução da entidade familiar fez com que alguns conceitos e paradigmas fossem alterados, extinguindo-se então aquela ideia de patriarcalismo e infinitude das relações matrimoniais e, trazendo mais a presença da afetividade nas relações familiares, passando então a ser um elemento jurídico em inúmeras ocasiões.

Lado outro, fora muito bem apreciado que a responsabilidade civil e o Direito de Família, ou seja, a relação entre ambos é um assunto um tanto quanto conturbado, sendo árduo o consenso entre doutrina e jurisprudência.

Por conseguinte, no que diz respeito ao abandono afetivo, foi bem esclarecido que não há uma legislação específica sobre tal tema, razão pela qual faz-se necessário o estudo deste instituto por meio de doutrinas e jurisprudências.

Nesta senda, restou-se evidenciado que as hipóteses abordadas no projeto de pesquisa foram devidamente confirmadas, demonstrando-se assim, que tal instituto é suscetível de indenização, desde que devidamente comprovada a ausência afetiva de um dos progenitores para com os filhos, ferindo assim, a dignidade da pessoa humana destes, sendo este um bem constitucionalmente protegido.

REFERÊNCIAS

ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. Manual de Direito Civil. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial 1.159.242-SP. Danos Morais. Abandono Afetivo. Dever de Cuidado. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 24 de abril de 2012. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=abandono+afetivo&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO> – Acesso em: 28 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Recurso Especial 757.411-MG. Ação. Indenização. Danos Morais. Pai. Filho. Abandono Afetivo. Relator: Min. Fernando Gonçalves, 29 de novembro de 2005. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=abandono+afetivo&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO> – Acesso em: 28 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Recurso Especial 514.350-SP. Abandono Moral. Reparação. Danos Morais. Impossibilidade. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior, 28 de abril de 2009. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=abandono+afetivo&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO> – Acesso em: 28 jan. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1. Câmara). Apelação Cível 101722263.2019.8.26.0562. Dano Moral. Abandono Afetivo. Relator: Francisco Loureiro, 10 de setembro de 2021. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1278774853/apelacao-civel-ac-10172226320198260562-sp-1017222-6320198260562> - Acesso em: 28 jan. 2022.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: famílias. 9. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALDO, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Curso de Direito Civil: responsabilidade civil. 4. ed. rev. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de Direito Civil. Volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil, v. 3: responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil, volume 6: direito de família. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 4: responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil, 3. Esquematizado: responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: volume 2: obrigações. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: volume 5: famílias. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MADALENO, Rolf. Direito de Família. 7ª. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MADALENO, Rolf. Direito de Família. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, v. 5: direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, volume. 7: responsabilidade civil. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. V. Atual. Tânia da Silva Pereira. 25. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. Poder Familiar e Guarda Compartilhada: novos paradigmas do direito de família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SCHREIBER, Anderson. Manual de Direito Civil: contemporâneo. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: direito de família – v. 5. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, METODO, 2021.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 7. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: METODO, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: família. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

WALD, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. Direito Civil: responsabilidade civil, vol. 7. – 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.