

A RESPONSABILIDADE CIVIL E O ABANDONO AFETIVO NAS RELAÇÕES ENTRE PAIS E FILHOS.

CIVIL RESPONSABILITY AND THE AFFECTIVE ABANDON IN THE RELATIONS BETWEEN PARENTS AND SONS

Francisca Juliana Castello Branco Evaristo de Paiva¹

Recebimento em março de 2014.

Aprovação em abril de 2014.

Resumo: Trata-se de um estudo sobre o abandono afetivo nas relações entre pais e filhos, uma questão no domínio da Responsabilidade Civil. Dinâmica familiar, representa um elemento muito importante no dia a dia da sociedade. A família a cada instante, deve ser repensada e valorada. O poder familiar representa um conjunto de deveres que devem ser exercidos por aqueles que são responsáveis pelos filhos. Ou seja, os pais. Exercitar o poder familiar de forma desinteressada e longe dos interesses da prole, representa dano à personalidade destes e carece sim, de indenização. Discute-se questões como: Conceito de Família, Afetividade nas relações familiares, Poder Familiar e a Responsabilidade Civil dos Pais em relação aos filhos abandonados afetivamente. O Poder familiar representa um dever jurídico e a este, deve corresponder uma sanção a ser aplicada pelo Estado com o intuito de fazer valer a responsabilidade nas relações familiares.

Palavras – chave: Abandono, Afetividade, Indenização, Poder Familiar e Parentalidade.

Abstract: To speak in civil reparation in the familiar dynamics it represents a very important element in the society quotidianum. At every instant, the family must be rethought and valorated. The family Power represents a collection of duties that must be yielded by those Who are responsible by their childs. In this case, the parents. To uphold the family power with no interests and far form the child's best concerns represents harm to their personalities and urges reparation. The family Power represents a juridic duty and to these, must correspond a sanction to be applied by the state with the goal to uphold the responsibility in the family relations.

Keywords: Abandon. Affectivity. Indenization. Family Power. Parentability.

INTRODUÇÃO

Com a Constituição Federal de 1988 (CF/88), um dos temas do Direito de Famílias que teve seus valores mais consagrados foi a filiação.

Pela CF/88, ser filho de alguém independe do casamento, da união estável, concubinato ou mesmo, do relacionamento amoroso adúltero. Dessa forma, fica evidente o princípio da igualdade entre os filhos. Isto significa que, independente de da origem deles, todos os filhos terão os mesmos direitos e qualificações junto aos seus pais.

¹ Advogada e Professora da Faculdade Santo Agostinho, Teresina-PI, Brasil. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Escola de Advocacia do Piauí, Especialista em Docência do Ensino Superior pela Faculdade Santo Agostinho – FSA, mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. Porto Alegre-RS, Brasil. Email: jujuevaristo@yahoo.com.br

Ao ser estabelecida a filiação, é dado o dever ao pai e à mãe ao exercício do familiar. Importante verificar que o Poder Familiar deve ser considerado menos poder e mais dever que torna - se sinônimo de *múnus* uma vez que, nos dizeres de Paulo Lôbo (2006) deve ser concebido como encargo legalmente atribuído a alguém em virtude de certas circunstâncias, a que não se pode fugir.

A este *múnus* se inclui a guarda, alimentação, educação e o que for necessário ao desenvolvimento físico e psíquico de um filho, enquanto fica proibido quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. O fato de ser pai ou mãe gera um dever jurídico que deve ser exercido visando a formação da personalidade da prole, como por exemplo, a prestação exercida na companhia aos filhos, direção, criação e educação destes até atingirem a maioridade.

A ausência do exercício do *múnus* público, intitulado Poder Familiar não poderá ser alegada pela falta do amor, porque amor é, aqui entendido, como um sentimento afetuoso, terno, carinhoso, delicado, meigo, doce. Nesse sentido, amar alguém não pode ser exigido e imposto por nenhuma pessoa, tampouco por um ordenamento jurídico. Todavia, o cumprimento dos deveres jurídicos atrelados ao fato de ser pai ou mãe, este sim, pode ser exigido. Assim configurado, o afeto como sinônimo de ausência, apresenta total possibilidade de uma reparação civil.

O Estado intervém de forma mínima na formação das relações familiares, porém, deixa claro a necessidade da responsabilidade na composição delas.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A AFETIVIDADE NA FAMÍLIA:

1.1 Conceito de Família:

O tema analisado aqui neste trabalho, fala da possibilidade de responsabilidade civil por abandono familiar. Nesse aspecto, podemos afirmar que é preciso entendermos a relação de afetividade para adentrarmos ao objeto principal deste trabalho.

O ser humano não consegue viver isolado, uma vez que é um ser social. A família deve ser considerada, a primeira forma de socialização do indivíduo.

A família é a célula *mater* da sociedade, e sua importância é demonstrada na Constituição Federal de 1988, no caput do art. 226, que assim dispõe: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

O núcleo familiar deve ser entendido como o meio social no qual se formam as primeiras manifestações de afeto, bem como, se solidificam relevantes relações jurídicas de conteúdo material e extrapatrimonial.

A entidade familiar é aqui entendida como o meio onde se proporciona ao ser humano, carinho e solidariedade. O ser humano necessita do afeto e esse elemento deve ser colocado à disposição daquele nas relações familiares.

Nessa perspectiva, Cristiano Chaves de Farias (2013), ensina que, a entidade familiar deve ser entendida nos dias atuais, como um grupo social alicerçado, principalmente, em vínculos de afetividade, pois esse é o entendimento constitucional. Segundo o doutrinador, a família é o núcleo que tem como um dos seus objetivos, o desenvolvimento da personalidade humana.

Em se tratando ainda dessa relação, Belmiro Pedro Welter, “a sociedade patriarcal fez com que a família fosse ajustada ao mundo humano, unicamente por parte do mundo genético, uma linguagem normatizada, objetivada, desumanizada” (2013, p.51).

1.2 A Afetividade no direito das famílias:

É importante chamar atenção para o fato de que, o afeto pode transformar-se em desafeto, desamor, abandono, violência doméstica. Considerando esse encaminhamento, Maria Berenice Dias, faz a seguinte colocação:

Reside no Brasil um falso preconceito quanto às famílias, ao se pensar que sempre estão com jeito de ser-no-mundo-afetivo, devendo-se acabar com a imagem idealizada da família feliz, que o Estado protege e ninguém pode interferir. É preciso chamar a atenção da sociedade de que a família não é exclusivamente um lugar de afeto (2005, p. 39).

Ainda segundo Maria Berenice Dias (2013), nos dias atuais, a afetividade deve ser considerada um Princípio de Direito de Família e direito fundamental. Assim, fica evidente a importância desse elemento nas relações familiares.

Afeto não é consequência dos laços genéticos. O amor, o afeto, derivam da convivência familiar, não do sangue. A afetividade é elemento primordial que insere à conjuntura familiar, à humanidade. Nesse aspecto, faz-se necessária uma hermenêutica mais aprofundada no tema família e nas relações nela inseridas.

Segundo Belmiro Pedro Welter, “deve ser desmistificada a ideia de que na família é conjugado somente o verbo amar, porque ela encobre o mundo do desafeto, da desunião, da

guerra familiar, da desumanidade, do preconceito, da ofensa física e verbal, da ausência de solidariedade" (2013, p.53-54).

Para José Afonso da Silva, citado por Belmiro Pedro Welter (2013, p.56), a dignidade da pessoa humana disposta na Constituição Federal de 88 em seu art. 1º, III, deve ser compreendida como o princípio mais arraigado de afetividade no Direito de Família.

Diante das considerações feitas é possível levantar uma questão: Por que podemos afirmar que o princípio da dignidade humana seria o instituto mais ligado à afetividade? Porque aquele conteúdo que é repassado pelo princípio, representa a ideia de que, enquanto existir algum ser humano que não tenha a sua dignidade reconhecida, o outro não poderá considerar-se satisfeito com a dignidade adquirida e assim, fica clara a existência de afetividade.

A afetividade tem fundamento constitucional também, na solidariedade social, disposto no art. 3º, I da CF/1988). Devemos entender que os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não da genética, do sangue.

O afeto é expressamente requerido pelo princípio da igualdade entre os filhos que fica exteriorizado nos seguintes Enunciados, provenientes das Jornadas de Direito Civil:

Enunciado 103: O Código Civil reconhece, no art. 1593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de produção assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

Enunciado 256 da III Jornada de Direito Civil, dispõe que: “A posse de estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”.

Enunciado 341 da IV Jornada de Direito Civil: “art. 1.696. Para fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar”.

Julgados do STJ também remontam à ideia de que a socioafetividade precisa ser levada em conta, como elemento preponderante nas relações familiares:

A assunção do vínculo parental não pode ser afastada simplesmente. Se alguém assume o papel de pai, não pode, mais tarde, dele desistir sob a alegação de que não o é biologicamente. Nem sempre a paternidade jurídica está respaldada por uma paternidade biológica (Processo 353.002.4/4-00).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em 2005, defendeu o seguinte posicionamento:

O Judiciário não pode se esquivar de tutelar as relações baseadas no afeto, inobstante as formalidades muitas vezes impingidas pela sociedade para que uma união seja digna de reconhecimento judicial. (TJ/RS, Ac.7^a Câm. Civ.,ApCív.70010787398 – comarca de Porto Alegre, rel. Des. Maria Berenice Dias, Dj. 27.4.05)

Aplicar a afetividade nas relações familiares, exige dos operadores do direito uma hermenêutica compreensiva, solidária e sensível.

Segundo Cristiano Chaves de Farias, não podemos caracterizar o afeto como princípio e sim como postulado uma vez que,

se princípio fosse, o afeto seria exigível, na medida em que todo princípio jurídico tem força normativa e, por conseguinte obriga e vincula os sujeitos. Dessa forma, a afetividade, permeia as relações jurídicas familiares, permite decisões e providências nela baseadas (como concessão de guarda para quem demonstra maior afetividade ou mesmo o reconhecimento de uma filiação em decorrência de sua presença). Contudo, não se pode, na esfera técnica do Direito, impor a uma pessoa dedicar qualquer forma de afeto a outra (2013, p. 53).

Diante da consideração acima expressa, vale levantar um questionamento, como indispensável: Assim, será justo afastar a possibilidade de responsabilidade civil decorrente da negativa de afeto entre os parentes (entre pai e filho, por exemplo), em face de sua inexigibilidade jurídica?

Após essa breve exposição sobre a afetividade nas relações familiares, será de grande valor a nossa análise sobre a responsabilidade civil e o abandono afetivo, pois nessa situação de abandono como verificar tal responsabilidade uma vez que, acima defendemos a ideia de que afeto tanto pode ter seu lado positivo como seu lado negativo? Ou seja, a afetividade pode representar tanto amor como abandono ou descaso?

2. DO PODER FAMILIAR:

Com a entrada do Código Civil de 2002, a nomenclatura Pátrio Poder foi substituída pela denominação Poder Familiar e essa posição pode ser justificada pela ideia de que a nova denominação está mais apropriada ao princípio da igualdade de direitos dos cônjuges conferida pela Constituição Federal de 1988.

Vale afirmar que o Poder Familiar é o conjunto de deveres, imbuídos aos pais, referentes à pessoa e aos bens dos filhos considerados menores. Assim, enquanto os filhos não atingirem à maioridade, seja através de que meio for, é dever do menor submeter-se à autoridade paterna.

Trata-se de uma autoridade parental que tem sua legitimidade oriunda do grupo familiar mais precisamente da relação de parentesco que há entre pais e filhos, ao grupo familiar, de onde se obtém a sua legitimidade.

O Poder Familiar pode ser caracterizado pela natureza personalíssima, irrenunciável e indelegável. Importante mencionarmos que a irrenunciabilidade pode ser considerada não absoluta, uma vez que, pode ser mitigada de acordo com o art. 1621 do CC, quando dispõe sobre a possibilidade de que os pais consentam que terceiros adotem seu filho.

Segundo esse entendimento na situação acima, haveria uma exceção ao princípio da irrenunciabilidade do poder familiar.

O poder familiar decorre da filiação, ou seja, do vínculo existente entre pais e filho e deve ser considerado um *múnus público* (encargo). Tal instituto é sempre estudado como exemplo de noção de poder-função ou direito-dever, o que resulta do entendimento da chamada *teoria funcionalista das normas de direito das famílias*, pois tal poder é exercido pelos genitores, mas serve de interesse ao filho.

Em relação aos deveres impostos aos filhos, estes devem obediência, respeito e prestação de serviços próprios de sua idade e condição.

Segundo Maria Berenice Dias (2013), ao falarmos em poder familiar, importante mencionarmos que de objeto de direito, o filho passou a sujeito de direito.

O poder familiar é matéria disposta tanto no Código Civil de 2002, quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O assunto merece um repensar quando esse poder, deve ser exercido por pais separados, pois uma vez existindo a filiação, deverá existir o liame jurídico entre genitores e filhos enquanto existir a menoridade dos filhos e conseqüentemente, a filiação.

Durante o casamento e a união estável, os pais serão os detentores do poder familiar, pois como já afirmamos acima, o poder familiar decorre da filiação e não do casamento ou da união estável. Por se tratar de um encargo, o instituto aqui mencionado, impõe a pais e filhos obrigações recíprocas. O art. 1.634 do CC, assim dispõe no tocante aos poderes dos pais:

- a) dirigir-lhes a criação e educação;
- b) tê-los em sua companhia e guarda;
- c) conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- d) nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais lhe não sobreviver, o outro sobrevivente não puder exercitar o poder familiar;
- e) representá-los, até os 16 anos, nos atos da vida civil, e assisti-los após a idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- f) reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- g) exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição;
- h) administrar-lhes os bens (art. 1.689);
- i) conceder-lhes consentimento para serem adotados (art. 1621)

Dissolvido o casamento ou a união estável, todas as prerrogativas e deveres inerentes ao poder familiar, persistem. Em caso de divergência, de acordo com o art. 1.631 do CC, parágrafo único, qualquer um dos genitores pode socorrer-se da autoridade judiciária.

Assim, sempre que existir filiação e filhos menores, existirá uma obrigação aos pais de arcarem com seus filhos, tanto materialmente quanto emocionalmente.

Outro ponto que merece atenção quando tratamos de poder familiar, é a existência da guarda. O instituto da guarda não deve ser considerado sinônimo do poder familiar e sim, parte dele.

Quando há a determinação da existência da guarda, não ocorre limitação à titularidade do encargo, apenas restrição ao seu exercício. A convivência com os pais não deve ser considerada requisito para a sua titularidade.

A guarda unilateral de um dos pais, determinará a existência de um genitor com o direito de visitas e o outro com a posse do menor. O poder familiar permanece intacto e o direito de fiscalização e supervisão da educação e manutenção do filho, permanecem.

Assim, podemos afirmar que a responsabilidade parental não decorre do casamento, da união estável, mas do poder familiar, que deve ser exercido por ambos os genitores.

Existindo o divórcio dos pais, o fato de um dos genitores ficar com a guarda, não retira do outro o direito de ter o filho consigo e nem o dever de exercer seu papel na formação daquele ser.

Os interesses do filho devem ser preservados e ao Estado, cabe o direito de fiscalizar o exercício de casa genitor, frente ao poder familiar. Assim, pode ocorrer por infringência dos deveres do poder familiar, a punição de perda, suspensão e destituição do poder familiar.

A Constituição Federal de 1988 dispõe sobre todos os direitos e garantias estabelecidas para preservação da família e mais uma vez, apontamos a existência do afeto nas relações familiares como exteriorização da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, falar em poder familiar é nos centrarmos na situação em que o Estado impõe a existência de uma relação jurídica entre pais e filhos e que, uma vez não sendo cumprida e apresentando danos à pessoa do filho, precisa ser repensada, como motivo para uma possível existência de responsabilidade civil.

Seria configurado abandono afetivo, o descumprimento de um dos deveres inerentes ao poder familiar? Dessa forma, seria possível acarretar responsabilidade civil para aquele genitor que infringiu os deveres?

3. DO ABANDONO AFETIVO:

Será possível obrigar um pai ou uma mãe a dar carinho e afeto a um filho? Pode a justiça determinar essa obrigação para os pais em relação aos seus descendentes? Esse abandono poderá ser considerado ressarcido com a determinação pecuniária pela falta do exercício de determinados sentimentos na relação estabelecida entre pais e filhos?

Para iniciarmos a análise dos questionamentos acima e que nos direcionam à temática desse trabalho, é necessário fazermos de início uma análise do princípio da paternidade responsável, estabelecido pela Constituição Federal em seu art. 226, § 7º que assim dispõe:

[...] § 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. (grifo nosso).

O princípio acima mencionado, refere-se aos deveres de assistência material e moral que devem existir na relação entre pais e filhos. Trata-se de um princípio ligado ao planejamento familiar.

Segundo Cristiano Chaves de Farias (2013), a *ratio* constitucional pela responsabilidade familiar como princípio norteador das relações familiares, está alinhada às diretrizes do direito internacional, determinadas na Declaração Universal dos Direitos dos Homens (1948) e na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o Pacto San José da Costa Rica.

Uma vez existindo na Constituição Federal, em seu art. 226, § 7º, o objetivo do planejamento familiar, fica claro que o Estado tenta evitar a formação de núcleos familiares desprovidos de condições de sustento e manutenção.

Devendo ser a interferência mínima do Estado nas relações familiares, este propiciará recursos e políticas públicas para a implementação desse planejamento, mas caberá sempre ao casal sendo eles cônjuges, companheiros, a escolha quanto à construção familiar.

Essa livre decisão do casal está definida no § 2º do art. 1.565 do CC e no art. 5º da Lei n.º 9.263/96, que trata do planejamento familiar.

Art. 1565, § 2º do CC: O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

Art. 5º da Lei n.º 9.263/96: Art. 5º - É dever do Estado, através do Sistema Único de Saúde, em associação, no que couber, às instâncias componentes do sistema educacional, promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar.

O art. 227 da Constituição Federal de 1988 determina à criança e ao adolescente os direitos com absoluta prioridade, oponíveis à família – inclusive ao pai separado -, à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar, que são direitos de conteúdo moral, integrantes da personalidade, cuja rejeição provoca dano moral.

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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

Assim, são complementares os princípios do planejamento familiar e da paternidade responsável, pois, uma vez existindo uma liberdade na constituição do seu núcleo familiar, o comportamento das pessoas que compõem esse recinto familiar, deve ser marcado pela responsabilidade por essa formação.

4. A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS EM RELAÇÃO AOS FILHOS ABANDONADOS AFETIVAMENTE.

A relação entre pais e filhos representa um instituto que merece muita atenção por parte dos operadores do direito e da sociedade, uma vez que a cada instante, apresenta elementos que precisam ser avaliados e repensados numa dinâmica social que evolui a cada instante.

O abandono afetivo representa um dos principais referentes à possibilidade de responsabilidade na seara familiar.

O tema aqui mencionado, merece calorosas discussões e assim, importante ressaltarmos a existência de duas correntes de pensamento, com posicionamentos divergentes.

Os defensores da possibilidade de reparo civil frente ao abandono paterno ou materno, como Paulo Lôbo, Giselda Hironaka, Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias, por exemplo, afirmam que a existência do que anteriormente chamamos de afeto negativo, gera diversas sequelas psicológicas, o que caracterizaria um verdadeiro ato contrário ao ordenamento jurídico, ou em outras palavras, a existência do abandono afetivo em seu aspecto negativo, caracterizaria um ato ilícito. Dessa forma, seria mais do que pertinente, sancionar tal conduta, no campo da responsabilidade civil.

A outra corrente representada por Lizete Schuh, ou seja, a que se contrapõe à tese acima, sustenta que a ideia da possibilidade de reparação civil por abandono afetivo recai em uma indevida monetarização do afeto, com o desvirtuamento da sua essência, bem como, a impossibilidade de se aferir a quantidade e qualidade de amor relacionado a alguém a outrem. Os defensores dessa tese afirmam que o afeto deve existir de forma espontânea e não como forma de controle estatal, como obrigação jurídica.

No entanto, para adentrarmos o objeto desse trabalho, é necessário que possamos conceituar responsabilidade civil, apontarmos a sua função na sociedade e verificarmos os elementos que compõem esse instituto tão discutido nas temáticas familiares.

Diante da discussão feita, é deveras importante fazer uma distinção entre a obrigação da responsabilidade. Segundo Sérgio Cavalieri Filho (2010), a obrigação seria sempre um dever jurídico originário; responsabilidade seria um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro.

Em seu sentido etimológico, responsabilidade representa a ideia de que alguém tem de reparar um prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico.

Assim, podemos entender segundo Sérgio Cavalieri Filho (2010) que a responsabilidade civil representa um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

Segundo Francisco Amaral citado por Flávio Tartuce (2013), o dever jurídico contrapõe-se ao direito subjetivo, sendo o primeiro constituído por uma “situação passiva que se caracteriza pela necessidade do devedor observar um certo comportamento, compatível com o interesse do titular do direito subjetivo”

No caso em questão, a obrigação do exercício do poder familiar dos pais em relação aos filhos equivale ao dever jurídico originário. A sua ausência, acarreta a sua reparação, em decorrência da responsabilidade civil.

Como já afirmado anteriormente, a Constituição Federal de 88 consagra como Princípio, a dignidade da pessoa humana que está consagrado no art. 1º, III da carta magna e assim, inaugura no Direito de Família brasileiro, a revalorização da pessoa humana.

No contexto desse trabalho, a ideia de dignidade humana é levada à criança e ao adolescente que, na qualidade de pessoa em grau de desenvolvimento, tem garantida de sua total integridade. Daí é gerado um outro princípio, tal seja, o do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.

A paternidade e a maternidade devem transformarem-se, um conjunto de deveres para atender o melhor interesse do filho. A convivência deve ser entendida como um direito

inerente ao filho e um dever em relação aos pais, independentemente do relacionamento existente entre os progenitores e da origem da filiação.

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, em seu artigo intitulado, Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo, a convivência deve ser entendida como um direito fundamental dos filhos e dever fundamental dos pais, independentemente de haver ou não, vínculo conjugal entre estes. Assim, tal direito/dever teria sua origem na relação de filiação e poder familiar”.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 227 prescreve 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.** (grifo nosso).

Assim, podemos entender que a Constituição brasileira em vigência, não fala na obrigação de amar ninguém, mas na obrigação de arcar com responsabilidades que foram adquiridas. Aqui, a responsabilidade por se tornar pai/mãe.

No tocante aos filhos, enquanto menores, há o direito de convivência com os pais. E assim, é preciso entender que o convívio, como dever inerente aos pais e direito inerente à prole.

Segundo o art. 19 da Lei n.º 8.069/90 (Estatuto da Criança e Adolescente) a convivência familiar deve ser considerada direito fundamental:

Toda criança ou adolescente tem direito de ser criado e educado no seio da sua família, e, excepcionalmente, em família substituta, **assegurada a convivência familiar** e comunitária, em ambiente livre de presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes (grifo nosso).

No decorrer do trabalho, dispomos sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da paternidade responsável e do melhor interesse da criança e do adolescente, a fim de clarificar que a união de todos esses institutos nos evidencia a importância da discussão em torno da responsabilidade por abandono afetivo.

Não podemos, de maneira alguma, deixarmos de apontar os arts. 5º, V e X da Constituição Federal de 88 e os arts. 186, 187 e 927 do CC/02.

Segundo o art. 5º, V e X da CF fica assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem e que a intimidade, a honra, a vida privada. Ali está também garantido que a imagem das pessoas são invioláveis e a esses direitos, é asseverado o direito à indenização pelo dano moral ou material oriundos de sua violação.

Os arts 186, 187 e 927 do CC/02 assim dispõem:

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

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

Art. 927 do CC: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Dessa forma, para que haja a necessidade de uma indenização, a conduta reclamada precisa ser considerada ilícita. A conduta do infrator deve ser danosa e ocasionar prejuízo, ou seja, necessita existir um nexo causal entre a conduta do agressor e o dano à vítima.

Configurado os elementos acima existentes, fica caracterizada a responsabilidade civil.

Assim, o abandono parental deve ser verificado como lesão a um interesse jurídico que foi tutelado, considerado extrapatrimonial, causado pela omissão do pai ou da mãe no cumprimento do exercício do poder familiar.

O não cumprimento do poder familiar pelo pai ou pela mãe deve ser considerado um ato ilícito e assim, necessário ser indenizado. Isso deve ser entendido uma vez que, para qualquer pessoa em processo de formação, para obter estrutura e um desenvolvimento considerado saudável, necessita que aqueles que são por eles responsáveis, desempenhem funções pautadas no amor, no cuidado e na dedicação.

Exigir que alguém ame outra pessoa, seria uma tarefa praticamente impossível, mas exigir zelo e cuidado, é algo que pode ser solicitado por qualquer pessoa em uma relação parental qualquer.

Ser pai ou mãe, significa educar, manter os filhos dar afeto na aceção de cuidado e convivência. O filho tem o direito de convivência com o pai/mãe. Com a convivência virão as vivências, o crescimento e as experiências. Elementos que são essenciais na formação de qualquer ser humano. A família como agente socializador, não pode deixar escapar a aplicação daqueles princípios.

Vale chamar atenção que, quando falamos em família, faz-se necessária a ideia da família não somente oriunda do casamento, mas toda aquela que possui permanência, afetividade e publicidade.

Segundo Rodrigo Cunha Pereira (2012), para que se caracterize a responsabilidade civil com consequência indenizatória é necessário que estejam presentes, portanto, três elementos: a existência de uma ação ou omissão que se apresenta como ato ilícito, a

ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima pelo agente e o nexo de causalidade entre o dano e ação do agente.

A discussão em torno do abandono afetivo ganhou uma nova interpretação pelo STJ em 2012. Até esse julgado, o Superior Tribunal de Justiça entendia que a solução para a ocorrência de abandono afetivo seria a perda do poder familiar e não o pagamento de uma indenização a título de danos morais.

Em 2012, a ementa foi assim publicada:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo deve estar incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por danos psicológicos. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da Lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, REsp 1.159.242/SP, Rel^a Min.^a Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 24.04.2012, Dje 10.05.2012)

No acórdão acima mencionado, a Ministra Nancy Andrighi apontou a presença do ilícito e da culpa do pai pelo abandono afetivo com a ideia de que “amar é faculdade, cuidar é dever”. Dessa forma, fica evidente que o entendimento aqui apreendido, foi o de que a paternidade/maternidade significa exercício constante de deveres iminentemente jurídicos.

Segundo Pablo Stolze (2013), a pecúnia efetivamente não compensará a ausência, o desprezo de um pai/mãe em relação a seu filho, mas é preciso entendermos que a fixação dessa indenização tem, para além do caráter punitivo, o caráter pedagógico, na perspectiva da função social da responsabilidade civil, de modo que não se consagre a ideia de um pai/mãe que abandone seu filho, não seja punido, simplesmente com a retirada do seu poder familiar em relação aquele filho que ele já havia abandonado, pois isso, seria uma dádiva para quem

assim já agia, e uma perda irreparável para aquele que tem direito, pela própria condição de filho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

A indenização no Direito de Família, é um tema que merece atenção no tocante a sua importância e discussões crescentes nos julgados dos últimos tempos.

A grande discussão gira em torno da ideia de que as relações familiares não podem ser consideradas resolvidas com uma indenização que configuraria nada mais do que a patrimonialização das relações na seara familiar.

O tema do trabalho aqui verificado, referiu-se à possibilidade de imputação da responsabilidade civil em relação ao abandono afetivo do pai ou da mãe em relação ao filho.

Nos dias atuais, a responsabilidade deve ser verificada como elemento essencial nas relações familiares. A paternidade/maternidade deve ser exercida de acordo com o princípio da paternidade responsável e assim, ser pai/mãe significa exercício de dever jurídico.

Dessa forma, a falta do exercício de um dever jurídico cumulado com dano à vítima deve ser fato passível de uma indenização.

A indenização deve existir não simplesmente com a ideia de remediação, mas de punição do agente, educação e prevenção social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil.** Lei n.º 10.406/02. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 27 de fevereiro de 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 27 de fevereiro de 2014.

_____. **Lei n.º 9.263/96.** Lei do Planejamento Familiar. Disponível em: <http://www.gineco.com.br/metodos-contraceptivos/planejamento-familiar/lei-sobre-planejamento-familiar>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2014.

_____. **Lei n.º 8.069/90.** Estatuto da Criança e Adolescente. Disponível em: www.amperj.org.br. Acesso em: 26.02.2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DIAS, Maria Berenice. Incesto: um pacto de silêncio. In: **Boletim IBDFAM** de novembro/dezembro de 2005.

_____. **Manual de direito das famílias.** 9. ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2013.

ENUNCIADOS DAS JORNADAS DE DIREITO CIVIL DA CJF (incluídos Enunciados da IV Jornada). Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=69. Acesso em 10 de janeiro de 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito das famílias.** Volume 6. 5. ed. Bahia: Jus Podium, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil brasileiro – Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional.** Volume 6. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material.* Disponível em <http://www.advocaciapasold.com.br>. Acesso em 23 mar. 2014.

SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 35, abril/maio 2006, p. 75.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Do Poder Familiar. [http:// www. jus.com.br/artigos/8371/do-poder-familiar](http://www.jus.com.br/artigos/8371/do-poder-familiar). Acesso em 03 de fevereiro de 2014.

PEREIRA, Rodrigo Cunha. Responsabilidade civil por abandono afetivo. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, nº 29. IBDFAM. Magister. Ago/Set 2012.

SILVA, Caio Mario Pereira da. **Instituições de direito civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n.º 212, p 92, abr/jun. 1998.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 2: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013.

WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria tridimensional do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

REFERÊNCIAS COMPLEMENTARES

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. Informação e Documentação - Artigo em publicação periódica científica impressa - Apresentação. NBR 6022/2003. Rio de Janeiro: 2003.

_____. Informação e Documentação - Citações em documentos - Apresentação. NBR 10520/2002. Rio de Janeiro: 2002.

_____. Informação e Documentação - Referências - Elaboração - Apresentação. NBR 6023/2002. Rio de Janeiro: 2002.

BOAVISTA, Conceição. Artigo para publicação em periódico. **Revista Jurídica**, Faculdade

NOVAFAPI, Teresina, PI, Ano III, N. 1 /2009. P. 24-29.

FACEMA. **Elaboração de trabalhos acadêmico-científicos:** manual de orientação (Conforme as normas vigentes da ABNT). Conceição Boavista, Assessoria Técnico-Científica. Caxias, MA: FACEMA, 2013.

PRESTES, Maria Luci de Mesquita. **A pesquisa e a construção do conhecimento científico:** do planejamento aos textos, da escola à academia. 3.ed. São Paulo: Rêspel, 2007. 260 p.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico.** 22. ed., revista de acordo com a ABNT e ampliada. Cortez, 2002. 334 p.