



**FACULDADE DE INHUMAS
CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR DE INHUMAS
CURSO DE DIREITO**

JOSÉ MÁRCIO CARDOSO GONÇALVES JÚNIOR

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

**INHUMAS-GO
2021**

JOSÉ MÁRCIO CARDOSO GONÇALVES JÚNIOR

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Faculdade de Inhumas (FACMAIS) como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Professor (a) orientador (a): Elisabeth Maria De Fátima Borges

INHUMAS – GO

2021

JOSÉ MÁRCIO CARDOSO GONÇALVES JÚNIOR

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO DO(S) ALUNO(S)

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Faculdade de Inhumas (FACMAIS) como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Inhumas, 06 de maio de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Professora Ma. Elisabeth Maria De Fátima Borges - FacMais
(orientadora e presidente)

Profa Ma. Sirlene Fernandes Montanini – FacMais
(Membro)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
BIBLIOTECA FACMAIS

G635r

GONÇALVES JÚNIOR, José Márcio Cardoso
RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO/ José
Márcio Cardoso Gonçalves Júnior. – Inhumas: FacMais, 2021.
39 f.: il.

Orientador (a): Elisabeth Maria De Fátima Borges.

Monografia (Graduação em Direito) - Centro de Educação Superior de
Inhumas - FacMais, 2021.
Inclui bibliografia.

1. Responsabilidade Civil; 2. Abandono; 3. Afetivo. I. Título.

CDU: 34

Dedico esta monografia a Deus, criador do céu e da terra, pois, sem ele, eu nada seria e a minha querida mãezinha que foi minha principal motivadora e que olha por mim do céu hoje.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, por me conceder saúde, forças, para vencer mais essa etapa valiosa em minha vida.

Aos familiares, meus pais, meus avós, por sempre estarem ao meu lado nos momentos difíceis e me motivarem a seguir em frente.

À professora Elisabeth Maria por me guiar nesta pesquisa valiosa.

Aos professores(as) da FacMais, por todo conhecimento adquirido, especialmente, à professora Sirlene Fernandes que me apresentou esta temática que amo.

Aos colegas de curso, pelo companheirismo durante todo o curso.

“Amar é faculdade, cuidar é dever.”

Ministra Nancy Andriahi.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
CF	Constituição Federal
CC	Código Civil
STJ	Superior Tribunal de justiça

RESUMO

Tendo em vista a crescente onda de fim de relacionamentos e divórcios, bem como, o conseqüente abandono afetivo dos filhos, pesquisa-se sobre a responsabilidade civil por abandono afetivo, buscando frisar a necessidade da legislação direta sobre o assunto. Esta pesquisa objetiva analisar a possibilidade de responsabilizar, civilmente, os genitores que descumprem o seu dever legal de cuidado e educação com seus filhos, abandonando-os, afetivamente. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica. Sobre os resultados encontrados é indispensável conceituar o instituto família e discorrer, brevemente, sobre a sua evolução e, também, acerca dos princípios norteadores, verificando a possibilidade de responsabilização civil, decorrente da relação familiar e quais os pressupostos da responsabilidade civil. Por fim, define-se abandono afetivo no viés doutrinário e realiza-se uma análise crítica da jurisprudência, no Superior Tribunal de Justiça, sobre a possibilidade de adoção da tese de responsabilidade civil por abandono afetivo, o histórico do seu posicionamento, até a atualidade, averiguando, assim, como os meios alternativos de resolução e combate desse problema social. Realiza-se uma pesquisa exploratória que visa produzir conhecimentos para pesquisas posteriores e aplicação prática. Conclui-se que é possível, desde 2012, de acordo com decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, buscar a responsabilidade civil, fundada no abandono afetivo, no entanto, essa pretensão só é possível por meio da interpretação de diversos dispositivos legais e princípios, pois, não há legislação que abarque tal situação diretamente, sendo imperiosa a criação de uma lei que discrimine a responsabilidade civil, por abandono afetivo, no sentido de dar celeridade e ampliar o acesso à justiça e, também desestimular a prática desse ilícito.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Abandono. Afetivo

ABSTRACT

In view of the growing wave of the end of relationships and divorces, as well as the consequent emotional abandonment of children, research on civil liability for emotional abandonment, seeking to emphasize the need for direct legislation on the subject. This research aims to analyze a possibility to hold civil parents responsible for breaching their legal duty of care and education with their children, abandoning them, affectionately. It is a bibliographic search. Regarding the results found, it is essential to conceptualize the family institute and briefly discuss its evolution and also about the guiding principles, checking the possibility of civil liability arising from the family relationship and what are the assumptions of civil liability. Finally, affective abandonment is defined in the doctrinal bias and a critical analysis of the jurisprudence in the Superior Court of Justice is carried out on the possibility of adopting the thesis of civil liability for emotional abandonment, the history of its positioning up to the present, thus verifying as the alternative means of solving and combating this social problem. An exploratory research is carried out that aims to produce knowledge for further research and practical application. For this purpose, bibliographic sources were used, with priority to those that addressed the central aspects of the present study. We conclude that it is possible since 2012, according to decisions made by the Superior Court of Justice, to seek civil liability based on affective abandonment, however, this claim is only possible through the interpretation of various provisions and principles, as there are no legislation that covers this situation directly, and it is imperative to create a law that discriminates against civil liability for emotional abandonment, in order to speed up and expand access to justice, and also to discourage the practice of this offense.

Keywords: Civil Liability. Abandonment. Affective.

SUMÁRIO

1 DA FAMÍLIA	14
1.1 EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA	14
1.2 PRINCÍPIOS QUE REGEM O INSTITUTO DA FAMÍLIA	16
2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL	23
2.1 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	24
3 POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO	27
3.1 A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.	29
3.2 POSICIONAMENTO ATUAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO	32
CONSIDERAÇÕES FINAIS	34
REFERÊNCIAS	

INTRODUÇÃO

Com o grande avanço da sociedade, por diversas vezes, o direito não consegue criar leis que abarque todas as situações que surgem no meio social, exigindo assim, que a legislação, normas, regras e princípios tenham que se adaptar a essas mudanças, portanto, o direito brasileiro tem sido, cada vez mais, pressionado a adaptar-se às novas realidades da sociedade.

Verifica-se que, ao passar do tempo, a família deixou de ter vínculo meramente consanguíneo e passou-se a pautar-se, também, em vínculos afetivos, ao passo que as dissoluções de uniões estáveis e divórcios se tornaram mais frequentes, trazendo consigo, muitas vezes, o abandono afetivo para crianças e adolescentes que são merecedores de proteção integral.

Diante disso, este trabalho tem como objetivo a análise sobre a possibilidade de responsabilizar, civilmente, os genitores que descumprem o seu dever legal de cuidado e educação com seus filhos, abandonando-os, afetivamente.

Ante o exposto, apresenta-se o problema de nossa pesquisa, qual seja: a responsabilidade civil por abandono afetivo. De igual modo, o presente trabalho se dedica a conceituar o instituto família e discorrer, brevemente, sobre a sua evolução e, também, acerca dos princípios norteadores, verificando a possibilidade de responsabilização civil decorrente da relação familiar e quais os pressupostos da responsabilidade civil. Propõe examinar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sobre a possibilidade de responsabilidade civil, por abandono afetivo e o histórico deste posicionamento, consistindo mais no esforço no sentido de verificar seu posicionamento atual e as suas consequências jurídicas.

Ademais, trata-se de uma pesquisa exploratória que visa produzir conhecimentos para pesquisas posteriores e aplicação prática dos preceitos discutidos. O referencial teórico será construído com base nas contribuições das obras de personagens relevantes da discussão do tema, na doutrina nacional, como é o caso de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona, Flávio Tartuce, Carlos Roberto Gonçalves, Rolf Madaleno entre outros.

A pesquisa foi dividida em três capítulos. O primeiro capítulo introduz o conceito de família e seus princípios norteadores. Em seguida, no segundo capítulo, é feita uma abordagem acerca da responsabilidade civil e seus pressupostos ensejadores. Por fim, denotam-se os motivos legais para a aplicação da

responsabilidade civil por abandono afetivo e a sua aplicação no STJ, dando enfoque às mudanças decorridas, ao longo do tempo, sobre tal posicionamento.

1 DA FAMÍLIA

Preceitua a Constituição Federal, em seu artigo 226, que a família é a base da sociedade e tem proteção especial do Estado. Para Rolf Madaleno (2021, p. 21), a convivência humana está estruturada a partir de cada uma das diversas células familiares que compõem a comunidade social e política do Estado, que assim se encarrega de amparar e aprimorar a família, como forma de fortalecer a sua própria instituição política.

Já para Carlos Roberto Gonçalves (2020, p. 7), “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”. No mesmo sentido, Maria Helena Diniz doutrina que em um sentido mais abrangente, conceituando o instituto familiar, como a totalidade de pessoas interligadas pelo vínculo biológico ou da afetividade, inclusive estranhos. Já, em um sentido mais reduzido, é o grupo de indivíduos ligados por laços matrimoniais e da filiação, ou seja, os cônjuges e os filhos.

Isto posto, verifica-se o papel fundamental da família na formação dos indivíduos, sociedade e, também, para o Estado.

1.1 EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA

Ao longo da história, a família sofreu várias transformações, sendo-lhe atribuída diversas funções, em cada um desses momentos, a saber, função religiosa, política, econômica e procracional. Sua estrutura era patriarcal, legitimando o exercício dos poderes masculinos sobre a mulher — poder marital e sobre os filhos - pátrio poder. As funções religiosa e política, praticamente, não deixaram traços na atualidade, mantendo apenas interesse histórico, na medida em que a rígida estrutura hierárquica foi substituída pela coordenação e comunhão de interesses e de vida (LOBO, 2017).

A ideia de família não é a mesma de antigamente, exatamente, por conta da constante evolução que a sociedade passa. Nas primeiras formas de família, os grupos familiares eram formados, pelo vínculo biológico, com o único objetivo de reprodução e manutenção de sua espécie e para a preservação da crença religiosa.

Ao tempo do Código Civil de 1916 até o advento da Carta Política de 1988, a família brasileira era eminentemente matrimonializada, só existindo legal e socialmente quando oriunda do casamento válido e eficaz, sendo que qualquer outro arranjo familiar existente era socialmente marginalizado e quando um homem e uma mulher constituíssem um *concubinato*, equivalente à atual união estável, seus eventuais e escassos efeitos jurídicos teriam de ser examinados no âmbito do Direito das Obrigações, pois eram entidades comparadas às sociedades de fato. No entanto, esses outros padrões de agrupamento familiar passaram a perder essa característica marginal com a edição da Carta Política de 1988 que abriu o leque de exemplos distintos de núcleos familiares, cujos modelos não mais se restringiam ao casamento, à união estável e à família monoparental, simplesmente, porque o vínculo de matrimônio deixou de ser o fundamento da família legítima e, na época presente, embora ausente o laço matrimonial, com efeito, que ninguém ousa afirmar esteja afastada uma entidade familiar fora do casamento, porquanto esta se expandiu ao se adequar às novas necessidades humanas construídas pela sociedade. (MADALENO, 2021, p. 37).

Assim, a evolução social trouxe a necessidade de transformação no conceito de família, que foi ganhando novas formas. Ou seja, a família, antes, caracterizada como matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, institucional, vista como unidade de produção e de reprodução, cedeu lugar para uma família pluralizada, democrática, igualitária, hétero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, construída com base na afetividade e de caráter instrumental (MADALENO, 2021).

Segundo Dias, família sofre transformações:

A família transforma-se na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros: valorizam-se as funções afetivas da família. A família e o casamento adquiriram novo perfil, voltados muito mais a realizar os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes. Essa é a concepção eudemonista da família, que progride à medida que regride o seu aspecto instrumental. A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado, da família. Por isso, a afetividade entrou nas cogitações dos juristas, buscando explicar as relações familiares contemporâneas.” (DIAS, 2021, p. 77).

Porquanto, observa-se que essa busca por um novo perfil de família, baseada na realização dos interesses afetivos e existenciais dos seus integrantes, teve início com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que atribuiu efeitos jurídicos ao afeto, ressaltando o compromisso ético aos vínculos interpessoais. Assim, o direito de família passa a ter fundamentação na colaboração de vida, na manutenção das relações socioafetivas, restando em segundo plano as considerações de caráter patrimonial e biológico (DIAS, 2021).

Então, pode-se chegar à conclusão que o cenário familiar sofreu e continua sofrendo uma série de transformações. O conceito, antes, fechado e dogmático, deu lugar a autonomia das pessoas em suas relações familiares, para que dentro do seu contexto familiar, realize os interesses afetivos e existenciais, respeitando-se, sempre, o compromisso ético na colaboração e na manutenção das suas relações socioafetivas.

Para melhor compreensão desta temática, passa-se a discorrer sobre os princípios que regem o instituto da família.

1.2 PRINCÍPIOS QUE REGEM O INSTITUTO DA FAMÍLIA

Os princípios e regras estão presentes em, praticamente, todos os ramos do direito, são considerados a base para o ordenamento jurídico e são de suma importância, pois, direcionam a interpretação da lei e ajudam a resolver circunstâncias onde surgem dúvidas ou não positivadas na lei.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

O Código Civil de 2002 procurou adaptar-se à evolução social e aos bons costumes, incorporando também as mudanças legislativas sobrevindas nas últimas décadas do século passado. Adveio, assim, com ampla e atualizada regulamentação dos aspectos essenciais do direito de família à luz dos princípios e normas constitucionais. As alterações introduzidas visam preservar a coesão familiar e os valores culturais, conferindo à família moderna um tratamento mais consentâneo à realidade social, atendendo-se às necessidades da prole e de afeição entre os cônjuges ou companheiros e aos elevados interesses da sociedade (GONÇALVES, 2020, p.8).

Ou seja, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e as mudanças sociais, o ordenamento jurídico infraconstitucional teve que se adaptar incorporando normas condizentes com os novos princípios e valores culturais da sociedade.

Portanto, regem o direito de família, os seguintes princípios:

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS: 1) da dignidade da pessoa humana; 2) da solidariedade familiar; PRINCÍPIOS GERAIS: 3) da igualdade familiar; 4) da liberdade familiar; 5) da responsabilidade familiar; 6) da afetividade; 7) da convivência familiar; 8) do melhor interesse da criança (LOBO, 2017, p. 56).

Compreende-se que é de suma importância a existência de todos os princípios para o ordenamento jurídico, mas, para o presente trabalho, discorre-se,

primordialmente, sobre os princípios que darão base à problemática jurídico-social da responsabilidade civil pelo abandono afetivo.

O princípio da dignidade da pessoa humana tem previsão constitucional no artigo 1º, III:

Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988, s/p).

Este trouxe o reconhecimento do indivíduo com parte significativa no âmbito familiar, assistindo, não só, o próprio indivíduo, mas, também, todos os integrantes da família, levando em conta, a consideração ao indivíduo e proporcionando e garantindo os seus direitos fundamentais. (INACIA, 2019)

Para Gama, o princípio da dignidade humana proporcionou uma função individual e específica para cada membro da relação familiar, assim, como ele explica.

Do princípio da dignidade da pessoa humana decorrem a despatrimonialização e a repersonalização das relações de família, substituindo-se a ênfase no tratamento das relações patrimoniais entre cônjuges, companheiros e parentes pela valorização de aspectos existenciais, procurando -se garantir, acima de tudo, o direito da personalidade de cada membro do grupamento familiar (GAMA, 2007, p. 157).

Por fim, doutrina Paulo Lôbo, que neste princípio, encontra-se a família, como o espaço comunitário por excelência para realização de uma existência digna e da vida em comunhão com as outras pessoas, cabendo ao Estado sua total proteção (LOBO, 2017).

Outro princípio importante no contexto jurídico deste trabalho é o princípio da liberdade familiar.

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeitadas suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral (LOBO, 2017, p. 66).

Deste modo, depreende-se que o princípio da liberdade se refere a autonomia de escolha, vinculada a liberdade dentro do direito de família, tendo íntima ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, o Código Civil em seu art. 1.513, determina a independência e a autonomia da família, proibindo o Estado de intervir em qualquer ponto nesta instituição, seja em sua formação, seja no funcionamento.

Já sobre o princípio da solidariedade temos:

O princípio jurídico da solidariedade resulta da superação do modo de pensar e viver a sociedade a partir do predomínio dos interesses individuais (individualismo), que marcou os primeiros séculos da modernidade, com reflexos até a atualidade. Na evolução dos direitos humanos, aos direitos individuais vieram concorrer os direitos sociais, nos quais se enquadra o direito de família. No mundo antigo, o indivíduo era concebido apenas como parte do todo social; daí ser impensável a ideia de direito subjetivo. No mundo moderno liberal, o indivíduo era o centro de emanção e destinação do direito; daí ter o direito subjetivo assumido a centralidade jurídica. No mundo contemporâneo, busca-se o equilíbrio entre os espaços privados e públicos e a interação necessária entre os sujeitos, despontando a solidariedade como elemento conformador dos direitos subjetivos (LOBO, 2017, p.58).

Assim, denota-se a relevância deste princípio, levando em consideração a conexão entre os elementos da família, pois, a solidariedade no núcleo familiar deve ser entendida como solidária e recíproca dos cônjuges e companheiros, principalmente, no que tange a assistência material e moral. Existe o encargo, o compromisso de mútua assistência, especialmente, no que concerne aos filhos, pois a lei prescreve que a criação e educação é incumbida aos pais, até atingirem a maioridade (LOBO, 2017).

Nesta esteira, contribui Madaleno:

A solidariedade é o princípio e o oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-se mutuamente sempre que se fizer necessário (MADALENO, 2013, p. 93).

Portanto, o princípio da solidariedade é baseado no apoio e no auxílio recíproco, tanto material como moral, com a adequada assistência, proteção, sustentação e para que haja o desenvolvimento de uma família saudável.

Ademais, seguindo, tem-se o princípio da paternidade responsável:

A responsabilidade na família é pluridimensional e não se esgota nas consequências dos atos do passado, de natureza negativa, que é o campo da responsabilidade civil. Mais importante e desafiadora é a responsabilidade pela promoção dos outros integrantes das relações familiares e pela realização de atos que assegurem as condições de vida digna das atuais e futuras gerações, de natureza positiva. A família, mais que qualquer outro organismo social, carrega consigo o compromisso com o futuro, por ser o mais importante espaço dinâmico de realização existencial da pessoa humana e de integração das gerações (LOBO, 2017, 67).

Este princípio retrata o dever legal de responsabilidade dos pais com seus filhos, atribuindo aos pais o dever de realizar atos que assegurem as condições de vida digna e realização existencial dos integrantes da família, cumprindo, o disposto no art. 226, §7, da Carta Magna.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...)§ 7.º 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 (BRASIL, 1988, s/p).

É necessária uma reflexão e conscientização de todos, sobre o assunto paternidade e maternidade responsável, o dever de cuidado e afeto são substanciais para o crescimento e amadurecimento de uma criança e a falta dessa responsabilidade rompe o vínculo afetivo entre os indivíduos e pode causar inúmeros problemas futuramente (ALMEIDA, 2007).

Pereira ressalta que:

Independente da convivência ou relacionamento dos pais, a eles cabe a responsabilidade pela criação e educação dos filhos, pois é inconcebível a ideia de que o divórcio ou término da relação dos genitores acarrete o fim da convivência entre os filhos e seus pais (PEREIRA, 2012, p. 246).

Note-se, que essa responsabilidade não decorre, somente, da obrigação de alimentos, os pais devem sempre levar em consideração que não é, apenas, a assistência material que é importante, mas, também a assistência mental, emocional, afetiva, pois, os filhos precisam de cuidado, gerenciamento, educação, orientação. Sendo assim, quando o casamento ou a união acaba, isso não interrompe a responsabilidade dos pais para com os filhos (ALMEIDA, 2007).

Ademais, tem-se o princípio da igualdade jurídica dos filhos disposto nos 227, §6º da Constituição Federal e no artigo 1.596 do Código Civil:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.

(...)

§ 6.º 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. (BRASIL, 1988)

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL, 2002).

Segundo esse princípio, não existe mais espaço para a distinção entre família legítima e ilegítima, existente na codificação anterior ou qualquer outra expressão que deprecie ou diferencie os membros da família. Isso, porque a filiação é um fato da vida, ser filho de alguém independe da existência de um vínculo conjugal válido, união estável, concubinato ou mesmo relacionamento amoroso adulterino, devendo todos os filhos ser tratados da mesma forma (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2021).

Por fim, tem-se o princípio da afetividade.

Demarcando seu conceito, é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida. Recebeu grande impulso dos valores consagrados na Constituição de 1988 e resultou na evolução da família brasileira, nas últimas décadas do século XX, refletindo-se na doutrina jurídica e na jurisprudência dos tribunais. O princípio da afetividade entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família (LOBO, 2017, p.70).

Esse princípio junta os indivíduos pelo apreço, pelo sentimento, ou seja, o desejo de querer elaborar e uma família com base na harmonia. O princípio da afetividade não está, expressamente, em nosso ordenamento jurídico, se encontra implícito na CF/88 como um elemento estimulante da família, ao qual, as pessoas devem viver em comunhão e com o compromisso da afetividade.

A doutrinadora Dias (2006), também, discorre sobre a importância do âmbito familiar, principalmente, na construção de um indivíduo e de seus valores, baseados nos laços de afetividade, classificando essas famílias como eudemonistas, ou seja, que busca a felicidade particular, vivendo um desenvolvimento de autonomia e liberdade de seus elementos. O eudemonismo é o ensinamento que ressalta o significado de busca do indivíduo por sua própria felicidade.

Assim nas palavras de Dias:

Cada vez mais se reconhece que é no âmbito das relações afetivas que se estrutura a personalidade da pessoa. É a afetividade, e não a vontade, o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais: o afeto entre as pessoas organiza e orienta o seu desenvolvimento. A busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade enseja o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida. Esse, dos novos vértices sociais, é o mais inovador. Surgiu um novo nome para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo: família eudemonista (DIAS, 2006, p. 45).

Dias (2006, p. 60) ministra que “a consagração do afeto”, “que une e enlaça duas pessoas”, tornou-se “direito fundamental” das famílias. E é sobre o afeto e os laços de afetividade e a sua relevância que a família atinge sua função social e se torna um instrumento adequado e eficiente.

Analisando o afeto, Madaleno defende que:

O afeto é a mola propulsora dos laços familiares para dar sentido e dignidade à existência humana. Nos vínculos de filiação e parentesco a afetividade deve estar sempre presente, pois os vínculos consanguíneos não se sobrepõem aos liames afetivos, ao contrário, a afetividade pode sobrepor-se aos laços consanguíneos (MADALENO, 2013, p. 98-99).

Assim como a afetividade é o princípio basilar do Direito de Família, os outros princípios, também, são primordiais para a manutenção de uma família saudável, quando há o rompimento ou o descumprimento de qualquer desses princípios, os membros da família e, principalmente, os filhos, sofrem muitos danos e ficam por diversas vezes desamparados.

Por isso, o objetivo deste trabalho é buscar respostas jurídicas sobre a possibilidade de responsabilização civil pelo abandono afetivo.

Isto, porque se tem observado a separação ou divórcio dos pais da criança, e, conseqüentemente, por diversas vezes, um dos pais tem abandonado e descumprido o seu dever legal de cuidado e responsabilidade pelo filho.

A dissolução do vínculo conjugal não pode, nem deve significar o rompimento ou alteração do vínculo parental. Por outro lado, os laços de sangue não são suficientes para garantir a maternidade e a paternidade, que é muito mais um exercício diário no convívio, na cumplicidade, no estabelecimento de regras e limites, no companheirismo e no amor. É assim que se estabelecem os mais sólidos e profundos vínculos, invisíveis aos olhos da genética. Em outras palavras, paternidade e maternidade são funções exercidas, voltadas à segurança, à proteção, ao acolhimento, podendo ser encontrada nas famílias, entre os entes queridos, com os quais nos relacionamos desde o início de nossa existência. O exercício da paternidade e da maternidade – e,

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

Portanto, tendo demonstrado o conceito de família, sua importância e relevância social para a sociedade, Estado e sobretudo, para os filhos, também, titulares da proteção integral do Estado.

No próximo capítulo, será analisada a possibilidade jurídica da responsabilidade civil pelo abandono afetivo, decorrente do descumprimento dos deveres legais,

2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Este capítulo tem como objetivo conceituar a responsabilidade civil no âmbito jurídico brasileiro, bem como discorrer sobre os pressupostos ensejadores da responsabilização.

A palavra “responsabilidade” tem sua origem no verbo latino *respondere*, significando a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade, contendo, ainda, a raiz latina de *spondeo*, fórmula através da qual se vinculava, no Direito Romano, o devedor nos contratos verbais (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 44).

De acordo com José de Aguiar Dias, “Toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade”, por isso o Direito Positivo determina as regras para a convivência social, prevendo punições a todo aquele que as infringe e cause lesões a terceiros (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019).

Este direito encontra-se previsto, inicialmente, no Código Civil, artigo 186 e 187:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito (BRASIL, 2002).

Art. 187. 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 (BRASIL, 2002, s/p).

Em consequência do ato ilícito praticado, o autor fica obrigado a reparar o dano, conforme disposto no artigo 927 do mesmo Código: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. (BRASIL, 2002).

Outra questão importante de se ressaltar é que o Código Civil adotou a teoria dualista de responsabilidade, considerando a Responsabilidade Civil Contratual e a Responsabilidade Extracontratual ou Aquiliana (GONÇALVES, 2016).

O inadimplemento contratual acarreta a responsabilidade de indenizar as perdas e danos, nos termos do art. 389 do Código Civil. Quando a responsabilidade não deriva de contrato, mas de infração ao dever de conduta (dever legal) imposto genericamente nos arts. 186, 187 e 927 do mesmo diploma, diz-se que ela é extracontratual, também chamada de aquiliana, por ter sido regulada na *Lex Aquilia*, do direito romano (GONÇALVES, 2016, p. 431).

Isto posto, verifica-se que a responsabilidade, que mais se enquadra ao presente trabalho, é a Responsabilidade Extracontratual ou Aquiliana, que é aquela decorrente do descumprimento de dever legal, no entanto, para que se verifique a responsabilidade, são necessários alguns pressupostos ensejadores, que serão discutidos no subtítulo a seguir.

2.1 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

De acordo com Gagliano e Pamplona (2019), podemos extrair os seguintes elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil: a conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo e o nexo de causalidade.

Como já dito e, também, nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 72) “a responsabilidade civil é a expressão obrigacional mais visível da atividade humana”, ou seja, para o primeiro pressuposto - conduta - não basta que esta seja qualquer conduta, mas precisa ser, necessariamente, uma conduta humana.

Como, por exemplo, um fato da natureza: fato jurídico em sentido lato é capaz de causar dano, não geraria responsabilidade civil, por não poder ser atribuído ao homem. Apenas o homem, portanto, por si ou por meio das pessoas jurídicas que forma, poderá ser civilmente responsabilizado. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019).

Nesse contexto, fica fácil entender 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. Assim, em nosso entendimento, até por um imperativo de precedência lógica, cuida-se do primeiro elemento da responsabilidade civil a ser estudado, seguido do dano e do nexo de causalidade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 72).

Ademais, o ordenamento jurídico, também, prevê a conduta na forma omissiva:

Trata-se da atuação omissiva ou negativa, geradora de dano. Se, no plano físico, a omissão pode ser interpretada como um “nada”, um “não fazer”, uma “simples abstenção”, no plano jurídico, este tipo de comportamento pode gerar dano atribuível ao omitente, que será responsabilizado pelo mesmo. Observe, aliás, que o art. 186 impõe a obrigação de indenizar a todo aquele que “por ação ou omissão voluntária” causar prejuízo a outrem. É o caso da enfermeira que, violando as suas regras de profissão e o próprio contrato de prestação de serviços que celebrou, deixa de administrar os medicamentos ao

seu padrão, por dolo ou desídia (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 75).

Ante o exposto, observa-se que o núcleo fundamental da noção de conduta é a vontade humana, que resulta, exatamente, da liberdade de escolha do agente imputável, com o discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019)

Superando essa parte, seguimos para o segundo pressuposto da responsabilidade civil extracontratual, o dano ou prejuízo.

Depreende-se que ninguém pode ser responsabilizado civilmente, sem a comprovação do dano. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2016, p.438), “o dano pode ser patrimonial (material) ou extrapatrimonial (moral), ou seja, sem repercussão na órbita financeira do lesado.”

Mesmo que haja violação de um dever jurídico e que tenha existido culpa, e até mesmo dolo, por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo. A inexistência de dano torna sem objeto a pretensão à sua reparação (GONÇALVES, 2016, p. 438).

Por enquanto, concluímos que para ensejar a responsabilidade civil extrapatrimonial, deve-se existir uma conduta humana voluntária, omissiva ou comissiva. A conduta omissiva consiste no deixar de fazer, de alguém que tinha o dever legal de agir, porém, se omitiu. E a conduta comissiva é o agir, quando a lei dispõe o contrário. Ambas as condutas, para que ensejem a responsabilidade civil, devem ser humanas, voluntárias e terem causado dano moral ou material a outrem. Agora, seguiremos para o nexa causal, terceiro pressuposto exigido

Para Flávio Tartuce (2021), o nexa de causalidade é 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.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira (1994. p. 75.): “Para que se concretize a responsabilidade, é indispensável que se estabeleça uma interligação entre a ofensa à norma e o prejuízo sofrido, de tal modo que se possa afirmar ter havido o dano ‘porque’ o agente procedeu contra o direito”.

Portanto, é mister que se comprove o nexa de causalidade entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima.

Destarte, o Código Civil adotou a teoria clássica de modo geral, também, chamada de teoria da culpa ou subjetiva, empregando a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Portanto, não havendo culpa, não há responsabilidade. A disposto, diz ser subjetiva a responsabilidade, quando está se apresenta na ideia de culpa. Assim a prova da culpa, em sentido lato, abrangendo o dolo ou a culpa em sentido estrito, passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável (GONÇALVES, 2016).

Ante o exposto, entende-se que, para atribuir a responsabilidade a alguém, não é suficiente atribuir-lhe a autoria de ato ilícito, mas, prescinde, também, a demonstração de culpa. Assim, ao lesado incumbe o ônus de provar culpa ou dolo do causador do dano e o nexo de causalidade (GONÇALVES, 2016).

No próximo capítulo será analisada a possibilidade de responsabilidade civil por abandono afetivo.

3 POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Nas palavras de Pablo Stolze (2020, s.p), “a paternidade e a maternidade são amalgamadas no afeto e não apenas no sangue, estas trazem, em si, o gérmen da responsabilidade”. Assim como diria o pequeno príncipe. Você se torna responsável por aquele que você cativa.

A paternidade/maternidade deve ser vista de forma independente da existência ou não do tipo de relacionamento entre os pais. O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, por si só, deveria ser o suficiente para que o ordenamento jurídico brasileiro garantisse o convívio do(s) filhos(s) com ambos os pais e a assistência de ordem não material aos filhos. Ou seja, participar, interferir, colocar limites, enfim, educar são deveres fundamentais dos pais, que não se rompem com o fim da conjugalidade. (MADALENO, 2015, p. 402).

Neste sentido, a problemática social que ensejou a produção desse trabalho, partiu da observância do crescente número de divórcios, dissolução de uniões estáveis e lares destruídos, aliados a muitas crianças e adolescentes sendo abandonados, afetivamente, pelos pais, descumprindo seu dever legal de cuidado e educação. Pois, com a separação, logo os pais constituem novas famílias, concebem novos filhos e os filhos do antigo relacionamento são abandonados afetivamente.

Mas o que seria abandono afetivo?

Abandono afetivo, destacado na “teoria do desamor”, criada pela Dr^a Giselda Maria Fernandes Moraes Hironaka, trata-se de um mecanismo que discute a possibilidade de indenização pelo pai ou mãe que, mesmo tendo cumprido a obrigação de ajudar financeiramente o filho, não o fez no aspecto emocional. (ORTEGA, 2017)

Discorre Madaleno que:

Geralmente, para que se caracterize a responsabilidade civil com consequência indenizatória, é necessário que estejam presentes três elementos: ação (caráter comissivo ou omissivo, a conduta ilícita); dano ou prejuízo causado (material ou psíquico que atinja os atributos da personalidade como a honra e a dignidade); e o nexo de causalidade, isto é, a conduta e o resultado entre o dano e a ação (BRASIL, ano, arts. 186, 187 e 927 do CC).

Ou seja, como outrora discorrido, a responsabilização extracontratual enseja a possibilidade de indenização pelo que descumprir um dever legalmente imposto. No caso em tela, essa possibilidade encontra-se justificada no descumprimento do dever

legal dos pais, em gerir a educação do filho, conforme disposto no artigo 229 da Constituição Federal de 1988:

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade (BRASIL, 1988).

Este dever legal, também, encontra-se positivado no artigo 1634 e 1566, inciso IV do Código Civil, vejamos:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584 ;

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

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

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

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

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

IV - sustento, guarda e educação dos filhos; (BRASIL, 2002, s/p).

Deste modo, para que haja a imposição da obrigação de indenizar, deve-se verificar uma atuação lesiva ao direito, sendo o descumprimento do poder familiar pelos genitores, fato gerador suficiente para ensejar reparação (MADALENO, 2015)

Neste sentido discorre Gagliano e Pamplona Filho que:

Os partidários da tese defendem a ideia de uma paternidade/maternidade responsável, em que a negativa de afeto, gerando diversas sequelas psicológicas, caracterizaria um ato contrário ao ordenamento jurídico e, por isso, sancionável no campo da responsabilidade civil. Já aqueles que se contrapõem à tese sustentam, em síntese, que a sua adoção importaria em uma indevida monetarização do afeto, com o desvirtuamento da sua essência, bem como a impossibilidade de se aferir quantidade e qualidade do amor dedicado por alguém a outrem, que deve ser sempre algo natural e espontâneo, e não uma obrigação jurídica, sob controle estatal (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 856).

De toda forma, entende-se que a maternidade/paternidade deve ser cumprida de forma responsável, devendo o Estado intervir quando houver o seu descumprimento, tendo em vista as diversas sequelas psicológicas que sofrem as crianças e adolescentes abandonadas, afetivamente.

Ante o exposto, verifica-se que mesmo sendo um tema de extrema relevância social, o legislador, ainda, não abarcou essa situação jurídica diretamente, deixando à mercê do judiciário todas as decisões, em especial o Superior Tribunal de Justiça. Por isso, o próximo tópico, deste trabalho, ficará incumbido de analisar a jurisprudência e o seu posicionamento sobre a responsabilidade civil pelo abandono afetivo.

3.1 A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No Brasil, o abandono afetivo ganhou notoriedade por volta do ano de 2005, no caso de Alexandre Fortes, que ficou conhecido como Caso Alexandre. Este narra que foi criado, cuidado e amado pelo seu pai até, aproximadamente 6 anos de idade, quando seus pais romperam o relacionamento, constituindo uma nova família, abandonando-o e oferecendo-lhe apenas desconsideração e frieza (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2021).

Por isso, Alexandre resolve ajuizar uma demanda indenizatória contra seu pai, por abandono afetivo, momento em que o antigo Tribunal de Alçada Civil de Minas Gerais condena seu genitor a indenizá-lo. Nesta ocasião, com a reforma da decisão de primeira instância, o genitor foi condenado a pagar a indenização de duzentos salários mínimos a Alexandre, por tê-lo abandonado, afetivamente e privando-o de sua convivência, apesar de ter arcado com os alimentos para seu sustento, abandonando-o, apenas, no plano do afetivo (TARTUCE, 2021).

Como consequência de sua repercussão histórica, este caso chega ao Superior Tribunal de Justiça, que em 29 de novembro, reforma a condenação por danos morais em favor do pai de Alexandre, alegando que não haveria responsabilidade civil por abandono afetivo. Ou seja, o Superior Tribunal de Justiça se posicionou por não acatar a tese da responsabilidade civil por abandono afetivo (TARTUCE, 2021).

Responsabilidade civil. Abandono moral. Reparação. Danos morais. Impossibilidade. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 757.411/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, votou vencido o Min. Barros Monteiro, que dele não conhecia. Os Ministros Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezini e Cesar Asfor Rocha votaram com o Ministro relator. Brasília, 29 de novembro de 2005 – data de julgamento (BRASIL, 2005, p. 228).

Em síntese, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o pai não estaria obrigado a conviver com o filho, não havendo que se falar em dever de indenizar, pois, não foi reconhecido o ato ilícito, aduzindo que a única consequência do abandono afetivo, seria a perda do poder familiar (TARTUCE, 2021).

Diante dos fundamentos alegados pela corte superior, questionou-se: O estado brasileiro dar como única resposta ao pai ou a mãe que abandona afetivamente o seu filho, a perda do poder familiar, não estaria sendo essa consequência um prêmio, ao invés de uma sanção? (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2021).

Na época, essa foi uma das indagações feita por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, grande precursora da defesa da tese pela possibilidade da indenização, demonstrando a sua irresignação, frente à decisão prolatada pelo STJ. Essa declaração começou a fazer com que a doutrina se movimentasse, para fazer com que a jurisprudência entendesse a tese da responsabilidade civil por abandono afetivo por outro viés (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2021).

Isso, porque da mesma forma em que se fala em função social do contrato ou função social da propriedade, função social da empresa, existe, também, a função social da responsabilidade civil. O reconhecimento da responsabilidade civil, por abandono afetivo, é o reconhecimento da função social pela responsabilidade civil (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2021).

Ademais, não há que se falar que a responsabilização de genitores pelo abandono afetivo estaria sendo a monetizando relações de afeto, isso, porque não há como obrigar um pai a amar um filho. A indenização, nestes casos, não tem apenas, um aspecto compensatório, mas, principalmente pedagógico, punitivo e de desestímulo. Em outros termos, a compreensão da teoria da Responsabilidade por abandono afetivo pressupõe duas premissas: a função social da responsabilidade civil

e indenização com aspecto não apenas indenizatório, mas, também, um aspecto pedagógico-punitivo (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2021).

Portanto, nesse primeiro momento, o STJ não acatou a tese da responsabilidade civil por abandono afetivo, alegando que a única consequência seria a perda do Poder Familiar, até que em 2012, no caso de Luciane Souza, a ministra Nancy Andrighi, em um acórdão pioneiro, acatou a tese da responsabilidade civil por abandono afetivo (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2021).

Civil e processual civil. Família. Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/1988. 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 abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido” (STJ, REsp 1.159.242/SP, 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.04.2012, DJe 10.05.2012). (BRASIL, 2012, s/p).

O referido acórdão, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, cujo voto condutor, aduz ser plenamente admissível aplicar o conceito de dano moral nas relações de família, pois, o abandono afetivo constitui descumprimento do dever legal de cuidado, criação, educação e companhia, presente, implicitamente, no artigo 227 da Constituição Federal, omissão que caracteriza ato ilícito, passível de compensação pecuniária, aplicando-se a ideia de cuidado como valor jurídico. (TARTUCE, 2021)

Utilizando-se de fundamentos psicanalíticos, a eminente relatora afirmou a tese de que tal sofrimento imposto à prole deve ser compensado financeiramente, reconhecendo o nexos causal entre a conduta do pai, que não reconheceu, voluntariamente, a paternidade de filha, havida fora do casamento e o dano a ela

causado pelo abandono. Outrossim, a ministra entendeu por reduzir o *quantum* reparatório que foi fixado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), expondo a frase que ficou fortemente marcada nos meios sociais e jurídicos: “*amar é faculdade, cuidar é dever*” (TARTUCE, 2021).

O acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça representa correta concretização jurídica dos princípios da dignidade e da solidariedade; sem perder de vista a função pedagógica que deve ter a responsabilidade civil. Espera-se, assim, que esse último posicionamento prevaleça na nossa jurisprudência, visando a evitar que outros pais abandonem os seus filhos. De acordo com entrevista dada ao Jornal Folha de S. Paulo, de 5 de maio de 2012, a autora da ação, Luciane Souza, pretendia apenas um mínimo de atenção de seu pai, o que nunca foi alcançado. Diante das perdas imateriais irreparáveis que sofreu, não restava outro caminho que não o da indenização civil (TARTUCE, 2021, p. 2016).

Segundo José Fernando Simão, decisões, como essas, representam muito para Luciane e para outras pessoas abandonadas afetivamente. Não se compensa o vazio, mas, dá uma sensação de que a conduta prejudicial não ficou impune e para outros filhos abandonados, nasce a esperança de que poderão receber, do Poder Judiciário, uma decisão que puna os maus pais, já que não receberam o afeto e nunca receberão (SIMÃO, 2012 apud TARTUCE, 2021).

Assim, conforme o discutido, observa-se o posicionamento do STJ, em dois momentos: primeiro em 2005, quando decidiu por não acolher a tese de responsabilidade civil, pelo abandono afetivo no caso de Alexandre e, em 2012, no caso de Luciane, quando começou a adotar a referida tese. Mas, e hoje? Qual será o posicionamento atual do STJ? É o que se pretende elucidar, a seguir, no fim deste trabalho.

3.2 POSICIONAMENTO ATUAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Julgados atuais, do Superior Tribunal de Justiça, têm apontado no sentido de que a responsabilidade civil, por abandono afetivo, exige detalhada demonstração do ilícito civil, não sendo possível pleitear a responsabilidade civil pelo abandono afetivo antes do reconhecimento da paternidade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2021).

Em síntese, a evolução que se verifica é que, em 2005, a tese não foi acatada pelo STJ, que mudou seu posicionamento, somente em 2012 e, nos dias atuais, admite-se, excepcionalmente, diante detalhada demonstração do ilícito para sua caracterização, bem como demonstração de danos psicológicos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2021).

Outra questão importante a ser ressaltada, é que a responsabilidade civil por abandono afetivo pressupõe o prévio reconhecimento da paternidade, isso significa que, antes do ingresso na demanda indenizatória, é obrigatória a prévia investigação e o reconhecimento da paternidade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2021).

Quanto à hipótese de prescrição da pretensão reparatória de abandono afetivo, tem-se a jurisprudência no AREsp 1270784/sp, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Julgado em 12/06/2018, Dje 15/06/2018:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REPARATÓRIA. ABANDONO AFETIVO. CONHECIMENTO PRÉVIO DA PATERNIDADE. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. MAIORIDADE. 1. A eg. Quarta Turma desta Corte já decidiu que, sendo a paternidade biológica do conhecimento do autor desde sempre, o prazo prescricional da pretensão reparatória de abandono afetivo começa a fluir a partir da maioridade do autor. (REsp 1298576/RJ, DJe 06/09/2012) 2. Agravo interno não provido. (BRASIL, 2018, s/p).

Porquanto, para fins de prescrição, o prazo começa a fluir a partir da maioridade do autor, com base no artigo 206, parágrafo 3º, inciso V, do Código Civil. Na opinião de Pablo Stolze, esse prazo tem duração de 3 anos, após iniciado, bem como, em caso de uma possível emancipação, esse prazo começaria a correr a partir da data da emancipação. Já, Flávio Tartuce diz não concordar com essa forma de julgar, considerando os danos decorrentes do abandono afetivo como continuados, sendo assim, não havendo que se falar em prescrição, por ausência de um termo inicial para a contagem do prazo.

Conclui-se que não se trata de uma teoria de fácil aplicação, dificultando o acesso ao direito dessas pessoas lesadas, não só, pela difícil caracterização ao atendimento dos requisitos requeridos pelo STJ, mas, porque o caminho de uma decisão perdida em sede de 1º grau, até a sua possível reformulação, no Superior Tribunal de Justiça tem um caminho extremamente longo, fazendo-se necessária a regulação direta pelo poder legislativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando se iniciou o presente trabalho de pesquisa, observou-se o crescente número de divórcios e lares destruídos aliados a muitas crianças e adolescentes, sendo abandonados afetivamente pelos pais, descumprindo seu dever legal de cuidado e educação. Por isso, era importante estudar sobre a possibilidade de responsabilidade civil por abandono afetivo.

Diante disso, a pesquisa teve, como objetivo geral, verificar a possibilidade dessa pretensão jurídica frente a legislação vigente, bem como analisar o entendimento jurisprudencial do Tribunal Superior sobre o assunto. Sendo este atendido, pois, o trabalho conseguiu identificar que o dever de cuidado e educação dos pais para com os filhos, encontra-se positivado na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, bem como, intrinsecamente, nos princípios basilares que permeiam o direito de família. E que, mesmo que não exista uma norma específica regulando o caso, essa situação já tem um histórico, significativamente, favorável no Superior Tribunal de Justiça.

O primeiro objetivo específico, era conceituar o instituto família e demonstrar a importância do princípio da afetividade e dos outros princípios para a manutenção de uma família saudável, pois, quando há o rompimento ou o descumprimento de qualquer desses princípios, com a quebra dos laços afetivos, do descumprimento da paternidade responsável, os membros da família, principalmente, os filhos, sofrem muitos danos e ficam por diversas vezes desamparados. O segundo objetivo específico era conceituar responsabilidade civil e os seus pressupostos ensejadores, objetivo alcançado, através, da reflexão acerca dos dispositivos e doutrinas sobre o tema. Já, o terceiro objetivo específico era analisar a possibilidade de responsabilidade por abandono afetivo, no Superior Tribunal de Justiça, bem como, fazer uma breve análise do histórico de decisões acerca do tema e pontuar o seu atual entendimento, o que foi possível, também, através de pesquisas de acórdãos e referências bibliográficas em torno do assunto

O trabalho partiu da hipótese de que o problema poderia ser resolvido com uma efetiva atuação do legislativo, observando ao longo do trabalho a efetiva omissão legislativa, tendo como caminho alternativo, a busca pelo direito no Superior Tribunal de Justiça, já que, ainda, não existe jurisprudência consolidada.

A solução do problema que, inicialmente, pensava-se consistir na repressão pela via judiciária, demonstrou-se limitada, demandando a inclusão de previsão no

Código Civil e, também, no Código Penal, de um tipo específico de ato ilícito, decorrente do descumprimento do dever legal de paternidade e maternidade, que também, agiria de forma a desmotivar o comportamento de abandono aos filhos.

Igualmente, o Poder Executivo poderia usar de suas atribuições para fazer uma ampla divulgação dessas novas medidas, a fim de usar de meio pedagógico e punitivo, buscando a conscientização populacional.

Assim, os três poderes, em suas devidas funções, iriam estar preparados para combater esse novo mal social, infiltrado na atualidade e as infinitas outras possibilidades que daí podem decorrer, resguardando de forma séria e legítima o princípio da dignidade humana, porque, como já disse a Ministra Nancy Andrighi: “Amar é uma faculdade, mas cuidar é dever!”

Para futuras pesquisas, recomenda-se a produção de uma pesquisa de campo e a colheita de dados, com um determinado número de pessoas, visando a constatação da opinião pública sobre o abandono afetivo e quais as consequências biopsicossociais para as vítimas do abandono.

Desta forma, seria possível medir o senso comum acerca desta problemática, e analisar as consequências para além das fronteiras jurídicas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Lara Oleques de. **A Função Social da Família e a Ética do Afeto: transformações jurídicas no direito de família**. Marília, SP: [s.n.], 2007. Disponível em: http://www.univem.edu.br/cursos/tc_direito/lara_oleques.pdf. Acesso em: 01 abr 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4a Turma). **Recurso Especial nº 757411/MG** RESPONSABILIDADE CIVIL - ABANDONO MORAL - REPARAÇÃO - DANOS MORAIS - IMPOSSIBILIDADE . A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. Recorrente: V.P.F.O. Advogados: João Bosco Kumaira e outros. Recorrido: A. B. F. (menor), assist. por: V.B.F. Advogados: Rodrigo da Cunha Pereira e outros. Relatora: Min. Fernando Gonçalves, 25 de novembro de 2005. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/4645>>. Acesso em: 03 abr. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4a Turma). **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 0000008-75.2013.8.26.0404 SP 2018/0072605-1**. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REPARATÓRIA. ABANDONO AFETIVO. CONHECIMENTO PRÉVIO DA PATERNIDADE. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. MAIORIDADE. 1. A eg. Quarta Turma desta Corte já decidiu que, sendo a paternidade biológica do conhecimento do autor desde sempre, o prazo prescricional da pretensão reparatória de abandono afetivo começa a fluir a partir da maioridade do autor. Recorrente: André Franca da Silva. Recorrido: José Ribeiro de Mendonça. Relatora: Min. Luís Felipe Salomão, 12 de junho de 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595896373/agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-aresp-1270784-sp-2018-0072605-1/inteiro-teor-59589638>. Acesso em: 04 abr. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3a Turma). **Recurso Especial nº 1159242/SP 2009/0193701-9**. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas 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, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto

de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. Recorrente: André Franca da Silva. Recorrido: José Ribeiro de Mendonça. Relatora: Min. Nancy Andrichi, 24 de Abr. de 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595896373/agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-aresp-1270784-sp-2018-0072605-1/inteiro-teor-595896389>. Acesso em: 04 abr. 2021

BRASIL,[Constituição (1988)]. **Constituição da República Federal do Brasil** de 1988: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 30 mar 2021.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no Direito de Família**. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/file/principio_da_afetividade_no_direito_de_familia.pdf. Acesso em: 20 mar. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3 ed. (rev. / atual. / ampl.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. Disponível em: <https://entreamigoslivraria.com.br/produto/manual-de-direito-das-familias-2020-13-edicao-revista-atualiza-e-ampliada/>. Acesso em: 20 mar 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, v. 3 : responsabilidade civil** 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2019. Disponível em:<https://www.saraiva.com.br/novo-curso-de-direito-civil-responsabilidade-civil-vol-3-17-ed-2019-10506646/p>. Acesso em: 20 mar. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. Disponível em: <https://www.saraiva.com.br/novo-curso-de-direito-civil-1-parte-geral-9428486/p>. Acesso em: 25 Abr 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **NOVO CURSO DE DIREITO CIVIL 3 - RESPONSABILIDADE CIVIL**. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2021. 9786555593624. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593624/>. Acesso em: 25 Abr 2021

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **NOVO CURSO DE DIREITO CIVIL 6 - DIREITO DE FAMÍLIA**. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2021. 9786555592511. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555592511/>. Acesso em: 10 Mai 2021
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555592511/>. Acesso em: 25 abr 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil - Volume único**. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2021. 9786555595987. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555595987/>. Acesso em: 25 Abr. 2021

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GUERRA, Leandro dos Santos. Função social da família. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). **Função social no Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

GONÇALVES, Carlos. R. **Responsabilidade Civil**. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2019. 9788553617173. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617173/>. Acesso em: 25 Abr. 2021.

GONÇALVES, Carlos. R. **Direito civil brasileiro v 6 - direito de família**. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2019. 9788553615995. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553615995/>. Acesso em: 25 Abr 2021

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva nas relações entre pais e filhos** – Além da obrigação legal de caráter material. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/> Acesso em: 21 mar 2021

INACIA, Elza. **Novos arranjos familiares dentro do ordenamento jurídico**. 2019. Disponível em: <https://euza1008.jusbrasil.com.br/artigos/593076827/novos-arranjos-familiares-dentro-do-ordenamento-juridico?ref=amp>. Acesso em: 30 mar. 2021

LOBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, n.12. 2004 Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/128/Entidades+familiares+constitucionalizadas:+para+al%C3%A9m+do+numerus+clausus> acesso em 30 mar.2021

LÔBO, P. L. **Direito civil 5 - famílias**. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2017. 9788547229108. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547229108/>. Acesso em: 26 abr 2021

MR. **Direito de Família**. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2021. 9786559640515. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640515/>. Acesso em: 26 abr 2021

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil** - volume V - Direito de Família. 22. ed. 2014. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

ROLF, M.; (COORD.), B.E. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2015. 9788597000689. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000689/>. Acesso em: 25 Abr. 2021.

TARTUCE. Flávio. **O princípio da afetividade no direito de família - breves considerações**. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/> Acesso em: 04 abr 2021.

TARTUCE. Flávio. **Direito Civil - Direito de Família - Vol. 5**. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2021. 9788530993818. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993818/>. Acesso em: 25 Abr. 2021.