



Septiembre 2019 - ISSN: 1988-7833

RESPONSABILIDADE CIVIL SOBRE ABANDONO AFETIVO

LIABILITY OF ABANDONMENT AFFECTIVE

Cícero Krupp Da Luz –

Doutor em Relações Internacionais pela Universidade de São Paulo - USP (Bolsa FAPESP). Pesquisador visitante da Sciences Po Paris - L'Institut d'Études Politiques - IEP. Mestre em Direito Público e Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (Bolsa CNPq). Participante do Programa da Fundação Friedrich-Ebert-Stiftung para Cooperação Estratégica entre Brasil e União Europeia; Professor da Graduação e do Mestrado em Constitucionalismo e Democracia da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Professor e pesquisador na área de Direito Internacional e Relações Internacionais, com ênfase em globalização, direitos humanos, imigrações e União Europeia.

Email para contato: ciceroluz@gmail.com

Link para consulta do currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/8090593466236407>

Thatiana Mara Dorigati –

Mestranda em Direito Constitucional e Democracia pelo programa de Mestrado da Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. Especialista em Direito de Família pela Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM.

Email para contato: thatianadorigati@gmail.com

Link para consulta do currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/3451421944193817>

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Cícero Krupp Da Luz y Thatiana Mara Dorigati (2019): “Responsabilidade civil sobre abandono afetivo”, Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (septiembre 2019). En línea:

<https://www.eumed.net/rev/ccss/2019/09/responsabilidade-civil-abandono.html>

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Acerca da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro; 3 princípios constitucionais pertinentes à matéria; 3.1 Isonomia entre o homem e a mulher; 3.2 Absoluta isonomia entre os filhos; 3.3 Dignidade da pessoa humana; 3.4 Dever de guarda e sustento; 4 Legislação infraconstitucional incidentes; 4.1 Os deveres constantes no Código Civil; 4.2 Os deveres constantes no Estatuto da Criança e do Adolescente; 5 Omissões advindas da relação familiar; Considerações finais; Referências bibliográficas

RESUMO

A responsabilidade civil é uma das matérias mais pertinente ao direito, perfazendo a obrigação de um indivíduo (devedor) ao outro (credor). Por esta inserção, gera o dever de indenizar quando decorrente de ação ou omissão que gere um dano a outrem. Aplicado ao direito de família, especificamente pela ausência do cuidado e do afeto, insere-se a responsabilidade civil por abandono afetivo (ou por

negligência/omissão no dever de cuidado).

Palavras-chave: Omissão. Abandono Afetivo. Dever de Cuidado. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

Liability is one of the issues most pertinent to the right, making the obligation of an individual (debtor) to another (creditors). For this insertion, generates the duty to indemnify when resulting from action or inaction that generates a harm to others. Applied to family law, specifically the lack of care and affection, is part of the civil liability for abandonment affective (or neglect / failure in duty of care).

Keywords: Omission. Affective abandonment. Duty of Care. Liability.

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil, tal qual preconizado no artigo 186 e 927 do Código Civil¹ é objeto de grande utilização no direito civil brasileiro.

Decorre de uma ação ou omissão voluntária de um indivíduo que, com tal ato, acaba por transgredir um direito alheio, nascendo uma obrigação decorrente de força legal e, portanto, não convencionada pelas partes, embora o modo de execução desta obrigação possa vir a ser objeto de transação entre credor e devedor².

Aplicando-se tal instituto ao Direito das Famílias³, tem-se a incontestável possibilidade de caracterização de atos ilícitos dentro do seio familiar, sendo, notadamente, os aspectos psicológicos os danos mais severos que se pode visualizar, devendo-se, entretanto, filtrar os elementos fáticos de modo a não banalizar o instituto aplicado ao seio afetivo, necessitando adequar os entendimentos da doutrina e da práxis aos casos concretos, devido às peculiaridades que se pode encontrar no âmbito familiar.

A aplicação das regras da responsabilidade civil na seara familiar, portanto, dependerá da ocorrência de um ato ilícito, devidamente comprovado. A simples violação de um dever decorrente de norma familiar não é idônea, por si só, para a reparação de um eventual dano⁴.

¹ 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. Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

² A teoria da responsabilidade civil se “resume ao *dever de indenizar*”, quando “derivada de um *ato ilícito*”, sendo a “*o delicto civil*” um dos “atos mais prolíficos de obrigações. A lei impõe aos que o cometem a obrigação típica de reparar o dano que causa”. Cf. GOMES, Orlando. *Obrigações*. Revista, atualizada e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002 por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 40-41.

³ Expressão esta cunhada pelo Prof. Paulo Lôbo e Maria Berenice Dias, em virtude do preceito Constitucional da pluralidade familiar. Cf. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. xxxi.

⁴ Idem, p. 116.

Tem-se a clara necessidade de averiguação, dentro de um caso específico, a possibilidade de aplicação das regras de responsabilidade civil descritas no *codex civilis* em vigor.

Em observância às normas constitucionais de tutela dos Menores, bem como o caráter protecionista das legislações infraconstitucionais em vigor⁵, deve-se visualizar se é possível a caracterização da negativa de afeto como elemento ensejador da responsabilidade civil e, conseqüentemente, o dever de indenizar, seja este um dano patrimonial ou extrapatrimonial.

O tema causa divergência em pontos específicos, determinando uma cisão na doutrina e na jurisprudência, que ora admitem a possibilidade de ser caracterizado o abandono afetivo e, noutra giro entendem pela impossibilidade de caracterização de tal dano.

Neste prisma, tem-se o posicionamento de Maria Berenice Dias⁶:

Nesse extenso rol não consta o que talvez seja o mais importante dever dos pais com relação aos filhos: o dever de lhes dar amor, afeto e carinho. A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a vertentes patrimoniais. A essência do poder parental é a mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar. Daí a atual orientação jurisprudencial que reconhece a responsabilidade civil do genitor por abandono afetivo, em face do descumprimento do dever inerente à autoridade parental de conviver com o filho, gerando obrigação indenizatória por dano afetivo.

Estas questões encontram resistência quando colocadas à prova do Poder Judiciário, que preconiza a não possibilidade da caracterização de um dano moral por abandono afetivo:

A indenização por dano moral pressupõe a prática de um ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 (atual art. 186 do Código Civil de 2002) o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária⁷.

Todavia, como decorrentes de uma sistemática Constitucional que impõe o dever de afeto na criação e formação dos filhos menores, como se visualizar a Responsabilidade Civil por abandono afetivo?

2. ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

⁵ V.g. O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90 "Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências".

⁶ DIAS. Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 6ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010, p. 382.

⁷ STJ. Ac. 4ª T., REsp.757.411/MG, rel. Min. Fernando Gonçalves, J.29.11.05, DJU 27.3.06, in RBDFFam 34:91.

Os primórdios do dever de indenizar, nascidos da responsabilidade civil, delimitam, como fonte das obrigações, uma classificação sintética, denotando dois grandes grupos de fontes obrigacionais, sendo o negócio jurídico e os atos jurídicos não negociais⁸.

Para o presente estudo, delimitar-se-á ao conjunto classificatório dos atos jurídicos não negociais, ou seja, tem-se a necessidade de se restringir a classificação acerca da responsabilidade civil extracontratual, nascida de um ato ou abstenção humana, que possui reflexos no ordenamento jurídico.

A matéria constitui um dos mais importantes capítulos do Direito Civil. A *teoria da responsabilidade civil*, a que se tem dado largo desenvolvimento, estuda precisamente as *obrigações provenientes de atos ilícitos*. Embora tenham conteúdo diverso de outras obrigações oriundas de fontes diversas, reduzindo-se praticamente, sob esse aspecto, ao *dever de indenizar*, seu exame deve proceder-se com maior profundidade devido pelo relevo doutrinário e interesse prático da matéria⁹.

A óptica civilista que se verifica no ordenamento jurídico brasileiro, conquanto advindo de um ato ilícito praticado por outrem, delimita a responsabilidade civil subjetiva.

Pela adoção da responsabilidade civil subjetiva, é necessária a verificação de três pressupostos, cumulativamente presentes, quais sejam.

- 2.1 Ação ou omissão voluntária do agente;
- 2.2 Dano efetivamente comprovado e;
- 2.3 Nexa de causalidade entre o dano comprovado e a conduta do agente.

Infere-se, desta forma, a subdivisão acerca dos elementos que compõem o ato ilícito em si, sendo um objetivo, transparecido no dano causado, e um elemento subjetivo, consubstanciado pelo grau de culpabilidade que se pode atribuir à conduta do agente, estando estes dois elementos ligados pelo nexa de causalidade.

Assim, inexistindo qualquer um dos elementos, seja de caráter objetivo ou subjetivo, bem como a ausência do elemento de ligação entre a conduta e o dano, não há de se falar na responsabilidade civil e, deste modo, inexistente qualquer dever de indenizar.

Conforme a lição de Orlando Gomes, o elemento objetivo é de vital importância para o Direito Civil, pois é nele que se consubstanciará eventual indenização.

Não interessa ao Direito Civil a atividade ilícita que não resulte prejuízo. Por isso, o dano integra-se na própria estrutura do *ilícito civil*. [...] Talvez fosse preferível dizer que a produção do dano é, antes, um requisito da *responsabilidade* do que do *ato ilícito*¹⁰.

⁸ GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil*. revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p., 31.

⁹ GOMES, Orlando. Op. Cit. p., 33.

¹⁰ GOMES, Orlando, Op. Cit., p. 63.

Neste mesmo prisma, a culpa (o elemento subjetivo) se mostra indispensável, pois é no ato ou na omissão voluntária que, havendo prejuízo, residirá na conduta reprimível pelo Direito.

A *culpa* integra necessariamente o conceito de *ato ilícito*. Não basta, com efeito, que alguém pratique ato *contra jus*, ou que cause dano a outrem. Para que esses atos sejam *ilícitos*, necessário se torna que o agente viole direitos de outrem, causando-lhe prejuízo por desvio de conduta¹¹.

É esta a modalidade de responsabilidade civil que preceitua o Código Civil de 2002, que estabelece em seu artigo 186 a regra para a caracterização do ato ilícito civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”¹².

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PERTINENTES À MATÉRIA

Cumpra, antes de se adentrar aos princípios delimitados pela Constituição da República como pertinentes ao Direito de Família, entender as balizas e as funcionalidades dos princípios.

A atual conceituação dos princípios aplicados à norma positiva delimita uma integração dos valores abstratos para complementação e direcionamento quanto advindos de um caso concreto.

Assim, tem-se a necessidade de integrar os valores abstratos com as formas positivas existentes na dogmática jurídica, conforme preceituado pelo professor Ruy Samuel Espíndola:

Assim, na ciência jurídica tem-se usado o termo princípio ora para designar a formulação dogmática de conceitos estruturados por sobre o direito positivo, ora para designar determinado tipo de normas jurídicas e ora para estabelecer os postulados teóricos, as proposições jurídicas construídas independentemente de uma ordem jurídica concreta ou de institutos de direito ou normas legais vigentes¹³.

Dadas as considerações iniciais, tem-se uma contextualização necessária para a delimitação dos princípios atinentes ao Direito de Família, conforme elencados pela Constituição da República.

3.1 Isonomia entre o homem e a mulher

A igualdade entre o homem e a mulher perfaz os ideais a que as mulheres, em sua constante revolução silenciosa, buscaram nos últimos séculos.

Não que o texto constitucional, estampado em seu artigo 5º *caput*, seria igual aos gêneros em um patamar nivelado, longe disso, ele reduz as desigualdades mediante as desigualdades visivelmente existentes em ambos, mas denotando o tratamento desigual aos desiguais.

¹¹ GOMES, Orlando, Op. Cit., p., 63.

¹² BRASIL, Código Civil.

¹³ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 49.

Denota-se que a necessidade imperiosa de estabelecer limites igualitários, mediante o desprendimento físico e psicológico de cada um em uma sociedade conjugal.

Deve-se buscar a contextualização das formas, neste sentido, quando aplicados aos filhos, em que ambos possuem o poder de direcionar as decisões da sociedade conjugal de forma igualitária, figurando ambos como sujeitos de obrigações em relação à prole.

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

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

(...)

Art. 226 –

(...)

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

Os dispostos constitucionais devem ser delineados de forma integradora com as normas infraconstitucionais vigentes¹⁴.

3.2 Absoluta isonomia entre os filhos

A Constituição de 1988 estabelece de modo cristalino a isonomia absoluta entre os filhos, sejam eles oriundos de quais relações forem, advindos de vínculos biológicos ou afetivos.

Tal princípio se desdobra em duas vertentes:

a) Não pode a lei fazer distinção entre os filhos, mediante emanados desiguais ou de formas não isonômicas de tratamento ou sucessão e;

b) Não podem os pais estabelecer tratamentos diferenciados dos filhos, sejam eles advindos de relacionamentos atuais, adulterinos, de forma biológica ou afetiva.

É este entendimento que se extrai do parágrafo 6º do artigo 227 da Constituição da República: “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”.

A partir dessas ideias, vale afirmar que todo e qualquer filho gozará dos mesmos direitos e proteção, seja em nível patrimonial, seja mesmo na esfera pessoal. Com isso, todos os dispositivos legais que, de algum modo, direta ou indiretamente, determine tratamento discriminatório entre os filhos terão de ser repelidos do sistema jurídico¹⁵.

3.3 Dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é corolário da Constituição da República e valor de enorme

¹⁴ Que serão abordados oportunamente, em tópico adiante.

¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. p. 54.

relevância na aplicação das normas, devendo ser o primado das leis para o alcance da felicidade e harmonia entre os indivíduos.

Conforme preceituado no artigo 1º, inciso III, da Constituição, a dignidade se perfaz como finalidade estatal.

Ao transportar o princípio, aplicando-o no ramo específico do Direito de Família, tem-se a inserção da dignidade como forma de exteriorizar os anseios microssociais, posto que a família constitui célula específica da desenvoltura social para alcançar a felicidade e a autodeterminação dos povos, mediante a liberdade individual de se correlacionarem de forma íntima e afetuosa com seus semelhantes.

3.4 Dever de guarda e sustento

O dever constante na Constituição de modo genérico, consoante a leitura do artigo 227, *caput*, denota o dever da família na manutenção da vida do menor, propiciando-o melhores condições e salvaguardando-o dos intempéries da vida.

In literis:

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.

(...)

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.

Nota-se não apenas um conteúdo programático, mas uma norma expressa que impõe deveres em relação às crianças e adolescentes e [a]“ssim, merece destaque, a nosso ver, o fato de que os direitos aqui elencados dependem sim da convivência familiar [...]”¹⁶.

Dissociam-se aqui os pareceres acerca da obrigatoriedade de sentimentos em relação entre uns e outros, embora a norma legal tenha por finalidade a inserção dos membros familiares de modo a primar pelas relações de afeto e de solidariedade.

Busca-se a dignidade da pessoa humana, elencada pela possibilidade de crescimento saudável no seio familiar. É um dever-ser e, embora a realidade possa se mostrar de modo distinto, busca-se ao menos o mínimo acerca das responsabilidades ao gerar um infante.

¹⁶ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Constituição Federal interpretada: artigo por artigo*. 3ª ed, Barueri: Manole, 2012, p. 1126.

4. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL INCIDENTES

Diversos diplomas delimitam os deveres existentes em relação às crianças e aos adolescentes.

Notadamente, tem-se o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente, sem prejuízo de tipos penais específicos para o resguardo do bem juridicamente tutelado (integridade) dos menores de idade, derivados do [mau] uso do poder familiar.

No presente estudo, restringir-se-á ao delineamento das normas cíveis incidentes, não partindo para o campo do direito penal.

4.1 Os deveres constantes no Código Civil

De forma objetiva, o Código Civil estabelece determinadas premissas para o efetivo exercício do poder familiar, conforme elencado nos 7 incisos que compõem o núcleo do artigo 1634.

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

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

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

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

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

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

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

Podem-se extrair do dispositivo legal os direitos e deveres inerentes ao exercício do poder familiar (outroza chamado de pátrio poder), a partir dos quais os pais devem representar os filhos e dirigindo sua educação, garantindo sustento e cuidado. Significa, “a um só tempo, poder-dever e direito”¹⁷.

É dever dos pais, em igualdade de condições entre pai e mãe, assistir, criar e educar os filhos menores (CF 229). O poder familiar é o conjunto de direitos e deveres que o Estado comete aos pais, como *múnus* público, de velar pela pessoa e bens de seus filhos menores. Os pais tem que zelar pela formação moral, material e intelectual dos filhos, criando-os em ambiente sadio. O exemplo dos pais é fatos preponderante na criação e na educação dos filhos, pois estes seguramente os seguirão¹⁸.

Em casos de separação, onde um dos pais vive em ambiente separado do menor, tem-se a necessidade de se verificar a relativização (mas não exclusão) dos direitos-deveres constantes no

¹⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 6ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 1082.

¹⁸ Idem.

Código Civil, denotando a maior participação, ainda que esporádica, daquele genitor que não detém a guarda direta.

A guarda indica a necessidade do genitor guardião, de modo imediato, nos deveres de guarda, de sustento e assistência em relação ao menor, não excluindo os deveres do guardião indireto em exercê-los, pelo contrário: perfaz-se a necessidade de uma maior participação do genitor na formação do indivíduo, bem como ao pagamento de valores monetários periódicos de modo a auxiliar materialmente no desenvolvimento do infante, sob pena de incorrer na tipificação prevista nos artigos 244 a 246 do Código Penal¹⁹.

4.2 Os deveres constantes no Estatuto da Criança e do Adolescente

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece o princípio da proteção integral, denotando não apenas deveres da família, mas do Estado e de toda a sociedade, transparecidos em conformidade com o texto constitucional que delimita a imperativa elevação dos menores aos *status* de destinatário das normas e das políticas sociais²⁰, conforme se estabelece em leitura do artigo 4º da referida lei:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

O seio familiar é de vital importância para o bom crescimento psicológico e fisiológico da criança e do adolescente, de modo que as primeiras percepções acerca da convivência social, de afeto e de atenção, partem das premissas de um desenvolvimento dentro da família.

Neste sentido, Carlos Alberto Brittar ensina que

[...] as decisões devem ser tomadas no núcleo e nas relações entre os seus integrantes em função da conciliação entre o interesse geral e os interesses individuais, ou seja, preservando-se a personalidade de cada qual, mas pondo-se a salvo, sempre e antes, os objetivos maiores da família, quanto à sua existência e à sua manutenção [...] Os filhos formam com os pais o núcleo familiar [...]²¹.

A legislação infraconstitucional específica que delimita a proteção integral da Criança e do Adolescente, de modo positivar questões sociológicas que derivam das relações humanas afetivas, sendo notadamente a família o principal vetor de formação ética e moral²².

Neste viés, tem-se a legislação protecionista:

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no

¹⁹ Idem.

²⁰ ELIAS, João Roberto. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*: Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 4

²¹ BITTAR, Carlos Alberto. O relacionamento familiar. In: _____. *O direito civil na Constituição de 1988*. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. cap. 4. p. 59-68.

²² ELIAS, João Roberto. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. p., 13-14.

seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Art. 20. 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.

5. OMISSÕES ADVINDAS DA RELAÇÃO FAMILIAR

A omissão é modalidade de conduta capaz de gerar ilícitos civis, mediante a inserção da teoria da responsabilidade civil, aliada com a teoria da perda de uma chance.

O certo é que os seres humanos só possuem uma vida, uma existência e, deste modo, só podem possuir determinados ambientes uma única vez na vida, com condições saudáveis de desenvolvimento.

Quando determinado genitor, havendo consciência de sua responsabilidade, deliberadamente se omite nos deveres que lhe são inerentes, priva o infante da companhia e do seio familiar. Se este vem a se desenvolver de modo saudável sem o auxílio do genitor ausente, nada fará com que tal dano seja compensado.

O que é preciso distinguir é se o pai sabia ou não da existência do filho e se se negou ou não a reconhecê-lo. A responsabilidade, em todos esses casos, é subjetiva, e será preciso demonstrar a negligência do pai. Se este não tinha conhecimento da existência do filho, evidentemente não poderá ser responsabilizado pela falta de convivência; se fazia alguma vaga idéia, mas não se negou a reconhecê-lo, tampouco deverá ser responsabilizado pelo reconhecimento não espontâneo. Outra será a situação quando se prove (e a prova é imprescindível) que tinha conhecimento e se negou ao reconhecimento, quando então caberá a reparação por abandono afetivo²³.

A Ministra Nancy Andrighi, no Recurso Especial nº 1.159.242/SP²⁴, denotou a diferença entre o *afeto* e os deveres objetivos constantes tanto na Constituição e no Código Civil, sendo estes o elemento fundamental para a caracterização do “abandono afetivo”.

Tem-se a inserção de medidas de cunho objetivo, conforme voto proferido pela ministra, em que “(a)qui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos”²⁵.

E Ministra continua com sua exposição:

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

²³ MORAES, Maria Celina Bondin de. Família: do Autoritarismo ao Afeto – Como e a quem indenizar a omissão do afeto? Artigo publicado na Revista Brasileira de Direito de Família, IBDFAM, nº 32, p. 20/39.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.159.242/SP. Data do julgamento: 24/04/2012. Publicado em 10/05/2012 no DJE.

²⁵ Idem.

–, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes.

Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.

Frisa-se que não há, contudo, posicionamento pacífico da aceitação desta tese no Superior Tribunal de Justiça, havendo divergência de votos no REsp 1.159.242/SP, ora negando provimento, ora dando provimento ao recurso interposto, motivo pelo qual a matéria ainda não é pacífica nos tribunais superiores, havendo a interposição de Embargos de Divergência, que ainda aguarda julgamento.

Não obstante, tem-se reconhecido o dano moral aplicado ao direito de família, em particular quando decorrente da omissão voluntária nos deveres básicos advindos do poder familiar.

Mostra-se a integração de premissas constitucionais e infraconstitucionais, caracterizando, assim, o tripé que compõe o dever de indenizar pela responsabilidade civil comprovada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho, buscou-se delinear as premissas objetivas e subjetivas existentes, ou seja, a teoria da responsabilidade civil (e seus desdobramentos), bem como os deveres objetivos dos pais em relação aos filhos.

Em nenhum momento, buscou-se integrar o amor e o afeto com base no dever de indenizar em caso de eventual omissão familiar no bom cuidado e sustento dos menores, longe disso, pois amar é uma faculdade do ser humano e, mesmo havendo um dispositivo legal implicando em depreender o amor para com o próximo, este seria de impossível aplicação.

Em analogia, em momento algum do Código Civil, nos dispostos em relação ao casamento, tem-se a mera citação da palavra “amor” ou “afeto”. Pelo contrário, tem-se unicamente formas de resolução em caso de desafeto, ou de impossibilidade de continuidade da vida conjugal.

Neste mesmo prisma, a legislação coloca de forma *objetiva* o dever de sustendo, de guarda, de criação, de assistência e de educação. O amor e o afeto são subjetivos.

De modo perfazer os ditames da vida em sociedade e a vida familiar, as normas de conduta objetiva, uma vez violadas, perfazem sim a necessidade de se responsabilizar o agente violador da norma civil.

Em casos extremos, onde a falta de amor e afeto geram problemas de ordem psíquica, também se configuram os ilícitos cíveis decorrentes da não observância de norma constitucional e violação de disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, perfazendo sim a necessidade de indenização proveniente da *ausência voluntária* do genitor causador do dano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR, Carlos Alberto. O relacionamento familiar. In:_____. *O direito civil na Constituição de 1988*. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.159.242/SP. Data do julgamento: 24/04/2012. Publicado em 10/05/2012 no DJE.

ELIAS, João Roberto. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990*. São Paulo: Saraiva, 1994.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Função social da Família e Jurisprudência Brasileira. p. 181-201. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Anais do VI congresso brasileiro de direito de família: Família e Solidariedade*. Rio de Janeiro: IBDFAM – Lumen Juris, 2008.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. Revista, atualizada e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002 por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Responsabilidade civil*. revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MORAES, Maria Celina Bondin de. Família: do Autoritarismo ao Afeto – Como e a quem indenizar a omissão do afeto? Artigo publicado na *Revista Brasileira de Direito de Família*, IBDFAM, nº 32.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 6ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.