



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A IMPRESCRITIBILIDADE DO DANO CAUSADO PELO ABANDONO AFETIVO

Maria Antonietta Cardoso

Rio de Janeiro
2019

MARIA ANTONIETTA CARDOSO

A IMPRESCRITIBILIDADE DO DANO CAUSADO PELO ABANDONO AFETIVO

Artigo apresentada como exigência da conclusão de
Curso de Pós- Graduação *Lato Sensu* da Escola da
magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores orientadores:

Mônica C.F. Areal

Néli L.C. Fetzner

Nelson C.Tavares Junior

Rio de Janeiro
2019

A IMPRESCRITIBILIDADE DO DANO CAUSADO PELO ABANDONO AFETIVO

Maria Antonietta Cardoso

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada. Pós-graduação em curso pela Escola da
Magistratura do Estado Do Rio de Janeiro.

Resumo - Com o passar do tempo, e com as mudanças na estrutura da sociedade, a família se transforma para se adaptar às novas condições e valores morais. O Direito é dinâmico, e deve acompanhar tais alterações e avanços sociais. Destaca-se que, inexistente regramento específico que discipline o abandono afetivo, porém, isso não pode servir como fundamento para a negativa de direitos, visto que, o abandono afetivo é um fato social comum na sociedade, que causa dano irreparável ao desenvolvimento psíquico e emocional da criança. Dessa forma, vê-se necessário a responsabilização civil pela violação ao direito da personalidade do menor, pois fere o princípio basilar do ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana. O escopo do trabalho é analisar a responsabilidade civil pelo abandono afetivo, demonstrando que o ato ilícito cometido é contínuo, portanto, imprescritível.

Palavras-chaves- Direito de Família. Filiação. Abandono

Sumário- Introdução. 1. Bem jurídico tutelado no abandono afetivo. 2. Responsabilidade civil face a violação do direito à personalidade no abandono afetivo. 3. Ato ilícito continuado no abandono afetivo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a importância da afetividade e do dever de cuidado dos pais em relação aos filhos. Procura-se comprovar que os danos causados pelo abandono afetivo são gravíssimos gerando danos psicológicos irreparáveis e permanentes aos filhos.

Assim, busca-se demonstrar a necessidade do abandono afetivo ser considerado dano moral imprescritível, cujo o objetivo é evitar a impunidade dos pais diante de uma situação tão gravosa para os filhos. A indenização tem a finalidade de mostrar a sociedade que a negligência dos pais não fica impune, e assim evitar a reiteração e prevenção dessa conduta ilícita.

O Código Civil é claro ao dispor que, aquele que comete ato ilícito e causa dano a outrem, tem o dever de indenizar, sendo irrelevante se o dano foi por ação ou omissão, negligência ou imprudência, ou ainda que apenas moral.

Além que, a Constituição Federal estabelece o dever de a família cuidar da criança e do adolescente com absoluta prioridade. O abandono afetivo pelos genitores é algo comum em nossa sociedade. Essa situação, no entanto, não é regulada pelo ordenamento jurídico

pátrio e favorece a seguinte reflexão: é necessário uma legislação para regular o abandono afetivo?

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o bem jurídico tutelado, ou seja, o afeto e o cuidado como deveres dos pais, demonstrando que o não cumprimento de tais deveres viola princípios constitucionais e infraconstitucionais e dá origem a uma conduta omissiva ilícita, sendo esta contínua, devendo portanto o dano pelo abandono afetivo ser considerado imprescritível.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho demonstrando o afeto e o cuidado como bens jurídicos tutelados no dano pelo abandono afetivo, e a importância destes no desenvolvimento saudável da criança.

Segue-se, no segundo capítulo, apresentando a responsabilidade civil face a violação do direito à personalidade no abandono afetivo, destacando como fundamento principal o princípio da dignidade da pessoa humana.

O terceiro capítulo da pesquisa tem por escopo demonstrar que, o dano pelo abandono afetivo deve ser imprescritível, visto que o ato ilícito cometido pelo pai que abandona seu filho tem natureza continuada.

Assim, procura-se explicitar, que os “remédios” tradicionais do Direito de Família tem se mostrado insuficientes na tutela dos interesses dos filhos. É necessária a defesa da convivência, amor e cuidado dos pais com seus filhos, sendo estes requisitos primordiais para a formação psicológica do ser humano, pois em que pese amar ser uma faculdade, cuidar é um dever e um valor jurídico, que deve ser regulado pelo ordenamento jurídico.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. BEM JURÍDICO TUTELADO NO DANO CAUSADO PELO ABANDONO AFETIVO

A família¹ é uma construção social formada por meio de regras sociais, é a base da sociedade, sustenta-se por laços de afeto, sendo o amor o elo da comunhão de vida plena entre as pessoas, é a união de pessoas que ocorre de forma pública, contínua e duradoura. A família é uma construção da sociedade que é influenciada pelas regras culturais, jurídicas e sociais.

A evolução e a modificação das famílias transformaram as relações, que hoje não se justificam sem a existência do afeto, sendo este o elemento essencial entre as relações pessoais. Dessa forma, a afetividade não é indiferente ao direito, visto que é o que aproxima as pessoas, criando relacionamentos que geram relação jurídicas, fazendo jus ao status de família.

Assim, se verifica a presença do afeto em cada núcleo familiar, que antes era presumida, e hoje se encontra em vários dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.

É importante destacar que, esses laços de afeto têm origem pela convivência entre as pessoas, Maria Berenice Dias² afirma que “os laços de afeto e solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. Assim, a posse do estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto [...]”

Diante do exposto, percebe-se que, o afeto não está vinculado à biologia, é a convivência familiar e não o sangue que constrói os laços afetivos entre as pessoas, e por esta razão o direito das famílias atribui valor jurídico ao afeto, este ganhou destaque no nosso ordenamento jurídico atual.

A ausência de afeto provoca na criança grande dor, angústia, sofrimento, uma verdadeira tortura ao filho que foi abandonado. A falta de carinho e menosprezo vem daquele que mais deveria amar e cuidar, as consequências são imensuráveis.

Maria Berenice Dias³, nesta linha de pensamento, aduz que:

A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer o desenvolvimento saudável da prole. A figura do pai é responsável pela primeira e necessária ruptura da intimidade mãe-filho e pela introdução do filho no mundo transpessoal, dos irmãos, dos parentes e da sociedade. (...) A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação.

¹ PESSANHA, Jackelline Fraga. *A Afetividade como Princípio Fundamental para a Estruturação Familiar*. Disponível em: < http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Afetividade%2019_12_2011.pdf >. Acesso em: 25 jun. 2019.

² DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 61.

³ Idem. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 407.

Se lhe faltar essa referência, o filho estará sendo prejudicado, talvez de forma permanente, para o resto de sua vida. Assim, a falta da figura do pai desestrutura os filhos, tira-lhes o rumo de vida e debita-lhes a vontade de assumir um projeto de vida. Tornam-se pessoas inseguras, infelizes.

Ressalta-se que, o conceito contemporâneo de entidade familiar, tem o afeto como elemento integrante, ordena que os pais tem o dever de criar os filhos dando-lhes o cuidado necessário para a formação plena de sua personalidade. Sendo evidente que, a convivência dos filhos com os pais não é direito do genitor, mas sim direito do filho. Destaca-se que, o dever de cuidado é independente de ter a guarda dos filhos.

O valor jurídico objetivo relativo ao cuidado está incorporado no sistema jurídico brasileiro, na Constituição Federal (artigo 227) ou infraconstitucional (Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente), indicam que o dever de cuidado é ínsito ao poder familiar, está vinculado a paternidade responsável.

Assim, segundo Boff:⁴

O cuidado representa uma atitude de ocupação, preocupação, responsabilização e envolvimento com o outro; entra na natureza e na constituição do ser humano. O modo de ser cuidado revela de maneira concreta como é o ser humano. Sem cuidado ele deixa de ser humano. Se não receber cuidado desde o nascimento até a morte, o ser humano desestrutura-se, define, perde sentido e morre. Se, ao largo da vida, não fizer com cuidado tudo o que empreender, acabará por prejudicar a si mesmo por destruir o que estiver à sua volta. Por isso o cuidado deve ser entendido na linha da essência humana.

Diante disso, é importante ressaltar a relevância do cuidado para o adequado desenvolvimento da criança ou adolescente em formação. O ser humano vem ao mundo dotado de uma grande fragilidade, sendo necessário uma série de cuidados especiais, o qual sem estes ocorre problemas em seu desenvolvimento psíquico e emocional, além que pode comprometer a própria sobrevivência do menor.

É importante destacar que a discussão em comento não se refere ao dever ou não dos pais amarem seus filhos, mas sim o dever legal de cuidado, o qual é um direito do menor, sendo necessário a presença, a convivência e o afeto.

Assim, é indispensável uma atitude ativa do poder judiciário para dar eficácia ao dever de cuidado, ou seja, a responsabilidade pelo desenvolvimento saudável da criança é dos pais, segundo a Ministra Nancy Andrighi⁵

⁴ BOFF apud BRANDÃO, Jéssica Lorenzette; OLIVEIRA, Melissa Barbieri. *O Afeto e o Cuidado como Valores Jurídicos Reconhecidos*. p. 12. Disponível em: <http://cacphp.unioeste.br/eventos/conape/anais/ii_conape/Arquivos/direito/Artigo9_6.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2019.

Aqui 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. O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. 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 –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.

Portanto, não se discute a questão do amar, mas sim o dever de cuidar. Sabe-se que é a convivência familiar que assegura a base psíquica e moral da criança, propiciando o desenvolvimento saudável da personalidade. Assim, a falta de um dos genitores, mesmo a criança sendo cuidada e amada pelo outros integrantes da família, causará danos emocionais, psíquicos e sociais.

Desse modo, não há uma responsabilização pela falta de amor, e sim pela falta de cuidado e de convivência que se trata de um dever que independe do sentimento. É um dever que começa na concepção e continua por toda vida.

Dessa maneira, a paternidade responsável tem como principal característica o dever de cuidado, que vai muito além da ajuda material(financeira), o dever de cuidado é o convívio, é educar, amar, é participar da vida e do crescimento dos filhos. Logo, a responsabilidade dos pais em relação aos seus filhos se mostra vitalícia, estando os pais vinculados aos seus filhos em todas as relações jurídicas existenciais e patrimoniais.

Diante do exposto, não há dúvidas da dor e sofrimento do filho que é abandonado afetivamente, e conseqüentemente do dano psicológico e emocional causado. Segundo o Superior Tribunal de Justiça sempre que ocorrer ofensa injusta à dignidade da pessoa humana estará configurado o dano moral, não sendo necessária a comprovação de dor e sofrimento. Trata-se de dano moral *in re ipsa* (dano moral presumido).

Nesse sentido a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça⁶:

onde se vislumbra a violação de um direito fundamental, assim eleito pela CF, também se alcançará, por consequência, uma inevitável violação da dignidade do ser

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.159.242/SP*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25102821/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1159242-sp-2012-0107921-6-stj/inteiro-teor-25102822>>. Acesso em: 01 mai. 2019.

⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 292.141-Sp*. Relatora: Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23027511/recurso-especial-esp-1292141-sp-2011-0265264-3-stj>>. Acesso em: 08 jul. 2019.

humano. A compensação nesse caso independe da demonstração da dor, traduzindo-se, pois, em consequência *in re ipsa*, intrínseca à própria conduta que injustamente atinja a dignidade do ser humano. Aliás, cumpre ressaltar que essas sensações (dor e sofrimento), que costumeiramente estão atreladas à experiência das vítimas de danos morais, não se traduzem no próprio dano, mas têm nele sua causa direta.

Não resta dúvidas que o dano pelo abandono afetivo, deve ser considerado *in re ipsa*, visto que, viola direito fundamental à personalidade, à convivência familiar, fere a dignidade do ser humano, sendo desnecessária a comprovação de dor e sofrimento.

Assim, o Poder Judiciário como órgão responsável por assegurar a soberania da justiça e a realização dos direitos e deveres dos cidadãos, tem um importante papel, qual seja, abolir, limitar ou transformar o comportamento sempre que esse for considerado inadequado, assim como, intensificar e conduzir as condutas que são consideradas socialmente desejáveis.

Deste modo, o Judiciário deve ser responsável por tornar as relações familiares mais responsáveis e amorosas, especialmente dos pais com seus filhos, visto que o afeto se tornou o elemento preponderante para união da família.

O aumento significativo das demandas nas varas de família, e o aparecimento de novas questões, que ainda não se tinha previsão legal são as consequências desse novo fenômeno, chamado de Judicialização das relações familiares, este fenômeno tem o objetivo de suprir a lacuna deixada pelos pais no exercício da paternidade, assim o poder judiciário tem a função de quebrar paradigmas e instituir novos conceitos. Sendo essa a verdadeira missão dos juízes, buscar o resultado justo e mais benéfico para a criança.

Portanto, é função essencial do Poder Judiciário garantir a justiça e igualdade nas relações familiares, devendo garantir que os pais hajam com total responsabilidade, amor e cuidados com os seus filhos, sob pena de uma verdadeira punição.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL FACE A VIOLÇÃO DO DIREITO À PERSONALIDADE NO ABANDONO AFETIVO

É de fundamental importância o vínculo entre o princípio da afetividade e a construção da personalidade do indivíduo, esse vínculo encontra-se respaldado no artigo 11⁷ do Código Civil, classificando como um direito inalienável, intransmissível, imprescritível e irrenunciável.

⁷BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso: 27 mai. 2019.

Assim, os direitos da personalidade são direitos essenciais ao desenvolvimento do ser humano, e a base para a construção da personalidade do ser humano está na família. É nela que a criança encontra as referências, carinho e proteção.

Chalita⁸ nessa linha de pensamento, aduz que: “A preparação para a vida, a formação da pessoa, a construção do ser são responsabilidades da família”.

É importante destacar que, nada pode suprir ou substituir o amor, cuidado e a atenção familiar, o indivíduo pode até encontrar alternativas que amenizam a carência provocada pela ausência de uma família, mas nunca a substituirá. Conclui-se que, o afeto e cuidado dos pais em relação a prole é de suma importância para o desenvolvimento da personalidade dos filhos sendo um verdadeiro direito da personalidade da criança.

Sabe-se que os direitos da personalidade tutelam a integridade do ser humano, e tem como seu fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana. Vicente Ferrer Neto Paiva⁹ foi um dos primeiros autores a reconhecer a dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos da personalidade, ainda no século XIX. Segundo ele:

a própria natureza dos direitos da personalidade indica o seu fundamento na dignidade da pessoa humana. A pessoa é a fonte da dignidade e desta mesma dignidade resultam os direitos da personalidade, conferidos para que se possa proteger as faculdades de desenvolvimento da personalidade jurídica e moral. Conclui afirmando que são tantos os direitos da personalidade quanto são necessários para a proteção do desenvolvimento da personalidade da pessoa.

Portanto, com fundamento no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana que é a base do Princípio da Personalidade, o afeto, o cuidado e a atenção com os filhos é algo imprescindível para o crescimento psicológico dos filhos, devendo ser imposto aos pais sob pena de punição.

Sabe-se que, o pai que deixa de dar afeto ao seu filho o prejudica em todo seu crescimento e por toda a vida, além que fere o íntimo da sua dignidade como pessoa, como ser humano.

Nesse sentido Hironaka¹⁰:

O dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, sendo certo que esta personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar, responsável que é por inculcar na criança o sentimento de responsabilidade social, por

⁸CHALITA, Gabriel. Educação: *A solução está no afeto*. São Paulo: Gente, 2001. p. 120.

⁹ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.p. 84. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/18968/o-direito-geral-da-personalidade-e-o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-estudo-na-perspectiva-civil-constitucional/1>>. Acesso em: 07 jul. 2019.

¹⁰ HIRONAKA apud DIAS, op. cit.,2011.p. 61.

meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada.

Em vista disso, é imprescindível o vínculo da afetividade com os direitos da personalidade, assim o afeto torna-se para o filho um direito inalienável, intransmissível, imprescritível e irrenunciável.

Diante do exposto, pelos danos imensuráveis e indescritíveis que a falta de afeto causa na criança e sendo esse um verdadeiro direito da personalidade, passou-se dar a devida importância acerca da responsabilização civil pelo abandono afetivo.

Dessa forma, o dano causado ao direito de personalidade de um membro da família deve ser reparado. Não se pode negar a quem sofre um dano, uma reparação, e na maioria dos casos de danos no âmbito familiar, a reparação é por meio de uma indenização pecuniária. Ressalta-se que, esta reparação possui um efeito compensatório, satisfatório, visto que, os danos morais causados a personalidade são irreparáveis e incalculáveis.

É de fundamental importância o efeito educativo que a sanção causará no ofensor e na sociedade, que tomará uma maior cautela, antes de ocasionar dano a outrem.

Em relação a indenização devida àqueles que sofreram abandono moral, surgiu a indagação de como valorar este dano, visto que o amor não tem um valor patrimonial mensurável. Porém destaca-se que o dano sofrido pelo abandono afetivo é incalculável, não tendo como se valorar.

Assim, mesmo sendo o dano imensurável, não pode quem sofreu o deixar de obter um benefício compensatório pelo dano sofrido, já que o ordenamento jurídico brasileiro, traz em seu bojo a possibilidade de indenização de um dano moral, mesmo sendo este incalculável.

Desta forma, derruba-se a teoria da impossibilidade de reparar o dano moral pelo abandono afetivo, por que este não poderia ser calculado, se tornando perfeitamente cabível a possibilidade de indenizar.

Ressalta-se que, a indenização paga em pecúnia não tem o condão de reparar, na sua totalidade, o mal que o descumprimento do dever de convivência do pai causou, mas amenizará a dor e dará condições para que se busque auxílio psicológico. Enquanto que a aplicação da pena ao pai será no sentido de lhe fazer pensar sobre a função de pai, ou que, se não quiser assumir tal função deve-se evitar ter filhos futuros.

Assim, destaca-se o ensinamento de Pereira ¹¹ “os pais são responsáveis pela educação de seus filhos, sim, e pressupõe-se aí, dar afeto, apoio moral e atenção. Abandonar e rejeitar um filho é violar direitos. A toda regra jurídica deve corresponder uma sanção, sob pena de tornar-se mera regra moral”.

No mesmo sentido Madaleno ¹²:

O dano à dignidade humana do filho em estágio de formação deve ser passível de reparação material, não apenas para que os deveres parentais deliberadamente omitidos não fiquem impunes, mas, principalmente, para que, no futuro, quaisquer inclinações ao irresponsável abandono possam ser dissuadidas pela firme posição do Judiciário ao mostrar que o afeto tem um preço muito caro na nova configuração familiar.

Evidencia-se que a reparação no dano moral não devolve a vítima o direito violado nem restabelece estado anterior, pois o dano moral não se reveste dos pressupostos do regresso, mas sim possui o intuito de compensar as consequências diante das humilhações suportadas pela vítima.

Portanto o instituto da Responsabilidade Civil encontra-se inserida no Direito como um todo, podendo ser aplicada no âmbito familiar, tendo em vista a interligação dos ramos do Direito que devem estar em harmonia, principalmente com a própria Constituição Federal, esta que rege as demais leis, a qual em seu artigo 5º assegura o direito à indenização por danos morais, a qualquer cidadão, conferindo então à reparação civil a possibilidade de adentrar em qualquer ramo.

3. ATO ILÍCITO CONTINUADO NO ABANDONO AFETIVO

O instituto da Responsabilidade Civil tem seu fundamento no artigo 927 do Código Civil de 2002 descrevendo o fato de que ninguém pode lesar interesse ou direito de outrem, sob pena de ter que reparar os danos causados, conforme disposto nos artigos 186 e 187 do diploma legal supracitado.

Destaca-se que na seara do senso comum, o instituto da Responsabilidade Civil pode ser entendido como sinônimo de diligência ou cuidado, assim como, demonstra uma obrigação na esfera jurídica atingindo todos os indivíduos pelos atos que praticam.

¹¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Nem só de Pão Vive o Homem*. 2006 Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/130/novosite>>. Acesso em: 18 set. 2019.

¹² MADALENO, Rolf. *Síndrome da Alienação Parental*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 128. Disponível em: <<https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/1655-Sndrome-da-Alienao-Parental-Rolf-Madaleno-2018.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2019.

A responsabilidade civil já foi classicamente entendida como amparada em três conceitos básicos: a culpa, o dano e o nexo causal, alguns doutrinadores apontam esses três elementos como intrínsecos à responsabilidade civil, o ofendido deveria demonstrar o dano sofrido, a culpa do ofensor e o nexo de causalidade entre conduta e dano.

Desse modo, a responsabilidade civil tem como componente predominante a relação entre dois sujeitos que se encerra com a obrigação de reparar o dano efetivamente causado por um e suportado pelo outro.

Na visão de Sérgio Cavalieri Filho¹³:

O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *status quo ante*. Impera neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. Isso se faz através de uma indenização fixada em proporção ao dano. Indenizar pela metade é responsabilizar a vítima pelo resto (Daniel Pizzaro, in Danos, 1991). Limitar a reparação é impor à vítima que suporte o resto dos prejuízos não indenizados.

Desse modo, a responsabilidade consiste em detectar a ocorrência de um dano, seja em razão de uma culpa ou de alguma outra circunstância legal que a justifique. Assim, o aspecto primordial da responsabilidade civil reside no fato de ser uma forma de compensação, visto que busca compensar as perdas sofridas pela vítima e inibir a repetição de condutas similares no futuro. Logo, o instituto supracitado é o emprego de medidas a fim de obrigar um indivíduo a reparar dano moral ou material causado a outrem.

Assim, destaco como ponto principal a conduta humana do agente causador do fato danoso, que deverá caracterizar um comportamento ilícito, pautado pela culpa, ou seja, por negligência ou imprudência, por ação ou omissão voluntária, de modo que poderia ter atuado de outra forma, porém não o fez, gerando assim, o dever de indenizar.

Isso demonstra que a ação, ou a omissão advém do livre arbítrio, ou da escolha voluntária do homem ao expressar sua conduta, podendo ser negativa ou positiva.

Cumprido citar o entendimento de Maria Helena Diniz¹⁴ acerca da conduta:

¹³CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.p.14.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 43.

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

Ressalta-se que, de acordo com o artigo 186 do Código Civil a existência de culpa em sentido amplo envolve o dolo, ou seja, o total conhecimento do mal que poderá causar, demonstrando a intenção de praticá-lo-, ou, ao menos, a existência de culpa em sentido estrito, a qual representa a transgressão de um dever, e portanto as consequências que qualquer indivíduo do padrão de comportamento do homem médio poderia prever.

Considerando o fundamento de que a afetividade constitui um princípio basilar do Direito de Família, derivado do princípio da dignidade da pessoa humana, exprimindo, portanto, valor jurídico, o seu descumprimento acarreta a responsabilização do agente causador do dano.

Assim, o poder familiar não se exaure no dever de sustento material, pois inclui também o dever de afeto e carinho que poderá gerar o presumido dano moral e psíquico sofrido, em decorrência da ausência ou do desprezo pelo ascendente.

Nessa vertente, o dano decorrente do abandono afetivo por se tratar de uma das modalidades de dano moral, deve ser analisado em conjunto com o instituto da responsabilidade civil.

Cabe citar que as principais funções da reparação civil consistem em compensar a vítima do dano experimentado, repreender o ofensor, bem como desmotivar socialmente a reiteração da prática da conduta lesiva. Nesse sentido Gagliano¹⁵:

O ofensor receberá a sanção consistente na repreensão social, tantas vezes quantas forem suas ações ilícitas, até conscientizar-se da obrigação em respeitar os direitos das pessoas. Os espíritos responsáveis possuem uma absoluta consciência do dever social, posto que, somente fazem aos outros o que querem que seja feito a eles próprios. Estas pessoas possuem exata noção do dever social, consistente em uma conduta emoldurada na ética e no respeito aos direitos alheios. Por seu noturno, a repreensão contida na norma legal tem como pressuposto conduzir as pessoas a uma compreensão dos fundamentos que regem o equilíbrio social. Por isso, a lei possui um sentido tríplice: reparar, punir e educar.

O dano moral é gerado pelo ato ilícito de desamparar um filho, ou seja, não proporcionar assistência moral e psíquica, desatendendo as necessidades básicas do infante,

¹⁵GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil - Direito de Família*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012, p.67.

gerando conseqüentemente um prejuízo significativo na formação de uma criança, descumprindo com os deveres decorrentes do poder familiar.

É de suma importância analisar que, o ato ilícito cometido pelo abandono afetivo parental tem natureza continuada, ou seja, enquanto o pai não cumpre com o dever de dar afetividade e cuidado, ele está cometendo ato ilícito. A cessação deste ato só ocorreria partir do momento que o pai cumprisse com o seu dever de dar amor, afeto, carinho, cuidado, atenção ao filho.

Em relação ao prazo prescricional para a ação de abandono afetivo, a corrente amplamente majoritária entende que o prazo prescricional, em casos tais, é de três anos, afirmando-se a subsunção do prazo especial para a reparação civil, previsto no art. 206, § 3º, V, do Código Civil. Tal prazo, segundo o Superior Tribunal de Justiça, começa a fluir quando o interessado atinge a maioridade, sendo esta causa de extinção do poder familiar.

Porém, o que está em análise é que o ato ilícito pelo abandono afetivo não cessou, o pai que abandona seu filho comete ato ilícito contínuo. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento que “se a violação do direito é continuada, de tal forma que os atos se sucedem em seqüência a prescrição ocorre no último deles.” Assim, o termo *a quo* nasce a cada dia em que o direito é violado.

Portanto, seguindo o raciocínio que o dano pelo abandono não cessou, sendo este uma violação continuada do direito a afetividade e cuidado, o certo seria considerar que o prazo prescricional para a propositura da ação de indenização por dano moral pelo abandono deve ter início da última violação do direito, e não da maior idade do filho.

Além que, é de suma importância o vínculo entre o princípio da afetividade e a construção da personalidade do indivíduo, os direitos da personalidade são direitos essenciais ao desenvolvimento do ser humano, e conforme demonstrado a base para a construção da personalidade do ser humano está na família. É nela que a criança encontra as referências de carinho e proteção. Segundo Chalita¹⁶: “A preparação para a vida, a formação da pessoa, a construção do ser são responsabilidades da família”.

Destaca-se, portanto que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça¹⁷ já reconheceu que, em caso de violação continuada aos direitos da personalidade, a contagem do prazo prescricional somente se inicia a partir do último ato lesivo praticado.

¹⁶ REGINATTO, Raquel. *A Importância da Afetividade no Desenvolvimento e Aprendizagem*. 2013. 13f. Artigo - Instituto de Desenvolvimento Educacional do Alto Uruguai – IDEAU. Disponível em: <https://www.ideal.com.br/getulio/restrito/upload/revistasartigos/11_1.pdf>. Acesso: 05 jul. 2019.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº1014624 RJ 2007/0219810-7*. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4029070/recurso-especial-resp-1014624-rj-2007-0219810-7>>. Acesso em: 08 jul. 2019.

É indubitável que, o abandono afetivo viola o direito da personalidade da criança, dessa forma, o certo é que a prescrição da ação indenizatória se inicie a partir da última conduta lesiva. Assim, o ato ilícito cessaria quando o pai cumprisse com o dever de cuidado e afeto, ao passo que se descumprisse novamente, o prazo prescricional voltaria a correr.

Ressalta-se que a afetividade é considerada um valor jurídico, o seu descumprimento acarreta a responsabilização do agente causador do dano. Assim, evidencia-se que a reparação no dano moral não devolve a vítima o direito violado nem restabelece estado anterior, pois o dano moral não se reveste dos pressupostos do regresso, mas sim possui o intuito de compensar as consequências diante das humilhações suportadas pela vítima.

Evidencia-se que, objetivo da indenização decorrente de abandono afetivo é demonstrar ao genitor a ilicitude do seu ato em relação ao filho, considerando o caráter educativo e punitivo da indenização. Assim, a finalidade é coibir esse tipo de conduta para evitar a ocorrência futura de casos semelhantes de abandono afetivo, garantindo aos filhos um desenvolvimento completo e sadio em todos os aspectos, seja físico, psíquico, intelectual, moral, espiritual, emocional, em atenção ao que preceitua concretamente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, a indenização pecuniária além de impedir que os encargos parentais omitidos propositadamente fiquem sem qualquer punição eficaz, também visa coibir a concretização de novas situações de violação das responsabilidades dos genitores e o consequente abandono dos filhos, diante do posicionamento do Poder Judiciário em enfatizar o afeto no contexto familiar atual.

CONCLUSÃO

O princípio da dignidade da pessoa humana é o primeiro e o fundamental princípio para todo o Ordenamento Jurídico Brasileiro, diante disso, evidencia-se a importância da indenização pelo abandono afetivo parental visto que esse ato ocasiona danos psíquicos e emocionais irreparáveis aos filhos.

Em um primeiro momento, buscou-se estabelecer, em linhas gerais, a importância do afeto e cuidado para o desenvolvimento psíquico, emocional e social saudável da criança. Sendo atualmente o afeto considerado o princípio basilar da relação familiar.

Em segundo lugar, foi analisado responsabilidade civil face a violação do direito à personalidade no abandono afetivo, verificando que é de fundamental importância o vínculo entre o princípio da afetividade e a construção da personalidade do indivíduo, além que os direitos da personalidade tutelam a integridade do ser humano, e tem como seu fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, pelos danos imensuráveis e indescritíveis que a falta de afeto causa na criança e sendo esse um verdadeiro direito da personalidade, passou-se dar a devida importância acerca da responsabilização civil pelo abandono afetivo.

A seguir, buscou-se analisar o instituto da responsabilidade civil, com ênfase na conduta humana do agente causador do fato danoso, que caracteriza um comportamento ilícito, que pode ser culposo em sentido amplo envolve o dolo, ou seja, o total conhecimento do mal que poderá causar, demonstrando a intenção de praticá-lo, ou, ao menos, a existência de culpa em sentido estrito, a qual representa a transgressão de um dever, e portanto as consequências que qualquer indivíduo do padrão de comportamento do homem médio poderia prever.

Buscou-se também estabelecer que, o ato ilícito cometido pelo abandono afetivo parental tem natureza continuada, ou seja, enquanto o pai não cumpre com o dever de dar afetividade e cuidado, ele está cometendo ato ilícito. Ressaltando que, a cessação deste ato só ocorreria partir do momento que o pai cumprisse com o seu dever de dar amor, afeto, carinho, cuidado, atenção ao filho.

E, por fim, foi analisado que como o ato ilícito do o abandono afetivo é continuado, assim, o certo seria considerar que o prazo prescricional para a propositura da ação de indenização por dano moral pelo abandono deve ter início da última violação do direito, e não da maior idade do filho.

Assim, infere-se que o presente trabalho é uma pesquisa que tem por fim esclarecer a importância da responsabilização civil pelo abandono afetivo, demonstrando que o ato ilícito tem natureza continuada, e por causa disso é imprescritível.

Destaca-se que a legislação atual está longe de ser a ideal, por tal razão é necessária uma busca incessante pela proteção integral da criança e do adolescente em detrimento das omissões do Estado, que permite o abandono afetivo do filho.

A preocupação constitucional em proteger as crianças, que devem receber tratamento diferenciado e prioritário por serem seres humanos em desenvolvimento, não pode ser afastada para privilegiar pais que não cumpre seus deveres familiares.

REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Jéssica Lorenzette; OLIVEIRA, Melissa Barbieri. *O Afeto e o Cuidado como Valores Jurídicos Reconhecidos*. p. 12. Disponível em: <http://cacphp.unioeste.br/eventos/conape/anais/ii_conape/Arquivos/direito/Artigo9_6.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2019.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso: 27 mai. 2019.

_____. *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso: 27 mai. 2019.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.159.242/SP*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25102821/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1159242-sp-2012-0107921-6-stj/inteiro-teor-25102822>>. Acesso em: 01 de mai. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1014624 RJ 2007/0219810-7* <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4029070/recurso-especial-resp-1014624-rj-2007-0219810-7>>. Acesso em: 08 jul. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 292.141-Sp*. Relatora: Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23027511/recurso-especial-resp-1292141-sp-2011-0265264-3-stj>>. Acesso em: 08 jul. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CHALITA, Gabriel. *Educação: A solução está no afeto*. São Paulo: Gente, 2001.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *União homoafetiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil - Direito de Família*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012.

MADALENO, Rolf. *Síndrome da Alienação Parental*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 128. Disponível em: <<https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/16-55-Sndrome-da-Alienao-Parental-Rolf-Madaleno-2018.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2019.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Nem só de Pão Vive o Homem*. 2006. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/130/novosite>>. Acesso em: 18 set. 2019.

PESSANHA, Jackelline Fraga. *A Afetividade como Princípio Fundamental para a Estruturação Familiar*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Afetividade%2019_12_2011.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2019.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18968/o-direito-geral-da-personalidade-e-o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-estudo-na-perspectiva-civil-constitucional/1>>. Acesso em: 07 jul. 2019.