



08 O ABANDONO AFETIVO E A RESPONSABILIDADE CIVIL

Palavras-chave

Abandono Afetivo. Responsabilidade Civil. Dever de Cuidado. Parentalidade.

Cláudia Stein Vieira

Mestre e Doutora em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Professora de Direito Civil no curso de pós-graduação da Escola Paulista de Direito-EPD. Diretora de Estudos de Direito das Sucessões e de Planejamento Sucessório do IBDFAM-SP. Advogada.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tratará do abandono afetivo, objeto de discussões judiciais, sob o argumento que, deduzido pelos filhos, consiste na omissão do dever de cuidado de que teriam sido vítimas por parte dos genitores.

Não se tratará, assim, do *abandono afetivo inverso*, que guarda relação com os cuidados que os filhos devem ter em relação aos genitores.

Todavia, insta consignar que, ao contrário de notícias que são veiculadas, não se trata o abandono afetivo de ausência de amor, que não é dever e sim faculdade.

O que se opera, em algumas situações, é que o pai e/ou a mãe se omite(m) em relação ao dever de cuidado do filho - que, como se verá, adiante, é o que dá causa ao inadimplemento de diversos outros deveres -, ensejando a propositura de ações visando à fixação de indenização.

1. A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

1.1. A previsão legal

Pela previsão contida na Constituição Federal:

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:

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Preleciona o Código Civil, vigente a partir de 2003, que “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. 186), bem como que “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (art. 187).

Prossegue, prevendo que “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (art. 927), enquanto o Código Civil de 1916 previa, no art. 159, que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Consideradas as previsões constantes do ordenamento jurídico vigente, cumpre, antes de mais nada, ainda que de maneira perfunctória, pesquisar a origem histórica da responsabilidade civil, de forma que a aplicação nas relações entre genitores e filhos se dê em perfeita consonância com os preceitos legais.

1.2. Breves noções históricas

Anteriormente ao reconhecimento, pelo direito, das consequências advindas da conduta que - comissiva ou omissiva - causasse dano a outrem, valiam-se os homens da vingança privada, de “forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal”, como refere Alvino Lima, mencionado por José de Aguiar Dias¹. Em tal época, não se cogitava do fator culpa.

Em seguida, o legislador, apropriando-se da iniciativa particular, intervém para declarar quando e em

¹ LIMA, Alvino. *Da culpa ao risco*. São Paulo, 1938, p. 10, *apud* José de Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*, vol. I, 8ª ed. revista e aumentada, Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 19.

que condições a vítima tem o direito de retaliação, adotado o princípio de talião - lei de talião, do latim *lex talionis*², cuja expressão mais conhecida é a que refere “*olho por olho, dente por dente*”, fruto da proporcionalidade entre a ofensa cometida e a pena, que não consistiria em uma vingança desmedida -, tendo os respectivos primeiros indícios sido encontrados no Código de Hamurabi (acredita-se que tenha sido escrito, aproximadamente, em 1772 a.c., Reino da Babilônia), em que o princípio da reciprocidade é claramente usado, como, por exemplo, “A” ser morto pelo crime de morte do filho de B. A punição do criminoso se operava nos mesmos moldes do dano por ele causado à vítima - *castigo-espelho* - e era fixada em consonância com a categoria social dos envolvidos³.

Observa-se, após, o período da *composição* - celebrada para que o ofensor, por meio da prestação da *poena* (espécie de resgate da culpa, elemento que, contudo, ainda não era cogitado), fizesse jus ao perdão da vítima, que constatava que a cobrança da retaliação, de impossível mensuração no dano involuntário, importava em duplicação do dano, uma vez que se passava a contar com dois lesados onde, antes, havia apenas um. A composição se dava a critério da vítima, em substituição à vingança, que, entretanto, subsistia com o fundamento ou forma de reintegração do dano sofrido. E, com a vulgarização do instituto, cujo uso foi sancionado pelo legislador, fica vedado à vítima fazer justiça com as próprias mãos, tendo de aceitar a composição fixada pela autoridade.

A partir daí, a justiça punitiva exclusiva progrediu para a justiça distributiva, pois a autoridade percebeu que, ainda que indiretamente, era atingida por

2 *Lex*: lei; e *talio*, de *talis*: tal, idêntico

3 Exemplo dessa reciprocidade é a previsão contida no art. 25, § 227: “Se um construtor edificou uma casa para um Awilum[*homens livres, proprietários de terras, que não dependiam do palácio e do templo*], mas não reforçou seu trabalho, e a casa que construiu caiu e causou a morte do dono da casa, esse construtor será morto”.

certas lesões causadas ao particular, donde se verificou uma divisão dos delitos em duas categorias: (i) os delitos públicos, consistentes em ofensas mais graves, de caráter perturbador da ordem, que por ela eram reprimidos; e (ii) os delitos privados, em que a atuação se limitava à fixação da composição.

Após isso, verifica-se que o Estado assumiu, com exclusividade, a função de punir, por meio de atitude repressiva, momento em que se verifica o surgimento da ação de indenização, ou se distingue a responsabilidade civil da responsabilidade penal, quando se vislumbra o elemento subjetivo da culpa.

Nesse sentido, a Lei das XII Tábuas (*Lex Duodecim Tabularum*) prescreveu sanções particulares para determinados crimes, tendo o código anglo-saxônico substituído o pagamento de uma taxa pela retribuição direta: a vida de uma determinada pessoa tinha um valor fixo, derivados de sua posição social. Assim, qualquer homicídio era compensado pelo pagamento da taxa adequada, independentemente das intenções do crime. Cabe mencionar que, atualmente, as indenizações pelos danos sofridos são pecuniárias.

E, na *Lex Aquilia de Damno* (final do século III a.C.) - cujo maior valor consistiu em substituir as multas fixas por uma pena proporcional ao dano causado -, inobstante inexistisse um regramento tal como hoje se verifica, esboça-se um princípio geral regulador da reparação do dano, origem da jurisprudência clássica com relação à injúria e da *culpa aquiliana*, expressão que não pode ser utilizada em relação à culpa nos dias atuais, considerada a circunstância de, para o Direito Romano, tratar-se de mero pressuposto do dever de indenizar, carregando uma ideia de castigo, por influência da Igreja Católica.

Entretanto, o termo *aquiliana*, originário de tão revolucionária legislação, serve para designar a responsabilidade extracontratual em oposição à contratual.

A lei em questão surge no Direito Romano na época em que a responsabilidade sem culpa consistia na regra, dando-se a punição do ofensor, até então, com base na pena de Talião.

Aos poucos, a jurisprudência dilatou o campo de aplicação do *damnum injuria datum*⁴, contido no terceiro capítulo da *Lex Aquilia*, seja para que os titulares de outros direitos reais e os peregrinos também fizessem jus à ação para a qual só tinha legitimidade o proprietário da coisa destruída ou deteriorada, quando cidadão romano; seja para alargar os respectivos casos de incidência, como, por exemplo, ferimentos produzidos em homens livres e a quaisquer danos irrogados às coisas em geral, contemplando os imóveis e atos instrumentários, na ausência de outro meio de prova⁵. Da mesma forma, restou mitigado o conceito de dano, constante do texto aquiliano, que passa a ser contemplado também no *damnum non corpore datum*⁶, o que, contudo, de acordo com Fliniaux, citado por Mazeaud, “só se operou sob Justiniano”⁷.

No último período do direito romano, multiplicaram-se os textos autorizadores à propositura de ações de responsabilidade, de modo a contemplar, também, os danos morais, afora os materiais.

Pelo Código Civil Francês (em vigor a partir de 21 de março de 1804) foi estabelecido um princípio geral da responsabilidade civil, de forma a abandonar os casos de composição obrigatória. Houve o estabelecimento do direito à reparação, sempre que houvesse culpa, ainda que leve ou, ainda, levíssima - o que consiste na generalização do princípio aquilia-

4 Dano produzido pela injúria.

5 DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, vol. I, 8ª ed. revista e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 19.

6 Dano que atingia uma coisa incorpórea.

7 Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, delictuelle et contractuelle*, t. 1, 1938, 3ª ed., nº 23, p. 36, *apud* José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, vol. I, 8ª ed. revista e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 22.

no; a separação da responsabilidade civil, perante a vítima, da responsabilidade penal, perante o Estado; o reconhecimento de culpa contratual, que, desatrelada de crime e delito, decorre de negligência ou imprudência. O Código Napoleônico contemplou a noção da culpa *in abstracto* e a distinção entre culpa delitual e culpa contratual.

Em Portugal, após a invasão árabe, a reparação pecuniária passou a ser aplicada paralelamente às penas corporais, sendo certo que as Ordenações do Reino - que vigoram no Brasil colonial - confundiam reparação, pena e multa⁸.

No Direito Brasileiro, o Código Criminal de 1830 se transformou em um código civil e criminal, tal como determinava a Constituição do Império (art. 179, nº 18), prevendo a reparação natural, quando possível, ou a indenização; a integridade da reparação, até onde possível; a previsão dos juros reparatórios; a solidariedade, a transmissibilidade do dever de reparar e do crédito de indenização aos herdeiros e assim por diante.

De início, a reparação estava atrelada à condenação criminal, tendo sido, posteriormente, adotado o princípio da independência da jurisdição civil da criminal.

O Código Civil de 1916 adotou a teoria subjetiva, que exige a prova de culpa ou dolo do causador do dano, para que seja compelido a repará-lo, sem prejuízo das previsões contidas nos arts. 1.527 a 1.529⁹.

8 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, vol. 4: responsabilidade civil, 5ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 27.

9 “Art. 1.527. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar: I. Que o guardava e vigiava com o cuidado preciso. II. Que o animal foi provocado por outro. III. Que houve imprudência do ofendido. IV. que o fato resultou de caso fortuito, ou força maior.”

“Art. 1.528. O dono do edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.”

“Art. 1.529. Aquele que habitar uma casa, ou parte dela responde, pelo dano proveniente das coisas, que dela caírem ou forem lançadas em lugar indevido.”

1.3. Os elementos da responsabilidade civil ou pressupostos do direito à reparação

A maior parte dos doutrinadores comunga do entendimento acerca de serem três os elementos da responsabilidade civil, cuja presença se faz necessária a que haja a obrigação de indenizar.

O primeiro deles consiste na existência de uma conduta, comissiva ou omissiva, que consista em ato ilícito ou, ainda, lícito - esse último considerada a circunstância de, ao lado da culpa, como um dos fundamentos da responsabilidade civil, haver o risco, sobre o que se manifesta Carlos Alberto Bittar (1990, p. 29)¹⁰, referindo que:

Dois são os fundamentos para a responsabilização do agente: a) a culpa e b) o risco, o primeiro que inspirou a construção da teoria e, o segundo, proveniente das transformações operadas na sociedade, a partir de meados do século passado.

A conduta humana decorrente da vontade do homem - o que a torna jurídica - pode ser fruto de uma ação (conduta positiva) ou de omissão (conduta negativa) voluntárias - o que dá origem ao elemento da *voluntariedade* - ou, ainda, de negligência, imprudência ou imperícia. A configuração da omissão que interessa à responsabilidade civil só se opera se presentes: (i) o dever jurídico da prática de um ato; (ii) a comprovação do respectivo inadimplemento; (iii) a comprovação de que, se tal dever houvesse sido adimplido, o dano poderia ter sido evitado.

A análise da conduta permitirá a mensuração do grau de culpa do ofensor, seja em sentido amplo ou diante da culpa *genérica* ou *lato senso*, essa englobando o dolo e a culpa em *stricto senso*.

10 BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil: teoria e prática*, 2ª ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 29.

Na teoria da culpa ou *teoria subjetiva*, perquire-se a subjetividade do ofensor, visando à apuração acerca de o resultado ter sido por ele desejado, o que configurará o dolo; ou de ter agido com imprudência, imperícia ou negligência, quando se estará diante da culpa em sentido estrito.

Consiste o dolo, no que diz respeito à responsabilidade civil¹¹, na vontade deliberada de violar o dever jurídico - por meio de ação ou omissão -, visando a prejudicar outrem, enquanto a culpa estrita ou *stricto sensu*, “pode ser conceituada como sendo o desrespeito a um dever preexistente, não havendo propriamente uma intenção de violar o dever jurídico, que acaba sendo violado por outro tipo de conduta”¹².

Em seguida, é necessário considerar que, para que haja o direito à reparação, mister a existência de um *dano*, circunstância elementar da responsabilidade civil. Consiste o dano em um prejuízo sofrido, seja material ou imaterial, esse segundo consistente em lesão aos direitos da personalidade (arts. 11 a 21 do CC).

Por último, deve-se perquirir sobre o *nexo de causalidade*, que, segundo o escólio de José de Aguiar Dias:

Não basta que o agente haja procedido contra direito, isto é, não se define a responsabilidade pelo fato de cometer um ‘erro de conduta’; não basta que a vítima sofra um ‘dano’, que é o elemento objetivo do dever de indenizar, pois se não houver um prejuízo a conduta antijurídica não gera obrigação ressarcitória. É necessário que se estabeleça uma *relação de causalidade* entre a injuridicidade da ação e o mal causado; ou, na feliz expressão de Demogue, ‘é preciso esteja certo que, sem este fato, o dano não teria acontecido. Assim não

11 O dolo que consiste em defeito do negócio jurídico não se confunde com o dolo matéria da responsabilidade civil.
12 TARTUCE, Flávio, *Direito civil*, v. 2 direito das obrigações e responsabilidade civil, 12ª ed. rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 359-360.

basta que uma pessoa tenha contravin-do a certas regras; é preciso que sem esta contravenção, o dano não ocorreria’ (*Traité des Obligations em Général*, vol. IV, nº 366). (...) Não basta, esclarece Savatier, que um dano tenha coincido com a existência de uma culpa ou de um risco para estabelecer uma responsabilidade. ‘Coincidência não implica em causalidade’ (*La Responsabilité Civile*, vol. I, nº 459)”¹³.

2. OS DEVERES ADVINDOS DA PARENTALIDADE

2.1. A importância dos genitores para o desenvolvimento dos filhos -

Prevê, a Constituição Federal:

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

(...)

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

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.

13 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, 2ª ed., 1ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 83.

O Código Civil, ao tratar do poder familiar, a que estão sujeitos os filhos enquanto menores, prevê, dentre outros, ser deveres dos genitores “I - dirigir-lhes a criação e a educação; II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584” (art. 1.634, CC).

No que tange à guarda, assim preleciona o Código Civil:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

(...)

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

(...)

Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Ainda que, do art. 1.589 tenha constado, talvez por um cochilo do legislador, que o pai ou a mãe “poderá” ter os filhos em sua companhia, “visitá-los” - penso que já é mais que tempo de se alterar essa ex-

pressão para “com eles conviver”, pois é inimaginável que pais e filhos se “visitem”, na acepção da palavra - e “fiscalizar sua manutenção e educação”, parece lógico que se trata de um dever.

Sobre o tema:

Define-se, o poder familiar, como o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais em relação aos filhos menores, para sua criação, formação e administração dos seus bens, não importando a origem do parentesco nem se os filhos nasceram dentro do casamento, da união estável ou de relacionamento afetivo de outra ordem.”¹⁴

A expressão *poder* não pode ser havida como a permissão para que os genitores façam o que desejarem, inclusive negar-se ao cumprimento do dever de cuidado dos filhos, o que, por vezes, verifica-se em casos em que há o pagamento de pensão alimentícia, mas inexistente qualquer preocupação imaterial com o menor. Importa considerar que, nesse ponto, trata-se, como ensina Giselle Groeninga, do

“poder(...) legitimado por atender a natureza assimétrica e complementar das relações e das funções exercidas na família(...) a diferença no uso do poder é fruto da necessária diferença entre gerações e da utilização de recursos para atender às necessidades daqueles que estão em situação de maior vulnerabilidade na família - os filhos e os idosos. Os cuidados com estes é finalidade da família, sendo este princípio que legitima o poder”¹⁵

14 OLIVEIRA, Euclides de. Alienação parental e as nuances da parentalidade - guarda e convivência familiar. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Tratado de direito das famílias*, 2ª ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, p. 115-116.

15 GROENINGA, Giselle Câmara. Poder Familiar. In BARBOSA, Águida Arruda; VIEIRA, Claudia Stein (Coord.); HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes Hironaka (Orientação). *Direito Civil 7, Direito de Família*, São Paulo: RT, 2008, p. 218-219.

Não se pode, como é certo, obrigar alguém a amar, mas cuidar dos filhos é parte dos deveres do poder familiar.

E, considerados os preceitos constitucionais, devem os genitores assegurar aos filhos, sejam crianças - até 12 (doze) anos de idade -, adolescentes - entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade - ou jovens - os que estão entre 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos de idade, desde que as previsões contidas na Lei n. 12.852/13 não sejam conflitantes, para aqueles entre 15 (quinze) e 18 (dezoito) anos de idade, com o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/90 -, 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.

Também devem os genitores dirigir a criação e a educação dos filhos menores, o que importa, sem dúvida, na participação em suas vidas, pois questões corriqueiras, mas extremamente importantes, são postas para que se desenvolvam de maneira saudável, tais como fixação de domicílio, eleição da instituição de ensino a ser frequentada, direcionamento religioso, escolha de profissionais que deles cuidarão, preparo, enfim, para a vida adulta.

Ao tratar do dever de exercício de guarda, Caio Mário da Silva Pereira (2015, p. 508) refere que “Cabe aos pais ter o filho em sua companhia e sob sua guarda” e, citando De Page, refere a distinção por ele feita “entre ‘o direito de guarda *stricto sensu* ou *guarda material*’ e o que ele denomina ‘direito de *guarda jurídica*’, para aí compreender tudo que concerne ‘a direção intelectual e moral do menor’”¹⁶.

Não se pode, entretanto, confundir esses deveres de conviver com os filhos, tê-los em sua companhia e fiscalizar sua criação e educação, com uma tentativa

16 DE PAGE, *Traité Élémentaire*, 787 e 788, *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atual. Tânia da Silva Pereira, 23ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 508.

de compelir os genitores a amá-los, pois isso o Direito não conseguirá.

E tal participação e convivência, considerada a realidade vigente, não implica, necessariamente, em contato diário e/ou presencial, tal como ocorre, por vezes, com genitores que não vivem juntos - cumprindo registrar que o ideal seria que se ajustassem às necessidades dos filhos, tentando, de todas as formas, a eles proporcionar o maior contato com todos -; com genitores que residem em municípios, estados e, por vezes, países diferentes e assim por diante. Contudo, o mais importante é que todos os genitores participem da vida dos filhos, visando a zelar pela educação e respectiva criação.

Na atualidade, o dever em análise enfeixa uma série de responsabilidades aos que decidem ter filhos - o que, consideradas as mudanças ocorridas nessa área, pode se dar por reprodução assistida. A pergunta que se faz é se todos os que se relacionam, desejam tê-los, mas a resposta, infelizmente, não se adequa à liberdade sexual perseguida, pois, a não ser que haja, realmente, a utilização de métodos contraceptivos, pode advir uma gravidez, a exigir que o dever de cuidado seja cumprido.

Da conclusão acerca da necessidade da participação dos genitores na vida dos filhos, para dirigir a respectiva criação e educação, decorre o dever de cuidado, corolário do princípio da convivência familiar e da afetividade, acarretando o inadimplemento, a depender da análise do caso colocado em pauta, na fixação de indenização.

2.2. O dever de cuidado

Como reconhecido pelo STJ:

“Essa percepção do cuidado como tendo valor jurídico já foi, inclusive, incorporada em nosso ordenamento jurídico, não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas designações, como se observa do art. 227 da CF/88.

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível - o amor -, mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar.

Negar ao cuidado o *status* de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na parte final do dispositivo citado: ‘(...) além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência(...)’ (REsp 1.159.242-SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi).

As crianças e adolescentes, pouco importando a situação fática em que se encontrem seus genitores - casados, companheiros, namorados, amantes, conhecidos, amigos, inimigos e assim por diante -, têm de receber cuidado em todos os aspectos de suas vidas, de maneira a se preparar, de maneira equilibrada e segura, para a vida futura. E cuidar significa tomar conta de, vigiar, tratar de, responsabilizar-se, preocupar-se, orientar.

Eis que o afastamento dos genitores não pode ter reflexos nos filhos.

O dever de cuidado encontra amparo no ordenamento jurídico, ainda que se remissão expressa a ele, tal como se verifica no art. 227 da Constituição Federal.

Os filhos rogam por cuidados, seja enquanto nascituro, seja bebê - quando sequer podem falar o que precisam, o que envolve se alimentar, limpar-se, cuidar-se -, sejam os adolescentes, ainda que próximos à maioridade, que também precisam de seus genitores, no que tange à instrução, saúde, orientação para as armadilhas da vida e assim por diante.

Como ensina Tânia da Silva Pereira (2008, p. 309):

O cuidado como ‘expressão humanizadora, preconizado por Vera Regina Waldow,

também nos remete a uma efetiva reflexão, sobretudo quando estamos diante de crianças e jovens que, de alguma forma, perderam a referência da família e de origem(...) A autora afirma: 'o ser humano precisa cuidar de outro ser humano para realizar a sua humanidade, para crescer, no sentido ético do termo. Da mesma maneira, o ser humano precisa ser cuidado para atingir sua plenitude, para que possa superar obstáculos e dificuldades da vida humana'.¹⁷

A leitura dos incisos I e II, do art. 1.634 do CC, permite a conclusão de o cuidado ser um dever jurídico, a ser adimplido pelos genitores, de forma a garantir o pleno desenvolvimento dos filhos.

2.3. O princípio da convivência familiar

Em se tratando de relação de parentalidade, a convivência dela faz parte, ainda que, consideradas as situações em que genitores e filhos não residam no mesmo local, isso não se opere, diuturna e presencialmente.

A convivência de genitores e filhos permite que os últimos tenham paradigmas para o respectivo crescimento. Outrossim, a convivência é que permite que os genitores, cumprindo com os deveres advindos do poder familiar, zelem pela criação e educação dos filhos, pouco importando a origem deles.

Saliente-se que se cuida de princípio constitucional.

2.4. O princípio da afetividade

Primeiramente, é necessário ressaltar que, quando se fala de afeto, não se está falando, tal como alguns pensam, apenas de *amor*, que o é em sua manifestação positiva, correspondendo o *ódio* à manifestação negativa.

E que afetividade é a contida no princípio em questão? Flávio Tartuce (2017, p. 27) responde:

17 PEREIRA, Tânia da Silva. Abrigo e alternativas de acolhimento familiar, *In* PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 309.

O princípio da afetividade especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I), e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre(...) filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família.(...)

O princípio da afetividade está implícito na Constituição. Encontram-se na Constituição fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família brasileira, além dos já referidos: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade da família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º); d) a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227).

A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. O princípio jurídico da afetividade entre pais e filhos apenas deixa de incidir com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda do poder familiar.¹⁸

De toda sorte, deve ser esclarecido que o *afeto* equivale à interação entre as pessoas, e não necessariamente ao amor, que é apenas uma de suas facetas.¹⁹

18 LÔBO, Paulo. Direito de Família e os princípios constitucionais. *In* PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Tratado de direito das famílias*, 2ª ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, p. 120.

19 TARTUCE, Flávio, *Direito civil*, v. 5 direito de família, 12ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 27.

Portanto, se a *afetividade* corresponde à interação entre as pessoas, independentemente do que sintam, umas pelas outras, a circunstância de um dos genitores - ou, ainda, todos - se omitir dos deveres de zelar pela criação e educação dos filhos e do exercício da guarda, importa em *abandono afetivo*.

3. O ABANDONO AFETIVO

3.1. A ocorrência

Primeiramente, insta consignar que, apenas, o abandono afetivo está em análise, deixando-se de lado, portanto, o abandono material dos filhos.

Consiste o abandono afetivo na omissão voluntária de um dos - ou de ambos os - genitores em relação ao dever de cuidado com os filhos, com isso violando os deveres que, constantes da Constituição Federal (art. 227) e do Código Civil, consistem em assegurar-lhes, com absoluta prioridade, o direito à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, dirigindo a respectiva criação e educação - ou, ao menos, por elas zelar -, exercendo a guarda, ou, se o caso, ao menos o regime de convivência ajustado ou fixado.

Cumprir questionar se, diante de alegações de abandono afetivo, tal, realmente, se opera, uma vez que, em se tratando de questão a ser resolvida no campo da responsabilidade civil, deverão estar presentes os requisitos da conduta humana - no caso, negativa, pois se está diante de omissão, o *no facere* -, do dano e do nexo de causalidade.

Talvez o elemento mais simples para ser comprovado, em casos em que se alega abandono afetivo, seja a omissão de um dos genitores em relação ao dever de cuidado com os filhos, de modo a zelar para criação e educação, bem como exercer a guarda ou, ainda, o direito-dever de convivência.

E isso em razão de a omissão alegada não poder ser rechaçada pelo ofensor, que padece de elementos de prova para tanto, a não ser que se esteja diante de litigância de má-fé do filho.

O dano talvez seja, a princípio, de mais difícil comprovação, sendo necessária a realização de perícias, ao menos a psicológica, para que se apure se, realmente, diante da omissão voluntária de um dos genitores, o filho sofreu prejuízo.

Quanto ao nexo de causalidade, esse é o ponto de interrogação que se apresenta, uma vez que, em certas ocasiões, a omissão de um dos genitores no dever de cuidado dos filhos é consequência do comportamento do outro genitor ou das pessoas que deles cuidam.

Cumprir, nesse momento, questionar se, em se tratando de situação tal como a antes referida, o dano, ainda que verificado, será indenizável e em que proporção, sobretudo se se considerar que o havido como ofensor fez de tudo para poder conviver com o filho.

Cediço que o juiz deve julgar a lide nos limites em que foi proposta, sendo certo que as ações que visam à fixação de indenização por abandono afetivo são promovidas, ao que se tem notícia, em face do genitor a quem se atribui a omissão.

Se comprovado que a omissão no dever de cuidado ao filho não se deu por responsabilidade do genitor acusado, mostra-se impossível alegar que há nexo de causalidade entre a conduta negativa e o dano causado, sob pena de, em se decidindo o contrário, beneficiar-se, por via transversa, o genitor que deu causa ao rompimento à relação parental, razão pela qual a cada processo que trata de abandono afetivo, os fatos terem de ser analisados com extremo cuidado.

4. CONCUSÃO

Incumbirá ao Poder Judiciário analisar cada caso posto em discussão, com a produção de provas, de forma a se perquirir o que, realmente, ocorreu, visando a evitar, ao máximo, que injustiças sejam perpetradas.

A grande questão que se impõe ao julgador é a de ter a delicadeza que essas questões fazem por merecer, sobretudo porque, em se tratando de pedido investido de seriedade, não se objetivará, como já se aventou, a “dar valor ao afeto”, cumprindo salientar, novamente, que “afeto” não pode ser utilizado como sinônimo de amor, sob pena de sérios equívocos serem cometidos. Aliás, em casos de abandono afetivo, a indenização deve servir, precipuamente - considerada a impossibilidade de ser reparar o dano sofrido pelo filho -, evitar que o genitor omissor proceda agindo da mesma forma. Cuida-se de sanção com caráter educativo.

Imaginar que a perda do poder familiar é a única consequência advinda do abandono afetivo é fazer pouco do referido caráter educativo da indenização, uma vez que, a depender do caso concreto, tratar-se-á de um beneplácito a favor do ofensor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Ágida Arruda; VIEIRA, Claudia Stein (Coord.); HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes Hironaka (Orientação). **Direito Civil 7**, Direito de Família, São Paulo: RT, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil: teoria e prática**, 2ª ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. 4: responsabilidade civil, 5ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Tratado de direito das famílias**, 2ª ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Atual. Tânia da Silva Pereira, 23ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

PEREIRA, Tânia da Silva. Abrigo e alternativas de acolhimento familiar, In PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SIMÃO, José Fernando. Afetividade e Responsabilidade. In <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3148>, acesso em 15.04.2024, 15h24



09

PREVIDÊNCIA PRIVADA E A INCOMUNICABILIDADE DOS VALORES DEPOSITADOS PARA FINS DE PARTILHA DE BENS NO DIVÓRCIO

Palavras-chave

Previdência privada. Regime de Bens. Comunhão.

Débora Brandão

Pós-doutora em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca, Espanha. Doutora e Mestre em Direito Civil pela PUC/SP. Professora Titular da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC). Coordenadora e Professora do curso de especialização em Direito Civil na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC). Professora nos cursos de especialização na Escola Paulista de Direito (EPD). Supervisora acadêmica e professora no curso de especialização em Direito de Família e Sucessões da Escola Brasileira de Direito (EBRADI). Advogada e mediadora. E-mail: deborabrandao@uol.com.br.

Resumo

O presente artigo visa identificar a natureza jurídica do contrato de previdência privada e de seus planos bem como analisar a comunicabilidade dos depósitos para fins de partilha de bens no divórcio. Para tanto, foi necessário estudar a origem da previdência social no Brasil e natureza jurídica, aprofundar na classificação do contrato previdenciário fazendo a diferenciação com o contrato de seguro, compreender o tratamento jurídico dado às entidades de previdência privada abertas e fechadas, fazendo mais uma diferenciação desta vez com contratos de investimento financeiro, e seus planos. E então verificar a sua incidência na legislação civil relativa aos regimes de comunhão de bens. Nesse estudo foi utilizada a pesquisa exploratória pelo método bibliográfico e com análise qualitativa.