

CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTONIO EUFRÁSIO E TOLEDO”
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**RESPONSABILIDADE CIVIL DIANTE A CARACTERIZAÇÃO DO ATO DE
ABANDONO AFETIVO**

Dário César Fernandes Pinheiro

Presidente Prudente/SP

2018

CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTONIO EUFRÁSIO E TOLEDO”
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**RESPONSABILIDADE CIVIL DIANTE A CARACTERIZAÇÃO DO ATO DE
ABANDONO AFETIVO**

Dário César Fernandes Pinheiro

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Professora Fabiana Junqueira Tamaoki.

Presidente Prudente/SP

2018

Amor e afeto não se impõe por lei! Nossa iniciativa não tem essa pretensão. Queremos, tão-somente, esclarecer, de uma vez por todas, que os pais têm o DEVER de acompanhar a formação dos filhos, orientá-los nos momentos mais importantes, prestar-lhes solidariedade e apoio nas situações de sofrimento e, na medida do possível, fazerem-se presentes quando o menor reclama espontaneamente sua companhia. (Grifo do autor)

Senador Marcelo Crivella

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, realizo uma reverência a Deus Pai Todo Poderoso a quem nos dá o elixir da vida espiritual e carnal, servindo-nos como amparo e base para que eu possa ter forças e enfrentar as batalhas cotidianas.

Agraço a minha mãe, Maria Edelmira, que digo ser um anjo enviado por Deus para que pudesse cuidar de mim, onde sempre me apoiou, me amparou, me educou, sendo a grande responsável pela minha formação como ser humano. Agradeço por sempre acreditar na minha pessoa, principalmente nos momentos de dificuldades que passei pela vida acadêmica, me dando amparo psicológico para que eu pudesse continuar com minha caminhada.

Agraço ao meu pai, Dário Marques que com seu apoio moral e material tornou possível a conclusão desta importante etapa da minha vida, não desistindo deste propósito.

A minha irmã Fernanda que sempre demonstrou orgulho de mim, por sempre demonstrar preocupação com minha vida acadêmica e me dando forças para que meu crescimento profissional.

A minha namorada Nádyá, por estar ao meu lado sempre, me incentivando, demonstrando amor e carinho nos mais variados momentos, seja em horas de alegrias, seja em horas de tristeza, nunca me desamparando.

Ao meu padrasto Luciano que me trata como um filho, agradeço por acreditar, me incentivar e compreender a minha caminhada acadêmica e profissional, dando suporte para que eu continue sempre adiante e conquiste o que de melhor possa alcançar.

Ao meu cunhado Eduardo que foi quem abriu a minha mente para o mundo jurídico, incentivou para que eu ingressasse no mundo do direito, proporcionando diálogos sempre bem construtivos.

Ao meu afilhado e sobrinho amado Luiz Gustavo que com suas peripécias sempre alegrou meus dias, por mais pesados que eles possam transparecer, sendo minha dose diária de felicidade em dias turbulentos.

Registro meu agradecimento póstumo a minha avó Emilce Villalba e meu Avô Fernando Fernandes que para sempre permanecerão vivos em meu coração, que em sua vida tiveram o sonho de possuir netos formados em Direito, que nos deixou grandes ensinamentos e honradez, que Deus os abençoe.

Agradeço a minha orientadora Fabiana Tamaoki por ter me aceitado como orientando, dando conselhos e compartilhando seus ensinamentos acerca da temática tratada no presente trabalho,

Aos professores Wilton e Ana Laura por terem aceitado serem os examinadores do presente trabalho.

Deixo aqui meu agradecimento aos familiares e amigos que de toda forma contribuíram para esta jornada.

RESUMO

O que se busca com o presente trabalho é abordar sobre a possibilidade jurídica de se imputar aos pais a responsabilidade civil subjetiva de ordem moral quando configurado o denominado abandono afetivo perante os filhos. Com isto, uma vez configurado o dano moral, surge o dever de reparação. Neste contexto, para melhor compreensão do tema junto ao direito de família, tendo em vista os seus princípios norteadores, notamos que há deveres inerentes dos pais para com seus filhos, dentre eles, o dever de prestar auxílio de ordem moral, afetiva, tudo em busca do melhor interesse da criança e adolescente, sendo este, um princípio consolidado no texto constitucional. Destarte, se houver quebra deste direito garantido ao menor, temos a configuração da lesão extrapatrimonial surgindo, em tese, o dever de indenização. Assim, o estudo pormenorizado sobre o dano moral é de suma importância para a tratativa do tema. Observa-se que diante a análise jurisprudencial, deve-se concluir que o tema é por demais nebuloso diante a existência do conflito dentre os tribunais. Não obstante às decisões divergentes, é incontestável a necessidade de uma abordagem mais crítica sobre o tema para cessar a atmosfera de insegurança jurídica que paira com a busca de uma efetiva normatização que venha a afastar a presente ameaça de lesão do princípio da prioridade absoluta, resguardando, assim, a dignidade da criança e adolescente. Para tanto, é necessário que se reconheça de forma sedimentada a obrigação de indenizar quando configurado o abandono afetivo. O presente trabalho utiliza-se dos métodos dedutivo, pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: Direito. Direito de Família. Dano Moral. Abandono Afetivo. Proteção constitucional do menor.

ABSTRACT

What is sought with the present work is to address the legal possibility of imputation to parents of subjective civil responsibility of moral order when configured the so-called affective abandonment before the children. With this, once the moral damage is established, the duty of reparation arises. In this context, in order to better understand the topic with family law, in view of its guiding principles, we note that there are inherent duties of parents towards their children, among them, the duty to provide moral, affective, the best interest of the child and adolescent, this being a consolidated principle in the constitutional text. Thus, if there is a breach of this right guaranteed to the minor, we have the configuration of the off-balance-sheet injury arising, in theory, the duty of indemnification. Thus, the detailed study on moral damage is of paramount importance for the treatment of the subject. It is observed that before the jurisprudential analysis, it must be concluded that the subject is too nebulous in the presence of the conflict between the courts. Notwithstanding the divergent decisions, there is no doubt that a more critical approach is needed on the subject in order to cease the atmosphere of legal uncertainty that has arisen with the search for an effective normalization that will remove the present threat of injury from the principle of absolute priority, safeguarding, thus, the dignity of the child and adolescent. To do so, it is necessary to recognize in a settled way the obligation to indemnify when configured the abandonment affective. The present work uses the deductive methods, bibliographical research and jurisprudential.

Keywords: Right. Family Right. Moral damage. Affective Abandonment. Constitutional protection of the minor.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	APONTAMENTOS ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	11
2.1	Evolução histórica da responsabilidade civil.....	11
2.2	Responsabilidade civil no império romano.....	12
2.3	Responsabilidade civil no direito francês.....	13
2.4	Responsabilidade civil no direito brasileiro.....	15
3	ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	17
3.1	Responsabilidade civil subjetiva.....	17
3.2	Responsabilidade civil objetiva.....	18
3.3	Responsabilidade civil contratual versus responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana.....	19
4	REQUISITOS PARA A CARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	20
4.1	Conduta.....	20
4.2	Classificação da conduta.....	21
4.3	Dano.....	22
4.3.1	Dano Patrimonial.....	23
4.3.2	Dano extrapatrimonial.....	24
4.3.2.1	Do valor a ser indenizado.....	25
4.4	Nexo de Causalidade.....	28
4.5	Culpa.....	28
5	APONTAMENTOS JURÍDICOS SOBRE O DIREITO DE FAMÍLIA.....	30
5.1	Ascensão histórica e jurídica da família.....	31
5.1.1	A evolução da família no Brasil.....	33
5.1.2	Direito de família diante o ordenamento jurídico pátrio.....	33
5.2	Princípios norteadores do direito de família.....	35
5.2.1	Princípio da dignidade da pessoa humana.....	36
5.2.2	Princípio da liberdade.....	37
5.2.3	Princípio da igualdade.....	38
5.2.4	Princípio da solidariedade familiar.....	40
5.2.5	Princípio do pluralismo das entidades familiares.....	41
5.2.6	Princípio do melhor interesse da criança e adolescente.....	41
5.2.7	Princípio da afetividade.....	42
5.2.8	Princípio da convivência familiar.....	45
5.3	A família diante o Estatuto da Criança e Adolescente.....	47

5.4 Visão de família perante o Código Civil de 2.002.....	49
6 PODER FAMILIAR.....	51
6.1 Análise histórica do poder familiar.....	52
6.2 Características do poder familiar.....	54
6.3 Responsabilidade dos pais para a melhor formação da criança e adolescente.....	56
7. RESPONSABILIDADE CIVIL DIANTE A CARACTERIZAÇÃO DO ATO DE ABANDONO AFETIVO.....	60
7.1 Reconhecimento do dano moral em virtude do abandono afetivo.....	66
7.2 Análise jurisprudencial.....	69
7.2.1 Visão desfavorável ao dever de indenizar.....	70
7.2.2 Visão Favorável ao dever de indenizar.....	75
7.3 Necessidade da busca por um posicionamento norteador sedimentado.....	78
8.CONCLUSÃO.....	81
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	84

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a possibilidade de se imputar a responsabilidade civil subjetiva aos pais, sendo estes os genitores do ente familiar em virtude da configuração do abandono afetivo de seus filhos.

Para abordagem do tema se analisará aspectos referente ao direito civil com enfoque no instituto da responsabilidade civil subjetiva, abordando todos os seus tópicos, quais sejam, conduta, nexos de causalidade, dano causado e culpa lato sensu.

Sabe-se que o Direito Familiar no tocante à proteção do menor é tema bastante discutido no ordenamento jurídico pátrio, tanto que a legislação brasileira imputa aos pais à responsabilidade civil e criminal pelos atos praticados pelos filhos menores de idade, sendo no direito civil denominado como responsabilidade pelo fato de terceiro.

Este instituto do direito pátrio sofreu muitas alterações com o passar dos anos, onde a evolução da estrutura social e estatal conferiu direitos que acabou por garantir maior proteção ao menor, porém, certas condutas praticadas em tempos remotos ocorrem de forma rotineira no momento atual, dentre elas está o abandono afetivo do genitor para com o progenitor. Desta forma, diante de um fato relevante como o exposto, há necessidade em se abordar o tema de forma mais pertinente, eis que o ato de abandono traz consigo sérias consequências psicológicas na vida de um menor.

Como exposto acima, a conduta do genitor em abandonar a sua prole é fato comum nos dias de hoje. Sendo este um fato social, é importante que haja esta discussão no mundo do direito, eis que este visa analisar e posteriormente regular a conduta social visando o bem-estar social.

Destarte, o intuito do presente trabalho é justamente realizar uma análise jurídica, com base na legislação pátria e jurisprudencial a fim de que se discuta a dimensão do dano causado na vida de uma criança quando configurado o abandono afetivo, observando, para tanto, a responsabilidade civil em todas as suas nuances.

No ente familiar, a prole possui direitos fundamentais tuteladas pelo Estado, todos estes direitos estão enraizados na Constituição Federal de 1.988, dentre eles o direito à educação, bem-estar, lazer, dentre outros direitos básicos. Entretanto, quando este direito é talhado pelo ato do abandono por um dos genitores, há que se analisar o quão esta ausência pesará ao menor, uma vez que o seu direito básico era de ser amparado pelos seus pais.

Destarte, para que se possa esclarecer e ter um parâmetro para que possamos estabelecer a culpa no ato de abandono do genitor, far-se-á necessário a análise do direito civil e sua evolução histórica, abordando a fundo a responsabilidade civil, o dano moral e tendo como plano de fundo a sua evolução, adentrando ao tema do direito familiar, entendendo os seus institutos e por fim, realizando uma análise doutrinária e jurisprudencial acerca do tema.

Importante salientar que o tema em questão é deveras controverso, havendo sérias divergências entre os estudiosos do direito, assim como na jurisprudência, contudo, para democratização do tema é importante e exposição dos dois posicionamentos.

Por fim, oportuno destacar que tramita perante o Congresso Nacional um projeto de lei que visa positivar a conduta do abandono afetivo como um ato capaz de gerar dano moral, sendo este, um grande avanço do direito pátrio com relação ao tema em destaque, eis que como exposto alhures, o ato de abandono é corriqueiro no dia a dia dos brasileiros, onde os menores sofrem as consequências da banalização dos relacionamentos.

2 APONTAMENTOS ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Para que possamos abordar o tema da responsabilidade civil, a priori, temos que conceituá-la, ou seja, temos que definir o que de fato é a responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro. Sabe-se que a responsabilidade civil, no tocante a sua nomenclatura, tem origem do latim *respondere*, ou seja, responder por alguma coisa, ser responsável diante algum fato jurídico relevante que merece ser tutelado.

Conforme ensina o respeitável Doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (1995, pág.3), podemos conceituar a responsabilidade civil como:

Quem pratica um ato, ou incorre numa omissão de que resulte dano, deve suportar as consequências do seu procedimento Trata-se de uma regra elementar de equilíbrio social, na qual se resume, em verdade, o problema da responsabilidade. Vê-se portanto, que a responsabilidade é um fenômeno social.

Desta forma, podemos concluir que a responsabilidade civil é o fato jurídico em que o agente responderá pelo ato que venha a causar dano a outrem, criando assim, a responsabilidade civil de indenizar a parte lesionada, seja em virtude de lei ou por força contratual.

Com a análise do conceito de responsabilidade civil, podemos segmenta-la em quatro elementos consistindo na conduta, nexos de causalidade, dano e culpa (responsabilidade civil subjetiva).

2.1 Evolução histórica da responsabilidade civil

O estudo da evolução histórica é de suma importância para entendermos a estrutura da responsabilidade civil atual estabelecida e aplicada no nosso ordenamento jurídico pátrio.

Para tanto, cabe apontar que a responsabilidade civil era entendida como uma ideia de vingança privada, ou seja, aquele que viesse a causar dano

deveria ser punido pela vítima ou pela família da vítima em decorrência do ato ilícito. Neste momento, o elemento culpa não era analisado, havendo somente considerações sobre a conduta do agente.

Neste sentido nos ensina Pablo Stolze Gagliano (2012, pág 55):

De fato, nas primeiras formas organizadas de sociedade, bem como nas civilizações pré-romanas, a origem do instituto está calcada na concepção de vingança privada, forma por certo rudimentar, mas compreensível do ponto de vista humano como lúdima reação pessoal contra o mal sofrido.

Entretanto, esta autotutela trouxe como consequência uma atmosfera de grave insegurança jurídica, vez que o Estado não interferia nos relacionamentos privados, donde um lado impunha sua força perante o outro, prevalecendo a força ao invés do direito.

Com isso, era corriqueiro que houvessem excessos, desproporções entre a conduta do agente, o dano causado e a resposta da vítima perante o fato, eis que não havia nenhuma proteção Estatal, pois, como dito, não havia intervenção do Estado-Maior na vida de terceiros.

Conclui-se que nos primórdios, não havia a ideia de reparação civil, mas apenas uma vingança privada, ficando o autor do dano à mercê da satisfação pessoal da vítima ou família da vítima.

2.2 Responsabilidade civil no Império Romano

O mundo jurídico comumente pauta sua base histórica jurídica nas normas que vigoravam no império romano, entretanto, se tratando de responsabilidade civil, o próprio Império Romano buscou suas bases em civilizações pré-romanas, calcando a ideia de responsabilidade na vingança privada. Assim, vigorava no Império Romano a ideia de que, diante de um fato que gere responsabilidade civil, esta responsabilidade deveria ser repelida através de uma “vingança”, ou melhor, uma reação pessoal da vítima diante o agressor.

Desta forma, podemos dizer que vigorava no Império Romano a Lei de Talião, reconhecido pelo jargão “olho por olho, dente por dente”, ou seja, a resposta teria de ser da mesma forma que o dano causado pelo agressor.

Contudo, com o passar do tempo, o próprio império romano trouxe importantes evoluções no entendimento acerca da responsabilidade civil, donde estabeleceu-se a possibilidade de composição entre as partes. Destarte, ao invés do agressor sofrer o mesmo dano que causou, a vítima, a seu critério, poderia aceitar o *poena*, sendo este um montante em dinheiro ou outros bens.

Entretanto, não poderíamos olvidar sobre a grande contribuição do império romano para a responsabilidade civil, tratando-se, assim, da edição da *Lex Aquilia*. Tal instituto foi um marco para a responsabilidade civil, causando a revisão e a evolução do conceito de responsabilidade delitual e extracontratual.

A *Lex Aquilia* possui como fator de máxima importância de sedimentar a ideia de se substituir uma multa pré-fixada no caso de uma lesão ao direito, optando por uma pena variável, que seria fixada de acordo com a proporção do dano causado pelo agente. Veja que o instituto jurídico romano trouxe a essência do princípio da proporcionalidade.

Com efeito, tratava-se o referido instituto sobre o denominado *damnum injuria datum*, que se baseava no fato da destruição ou deterioração de coisas, por uma conduta injustificável que viesse a causar dano em coisas corpóreas ou não corpóreas. A priori, sua edição era limitada somente ao proprietário da coisa lesada, entretanto, na época, a jurisprudência e os pretores estenderam este entendimento para os mais variados casos, tornando-se uma verdadeira jurisprudência romana.

2.3 Responsabilidade civil no Direito Francês

O Código Napoleônico foi de grande importância para o mundo jurídico, servindo de base para os mais variados códigos civis no mundo contemporâneo. Neste código, a responsabilidade civil aquiliana ganhou um novo elemento, qual seja, culpa. De suma importância para a evolução da responsabilidade civil, permitiu que discutíssemos a culpa do agente que cometeu um ato danoso, desta forma, mitigou-

se o objetivismo que predominava na Lex Aquilia para a introdução do elemento subjetivo da culpa.

Saliente-se que o Código Napoleônico introduziu a ideia de que, havendo uma conduta passível de reparação, o autor não seria mais penalizado, mas sim, haveria contra ele uma responsabilização para reparação do dano causado.

Para elucidação do tema, nos ensina Pablo Stolze Gagliano (2012, pág. 57):

Permitindo-se um salto histórico, observe-se que a inserção da culpa como elemento básico da responsabilidade civil aquiliana — contra o objetivismo excessivo do direito primitivo, abstraindo a concepção de pena para substituí-la, paulatinamente, pela ideia de reparação do dano sofrido — foi incorporada no grande monumento legislativo da idade moderna, a saber, o Código Civil de Napoleão, que influenciou diversas legislações do mundo, inclusive o Código Civil brasileiro de 1916.

Com a introdução da culpa como elemento de responsabilidade civil, gerou-se também uma grande insegurança jurídica, eis que a teoria da culpa, à época, não era suficiente para abranger todas as hipóteses criadas pelo caso concreto. Quando não havia a possibilidade de se provar o elemento anímico, o dano causado ficava sem reparação.

Para evitar tais impossibilidades, a jurisprudência tratou de expandir o conceito de culpa, bem como criar novos dogmas capazes de amparar um direito violado, quais sejam, a teoria do risco, bem como trazer novamente à tona a responsabilidade civil objetiva. Sobre o tema, Paulo Nader (2015, pág. 86) ensina que:

Ao regular a responsabilidade civil, o *Code Napoléon* distingue as figuras do delito e quase delito. Na primeira, o ato ilícito é praticado dolosamente, enquanto na segunda, mediante culpa *stricto sensu*, ou seja, por negligência ou imprudência. O ilícito penal pode caracterizar o ilícito civil, mas para tanto é indispensável o dano.

Estas conclusões trazidas pelo direito francês foram de muita importância para o mundo jurídico, servindo de base até para o atual Código Civil Brasileiro, conforme veremos mais adiante.

2.4 Responsabilidade civil no Direito Brasileiro

O primeiro código pátrio que tratou da responsabilidade civil no Brasil foi o Código Criminal de 1830, com base na Constituição do Império. Este códex previa o dever do autor da ofensa em reparar o dano causado a vítima do crime realizado.

Veja que a responsabilidade no Brasil começou a ser tratado no Direito Penal, donde o Código Criminal possuiu inestimável contribuição para a compreensão do tema em terras brasileiras.

Destarte, com o aprimoramento do instituto, a responsabilidade civil tornou-se parte autônoma da responsabilidade criminal, tornando-se sedimentada no Código Civil de 1916 com projeto elaborado pelo famoso jurista Clóvis Beviláqua. Tal código sofreu grande influência do Código Napoleônico, donde a responsabilidade subjetiva tornou-se regra.

Estava disposto no art. 156 do Código Civil de 1916 que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. Desta forma, podemos constatar que no Código Civil de 1916 fora adotado a culpa *lato sensu*, ou seja, a responsabilidade civil seria possível se o agente agisse com dolo, ou culpa. Nesta toada, o Código Civil de 2002 manteve tal possibilidade de responsabilização em seu art. 186 que dispõe: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Importante salientar que a vigência do Código Civil de 2002 trouxe uma importante inovação legislativa, onde o legislador deixou expresso a possibilidade do agressor responder civilmente caso pratique dano mesmo que exclusivamente moral. O dano moral já estava previsto em nossa Constituição Federal de 1988 no art. 5º 1, inciso V.

Conforme exposto alhures, o direito internacional abarcava a teoria do risco, possibilitando a aplicação da responsabilidade objetiva, quando não há apuração da culpabilidade do agente. Neste sentido, o ordenamento jurídico brasileiro também adotou tal teoria, limitando-os aos casos previstos em lei ou quando a

atividade *de per si* trazer riscos à terceiros. Sobre a teoria do risco, nos ensina Carlos Roberto Gonçalves (2012, pág.28):

Na teoria do risco se subsume a ideia do exercício de atividade perigosa como fundamento da responsabilidade civil. O exercício de atividade que possa oferecer algum perigo representa um risco, que o agente assume, de ser obrigado a ressarcir os danos que venham resultar a terceiros dessa atividade.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro adotou como regra a responsabilidade subjetiva, no qual, deve-se demonstrar a culpa do agente agressor, para então recair a responsabilidade de indenizar, seja na ordem material ou moral. A exceção ficou a cargo da responsabilidade objetiva, onde será imputado quando houver previsão legal ou quando o risco da atividade trazer risco à sociedade.

3 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Com a evolução do instituto da responsabilidade civil, os estudiosos do direito em intenso estudo sobre a temática dividiram a responsabilidade civil em espécies.

Dentre elas, temos a responsabilidade civil subjetiva, objetiva, bem como a responsabilidade civil contratual e extracontratual, conforme veremos.

3.1 Responsabilidade civil subjetiva

A responsabilidade civil é aquela em que o agente causador do dano age dolosamente ou culposamente quando pratica o ato com imprudência, negligência ou imperícia. Regra geral disposto no art. 186¹ do Código Civil de 2002.

Desta forma, o CC de 2002 trouxe consigo o princípio de que cada um deve responder por sua própria culpa “*unuscuque sua culpa nocet*”. Uma vez cometido o ato ilícito, há um fator constitutivo no direito da vítima em requerer a responsabilidade civil do autor do fato para que repare o mal causado. Para tanto, na responsabilidade civil subjetiva, há o ônus da prova por parte de quem alega para demonstrar a culpa do agente ofensor. Assim, para que tenhamos a responsabilidade civil, devemos analisar a culpa *latu sensu* do agente, para então recair contra ele o ônus de reparar o dano causado. Neste sentido Carlos Roberto Gonçalves (2012, pág 48):

Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.

¹ Art. 186 do Código Civil de 2002: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

A legislação pátria dispõe também acerca da possibilidade de responsabilidade civil contra o agente que não praticou o ato danoso, mas deve responder por conta da existência de um vínculo jurídico que o torna responsável pelo dano, denominado como responsabilidade indireta. Nestes casos, o elemento subjetivo não é excluído, mas sim, presumido diante o dever de vigilância em que está condicionado o responsável civil pela pessoa ou coisa.

3.2 Responsabilidade civil objetiva

Na responsabilidade civil objetiva, o elemento volitivo, ou seja, a intenção do agente é ignorada. Neste tipo de responsabilidade civil, a culpa do ofensor não precisa ser caracterizada, assim, independentemente de sua vontade, irá ser responsabilizado de forma objetiva.

Assim, podemos concluir que na responsabilidade objetiva a culpa é irrelevante juridicamente, ou seja, tanto faz se houve ou não culpa na conduta, importando somente se houve ou não dano ao direito de terceiros.

Tal responsabilidade funda-se na teoria do risco da atividade exercida pelo agente.

Embora o ordenamento jurídico tenha como regra geral a responsabilidade civil subjetiva, há também a possibilidade de se aplicar a responsabilidade civil objetiva, conforme dispõe o art. 927² do Código Civil de 2002, no qual estabelece que haverá a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Conclui-se que o legislador pátrio procurou não deixar desamparado a vítima de uma lesão, adotando como regra geral a responsabilidade civil subjetiva coexistindo com a possibilidade da responsabilidade civil objetiva.

² Art. 927 do Código Civil de 2002: Aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

3.3 Responsabilidade civil contratual versus responsabilidade civil extracontratual ou *aquiliana*.

A responsabilidade civil contratual é aquela resultante do descumprimento de um ônus proveniente de um contrato celebrado entre as partes, eis que a culpa aqui é presumida, uma vez que a parte assumiu o compromisso de realizar todos os atos capazes de honrar o contrato celebrado.

Desta forma, podemos concluir que se existe um contrato celebrado entre as partes, e contra este pacto não há nenhuma ilegalidade, tal contrato deve ser cumprido. Entretanto, se houver descumprimento de uma cláusula contratual, há a presunção de responsabilidade civil contratual, devendo o agente que descumpriu, reparar o dano que vier causar.

Entretanto, se a violação é proveniente de um descumprimento de uma ordem legal, não havendo contrato celebrado entre as partes, será o caso de se averiguar a responsabilidade civil extracontratual ou *aquiliana*.

4. REQUISITOS PARA A CARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Para que possamos melhor compreender como ocorre a responsabilidade civil, temos que analisar os elementos que a compõe, desta forma, é necessário tecer comentários acerca da Conduta, Nexo de Causalidade, Dano e Culpa (este último em se tratando de responsabilidade civil subjetiva).

4.1 Conduta

Tratando-se de conduta, apenas a conduta humana é passível de se atribuir a responsabilidade civil, extensivo também às condutas das pessoas jurídicas, sendo esta última, fruto da imaginação humana.

Desta forma, havendo uma ação ou omissão voluntária que vier a causar dano à direito de outrem, haverá o dever de se imputar ao agente a responsabilidade civil de seu ato, bem como o dever de reparar o dano causado.

Assim, devemos nos ater na expressão “voluntariedade”, esta resultante da livre escolha em realizar ou não um ato que pode vir a causar danos ou prejuízos por parte de um agente capaz civilmente, que tenha ciência acerca de suas condutas.

Entretanto, caso verifique-se que na conduta realizada pelo agente, há a ausência de voluntariedade, ou seja, a conduta por ele praticada não ocorreu por sua vontade, mas um fator externo o fez praticar tal ato, não há como falarmos de responsabilidade civil, pois há ausência do elemento volitivo por parte do agente.

Neste sentido, Pablo Stolze Galgiano (2012, pág. 79):

Vê-se, portanto, que sem o condão da voluntariedade, não há que se falar em ação humana, e, muito menos, em responsabilidade civil.

Assim, podemos concluir que para que haja a responsabilidade civil o agente causador do dano deve agir de forma voluntária, traduzindo-se numa

consciência positiva de todo o ato praticado, independentemente se há consciência com relação a ilicitude.

4.2 Classificação da conduta.

A conduta humana voluntária pode ser traduzida em dois tipos de comportamento, classificando-as em:

- A) Conduta Positiva;**
- B) Conduta Negativa;**

Trata-se de conduta positiva aquela em que o agente, de forma voluntária, realiza uma ação física capaz de causar prejuízo a outrem, como exemplo, sujeito que arremessa seu carro contra seu inimigo, causando danos físicos.

Não obstante, a análise da conduta negativa é de grande importância, eis que esta é caracterizada pela ausência de uma conduta ativa, ou seja, o agente, diante uma situação, permanece inerte, não realizando nenhuma ação. Entretanto, em análise ao art. 186 do Código Civil de 2002, este de forma expressa prevê que aquele que por ação ou omissão voluntária vier a causar dano a outrem, deverá responder pelos danos causados.

Destarte, por mais que não haja uma conduta positiva, a omissão, será passível de ensejar a responsabilização, eis que, em determinados casos, a conduta que se espera é uma conduta ativa e não omissiva, como exemplo, um médico que ao ver um acidente não presta os primeiros socorros. Veja que no exemplo exposto, se espera uma conduta positiva do médico, onde sua omissão pode vir a causar graves danos.

Saliente-se que para que possamos responsabilizar a conduta de um agente por conduta de sua omissão, é necessário que haja a caracterização da voluntariedade, ou seja, consciência de que seu não agir pode causar danos a outrem.

4.3 Dano

Para que possamos tecer comentários acerca do dano, é indispensável que a conduta humana voluntária resulte em um prejuízo/dano ao direito de outrem.

Conforme analisado no tópico em relação à evolução histórica da responsabilidade civil, sabe-se que na Lei Aquilia, o elemento principal da responsabilidade civil era a culpa, entretanto, houve uma mudança neste entendimento, eis que fora incorporado ao instituto a ideia de responsabilidade objetiva, onde a análise de culpa é inteiramente dispensável.

Com a introdução da ideia de responsabilidade objetiva, o principal pressuposto, que outrora era a culpa, concentrou-se no dano, ou seja, não se analisava mais somente a culpa, devendo para tanto, atentar-se que aquela conduta efetivamente causou um dano ao direito de outrem.

Assim, conclui-se que o principal pressuposto para a caracterização da responsabilidade é o dano, ou seja, só será imputado ao agente causador de um ato ilícito, seja proveniente de contrato ou não, se aquele ato ou omissão vier a causar dano ao direito de terceiro.

Podemos conceituar o dano com base no respeitável doutrinador Sérgio Cavalieri Filho (2010, pág. 73)

Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, que se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.

Desta forma, podemos conceituar o dano como uma lesão de um direito que fora subtraído, causando prejuízo ao legitimado daquele direito lesado, tal lesão pode se dar em diferentes esferas, seja patrimonial ou exclusivamente moral.

4.3.1 Dano patrimonial

O dano patrimonial, comumente chamado de direito material é aquela lesão ao bem, cujo possui valor econômico aferível sem maiores dificuldades, ou seja, é uma lesão ao patrimônio do agente lesado.

Neste sentido, Silvio de Salvo Venosa (2010, pág 44) nos ensina que o dano patrimonial é “aquele suscetível de avaliação pecuniária podendo ser reparado por reposição em dinheiro, denominador comum de indenização”

Insta salientar que o art. 402 do Código Civil subdivide o dano patrimonial em danos emergentes e lucros cessantes, senão vejamos:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de ganhar.

Assim, entende-se como dano emergente aquilo que o agente que sofreu a lesão efetivamente perdeu no momento em que o dano ocorreu, assim, devido ao ato praticado pelo autor do dano, sabe-se exatamente aferir o quanto houve de prejuízo.

Nas palavras de Flávio Tartuce (2014, pág 282):

Primeiramente, há os danos emergentes ou danos positivos, constituídos pela efetiva diminuição do patrimônio da vítima, ou seja, um dano pretérito suportado pelo prejudicado – o que efetivamente se perdeu. Como exemplo típico, pode ser citado o estrago do automóvel, no caso de um acidente de trânsito.

Desta forma, o dano emergente é aquela diminuição no patrimônio da vítima em decorrência da conduta danosa do agente.

Com relação aos lucros cessantes, a ideia é em relação ao que a vítima deixou de ganhar por conta do ato lesivo praticado, veja que num primeiro momento não há uma baixa no patrimônio, mas deixa de haver um aumento da mesma.

Assim, conforme ensina Sílvio de Salvo Venosa (2010, pág. 45):

O lucro cessante traduz-se na dicção lega, o que a vítima razoavelmente deixou de lucrar. Trata-se de uma projeção contábil nem sempre muito fácil de ser avaliada.

Conclui-se que, havendo dano patrimonial, haverá a responsabilidade civil do agente causador do dano em realizar a reparação, independentemente se este dano for emergente ou a título de lucros cessantes.

4.3.2 Dano extrapatrimonial

Quando se estuda a responsabilidade civil, percebe-se que na antiguidade, haveria a responsabilização do agente causador do dano, somente se este dano causasse uma diminuição do patrimônio da vítima, ou seja, se houvesse alguma redução em seus bens materiais.

Com relação ao dano que transcendesse o dano patrimonial, como é o caso do dano extrapatrimonial, abarcando, assim, o dano moral, era visto como uma lesão não indenizável, pois este dano era visto somente no íntimo do ser, em sua honra, não havendo a possibilidade de apurar e quantificar.

Desta forma, verifica-se que o mundo jurídico não levava em consideração o dano causado no íntimo da vítima, visando somente o dano palpável, dano visível, qual seja, dano patrimonial. Sob este enfoque jurídico, o Código Civil Brasileiro de 1916 foi concebido sob uma ótica puramente patrimonialista, não abarcando em seus artigos a possibilidade de responsabilização por dano moral, somente dano patrimonial.

A mudança no sistema jurídico brasileiro somente ocorreu com a Constituição Federal de 1988 que trouxe a possibilidade de responsabilização do agente pelo dano moral, legitimando-o no ordenamento pátrio.

Neste sentido, nos ensina Paulo Nader (2015, pág. 54):

Em termos legislativos, foi a Constituição Federal de 1988 que o dano moral logrou expresso reconhecimento em nosso país. Ao apontar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa (art. 1º, inc III) optou por uma filosofia humanista e, ao assegurar o direito à reparação pelo dano moral, tornou prática e eficaz a proteção à pessoa humana.

Com isso, o Código Civil de 2002, em seu art. 186, corroborou o ordenamento disposto na Constituição Federal de 1988, possibilitando a responsabilidade civil exclusivamente moral, encerrando quaisquer discussões acerca do tema.

Conforme exposto alhures, a grande dificuldade que havia acerca do dano moral era sua quantificação, uma vez que, *a priori*, o dano moral não demonstra haver um valor econômico aferível. Assim, podemos chegar na conclusão de que o dano moral consiste em todo tipo de dano que não seja o patrimonial, ou seja, em direitos que não possuem valor econômico pré-estabelecido, com enfoque ao denominado direito de personalidade.

Desta forma, destaca-se que o direito de personalidade são aqueles direitos inerentes ao ser humano, abarcando o seu direito à vida, honra, dignidade, ao seu nome, integridade física e psíquica dentre outros. O dano moral decorre da conduta de um agente que venha a causar um sentimento negativo na vítima, como exemplo, tristeza, melancolia, estresse e etc.

Buscando uma melhor compreensão do tema, nos ensina Carlos Roberto Gonçalves (2009, pág. 359):

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos de personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, bom nome, etc., como se infere dos art. 1, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

Com isso, conclui-se que o dano moral é aquela afetação no íntimo da vítima, uma violação ao seu direito de personalidade.

Sendo o dano moral passível de reparação, para que haja tal tutela jurídica, será necessário demonstrar os pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam, a conduta do agente, o nexo de causalidade e o dano efetivo.

4.3.2.1 Do valor a ser indenizado

Conforme visto, o dano moral é aquele que vem a causar um abalo no psíquico do agente, tal dano deve ser o suficiente para causar um sentimento ruim,

uma lesão ao direito de personalidade. Entretanto, o dano moral, a princípio, não há como ser aferível, ou seja, não há como quantificá-lo.

Para que possamos identificá-lo, devemos sempre comparar a vítima ao homem médio, ou seja, deve-se averiguar como a sociedade como um todo viria a se comportar diante de um determinado fato. Bem como, analisar a intensidade com que este dano veio a ocorrer no direito de personalidade da vítima.

Veja que há a necessidade de realizar uma comparação com o homem médio, uma vez que nem todo transtorno é passível de reparação. Hoje, diante a alta taxa de urbanização, há um inchaço urbano, onde o convívio social é exacerbado, desta forma, torna-se impossível dizer que todo dissabor é passível de abalo psíquico passível de indenização.

Assim, a indenização por dano moral somente terá lugar em casos em que fogem do que é comum do dia a dia.

Neste sentido dispõe Flávio Tartuce (2010, pág 401):

Inicialmente, tanto doutrina como jurisprudência sinalizam para o fato de que os danos morais suportados por alguém não se confundem com os meros transtornos ou aborrecimentos que a pessoa sofre no dia a dia. Isso sob pena de colocar em descrédito a própria concepção da responsabilidade civil e do dano moral.

Com isso, demonstra-se que se houvesse a possibilidade de reparação em razão de quaisquer tipos de abalos psíquicos, haveria um descrédito do instituto da responsabilidade civil extrapatrimonial, uma verdadeira banalização que tornaria a vida em sociedade um risco, tornando o referido instituto apenas uma forma de enriquecimento ilícito.

Com relação ao *quantum indenizatório* o legislador não as fixou na legislação, deixando para os profissionais da área jurídica a tarefa de fazê-lo. Com isso, para que possamos quantificar o dano moral é necessário, além de identificar os pressupostos da responsabilidade civil, devemos analisar e demonstrar a extensão do

dano, as condições socioeconômicas dos envolvidos, as condições psicológicas das partes, bem como o grau de culpa dos agentes envolvidos.

Identificado no caso concreto os pressupostos para a caracterização da responsabilidade civil extrapatrimonial, adentra-se no difícil trabalho de quantificá-lo. A doutrina e jurisprudência são coesas no entendimento de que o dano moral não pode ser reparado e nem indenizado, por conta da incongruência com a natureza jurídica da reparação e indenização. De forma mais precisa, não há como reparar um sentimento ruim causado por outrem, desta forma, quando o agente pratica um ato que venha causar afetação ao sentimento da vítima, mesmo que reparado, não há como retornar aos *status quo ante*.

Desta forma, estabeleceu a doutrina e jurisprudência que diante a responsabilidade civil extrapatrimonial deve-se fixar critérios para possa quantificá-lo, quais sejam, critério compensatório e critério punitivo.

Sob o enfoque do critério compensatório, deverá o juízo no caso concreto arbitrar um valor que não servirá para indenizar a vítima pelo dano causado em seu direito de personalidade, eis que não possui valor, mas com o objetivo de que aquele valor arbitrado seja o suficiente para que a vítima possa utilizá-lo para que lhe proporcione bons momentos visando compensar o sentimento ruim causado pela conduta do agente ofensor.

Assim, pelo critério compensatório, quanto maior for o abalo moral causado na vítima, maior deverá ser o *quantum* a ser pago pelo agressor.

Por outro lado, há o critério punitivo que visa transformar a indenização por danos morais numa verdadeira punição ao agente causador do dano, de modo que este nunca mais volte a realizar a conduta que levou ao dano moral experimentado pela vítima. Veja que diferentemente do critério compensatório, o punitivo visa inibir que a conduta lesiva ocorra novamente, para tanto, estipula um valor que venha a tornar-se demasiadamente penoso para o autor da conduta.

4.4 Nexos de causalidade

O nexo de causalidade é o liame que liga a conduta comissiva ou omissiva do agente ofensor ao resultado danoso. O nexo de causalidade é que nos permite concluir quem foi o causador do dano.

Neste sentido, nos ensina Silvio de Salvo Venosa (2010, pág. 56):

O conceito de nexo causal, nexo etiológico ou relação de causalidade das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que se conclui quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável.

Destarte, o nexo de causalidade é o condão que une dois pressupostos de suma importância para a identificação da responsabilidade civil, quais sejam, a conduta do agente e o dano causado em virtude do ato cometido.

4.5 Culpa

A culpa enquadra-se dentre um dos requisitos para que possamos identificar no caso concreto a ocorrência da responsabilidade civil subjetiva, estabelecido no art. 186 do Código Civil de 2002. Conforme está disposto no art. 186, tal diploma normativo trata da culpa *lato sensu*, incluindo, assim, o dolo e a culpa *stricto sensu*.

Com relação ao conceito de culpa, nos ensina o doutrinador Paulo Nader (2015, pág.138):

Em sentido amplo, culpa é o elemento subjetivo da conduta, compreensivo tanto da culpa *stricto sensu* quanto da ação ou omissão dolosa.

Desta forma, a culpa no sentido *lato* trata-se de uma conduta intencional ou não, que viola o ordenamento jurídico.

Com enfoque no dolo, trata-se de uma vontade livre e consciente do agente em realizar um ato danoso, ou seja, o agente sabe que irá causar um dano, há o *animus* de realizar o ato, ele quer o resultado danoso. Entretanto, a culpa no seu sentido estrito, tem como característica um ato involuntário por parte do agente causador, assim, por ser involuntário, presume-se que o autor do dano não queria o resultado, mas tal é causado em decorrência da inobservância dos deveres de cuidado.

Desta forma, a culpa *latu sensu*, tem como elementos a previsibilidade e evitabilidade, ou seja, para que possamos estabelecer a culpa do agente é necessário analisar se em decorrência de sua atitude era previsível que viesse a causar um dano e se tal era evitável ou não, sempre sob a análise do homem médio.

Destarte, após estes apontamentos acerca da responsabilidade civil, acredita-se que há uma base segura para que possamos discorrer sobre o direito de família, com enfoque da responsabilidade dos pais no que diz respeito ao abandono afetivo de sua prole.

5 APONTAMENTOS JURIDICOS SOBRE O DIREITO DE FAMÍLIA

A entidade familiar é considerada o sustentáculo de toda uma sociedade, assim, diante sua extremada importância frente ao organismo social, é conferida a este instituto proteção constitucional reforçado por legislações infraconstitucionais.

Para que possamos entender o conceito de família, devemos nos ater no ensinamento de Flávio Tartuce (2016, pág. 15):

O direito de família pode ser conceituado como sendo ramo do Direito Civil que tem como conteúdo o estudo dos seguintes institutos jurídicos: a) casamento; b) união estável; c) relações de parentesco; d) filiação; e) alimentos; f) bem de família; g) tutela, curatela e guarda.

Entretanto, saliente-se que o conceito de família hoje possui uma visão ampla, onde o elo de ligação entre os seus membros deixou de ser somente a relação sanguínea e passou para um pacto de afetividade. Neste sentido, ensina Maria Berenice Dias (2011, pág. 43):

A família é um grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procriativas, econômicas, religiosas e políticas.

Destarte, tratando-se do conceito de família, podemos restringir ao pai, mãe e seus filhos, unidos por uma relação jurídico familiar denominado de *pequena família*, bem como temos uma concepção mais abrangente, no qual, a família trata-se de relação afetiva mútua que une um grupo de pessoas, não importando se há laço sanguíneo em comum.

Conforme dito alhures, a proteção da família é vital para manter uma sociedade saudável, pois, é no ambiente familiar onde ocorre o desenvolvimento da personalidade dos seus integrantes, com especial atenção aos menores de idade. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2012, pág 23):

O direito de família é, de todos os ramos do direito, o mais intimamente ligado a própria vida, uma vez, de modo geral, as pessoas provêm de um organismo

familiar e a ele conservam-se vinculadas durante a sua existência, mesmo que venham a construir nova família pelo casamento ou pela união estável.

Com isto, a proteção estatal tem por fim proporcionar a família a certeza de que os seus integrantes tenham a possibilidade de conviver num ambiente saudável, seja na forma material, quanto na forma emocional.

O Estado proporcionando a família proteção, lhe dá também importante função social, com isso, a entidade familiar deve assumir de fato um papel importante para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

De todo modo, a entidade familiar deve oferecer aos seus entes todas as possibilidades de um desenvolvimento saudável, participando da evolução da personalidade de seus membros mais novos, entendendo-se aqui como as crianças e adolescentes, para que estes cresçam com a psique saudável, pautados em valores éticos, contribuindo para o bem da sociedade em geral.

5.1 Ascensão histórica e jurídica da família

Dentre todas as entidades sociais e jurídicas, o entendimento acerca da família sofreu as maiores e quiçá mais importantes modificações com o transcorrer do tempo.

Através de análises históricas das antigas civilizações, no direito romano, a família era conduzida pela autoridade o pátrio poder, sociedade exclusivamente paternalista, no qual o homem exercia seu poder perante seu núcleo familiar, podendo decidir até sobre questões acerca de vida ou morte de seus filhos. Nesta época, o pai poderia vender seus filhos, castiga-los de forma severa e até mesmo decidir sobre sua sobrevivência. O papel da mulher era de inteira submissão ao marido.

Acerca da família romana, nos ensina Carlos Roberto Gonçalves (2012, pág. 34):

A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. O ascendente comum vivo mais velho era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos e distribuía justiça.

É bem claro que nesta época o poder familiar era integralmente concentrado nas mãos do pater famílias, inclusive o poder econômico, não havendo, dentro da família, patrimônios individuais. Entretanto, com o passar do tempo, em virtude de grandes guerras, houve a necessidade de se estipular patrimônios aos filhos.

No século IV, o império romano nas mãos do Imperador Constantino desenvolve a concepção de família voltada a moralidade, com isso, o poder absoluto do pater famílias foi subtraindo, garantindo maiores liberdades para as mulheres e os filhos.

Saliente-se que no Império Romano houve uma evolução relacionado ao casamento, para que um matrimônio pudesse perdurar era necessária a existência de afeto, ou seja, se num casamento não houvesse convivência ou afinidade entre os cônjuges, era caso de dissolução matrimonial.

Entretanto, a família na Idade Média sofreu grande influência do Direito Canônico, proibindo a possibilidade de dissolução do casamento, bem como as influências do Império Romano e Germânico. Sobre o tema, disserta Maria Berenice Dias (2011, pág. 28):

Em uma sociedade conservadora, os vínculos afetivos, para merecerem aceitação social e reconhecimento jurídico, necessitavam ser chancelados pelo que se convencionou chamar de matrimônio. A família tinha formação extensiva, verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando unidade de produção, com amplo incentivo a procriação.

Observa-se que nos primórdios o direito de família por conta do direito canônico, prevalecia a continuidade da família, mesmo que não houvesse mais laço afetivo entre os seus membros, prevalecendo a função “social” que cada um exercia dentro da família.

5.1.1 A evolução da família no Brasil

De início, a concepção de família no Brasil sofreu grande influência do Império Romano, Canônico e Germânico. Deve-se destacar que houve uma influência maior com o direito canônico através das Ordenações Filipinas em decorrência da colonização portuguesa.

Contudo, a influência do Direito Canônico em terras brasileiras perdeu força, devido a evolução social e cultural do país, onde o direito de família buscou atender a realidade das famílias brasileiras. Para melhor elucidação do tema, segue as palavras do doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2012, pág 35):

Só recentemente, em função das grandes transformações históricas, culturais e sociais, o direito de família passou a seguir rumos próprios, com as adaptações à nossa realidade, perdendo aquele caráter canonista e dogmático intocável e predominando a natureza contratualista, numa certa equivalência quanto à liberdade de ser mantido ou desconstituído o casamento.

Com isso, a rigidez exercida pela influência do direito canônico tornou-se assunto ultrapassado, dando lugar ao laço afetivo, servindo de base para a construção ou dissolução de uma unidade familiar, sem maiores burocracias.

5.1.2 Direito de Família diante o ordenamento jurídico pátrio.

Num primeiro momento, o ordenamento jurídico brasileiro com o advento do Código Civil de 1916, regulava somente a família constituída através do casamento, que detinha uma natureza patriarcal e hierarquizada.

Já com o advento da Constituição Federal de 1988, esta trouxe uma grande revolução no direito de família, donde adotou outras formas de constituição de família, bem como igualou o tratamento dos filhos concebidos dentro ou fora do casamento e tratou da igualdade entre homens e mulheres dentro do casamento.

Dentre outras transformações trazidas pela Constituição Federal de 1988, destaca-se acerca da inclusão do planejamento familiar, conforme art. 226³³, §7º, com bases nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

Não obstante, a Constituição Federal colocou sob ótica constitucional o tema referente a assistência à família (art. 226, §8º), ou seja, a par com a realidade de miséria que assola muitas famílias brasileiras, o Estado procurou tratar o tema com extrema importância delegando as entidades sociais para que trabalhem de forma efetiva, prestando auxílios para buscar amenizar o cenário precário das famílias que mais necessitem.

Pautada com as transformações que ocorreram, principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988, foi promulgado o novo Código Civil de 2002, estabelecendo a paternidade responsável como um dever dos pais, bem como as relações de afeto se sobrepondo as relações biológicas. Acerca do tema, Dimas Messias de Carvalho (2009, pág. 2):

A Constituição Federal de 1988 acolheu as transformações sociais da família brasileira e reconheceu a igualdade dos cônjuges e dos filhos, bem como outras formas de constituição de família fora do casamento, não recepcionando as normas que prevaleciam no Código Civil de 1916, o que exigiu sua atualização e nas leis especiais, inclusive com edição de novas normas, resultando finalmente na aprovação do Código Civil de 2002, que também reclama revisão em diversas normas para se adequar ao atual momento e concepções modernas de família.

Por fim, temos o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) que trouxe proteção integral para as crianças e adolescentes já debatido e declarado na Declaração Universal dos Direitos da Criança aprovado em 1959.

³³ Art. 226 da Constituição Federal de 1988: 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.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

A Constituição Federal em seu art. 227⁴ estipulou norma programática para oferecer aos menores proteção integral, assim, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, houve a sistematização com normas garantindo ao menor a possibilidade de receber assistência social e jurídico, inclusive regulamenta acerca da perda ou suspensão do poder familiar.

5.2 Princípios norteadores do direito de família

Sabe-se que o Estado regula a vida em sociedade e o faz através de normas. As normas podem ser constituídas de princípios, regras bem como postulados normativos.

Referente as regras, elas ditam normas de condutas que devem ser seguidas pelos destinatários para que se atinja um fim específico, ou seja, na regra temos implícito o Estado Ideal que se busca através de uma forma específica de conduta.

Com relação ao conflito de regras num caso concreto, nos ensina Maria Berenice Dias (2011, pág 59):

As regras são normas que incidem sob a forma “tudo ou nada”, o que não sucede com os princípios. Quando, aparentemente, duas regras incidem sobre o mesmo fato, é aplicada uma ou outra. Segundo critérios hierárquicos, cronológicos ou de especialidade, aplica-se uma regra e considera-se a outra inválida.

Entretanto, o princípio é um enunciado que possui valor amplo que busca orientar os interpretes do direito, para que através da análise do princípio norteador haja a elaboração de normas que busquem a finalidade pretendida. Podemos dizer que princípios detém o denominado manado de otimização. Diferente das regras, elas

⁴ 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.

não esboçam uma regra de conduta, apenas expõem convicções a serem tangidos. Neste sentido, Miguel Reale aduz que (2002, pág 37)

Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.

Hoje, os princípios atuam como um alicerce em quaisquer áreas do direito, ou seja, possuem o papel de exprimir os ideais a serem atingidos por aquela ciência. Sendo assim, se porventura dois princípios colidirem-se num caso concreto, o interpretador do direito deve utilizar-se do princípio da proporcionalidade, jamais invalidando um princípio em detrimento do outro.

Em relação ao direito de família, esta ciência tem por base muitos princípios gerais, mas também dota de princípios específicos que serão analisados adiante.

5.2.1 Dignidade da Pessoa Humana

É o princípio fundante do Estado Democrático de Direito, onde o legislador buscou firmar como valor primário básico de ordem constitucional pautado na defesa dos direitos humanos e justiça social. Tanto o é que está consagrado no art 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988.

Os estudiosos do direito encaram o princípio da dignidade da pessoa humana como um macroprincípio, ou seja, é um princípio universal que serve como inspiração para a consagração de outros princípios, como o princípio da igualdade, liberdade, cidadania dentre outros.

Sob a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana no Direito de Família, Maria Berenice Dias (2011, pág 63) consagra que:

O direito das famílias está umbilicalmente ligado aos direitos humanos, que têm por base o princípio da dignidade da pessoa humana, versão axiológica da natureza humana. O princípio da dignidade humana significa, em última

análise, igual dignidade para todas as entidades familiares. Assim, é indigno tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família, com o que se consegue visualizar a dimensão do espectro desse princípio, que tem contornos cada vez mais amplos.

Com isso, a dignidade da pessoa humana tem na família o seu local ideal de aplicação. A constituição dá a família proteção integral, sempre regida pelo princípio da dignidade. A possibilidade de existência das mais variadas entidades familiares resulta num melhoramento entre a qualidade de convivência entre os seus partícipes, como o afeto, respeito, amor, união.

Desta forma, havendo um ambiente saudável, vez que o direito de família tem como seu modo de agir pautado na dignidade, cria-se um cenário ideal para que cada membro da entidade familiar desenvolva-se num ambiente mais justo e harmônico possível.

5.2.2 Princípio da Liberdade

Reconhecido como um dos primeiros direitos humanos fundamentais, faz parte, assim como o princípio da igualdade, da 1ª geração que deu eficácia plena a dignidade da pessoa humana.

O direito tem como papel fundante de estruturar a liberdade, impondo certos direitos e deveres às pessoas em busca de assegurar a liberdade individual, sempre sob a égide do princípio da igualdade.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, os princípios da igualdade e liberdade ganharam especial atenção do constituinte, em busca da extinção da discriminação. No tocante a família, tais princípios são de ordem constitucional e concede a pessoa a possibilidade de escolher seu parceiro, independente de sexo, bem como o ente familiar que queira fazer parte.

Neste sentido, quando constituído o ente, deve prevalecer a igualdade entre seus membros em direitos e deveres, seja ela proveniente de matrimônio ou união estável. Já a liberdade tem mais afinco com a possibilidade de escolha da

pessoa em permanecer no ente familiar ou retirar-se quando não houver mais afinidade.

O princípio da liberdade reconfigurou a figura do pátrio poder, vez que implementou a solidariedade entre pais e filhos, derrubando aquele sentimento de que o pai possuía em suas mãos todos os aspectos da vida de seu filho. Trouxe também, como dito, a isonomia entre os chefes do ente familiar sob a ótica de atender o melhor interesse dos seus filhos.

Voltado as crianças e adolescente, ensina Maria Berenice Dias (2011, pág 64):

No rol dos direitos da criança, do adolescente e do jovem, assegurados constitucionalmente, figura o direito à liberdade (CF 227). Assenta-se neste direito tanto a necessidade de o adotado, desde os 12 anos de idade, concordar com a adoção (ECA 45 §2º), como a possibilidade do filho de impugnar o reconhecimento levado efeito enquanto era menor de idade (CC 1.614). Igualmente o ECA consagra como direito fundamental a liberdade de opinião e de expressão (ECA 16 III) e a liberdade de participar da vida familiar e comunitária sem discriminação (ECA 16 V).

Conforme exposto, dentre os direitos das crianças e dos adolescentes, está consagrado o princípio da liberdade no art. 227 da Constituição Federal de 1988, onde expressa que o adotado deve concordar com a adoção desde os 12 anos de idade, conforme exposto no art. 45 §2º⁵, bem como a liberdade de opinião e expressa, por fim, consagra a liberdade de convivência junto ao ente familiar sem nenhum tipo de discriminação.

5.2.3 Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade é junto ao princípio da liberdade o que dá suporte a todo Estado Democrático de Direito.

⁵ Art. 45 Lei 8.069/90: A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

§ 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento.

A lei tutela a igualdade entre todas as pessoas que estejam convivendo no meio social. Desta forma, o que se busca é assegurar a igualdade entre todos, como forma de se realizar uma justiça social.

Nossa Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio da igualdade em seu preambulo, bem como, reafirmou em seu art. 5º e enfatizando no inciso I que homens e mulheres são iguais em direitos e deveres, não havendo distinção. No tocante a família, estipula o art. 226, § 5º⁶ acerca da igualdade entre os cônjuges, onde há direitos e deveres recíprocos, não havendo possibilidade de discriminação. Com isto, demonstra-se que a Constituição federal construiu uma base importante ao princípio da isonomia em sede de direito de família.

Trata a nossa Constituição Federal sobre a igualdade dentro do direito de família, quando trata da livre decisão do casal em decidir sobre a forma de seu planejamento familiar (CF 226, §7º⁷), sem possibilidade de interferência de terceiros sobre o assunto. O Estado possui limitação em determinar o planejamento familiar, donde somente possui como dever em fornecer as melhores condições, meios suficientes para que este direito seja exercido de forma digna.

O Código Civil como forma de consagrar o princípio da igualdade, trata do tema em direito de família como forma de solidariedade entre os seus entes não tratando com visão de igualdade simples e pura.

A organização do ente familiar repousa no princípio da igualdade, ante a isonomia de direitos e deveres entre os cônjuges conforme art. 1.511⁸ do Código Civil. Com relação ao direcionamento da sociedade conjugal, deve ser pautada em mútua solidariedade com base no art. 1.567⁹ do Código Civil. Trata o mesmo código, em respeito à igualdade, estabelece que é permitido aos cônjuges adotarem o sobrenome um do outro.

⁶ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

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

⁷ § 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

⁸ Art. 1.511 do Código Civil: O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

⁹ Art. 1.567 do Código Civil de 2002: A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.

Com relação a guarda do menor, em caso de extinção do ente familiar originário, não há preferência, onde a recomendação é que seja estipulada a guarda compartilhada entre os pais, acentuando a igualdade de direitos e obrigações. Somente opta pela guarda unilateral se não houver a possibilidade de se imputar a guarda compartilhada, bem como se um dos cônjuges demonstrar que possui melhores condições de manter o menor.

5.2.4 Princípio da solidariedade familiar

Tendo um valorada entoação ética, o princípio da solidariedade possui base em relações afetivas. Tal princípio expõe os valores de fraternidade e reciprocidade, ou seja, transmite a ideia de que uma pessoa deve estar atenta a outra e prestar-lhe e receber auxílio quando necessário.

A solidariedade tem base constitucional, expresso no preâmbulo de nossa Carta Magna quando aborda sobre a busca de uma sociedade fraternal.

Nosso Código Civil de 2002 estabeleceu em seu art. 1511 que o casamento resulta numa comunhão de vida, trazendo consigo a concepção exata do princípio da solidariedade.

O próprio direito de alimentos tem por escopo o princípio da solidariedade, eis que dentro de um ente familiar, todos os seus membros são legitimados a receber e prestar alimentos. No entanto, se um pai deixar de prestar alimentos, futuramente, caso necessite, seu filho poderá recusar-se por conta da negativa anterior dada por seu ascendente.

Com relação aos filhos, está disposto no art. 229¹⁰ da Constituição Federal que os pais devem prestar auxílio aos seus filhos, e esta assistência não é somente material, trata-se também de auxílio psíquico com o objetivo de buscar o melhor interesse do menor, recebendo, assim, a possibilidade de se desenvolver um lar harmonioso a criança e adolescente.

¹⁰ Art. 229 da Constituição Federal de 1988 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.

Neste sentido, nos ensina Maria Berenice Dias (2011, pág 67):

Basta atentar que, em se tratando de crianças e de adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente o Estado o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação.

Com isso, concluímos que o Estado trata a criança e adolescente como cidadãos em formação, garantindo um tratamento especial priorizando que a família deva conceder ao menor todos os auxílios necessários para uma formação saudável.

5.2.5 Princípio do pluralismo das entidades familiares

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 a família adquiriu novos parâmetros de formação, onde a carta magna trouxe transformações no reconhecimento jurídico de entes familiares. Com isto, o matrimônio deixou de ser o único modo de constituição de ente familiar.

Desta forma, a Constituição Federal consagrou o princípio do pluralismo das entidades familiares ao reconhecer novos meios de constituir uma família. O que outrora (relações extrapatrimoniais) eram tratadas como sociedade de fato, com tratamento no campo do direito obrigacional, hoje recebe tutela do direito familiar.

Receberam igual tratamento as uniões homoafetivas, união estável, famílias pluriparentais. Com essa nova tratativa do modo de constituição dos entes familiares demonstrou a ênfase do legislador pátrio em dar respaldo para entidades familiares que se unem pelo sentimento que um sente pelo outro, ou seja, priorizando a afetividade e negar este reconhecimento é agir contra o próprio mandamento constitucional, gerando grave injustiça.

5.2.6 Princípio do melhor interesse da criança e adolescente.

Elenca o art. 227 da Constituição Federal um rol de deveres incumbidos a família, sociedade e Estado para com o menor. Dentre todas as atribuições, está o

dever de prestar auxílio em saúde, educação, possibilidade de convivência familiar, preservar a dignidade e respeito.

Este elenco de deveres de cuidado com o menor foi consagrado no Estatuto da Criança e Adolescente (Lei 8.069/90). Em tal estatuto, está disposto em seu art. 3º¹¹ que ao menor é assegurado todos os direitos inerentes ao ser humano sem prejuízo da proteção integral ao menor. Neste contexto, Flávio Tartuce (2016, pág. 27) expõe que a sociedade e Estado devem proporcionar ao menor “todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, espiritual, social, em condições de liberdade e dignidade”.

A proteção integral pode ser analisada pelo princípio do melhor ou maior interesse do menor, difundida junto a Convenção Internacional de Haia. A legislação pátria reconheceu nos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2.002 tal princípio ao regular a guarda do menor, sendo alterados pela Lei 11.698/08 que instituiu a guarda compartilhada como regra e a guarda unilateral sendo exceção.

Este princípio adota o entendimento que haverá primeiramente a primazia da necessidade da criança e adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, elaboração de novas leis e até em decisões de políticas públicas.

Assim, diante interesse familiar, paterno, materno, sempre buscará em primeiro plano atender o interesse do menor, para garantir-lhes proteção necessária.

Desta forma, sendo o menor o elo mais frágil da relação social, eis que está em fase de desenvolvimento, deve receber tripla proteção de forma escalonada, donde devem estar a família, a sociedade e o Estado sempre vigilantes para garantir um bom e saudável desenvolvimento do menor.

5.2.7 Princípio da Afetividade

O denominado princípio da afetividade é considerado a base do direito familiar ao lado do princípio da dignidade da pessoa humana. O referido princípio não

¹¹ Art. 3º da Lei 8069/90: A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

está expresso em nossa Constituição Federal, entretanto, trata-se de um aperfeiçoamento da própria dignidade.

Como dito, mesmo não estando expresso no texto constitucional, devemos lembrar que os princípios são abstrações gerais norteadores na busca de um estado social ideal, que são extraídos através dos intérpretes das normas jurídicas.

Com isso, através da análise de nossa carta magna, extrai-se que vigora o denominado princípio, vez que, quando o Estado adota novas formas de constituição de um ente familiar, como é o caso da União Estável, está efetivando a afetividade como um de seus princípios fundamentais.

De outro modo, a adoção implícita do princípio da afetividade por nosso ordenamento jurídico extinguiu quaisquer fundamentos que defendam a diferença entre filhos biológicos e adotados, consagrando a igualdade entre os filhos única e exclusivamente pelo laço afetivo.

Ademais, nos ensina Maria Berenice Dias (2011, pág 71) que:

O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. Assim, a posse de estado de filho nada mais é o do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado.

Destarte, devemos elencar a afetividade como sendo um direito fundamental para o meio social, trata-se de uma base para que dentro de uma família haja amor, cuidado, carinho, atenção, preocupação com os seus filhos, para que sejam amparados, amados, desenvolvendo-se num ambiente completamente saudável.

Como forma de efetivar a afetividade em nosso ordenamento, o art. 28¹², § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente trata da possibilidade de colocar o menor em família substituta, desde que seja levado em conta a relação de afetividade que o

¹² Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

menor possui para com a família substituta, minorando qualquer consequência da medida escolhida.

De mesma sorte, o art. 1.593¹³ do Código Civil ao tecer acerca do parentesco, diz que este pode ser natural ou civil, por consanguinidade ou por outra origem, expressando, assim, que o parentesco pode ocorrer apenas pelo laço afetivo.

Ademais, insta salientar um dos mais importantes diplomas leais que expressa a essência e importância da afetividade, eis que o art 1638, inciso II do Código Civil de 2.002 dispõe sobre a possibilidade de perda do poder familiar em caso de abandono.

O conceito de abandono de que trata o referido artigo, segundo Denise Damo Comel (2003, pág 285):

Traduz o abandono na falta de cuidado e atenção, na incúria, ausência absoluta de carinho e amor. É o pai que tem desleixo para com a prole, que pouco se lhe importa a nutrição, faltando aos cuidados básicos e essenciais à própria sobrevivência, e mantendo o filho em estado de indigência.

Desta feita, o abandono nada mais é do que a falta de carinho, atenção, cuidado que o pai ou mãe deveria exercer com sua prole, deixando o a própria sorte, privando o menor de um direito básico de crescer em um ambiente saudável, com o mínimo de amparo psicológico e material.

De outra mão, o que o princípio da afetividade preconiza é o estreitamento da relação dos pais com os filhos, com todos que fazem parte do ente familiar, e observamos a exteriorização deste princípio no íntimo do ente familiar, no seu convívio, através de um diálogo, conselhos, o ensino de valores éticos e morais ao menor.

Nesta linha, Ana Carolina BrochadoTeixeira (2008, pág 254) preceitua que:

No âmbito da família, além de se valorizar a pessoa humana, relevou-se, também, a coexistência, reforçada que foi pela preponderância da afetividade. É nessa perspectiva que se insere a autoridade parental, enquanto relação social que transcende para o âmbito jurídico. Antes preponderantemente hierárquica e patriarcal, a relação paterno/materno-filial

¹³ Art. 1.593 Do Código Civil de 2002: O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

transmuta-se para uma perspectiva dialogal, ou seja, é perpassada pela compreensão mútua e pelo diálogo, pois a criança e o adolescente – valorizados que foram como protagonistas da família – também se tornaram sujeitos ativos no âmbito da própria educação.

Desta feita extraímos que hoje os pais devem ser mais sensíveis aos anseios dos seus filhos, onde deve haver uma atenção especial ao menor, para que haja compreensão, através do diálogo e seja prestado prestar uma boa assistência ao filho, vez que hoje são sujeitos de direito.

Conforme visto outrora, o menor é tido pelo Estado como um ser em formação e ter no ordenamento jurídico de maneira implícita o princípio da afetividade é de suma importância justamente pela atenção que o menor dispense. Quando há ausência de afetividade, cria-se um grave problema na vida do menor, devido a possibilidade de perder uma importante referência.

Outra grave lesão ao princípio da afetividade é justamente o não reconhecimento por um de seus pais como seu filho, além de negar a afetividade, mancha o princípio da dignidade da pessoa humana, gerando uma das maiores lesões dos direitos humanos fundamentais que é ter a chance de conhecer, conviver e receber amor, afeto, carinho de seus pais.

5.2.8 Princípio da convivência familiar

Nosso art. 227 da Constituição Federal expõe que é direito básico do menor a convivência familiar, para que seja ofertado a possibilidade do estreitamento do vínculo afetivo entre os membros do grupo familiar e a criança ou adolescente.

Com essa possibilidade de construir um laço de afeto, o menor recebe a oportunidade de ser educado e se desenvolver num ambiente saudável. Sabendo da importância do referido princípio, o Estatuto da Criança e do Adolescente tratou em capítulo próprio sobre o assunto, bem como dispôs em seu artigo 19 que a convivência familiar é um direito da criança, de certo, quando há esta privação, estaremos diante de um caso de desrespeito ao ordenamento jurídico pátrio.

Veja que a preocupação do legislador pátrio deixou de ser apenas a formalidade entre os membros familiares, dando importância a relação de afeto entre

eles, preocupação voltada a concretização de uma relação de companheirismo, amizade, afetividade entre seus membros.

Para o menor, a primeira oportunidade para a criação de um laço afetivo é justamente no âmbito familiar. Destarte, cabe ao pai, mãe, avó, avô ou qualquer um que tenha o direito de guarda e proteção perante o menor de oportunizar uma convivência harmônica, pautada em afeto para um melhor desenvolvimento emocional, psíquico.

Paulo Lobo (2011, pág 74) é enfático ao defender que:

A convivência familiar é a relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõe o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum. Supõe o espaço físico, a casa, o lar, a moradia, mas não necessariamente, pois as atuais condições de vida e o mundo do trabalho provocam separações dos membros das famílias no espaço físico, mas sem perda da referência ao ambiente comum, tido como pertença de todos. É o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças.

O que devemos extrair no tocante ao direito ao convívio familiar é que, uma vez bem proporcionada ao menor, irá desencadear numa construção psicológica saudável, pautada na fraternidade entre seus entes, servindo de base para que este menor cresça e possua condições para a sua vivência adulta, sem quaisquer sentimentos de angústia, depressão, ou qualquer desequilíbrio emocional.

Saliente-se que o direito ao convívio familiar não traduz na ideia de que o menor tenha o direito de conviver no mesmo espaço físico que demais membros familiares, mas que haja uma relação de afeto entre eles, que haja preocupação com os anseios do menor, diálogo, instrução, muito mais presença emocional do que propriamente física.

Muitas vezes um menor tem acesso a um convívio familiar com um pai e ou mãe distante fisicamente, mas deveras presente emocionalmente do que um pai e ou mãe presente fisicamente, mas que não proporciona ao menor uma aproximação afetiva.

É sabido que a ausência ao direito do convívio familiar causa danos com viés moral e em alguns casos até material ao menor, neste sentido Aline Basuz Soares Karow (2012, pág 220), explica que:

Este dano torna-se mais gravoso no momento em que se dá na fase de desenvolvimento da personalidade, ocasião em que necessita de paradigmas de comportamento e ainda impressões de afeto que lhe transmitam direção e segurança para que venha a se desenvolver plenamente.

Fomenta-se a ideia de que a ausência do convívio familiar gera dano ao denominado projeto de vida do menor que segundo Carlos Fernández Sessarego trata-se (1992, pág. 118) “aquele que transcende o que conhecemos e designamos como a integridade psicossomática do sujeito, é um dano radial e profundo que compromete de alguma medida o ser do homem”.

Destarte, a privação do direito de convivência familiar gera danos de ordem psicológica que macula a personalidade da criança, onde não conseguirá na maioria dos casos, desenvolver-se de forma saudável, necessitando de ajuda psicológica e atenção extra dos demais entes familiares.

5.3 A família diante o Estatuto da Criança e do Adolescente

A Lei Federal 8.069/90, comumente reconhecido como o Estatuto da Criança e do Adolescente, foi promulgada com a finalidade de garantir a proteção integral da criança e do adolescente no território brasileiro, expondo assim direitos e garantias fundamentais ao menor, juntamente com mecanismos processuais e institucionais de proteção. O próprio termo “estatuto” demonstra que o ECA é considerado um microssistema jurídico, possuindo direito material, processual, penal, ou seja, extenso arcabouço jurídico para efetivar a defesa do menor.

O Estatuto da Criança e do Adolescente tem como o sujeito de direito a criança, considerado pelo estatuto aquele que tem até doze anos de idade, bem como o adolescente, compreendendo a faixa etária de doze aos dezoito anos de idade.

Sabe-se que a criança não tem a capacidade plena para o exercício de seus direitos, entretanto, são sujeitos de direito, amparado pela dignidade da pessoa humana donde possuem a garantia de proteção de seus direitos basilares.

Nesta toada, adveio o Estatuto da Criança e do Adolescente, reconhecendo os menores como sujeitos de direitos, garantindo-lhes proteção, diante ao sábio reconhecimento por parte do legislador pátrio da importância do ser humano em formação, efetivando direitos e mecanismos para melhor atender ao interesse do menor em desenvolvimento.

O Estatuto da Criança e do Adolescente mudou o patamar jurídico dos menores, pois, Segundo Kátia Macial (2010, pág. 9):

Crianças e adolescentes deixam de objeto de proteção assistencial e passam a titulares de direitos subjetivos. Para assegurá-los é estabelecido um sistema de garantia de direitos que se materializa no município, a quem cabe estabelecer a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, através do Conselho Municipal de Direito da Criança e do Adolescente – CMDCA, bem como, numa co-gestão com a sociedade civil, executá-la.

Com isso, o menor deixou de ser objeto para se tornar sujeito de direitos, tendo contigo, como dito alhures, um sistema jurídico pátrio voltado para sua proteção integral, buscando o melhor interesse para atingir um desenvolvimento saudável do menor.

Para buscar efetivar a proteção do menor, o legislador pátrio traçou bases para nortear a busca pelo objetivo do diploma legal, dentre elas, cabe destacar o art. 4º¹⁴ do Estatuto que evidencia o papel dos pais, bem como do próprio estado e comunidade para a garantia dos direitos basilares do menor, dentre estes direitos básicos, cabe destacar o direito à alimentação, educação, lazer, bem como a convivência familiar.

Desta forma, o legislador pátrio ao perceber o grau elevado de vulnerabilidade do menor, tratou por conceder ao menor garantias, tratando-o como sujeito de direito, donde o Estatuto é pautado om base na igualdade, bem como da dignidade da pessoa humana, donde qualquer lesão ao direito do menor, deve ser prontamente afastado seja por ação do Estado, comunidade ou dentro do próprio núcleo familiar.

¹⁴ Art. 4º da Lei 8.069/90: 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.

Saliente-se a importância dada a família, donde os primeiros que devem buscar tutelar os direitos da criança e do adolescente são os membros do ente familiar, onde no caso de desrespeito, o Estado toma para si a prerrogativa de em determinados casos, afastar o menor do convívio familiar e colocá-lo noutra ente familiar substituto se vier a considerar o antigo nocivo ao desenvolvimento do menor.

5.4 Visão de família perante o Código Civil de 2002

O Código Civil foi objeto de uma tramitação demasiadamente demorada, tem-se que seu projeto original é de 1975, ou seja, anterior a Constituição de 1988, onde, diante o curso de sua tramitação, foi recebendo emendas e com isso, seu texto foi atualizado para que houvesse respeito vertical aos mandamentos constitucionais e também para atingir a projeção atual de família da sociedade atual.

Neste sentido, nos ensina Dimas Messias de Carvalho (2011, pág. 21):

Inequívoco que o Código civil de 2002 foi um grande avanço, especialmente ao reconhecer diversas formas de família e o afeto como elemento agregador. Demanda, entretanto, urgente atualizados em diversas regras para adequá-lo à realidade atual das famílias, pois, como é sabido, o direito nunca se adianta à realidade social, está procurando se adequar aos novos costumes e valores sociais, tardiamente.

A família ganhou nova roupagem com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, desta forma, o que antes era interpretada como uma entidade familiar que se constituía única e exclusivamente pelo casamento, com forte traço patriarcal, matrimonializada, patrimonializada e heterossexual, hoje concentra-se quase que exclusivamente na existência do vínculo de afeto para sua constituição, reconhecendo também a união afetiva e a família monoparental.

No tocante a alteração do modelo patriarcal, o homem deixa de ser a figura superior do núcleo familiar, recebendo a mulher igualdade de direitos e deveres para a administração do ente familiar, tanto o é, que houve mudança de designação do denominado pátrio poder para poder familiar.

Diante todas as alterações trazidas pelo novo Código Civil, uma das mais importante é em relação a igualdade entre filhos, não havendo mais distinção entre irmãos, seja ele consanguíneo, adotado, extramatrimonial, possuindo todos eles os mesmo direitos e deveres dentro do núcleo familiar e no tocante aos direitos das sucessões.

Vejamos que o conceito de família atualmente é pautado pelo vínculo afetivo para sua constituição, ou seja, não há necessidade de maiores formalidades para a criação de um ente familiar, bastando que exista amor, vontade de querer estarem juntos, de constituir um núcleo familiar com base cooperação, colaboração, respeito, igualdade, dignidade entre seus membros.

Com isto, fica a cargo do Estado o dever de reconhecer e garantir proteção aos direitos deste núcleo familiar constituído com base no afeto, para tanto, o faz através de atualização das codificações pátrias afim de que sejam agregadas a doma da proteção estatal as mais variadas formas de constituição de família.

Cabe destacar o apontamento de Maria Berenice Dias (2011, pág. 31):

O Código Civil procurou atualizar os aspectos essenciais do direito de família. Apesar de ter preservado a estrutura do Código anterior, incorporou boa parte das mudanças legislativas que haviam ocorrido por meio de legislação esparsa.

No entanto, tratando-se o direito de uma ciência pautada nos costumes e anseios de determinada sociedade que está sempre em evolução, há carência legislativa para atender todas as demandas, mas convém salientar que a mudança de tratamento da família, reconhecendo a afetividade como a base para sua concepção foi um ganho de suma importância para a sociedade brasileira.

Entretanto, num contexto geral, as alterações trazidas pela codificação civil, regulamentou as relações diante uma nova realidade social, coadunando-se com o texto constitucional, buscando efetivar os interesses do menor, bem como tendo por base a afetividade.

6 PODER FAMILIAR

Instituto que foi alterado com a vigência do Código Civil de 2002, o poder familiar, antes conhecido como pátrio poder, era exercido somente pelo homem tido como o chefe da família, hoje é compartilhado com a mulher havendo igualdade entre homem e mulher para a administração do ente familiar.

As crianças e adolescentes estão sujeitos ao poder familiar enquanto menores, conforme está exposto no art. 1.630 ¹⁵do Código Civil de 2002. Importante salientar que o poder familiar tem como norte atender o melhor interesse dos filhos.

A atual conjectura do poder familiar, trouxe uma nova relação entre pais e filhos, onde o primeiro deve administrar o ente familiar de modo a atender aos interesses do menor, garantindo-lhe direitos básicos, como educação, saúde, alimentação, lazer e o filho devendo prestar respeito e honrar seu pai e sua mãe.

Neste diapasão, com relação aos menores, ensina Dimas Messias de Carvalho (2009, pág. 371):

O menor assumiu papel relevante, passando a ser protagonista, exatamente por estar em condições de desenvolvimento e de construções de sua personalidade. A família consubstancia-se hoje no lugar privilegiado para o desenvolvimento psico-físico do menor, tornando-se na sua atual faceta, em núcleo de realização do ser humano, de afetividade, sonho e amor.

Este entendimento coaduna com a visão do legislador pátrio ao entender a vulnerabilidade do menor, do ser humano em formação, eis que é na tenra idade que é necessário maior cuidado, atenção, orientação. Destarte, buscou garantir ao menor maior proteção aos seus direitos para a busca de uma melhor formação psíquica diante a proteção junto ao seu ente familiar.

¹⁵ Art. 1.630 do Código Civil de 2002: Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

6.1 Análise histórica do poder familiar

O poder familiar tem início no Direito Romano, onde era constituído como um conjunto de poderes conferidos ao pater família, onde possuía o papel de administrar o núcleo familiar, assim, quem decidia em nome da família era o homem. Desta forma, a família romana traduzia-se nos interesses do chefe da família, e este interesse era amplo, onde cabia decisões acerca de imposições de castigos físicos, exposição moral, pela venda e decidir sobre a morte de seus filhos.

Com relação aos bens dos filhos, pontua Dimas Messias de Carvalho (2009, pág. 372) que a prole “sequer tinha patrimônio, portanto, tudo o que ganhasse pertencia ao pai”.

Com o avanço dos anos, o poder supremo do chefe de família foi sendo mitigado mesmo em Roma, onde já não era mais possível a exposição do filho, nem decidir sobre sua morte, nem realizar moeda de troca com o menor.

Num contraste de concepção ideológica, na idade média os países que adotavam o conceito germânico, ou seja, voltada para o direito costumeiro, detinham o entendimento que o pátrio poder deveria ser voltado mais para os interesses dos filhos do que para atender aos interesses dos pais, linha adotada pelo Direito Francês que neste sentido amenizou os direitos dos pais sobre o filho e implementou deveres.

O direito português adotou o conceito de poder familiar do modelo romano depois que este sofreu drásticas mudanças em seu primário conceito, com isso, o direito português inseriu uma gama de direitos e deveres ao chefe de família.

Em terras brasileiras, o nosso Código Civil de 1916 concedia ao homem, chefe de família o exercício exclusivo do poder familiar, entretanto, nos casos de ausência do homem, o poder era transferido para a mulher. A desigualdade entre o homem e mulher era de fato colossal, tanto é que se a viúva constituísse novo matrimônio, ela perdia o poder familiar para com seus filhos.

Numa tentativa de minimizar as desigualdades existente entre os cônjuges, foi instituído o Estatuto da Mulher Casada (L. 4.121/62) que concedia o poder familiar a ambos os pais, mas a mulher possuía o papel de colaborar com o pai

no exercício do poder familiar, tanto é que pontua Maria Berenice Dias (2011, pág. 422):

No caso de divergência entre os genitores, prevalecia a vontade do pai, podendo a mãe socorrer-se da justiça.

Veja que mesmo com o esforço legislativo com a vigência do Estatuto da Mulher Casada, a mulher ainda possuía uma figura submissa com relação ao marido. Esta gritante diferença de tratamento foi sanada com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que colocou a figura da mulher em igualdade ao homem em relação aos direitos e deveres nos limites da sociedade conjugal, bem como para o exercício do poder familiar.

Com relação ao ECA, nos ensina Maria Berenice Dias (2011, pág. 424) que:

O ECA, acompanhando a evolução das relações familiares, mudou substancialmente o instituto. Deixou de ter um sentido de dominação para se tornar sinônimo de proteção, com mais características de deveres e obrigações dos pais para com os filhos do que de direitos em relação a eles.

Destarte, o instituto que outrora possuía uma característica de excesso de direito ao chefe da família foi transformando-se, com a evolução social, num instituto que passou a contrair uma característica mais protetora, visando o melhor interesse dos filhos, onde o Estado passou a conceder aos pais deveres para garantir um melhor desenvolvimento de sua prole, onde o papel da entidade familiar é proteger e orientar a sua prole, eis que estão inseridos numa vulnerabilidade que requer maiores atenções.

O Código Civil de 2002 em consonância com a Constituição Federal adotou a ideia de poder familiar em iguais condições para o seu exercício entre o homem e a mulher, no entanto, a doutrina brasileira em sua maioria critica o termo poder familiar, vez que com a nova visão, o poder familiar tem mais ligação com o dever dos pais em prestar uma assistência eficaz ao seu filho do que o exercício de um poder em si.

Neste sentido, Dimas Messias de Carvalho (2009, pág. 372):

O Código Civil de 2002 passou a denomina-lo poder familiar em razão de atualmente ser exercido em igualdade de condições pelos pais e não mais pelo marido com a colaboração da mulher, como dispunha a legislação anterior. A expressão peca, entretanto, pela excessiva preocupação em retirar o pátrio, por relacioná-la ao pai, do que cuidar em incluir na identificação o seu real conteúdo, posto que o poder é mais uma obrigação de responsabilidade e exercício dos pais e não da família, como indica o nome.

Como dito alhures, o conceito atual adotado pelo legislador pátrio tem mais conexão com o dever dos pais em prestar uma assistência psíquica e material ao menor, atendendo, dentro dos limites da razoabilidade os seus interesses, para que sejam capazes de crescerem um ambiente saudável, abandonando a ideia de que do direito do exercício de um poder sobre a criança.

Insta salientar o entendimento de Sílvio Salvo Venosa (2012, pág. 307):

Na noção contemporânea, o conceito transfere-se totalmente para os princípios de mútua compreensão, a proteção dos menores e os deveres inerentes, irrenunciáveis e inafastáveis de paternidade e maternidade. O pátrio poder, poder familiar ou pátrio dever, nesse sentido, tem e vista primordialmente a proteção dos filhos menores. A convivência de todos os membros do grupo familiar deve ser lastreada não em supremacia, mas em diálogo, compreensão e entendimento.

Desta forma, a visão de proteção ao ser humano em desenvolvimento foi, de fato, absorvida pelo sistema jurídico pátrio, pois entendeu o legislador que é na infância e adolescência que o menor necessita de atenção, orientação, onde constrói suas relações afetivas, desenvolve sua psique de forma saudável, em que os pais assumem o protagonismo pela busca de ofertar um ambiente saudável, harmonioso, atendendo estas necessidades inerentes a todos as crianças e adolescentes.

6.2 Características do poder familiar

O poder familiar sendo um conjunto de deveres conferidos aos pais que visem a satisfação dos interesses do menor, por este ser o ente vulnerável que necessita de maior atenção, possui algumas características de é de suma importância pontuar.

Entende-se que o poder familiar corresponde a um múnus público, ou seja, é um poder estatal conferido ao particular, donde o Estado regulamenta todo o seu exercício, pautado num direito-dever exclusivo dos pais para o seu exercício.

Com isto, por se tratar de uma função exclusiva dos pais regulamentada pelo poder estatal, o poder familiar é irrenunciável, ou seja, o pai e ou a mãe não pode renunciar o exercício destes deveres.

Não havendo a possibilidade de renúncia do poder familiar, este também é inalienável, ou seja, os pais não podem transferir o poder familiar para terceiro, seja a título gratuito ou oneroso.

O poder familiar também é imprescritível, ou seja, os pais não perdem o direito-dever em exercer o poder familiar caso algum deles deixem de cumprir com seus deveres, somente em casos previstos em lei.

Convém mencionar que o poder familiar tem as características de ser incompatível com a tutela, ou seja, não há possibilidade de se nomear um tutor quando o menor já está na esfera de um poder familiar, onde o instituto da tutela somente atuará quando houver a perda ou suspensão do poder familiar, conforme dispõe o art. 36¹⁶, § único do ECA.

Por fim, o poder familiar possui as características de subordinação, em que os pais dotam do direito denominado direito de mando, enquanto os menores devem prestar obediência aos seus pais, conforme dispõe o art. 1.634¹⁷ inciso VII do Código Civil de 2002.

¹⁶ Art. 36 da Lei 8.069/90: A tutela será deferida, nos termos da lei civil, a pessoa de até 18 (dezoito) anos incompletos.

Parágrafo único. O deferimento da tutela pressupõe a prévia decretação da perda ou suspensão do poder familiar e implica necessariamente o dever de guarda

¹⁷ Art. 1.634 do Código Civil de 2002: Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

6.3 Responsabilidade dos pais para a melhor formação da criança e adolescente

Conforme visto alhures, o Estado concedeu aos pais a responsabilidade para a melhor criação das crianças e dos adolescentes, através do exercício do poder familiar, sendo este um múnus.

Sendo a criação de total responsabilidade dos pais, o nosso Código Civil trouxe um rol meramente exemplificativo de atribuições conferidas aos pais para a criação de seus filhos, conforme disposto no art. 1.634 do referido códex:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

I - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

Através de análise do artigo supracitado, o legislador pátrio impôs aos pais no inciso I, a responsabilidade pela criação dos seus filhos dentro de seus limites econômicos e sociais, além de prestar auxílio educacional, moral, espiritual e social. Para tanto, é reservado aos pais, quando necessário, a utilização, o exercício de seu papel de autoridade, direito esse oriundo do poder familiar, para que possa requerer obediência por parte de seus filhos.

Entretanto, o uso excessivo, através de violência física exagerada, moral que macule o íntimo do menor, pode gerar a perda do poder familiar conforme dispõe o art. 1638¹⁸, inciso I do Código Civil. Mesmo decretado a perda do poder familiar, os pais continuam com o dever de prestar auxílio ao filho, pois se assim não fosse, estaríamos diante de um caso que beneficiaria a atitude dos pais relapsos.

O referido inciso I coaduna-se como o já era previsto no art. 229 da Constituição Federal de 1988, reproduzido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 22.

Ademais, impõe no inciso II a responsabilidade dos pais de ter o menor em sua guarda e companhia, trata-se de uma situação que abarca um direito-dever, onde o pai tem o direito de ter o menor em sua guarda e companhia para que seja possível o exercício da vigilância, orientação, bem como a imposição de limites se assim for necessário. É considerada também um dever, eis que se o legislador já lhe imputou a responsabilidade de criar o filho, logo tem o dever de manter o filho sob sua guarda e companhia, tanto o é que a legislação pátria admite a responsabilidade do genitor ante o ato ilícito cometido pelo filho menor, conforme exposto no art. 932, I e 934 do Código Civil de 2002.

O Código Civil também regulamenta a responsabilidade dos pais em conceder ou negar consentimento para que o filho menor possa contrair matrimônio, onde a negativa deve ser justificada. Há a possibilidade de suprimir o consentimento através do judiciário, onde o juiz irá analisar e reconhecendo que a justificativa da negativa não é plausível, poderá suprimir tal consentimento.

Ademais, é de responsabilidade dos pais a nomeação de tutor para o filho menor, através de testamento se os pais forem ausentes ou se vivos não puderem exercer o poder familiar. Neste contexto, entendeu o legislador que ninguém poderá escolher o melhor tutor aos seus filhos do que os próprios pais.

O legislador pátrio concedeu aos pais a responsabilidade de representar os filhos menores até os 16 anos em todos os atos da sua vida civil, e assisti-lo após esta idade. Com isso, a lei reconheceu a incapacidade absoluta do menor de 16 anos em realizarem todos os atos de sua vida civil, bem como em atos jurídicos, bem como

¹⁸ Art. 1.638 do Código Civil de 2002: Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
I - castigar imoderadamente o filho;

a incapacidade relativa dos maiores de 16 anos e menores de 18 anos. Desta forma, procurou o legislador outorgar aos pais a responsabilidade de representação e assistência para suprimir eventuais incapacidades.

Mais do que uma responsabilidade, tratando-se de um direito inerente aos pais, o legislador regulamentou o direito de requerer o menor de quem ilegalmente o detenha, com isso, os pais, diante um ato de retenção contra o menor, poderão ajuizar a ação de busca e apreensão para que possam colocar o menor sob sua guarda e companhia.

Em relação ao inciso VII do art. 1634 nos ensina Dimas Messias de Carvalho (2009, pág. 377):

Dentre as prerrogativas do pai, encontra-se o direito de exigir obediência e respeito dos filhos, inclusive como parte da educação, podendo, para tanto, castiga-los moderadamente. Podem, ainda, exigir serviços próprios de sua idade e condição, para auxílio e manutenção da família, obviamente, desde que não prejudique a educação e o direito ao lazer, observando que, atualmente, a Constituição Federal proíbe o trabalho fora do lar de menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos, e dos menores de dezoito anos em trabalho noturno, perigoso ou insalubre (art. 7º, XXXIII).

Entretanto, critica Maria Berenice Dias (2011, pág 429) que o Código Civil foi omissivo ao não deixar expresso a responsabilidade no que ela considera ser “o mais importante dever dos pais com relação aos filhos: o dever de dar amor, afeto e carinho”

De fato, ao analisarmos a evolução do conceito de direito de família, tiramos daí que o afeto é o liame subjetivo formador das relações entre os entes familiares, sendo assim, a responsabilidade de maior importância que os pais possuem diante os seus filhos.

Ademais, o próprio poder familiar evoluiu neste sentido, deixando de atender aos anseios exclusivamente do pai, para voltar-se aos interesses dos menores, considerado o ente mais vulnerável, pessoa em desenvolvimento que necessita de afeto, carinho, amor, orientação para que possa se evoluir de forma saudável.

Saliente-se que é através do afeto que temos construção da relação de afinidade, intimidade, cumplicidade entre os pais e seus filhos, e negar este direito

básico, além de gerar graves consequências psicológicas, de ordem moral, devido ao ato egocêntrico de um de seus genitores, vem ganhando relevância jurídica, reconhecendo a jurisprudência pátria a possibilidade de se imputar a responsabilidade civil diante o ato de abandono afetivo.

7 RESPONSABILIDADE CIVIL DIANTE A CARACTERIZAÇÃO DO ATO DE ABANDONO AFETIVO.

A evolução do pensamento refletiu no mundo jurídico, onde tivemos grandes avanços interpretativos e mudança conceitual dos institutos jurídicos, dentre as mudanças, cabe destaque acerca do afeto, bem como da paternidade responsável. O afeto conquistou lugar de destaque nas relações familiares, sendo considerado o ente que liga os membros de um núcleo familiar, que deve imperar o amor, amizade, companheirismo, cumplicidade dentre outras relações agregadoras. É considerado por muitos o princípio preponderante no direito de família.

Conforme entende Rolf Madaleno (2008, pág.66), “o afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para o fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana”.

Devido ao alcance de destaque conquistado pelo afeto no direito de família, muitos questionamentos surgiram sobre o papel do afeto dentro da responsabilidade civil, ou seja, seria o afeto capaz de servir de supedâneo para justificar uma responsabilização civil?

Neste diapasão, a doutrina diverge, onde uma parcela defende que o afeto é capaz de gerar responsabilidade civil, eis que trata-se de um princípio intrínseco da Constituição Federal que orienta a formação dos núcleos familiares, ademais, com a evolução do direito de família, o afeto, conforme exposto alhures, é o liame que constrói a relação familiar.

Com esta visão, Paulo Lobo (2009, pág. 48-49) nos mostra que o afeto, além de ser um princípio, trata-se de um dever, senão vejamos:

“dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles [e dos parentes entre si], ainda que haja desamor ou desafeição entre eles (...) No caso dos cônjuges e companheiros, o dever de assistência, que é desdobramento do princípio jurídico da afetividade (e do princípio fundamental da solidariedade que perpassa ambos), pode projetar seus efeitos para além da convivência, como a prestação de alimentos e o dever de segredo sobre a intimidade e a vida privada (LÔBO, 2009, p.48-49).

Veja, que na visão de Paulo Lobo, o afeto é inerente as pessoas envolvidas no ente familiar, ou seja, por mais que, dentro de uma relação familiar

nunca exista ou não mais prepondere o amor entre os entes, a afinidade é um dever que se sobressaí ao relacionamento.

Neste contexto, parcela da doutrina levanta a bandeira de que o afeto é mais do que um princípio, tratando-se de direito de personalidade, justificando a possibilidade de responsabilização civil por dano moral diante a configuração do abandono afetivo.

Por mais que o entendimento da maioria da doutrina defenda o afeto como a possibilidade de gerar responsabilização civil, há quem levanta a bandeira de que não há razão para tal. Para tais doutrinadores, o afeto é apenas uma questão moral, não podendo servir de base para a construção familiar e porventura, servir de base para uma responsabilidade civil.

De acordo com este entendimento, defende Leonardo Castro (2008, pág. 20) que “nas relações familiares, cabe ao judiciário somente a defesa dos direitos fundamentais do menor. A sua intromissão em questões relacionadas ao sentimento é abusiva, perigosa e põe em risco relações que não são de sua alçada”.

Extraímos deste entendimento que o afeto nada mais é do que um sentimento da pessoa, não sendo possível ser objeto de discussão jurídica, desta forma, também não pode servir de base para ser considerado um direito fundamental da pessoa humana, bem como, servir de causa para discussão da possibilidade de responsabilidade civil.

Entretanto, o que vem a ser o afeto? Para melhor entender o seu significado, se fez necessário buscar bases na psicologia. Desta forma, por mais que a palavra afeto soe como condutas positivas, o seu entendimento também pode traduzir qualidades negativas, conforme nos ensina a psicanalista Giselle Câmara Groeninga (2010, pág. 204):

Os afetos constituem a energia psíquica, baseada no prazer e desprazer, que investe pessoas ou representações, que valora as relações, e que se transforma em sentimento – dando um sentido aos relacionamentos. Como dito, os afetos não existem puros – só de amor ou só de ódio, e em função desta nossa natureza um tanto ambivalente, uma dose de conflito é inerente à vida. Várias são as combinações dos afetos, e enquanto o amor prevalecer as famílias continuam a se constituir, por meio da solidariedade e da cooperação, o mesmo se dando nas relações sociais e mesmo entre os países.

No âmbito familiar, entende-se que o afeto é o liame subjetivo que interliga as pessoas dentro do núcleo familiar, através de mútua assistência, troca de intimidades, sentimentos, amor, compreensão, cumplicidade, obediência, honradez que serve para a estruturação do núcleo familiar.

O afeto diante do poder familiar, trata-se de responsabilidade que os pais possuem perante os seus filhos, tratando-se de um múnus do Estado impondo aos pais o dever de prestar assistência ao seu filho, buscando o melhor interesse do menor, conforme exposto no art. 1634 do Código Civil de 2002.

Contudo, o que é o abandono afetivo? De antemão, devemos entender o abandono afetivo como a atitude de desprezo por parte do pai ou mãe com relação ao seu filho, não querendo tê-lo em sua companhia vindo a causar uma desarmonia na estrutura familiar decorrente ao não cumprimento de deveres inerentes aos pais, bem como a não observância dos princípios basilares do direito de família.

Destarte, os pais possuem a responsabilidade, direito-dever de conviver com seus filhos, seja sobre o mesmo lar, ou em caso de pais separados, através do regime de visitas, empregando, para com o menor, carinho, amor e compreensão, buscando evitar que a criança crie o sentimento de abandono por um de seus pais.

Entende-se que a criação do sentimento de abandono macula o desenvolvimento da personalidade do filho, criando cicatrizes em seu desenvolvimento psicológico.

De toda forma, extrai-se que o direito ao afeto é considerado direito fundamental concatenado com outros princípios, como a convivência familiar, o princípio da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse da criança e do adolescente, bem como do próprio princípio da afetividade.

Reconhece Paulo Lobo (2009, pág. 288) que o “abandono afetivo nada mais é do que o inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade” baseando-os ao princípio da paternidade responsável e da afetividade exposto no art. 227 da Constituição Federal de 1988.

Com este raciocínio, os pais não possuem somente o dever de sanar quaisquer necessidades de ordem material, devem também procurar suprir as necessidades de ordem moral do seu filho, através de carinho, atenção, orientação, convivência familiar, educação, respeitando, sobretudo, a sua dignidade.

Segundo o entendimento de Maria Berenice Dias (2011, pág. 460):

A falta de convívio com dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar graves sequelas psicológicas e comprometer seu desenvolvimento saudável.

Neste mesmo contexto, deve-se reconhecer que o abandono afetivo do genitor causa danos de ordem psicológica que macula o desenvolvimento do filho, dentre essas desordens estão os sentimentos de insegurança, estresse, irritabilidade, ansiedade, síndrome do pensamento acelerado, construções de janelas *killers* que resultam no denominado Síndrome do Circuito Fechado da Memória, depressão e em casos extremos, pensamentos suicidas.

As consequências destas desordens psicológicas perduram para a vida inteira, há casos de adultos que foram abandonados na sua infância que desenvolveram um sentimento de rejeição tão avassalador que possuem dificuldades para manter relações interpessoais, vez que julgam serem incapazes de receber quaisquer tipos de afeto.

Desta forma, diante a possibilidade do abandono em causar desordens de ordem psicofísico na criança, bem como o afeto ser considerado dever atribuído pela legislação pátria aos pais, se restar comprovado que um dos genitores abandonou afetivamente seu filho, ou seja, se restar configurado o abandono afetivo, devemos falar sobre a responsabilização civil de ordem moral daquele quem deu causa.

Sobre o reconhecimento do afeto como fundamento para reconhecer a responsabilidade civil do pai e ou mãe diante o abandono afetivo, nos ensina Alice Biasuz Suares Karow (2012, pág.136):

O reconhecimento do afeto como valor jurídico é um movimento que passou a ser identificado, quando a temática do afeto começou a fazer parte cotidianamente da praxe forense familiar. A presença do elemento afeto nos casos de conflitos familiares passou a ser determinante e exclusiva para delimitar o rumo da decisão e a interpretação sistemática do caso. De valor cultuado pelas famílias e seus integrantes, o afeto ganhou projeção jurídica, tendo importância ímpar no ordenamento jurídico. A partir de reiterada jurisprudência cuja função precípua foi delatar o afeto como o mais novo elemento integrante da ordem jurídica nacional, este passou a estar em todos os julgamentos que dizem respeito aos conflitos de ordem familiar.

Desta forma, para que possamos tratar da responsabilidade civil diante a caracterização do ato de abandono afetivo, devemos coadunar o ato com o instituto da responsabilidade civil, com isso, é imprescindível que tenhamos a existência dos institutos basilares da responsabilidade civil, quais sejam, o ato ilícito, nexos causal e o dano aferível.

Entende-se o ato ilícito no abandono afetivo como a caracterização através de um ato omissivo por parte de um dos genitores que cause cerceamento ao direito de convivência familiar, ou causando aleijão voluntária em seu aspecto físico e ou psicológico. Entretanto, também pode ser considerado através de repetidas condutas comissivas por parte de um dos genitores que resultem em rejeição, desprezo, humilhação, indiferença, jogando o filho numa situação de miséria psíquica, moral e afetiva.

É de suma importância que o abandono afetivo seja capaz de ser imputado a algum dos genitores, em caráter mais amplo possível, ou seja, sendo possível imputar ao genitor por adoção, desde que regularmente formalizada. Nos casos em que um dos genitores abre mão de exercer o poder familiar, de forma consensual, só não será lhe imputado o fato, se houver a efetiva regulamentação da transferência da guarda do menor.

Sendo assim, se porventura a criança for transferida para outro núcleo familiar, com todos os documentos formalizados juridicamente, a responsabilidade recairá diante a família substituta e não mais aos genitores originários, pois entende-se que a família substituta tomou para si todos os direitos e deveres referente a criança e ou adolescente.

Por fim, é necessário que a conduta que fora imputada a alguém, resulte em danos, que seja possível identificar que o menor sofreu ofensa na sua personalidade, em sua dignidade diante a conduta de abandono. Entende-se que o período em que o abandono afetivo pode causar maior prejuízo é no momento em que o menor está construindo sua personalidade, vez que necessita de maior atenção, compreensão, amor, carinho, orientação para que consiga sedimentar as bases de sua personalidade sem nenhum trauma.

Nos casos em que é identificada a situação de abandono afetivo, os menores apresentaram psicopatias diagnosticadas através de profissionais especializados.

Imperioso expressar que o dano causado no abandono afetivo é potencialmente capaz de causar dano ao projeto de vida, considerado por alguns doutrinadores como um dano superior até mesmo que o próprio dano moral, visão essa defendida pelo respeitável doutrinador Carlos Fernández Sassarego.

Para este doutrinador, o dano ao projeto de vida é um dano que macula a raiz do desenvolvimento do menor, causando alterações em sua personalidade que molda a sua formação diversa daquela que se esperava de uma personalidade em formação, devido ao ato egocêntrico de um dos seus genitores. Neste contexto, entende que o dano ao projeto de vida trata-se de um dano radical e imperioso na personalidade do menor.

Destarte, conforme preconiza o instituto da responsabilidade civil, é necessário que da conduta e o resultado haja a existência do nexo causal. Com isso, é necessário que a conduta omissiva ou comissiva do genitor esteja intimamente ligada com o dano moral causado ao filho. Descarta-se aqui situações alheias ao relacionamento pais e filhos, com foco somente na conduta dos genitores com relação a sua prole.

Por fim, destaca-se que o dano sofrido pelo filho esteja tutelado pelo ordenamento pátrio, ou seja, haja respaldo na própria legislação. Com isto, a responsabilidade civil dos pais diante o abandono afetivo possui bases em várias legislações pátria, dentre elas, Estatuto da Criança e do Adolescente, Convenção dos Direitos da Criança e Código Civil.

Os três códigos acima citados são claros ao expressar o denominado poder familiar, imputando a responsabilidade dos pais na criação saudável de seus filhos, onde haja defesa do desenvolvimento psicofísico saudável do menor, salvaguardando o desenvolvimento psicológico pleno.

Importante salientar que nossa Constituição Federal de 1988 traz em seu rol de princípios a dignidade da pessoa humana, sendo este, uma das bases de um Estado Democrático de Direito. Dito isso, nosso ordenamento estabelece que seja

conferido ao menor um mínimo assistencial, não apenas baseado no material (roupas, comida, brinquedos), mas que haja também um mínimo de apoio emocional/afetivo.

As crianças estão crescendo praticamente sob o apoio de seu celular, não havendo mais a conectividade afetiva tão aflorada como em outrora, desta forma, os laços afetivos estão mais sensíveis e as crianças estão ficando cada vez mais irritadas, depressivas, justamente pela falta de atenção dos pais para com elas.

A sociedade deve entender a importância do laço afetivo, o que a aproximação do pai com o seu filho pode causar no psicológico do último. Antes de um brinquedo, um abraço, antes de uma obrigação, um obrigado.

7.1 Reconhecimento do dano moral em virtude do abandono afetivo

Num eventual litígio acerca da responsabilidade civil diante o abandono afetivo, através de análise jurisprudencial, nota-se que há tendência em sedimentar pressupostos para o reconhecimento do dano moral diante a conduta omissiva ou comissiva dos pais.

Trata-se de requisitos que devem ser observados para o reconhecimento e procedência da demanda.

Desta forma, com relação aos sujeitos da demanda, tem-se que o sujeito passivo poderá ser o pai ou a mãe, biológico ou civil, bem como um terceiro que tenha consigo a guarda formal da criança. Com relação ao terceiro que possui a guarda formal da criança é necessário analisar, no caso concreto, em quais condições que a guarda foi concedida, se por vontade própria de quem detém a guarda ou por imposição legal diante a ausência de outras pessoas para repassar a guarda.

Neste contexto, outro requisito analisado é da necessidade de que o sujeito passivo tenha conhecimento da existência do filho, ou seja, não há como imputar a responsabilização por danos morais por abandono afetivo para alguém que não sabia da existência da criança. Este critério deve ser mais delicado em se tratando do reconhecimento de maternidade, vez que as mães sabem exatamente quando tiveram os seus filhos.

Com relação as mães, estas não serão responsabilizadas se no ato do nascimento do seu filho, o colocar para adoção, vez que perderá seu poder familiar sobre a criança, assim como nos denominados “partos anônimos”.

Entende-se que nos casos de furto e sequestros de crianças da maternidade, os pais não podem ser responsabilizados devido ao fato exclusivo de terceiro que impediu o exercício do poder familiar por seus pais.

Com relação ao pai que sabe que possui um filho, porém não registra, indubitavelmente não será responsabilizado, vez que no ordenamento jurídico pátrio não há como responsabilizar alguém que desconhece da potencialidade ofensiva do fato. Entretanto, aquele pai que não realizou o registro da criança, mas, exerce publicamente atos que demonstrem que ele é o pai e no decorrer do tempo, acaba por abandonar afetivamente a criança, poderá ser responsabilizado numa eventual demanda.

Nesta toada, inicia-se a discussão com relação ao denominado pai socioafetivo. Este pai é aquele em que devido a convivência com a criança, cria um laço afetivo bem sedimentado. Entende-se que o ápice deste relacionamento é o reconhecimento da paternidade através do registro civil.

Desta forma, com relação ao pai socioafetivo que reconheceu a paternidade através do registro da criança como sendo seu filho, a resolução é bem concreta no sentido de reconhecer a responsabilidade civil quando restar configurado abandono afetivo. Entretanto, ao pai socioafetivo que cria laço afetivo com a criança, porém não a registra, a discussão é mais nebulosa, onde há a necessidade de realização de perícia para constatar que fato causou o dano afetivo, se por ausência do pai socioafetivo ou ausência do pai biológico.

Entende-se que a ação de responsabilidade civil por abandono afetivo somente é exequível para casais que se divorciaram e que não compartilham mais o mesmo espaço físico, eis que se residissem na mesma casa, a prova para demonstrar o ato omissivo ou comissivo de um dos genitores torna-se extremamente difícil.

O abandono afetivo presume ausência, para que esta torne-se objeto para uma eventual demanda, é necessário analisar alguns pontos. Deve-se analisar, no caso concreto, se na vida da criança não existiu nenhuma figura paterna ou materna que substituísse a figura do pai ou mãe. Se existe, devemos partir para outra

análise, se a pessoa que substituiu o pai/mãe ausente de fato conseguiu suplementar totalmente a ausência do pai ou mãe ou ao contrário, deixou evidente, reforçou o sentimento de abandono afetivo. Esta conclusão se dará somente através de laudo psicológico.

Para que possamos falar em responsabilidade civil diante o abandono afetivo, é necessário restar demonstrado o dano psicológico processualmente conforme nos ensina Aline Biasuz Suarez Karow (2012, pág 225):

Não se está diante um *dano in re ipsa*, mas senão daquele que exige sua efetiva demonstração. Estes danos podem ser comprovados de diversas formas, através de prova pericial, prova testemunhal ou mesmo por intermédio de depoimento sem dano e até prova emprestada de outros processos, como execuções alimentícias, execução de visitas, ação de tutela inibitória em face de prevenção de danos etc.

Dentre os meios probatórios o que merece mais atenção é o laudo pericial, onde irá aferir a existência de algum distúrbio psicológico na criança decorrente do abandono afetivo, onde restará comprovado alteração de personalidade, psicopatias, depressão, irritabilidade, insatisfação pessoal, dificuldade de relações interpessoais, pensamentos suicidas, síndrome do pensamento acelerado, circuito fechado da memória, ansiedade, dentre outros problemas psicofísicos.

Em se tratando de provas testemunhais, esta poderá relatar as situações que de fato contribuíram para a configuração do dano afetivo, como situações de desprezo, rejeição, humilhação, ou até a situação de indiferença diante as buscas por atenção por parte do filho.

O papel das provas, conforme todo processo judicial, é restar comprovado a alegação dos litigantes. Em se tratando de processo que discute a existência de abandono afetivo, o que o polo ativo tem que demonstrar é a situação de miséria psicológica que a criança experimenta, ou que a criança experimentou em virtude de ato comissivo ou omissivo por parte de um dos genitores.

E dentre os meios probatórios já citados alhures, temos mais um denominado depoimento sem dano, onde a criança através de um ambiente seguro e desprezioso conversa com alguém de sua confiança e relata como se sente diante

a ausência do genitor. Entende-se que esta técnica é uma demonstração cabal se existe ou não dano moral a ser indenizável.

Não obstante aos meios probatórios, na análise do caso o juiz deve destacar se não houve obstáculos por parte de terceiros ou do próprio genitor que possui o poder familiar e guarda da criança, que de alguma forma interrompeu a criação da relação afetiva de forma satisfatória entre o filho e o demandado na ação de indenização por abandono afetivo. Caso reste caracterizado que houve obstáculos não provocados pelo demandado e sim por terceiro ou demandante, o juiz não deve reconhecer a responsabilidade, vez que o ato ilícito não foi provocado pelo genitor que figura no polo passivo.

Entretanto, nesta análise, o juiz configurando que o genitor aproveitou os obstáculos para eximir-se de responsabilidade para com o filho, deverá ser responsabilizado. Ou seja, será necessário restar demonstrado que não apenas houve obstáculo, mas que o genitor demandado tentou de todas as formas realizar a aproximação com o seu filho.

Por fim, no processo de indenização por danos morais em virtude do abandono afetivo, é necessário caracterizar os atos praticados pelo genitor desidioso que veio a causar sequelas psicofísicas no seu filho. Neste caso, deve-se identificar quais as condutas que geraram o dano moral, reiteradas condutas de desprezo, desamor, humilhação, a conduta inerte diante a tentativa de aproximação do filho, dentre outras condutas que geram abalo psíquico na criança capaz de macular seu projeto de vida.

7.2 Análise jurisprudencial

Por mais que haja uma tendência ao reconhecimento da possibilidade de responsabilização civil diante a caracterização do ato de abandono afetivo pelos tribunais pátrios, seu entendimento não é unânime, havendo divergências diante o tema em destaque.

Contudo, se faz necessário a análise da jurisprudência pátria, vez que trata-se de uma das fontes do direito, servindo como base norteadora para todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Entende-se como jurisprudência as reiteradas decisões uniformes sobre os mesmos casos (semelhantes) com o fim de servir como base para todas as demais decisões sobre o mesmo tema. Com isso, todas as demandas que tratam do mesmo caso analisado pela jurisprudência, haverá uma orientação do modo de julgar por parte do juízo, afastando, porventura, decisões conflitantes e gerando segurança jurídica nas decisões.

Conforme ensina a respeitável doutrinadora Maria Helena Diniz (2008, pág. 295):

A jurisprudência pode ser entendida como o conjunto de decisões uniformes e constantes dos tribunais, proferidas para a solução judicial de conflitos, envolvendo casos semelhantes.

Com isso, diante a importância da jurisprudência como fonte do direito pátrio, é necessário realizar a análise jurisprudência acerca da responsabilidade civil diante o abandono afetivo.

7.2.1 Visão desfavorável ao dever de indenizar

A análise jurisprudencial acerca da responsabilidade civil diante a caracterização do abandono afetivo é oriunda do Tribunal de Minas Gerais através de sentença proferida pela 19ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte – MG. Nesta, a ação foi julgada improcedente não reconhecendo a possibilidade de responsabilização por abandono afetivo, por concluírem não haver nexo de causalidade entre o abandono e os problemas psicológicos sofridos pelo menor.

Inconformado com a decisão proferida pela 19ª Vara Cível, foi interposto recurso de apelação nº 408.550-5 junto ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que através da 7ª Câmara Cível reformou a sentença como fim de reconhecer a

responsabilidade civil, condenando o pai ao pagamento de R\$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais) diante a caracterização do dano moral sofrido pelo filho.

Entretanto, não satisfeito com a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais o pai interpôs Recurso Especial nº 757.411 junto ao Superior Tribunal de Justiça. A espera pela decisão foi deveras aguardada, pois seria a primeira vez que um tribunal superior iria proferir uma decisão acerca da responsabilidade civil por abandono afetivo.

O Recurso Especial, sob o relator Ministro Fernando Gonçalves, foi conhecido e provido, com a finalidade de reformar o acórdão e não reconhecer a possibilidade de responsabilidade civil diante a caracterização do abandono afetivo, conforme a ementa da decisão:

Responsabilidade civil. Abandono moral. Reparação. Danos morais. Impossibilidade.1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. Recurso Especial conhecido e provido.

A decisão do STJ entendeu que no caso de abandono, descumprimento de algum dever de guarda, sustento, educação, orientação, ou seja, qualquer descumprimento com relação ao poder familiar, a legislação pátria possuía o instituto da perda do poder familiar, ou seja, já havia resolução para o tema dentro do ordenamento jurídico, onde puniria o genitor com a perda do poder familiar, possuindo o caráter punitivo necessário.

Entretanto, o tema tratado no caso não se tratava pela busca de punição, mas sim de satisfação. Ademais, o instituto da responsabilidade civil, no Brasil, não tem caráter punitivo, apenas satisfativo. A responsabilidade civil, tem como objetivo a compensação pela dor experimentada pelo ofendido.

Ademais, saliente-se que a perda do poder familiar, muitas vezes, traduz numa vantagem para o genitor que abandona o filho, pois, irá se eximir de forma legal das responsabilidades que possuía diante o seu filho. Com isso, a perda do poder familiar pode significar um troféu para o genitor desidioso do que uma punição em si.

Seguindo, entendeu o STJ que reconhecer a responsabilidade civil por abandono afetivo é, não apenas, compensar o sentimento de rejeição por parte da criança abandonada, mas também enriquecer o genitor que tem para si a guarda do filho, onde por vezes, transfere todos os sentimentos ruins que possuía do ex-cônjuge para o filho.

O referido argumento, trata-se da alienação parental, para tal prática, nosso ordenamento já possui mecanismos que busquem proibir tal conduta. Reconhece nosso ordenamento que a alienação parental resulta-se num abuso de direito por parte do genitor que possui a guarda, donde deve ser penalizado até mesmo com a possibilidade de alteração da guarda da criança. Noutra questão, o genitor que percebe a alienação parental, deve de imediato procurar meios judiciais para afastar tal empecilho, o que não restou configurado no caso em questão.

Entendeu o STJ que responsabilizar o pai pelo pagamento de indenização ao filho, resultará num entrave para a tentativa de uma ligação afetiva entre pai e filho, ou seja, o processo judicial acabaria por acabar com as possibilidades de aproximação.

Daí pergunta-se, que tentativa? Se o genitor se ausentou durante toda a infância da criança, onde não comparecia a aniversários, eventos familiares, apresentações escolares, deixando a criança em estado de miséria psicológica, acabando com seu projeto de vida. Imagine o sentimento da criança ao chegar os dias dos pais e não ter um pai para homenagear, dia das crianças e não ter um pai para receber um abraço, sem contar no dia a dia, conselhos, carinho, orientação na vida.

Se houve a necessidade de entrar com a ação de indenização por abandono afetivo é porque já se atingiu o último estágio para a tentativa da construção de um relacionamento entre genitor e prole, pois, é de conhecimento geral que o processo judicial é o último remédio para se atingir um objetivo legalmente permitido. Entretanto, a ação não visa a construção de um laço afetivo, mas sim a busca pela retribuição pelo mal causado pelo egoísmo do genitor.

Reconheceu o STJ que qualquer discussão sobre indenização pecuniária cairia por terra, vez que o genitor realizava o pagamento das pensões alimentícias, sendo assim, se o genitor realiza o pagamento da pensão alimentícia, estaria isento de pagamento de indenização por abandono afetivo.

Aqui, encontra-se uma confusão de institutos, pois, a pensão alimentícia decorre do poder familiar de prestar auxílio material, como o pagamento de medicamentos, escola, dentre outros. Já a responsabilização civil por abandono afetivo decorre do nexo de causalidade entre um dano e a produção de resultado decorrente do próprio instituto da responsabilidade civil.

Desta forma, reconhece que a indenização por abandono afetivo é uma compensação financeira pelo ato de desamor praticado por um dos genitores que talhou o direito da criança de ter um crescimento psicológico saudável. Somente a criança experimenta o sentimento ruim e profundo que é a ausência de amor de um pai ou mãe, onde nutre sentimentos de esperança de que um dia irá receber o devido valor como filho, na esperança de que seu genitor o reconheça, lhe dê carinho, atenção, que pergunte sobre aspectos de sua vida, que lhe dê orientação.

Entretanto, com o passar do tempo, esse sentimento transforma-se em angústia, em sentimento de vergonha, de humilhação, sensação de que não é capaz de receber o amor paterno ou materno, diante dos mais variados episódios de ausência experimentado pela criança.

Por fim, resta salientar um dos argumentos triviais utilizados pelo STJ, donde, entendeu o tribunal que ao poder judiciário não é dado a responsabilidade de obrigar alguém a amar outra pessoa, não sendo esta a finalidade do judiciário brasileiro.

Concorda-se que o judiciário não pode obrigar ninguém a amar outra pessoa, mesmo que fosse, não haveria a possibilidade de atingir tal objetivo. Entretanto, sabe-se que o poder familiar possui obrigações que são personalíssimas na pessoa dos genitores, dentre as principais está a educação, guarda, criação e o principal, convívio.

Ademais, o ordenamento pátrio, com relação a criança, trabalha sob a tutela dos princípios da proteção integral da criança, bem como da primazia dos interesses da criança, onde afasta qualquer tipo de conduta que traga malefícios na criação da criança, vez que nosso ordenamento pátrio entendeu a importância de uma criança, sendo esta, um ser em desenvolvimento, devendo ter garantias deste crescimento saudável.

Desta forma, entende Karol Biasuz Soares Karow (2012, pág 153) que:

A afetividade tornou-se valor jurídico. O princípio da dignidade da pessoa a põe a salvo de qualquer espécie de danos que possa sofrer.

Desta forma, entende-se que a afetividade não é um sentimento em si, mas trata-se de uma obrigação decorrente do poder familiar. Temos ainda que o amor e afeto possui significações diferentes, o que se busca com o afeto é uma atenção mínima para com a criança, um mínimo de cuidado, de orientação, ou seja, o que se busca não é a demonstração cabal de amor do genitor para com o filho, vez que é impossível, mas que haja ao menos um mínimo de cuidado com a criança que colocou no mundo.

Esta visão desfavorável ao dever de indenizar, é reproduzido em outras decisões proferidos pelos tribunais pátrios, senão vejamos:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANO MORAL – ABANDONO AFETIVO – IMPOSSIBILIDADE. Por não haver nenhuma possibilidade de reparação que alude o art. 186 do CC, que pressupõe prática de ato ilícito, não há como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de reparação. (TJ-MG – AC: 10647150132155001 MG, Relator: Saldanha da Fonseca, Data de Julgamento: 10/05/2017, Câmaras Cíveis / 12ª CÂMARA CÍVEL, Data da Publicação: 15/05/2017)

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL. ABANDONO AFETIVO. AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO. A pretensão de indenização pelos danos sofridos em razão da ausência do pai não procede, haja vista que para a configuração do dano moral faz-se necessário prática de ato ilícito. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70074491309, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luis Dall’Agnol, Julgado em 24/10/2017)

As decisões que não reconhecem a possibilidade de responsabilidade civil diante a caracterização do abandono afetivo entendem que não há nexo de causalidade entre o ato ilícito, a existência do dano e a produção de um resultado. Bem como entendem que o amor é uma ordem moral que não é capaz de ser objeto de demanda judicial.

Entretanto, há visões contrárias, que entendem haver esta possibilidade de demanda.

7.2.2 Visão favorável ao dever de indenizar.

Conforme dito outrora, a jurisprudência em relação a possibilidade de responsabilização civil por abandono afetivo é mui conflituosa, donde há as mais variadas decisões sobre a possibilidade ou não de se condenar o genitor ao pagamento de danos morais por conta da caracterização do abandono afetivo.

Dentre os julgados acerca do tema, temos o Recurso Especial nº 1.159.242- SP sob a relatoria da ministra Nancy Andrichi, julgado no dia 24 de abril de 2012, donde o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a possibilidade de atribuir a responsabilidade civil diante a caracterização do abandono afetivo.

Na análise do caso, o juízo de primeira instância julgou improcedente a ação, entretanto, em sede de recurso interposto pela filha do apelado, o Tribunal de Justiça reformou a decisão dando provimento ao recurso e condenando o pai ao pagamento dos danos morais no valor de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais).

Com isso, o pai, inconformado com a decisão, interpôs recurso especial com base nas mesmas alegações visto nas visões desfavoráveis ao dever de indenizar, donde sustentou que jamais havia abandonado sua filha e mesmo que o tivesse feito, o abandono afetivo não possui condão para gerar ato ilícito, bem como que a punição para este tipo de conduta era a simples perda do poder familiar.

O Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Recurso Especial nº 1.159.242 – SP, decidiu dar provimento parcial ao recurso para manter a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça, entretanto, baixou o valor da condenação para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), eis a ementa:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais a aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência da ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal,

exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto a afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização de abandono afetivo, a existência de excludentes, ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento da matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1.159.242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24.04.2012, DJ 10.05.2012 p.2184).

Conforme se observa, a base para o fundamento do referido Acórdão é o reconhecimento, no caso concreto, dos elementos da responsabilidade civil (conduta, dano, nexa causal), bem como se observou a conduta ilícita do pai ao abandonar a filha, deixando de observar um dever legal de cuidar de sua prole. Ademais, conforme expressou a ministra Nancy Andrigli “amar é faculdade, cuidar é dever”.

Seguindo este entendimento o julgamento pelo Tribunal de Justiça do Estado do Piauí ao julgar a apelação nº 201200010014128, donde restou reconhecido a possibilidade do abandono afetivo em gerar responsabilidade civil, bem como a condenação ao pagamento de danos morais, conforme a ementa da decisão:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia de cuidado importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes por demandarem revolvimento de matéria fática não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6.

Recurso Conhecido e Provido. 7. Votação Unânime. (TJ-PI - AC: 00017611820078180140 PI 201200010014128, Relator: Des. José James Gomes Pereira, Data de Julgamento: 04/09/2013, 2ª Câmara Especializada Cível, Data de Publicação: 17/09/2013

O tribunal seguindo o entendimento exposto pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu o abandono afetivo como condão necessário para o reconhecimento da responsabilidade civil.

Contudo, são inúmeros os acórdãos que admitem a possibilidade jurídica da responsabilização por abandono afetivo, desde que demonstrado de forma inequívoca o dano causado pelo genitor, conforme explícito no julgamento da apelação nº 0006195-03.2014.8.26.0360 pela 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sob relatoria de J.B Paula Lima:

Apelação. Ação de indenização por danos morais. Abandono afetivo. Jurisprudência pátria vem admitindo a possibilidade de dano afetivo suscetível de ser indenizado, desde que bem caracterizada violação aos deveres extrapatrimoniais integrantes do poder familiar, configurando traumas expressivos ou sofrimento intenso ao ofendido. Inocorrência na espécie. Depoimentos pessoais e testemunhas altamente controvertidos. Necessidade de prova da efetiva conduta omissiva do pai em relação à filha, do abalo psicológico e do nexos de causalidade. "Non liquet", nos termos do art. 37., I, do Código de Processo Civil, a impor a improcedência do pedido. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJ-SP – APL: 00061950320148260360 SP 0006195-03.2014.8.26.0360, Relator: J.B. Paula Lima, Data de Julgamento: 09/08/2016, 10ª Câmara de Direito Privado, Data da Publicação: 10/08/2016

Diante ao reconhecimento dos tribunais pátrios da responsabilidade civil diante a caracterização do abandono afetivo, concluímos que a maioria dos casos de improcedência não se dá pelo fato da impossibilidade do abandono afetivo em gerar responsabilidade civil, já que vem sendo reconhecido pelos tribunais, mas se dá ao fato de uma displicência dos próprios operadores do direito.

O assunto é demasiadamente delicado e a demonstração do nexos de causalidade entre a conduta omissiva ou comissiva e o dano causado na criança deve estar bem estabelecida/esclarecida para que haja a possibilidade de gerar dano moral. As decisões são neste sentido, qual seja, reconhecem a possibilidade em gerar

responsabilidade, uma vez caracterizado o abandono afetivo, mas, na maioria dos casos não auferem o nexo de causalidade por insuficiência probatória.

7.3 Necessidade da busca por um posicionamento norteador sedimentado

Diante ao intenso debate acerca da possibilidade de responsabilidade civil pelo abandono afetivo, fomentado pelos tribunais pátrios, tem-se que, os tribunais, vem reconhecendo o abandono afetivo como ato ilícito que gera o dever de indenizar. Saliente-se que os casos de improcedência do pedido autoral, é baseado na falta de instrução probatória, ou seja, não conseguem realizar a prova cabal que demonstre a conduta que gera o resultado.

Entretanto, embora os tribunais venham reconhecendo o abandono afetivo como fato gerador do dever de indenizar, há vários julgados que adotam o posicionamento contrários, deixando o tema numa seara de conflito jurisprudencial que acaba por gerar insegurança jurídica e deixa o futuro nebuloso sobre a questão.

Para garantir a segurança jurídica e haver um mínimo de previsibilidade, nos ensina Gustavo Felipe Barbosa (2015, pág. 79):

A jurisprudência deve ter certa estabilidade, evitando mudanças bruscas, repentinas, injustificadas, para que seja respeitada a segurança jurídica. Isso não significa, entretanto, a completa estagnação e a impossibilidade de evolução do entendimento jurisprudencial, o qual deve acompanhar a evolução social e jurídica.

Desta forma, diante as decisões conflituosas sobre o tema, se faz necessário que haja uma jurisprudência que unifique e dizime todos os conflitos sobre o tema, dando um norte e sedimentando um entendimento para não haver mais decisões tão discrepantes entre si, gerando incertezas e dúvidas.

Saliente-se que a jurisprudência é considerada uma fonte do direito, possuindo suma importância no nosso ordenamento pátrio, desta forma, vale destacar o ensinamento de Alexandre Sanches Cunha (2012, pág. 108):

Por fim, vale lembrar que num país de tradição romano-germânica como o Brasil a autoridade da jurisprudência está, definitivamente, subordinada à lei (embora não tenha a mesma obrigatoriedade desta).

Seria a formação da jurisprudência o primeiro passo para a construção de um entendimento unificando acerca do tema nos tribunais brasileiros, desde que observado que haja o efetivo respeito ao ordenamento jurídico.

Nesta busca por uniformização das decisões, temos a esperança pela regulamentação da matéria com o Projeto de Lei 700/2007 de autoria do Senador Marcelo Crivella, no qual propõe a alteração da Lei. 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para tipificar o abandono afetivo como ato ilícito civil e criminal, bem como outras deliberações.

O projeto passou pela Comissão de Constituição e Justiça, e foi aprovado pela Comissão de Direitos Humanos sob relatoria da Senadora Angela Portela. Em 2015 o texto foi encaminhado para a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados.

As principais alterações que constam no projeto está a previsão de tornar a assistência moral num dever legal dos pais, conforme prevê o texto original, “ I – a orientação quanto às principais escolhas e oportunidades profissionais, educacionais e culturais; II – a solidariedade e apoio nos momentos de intenso sofrimento ou dificuldade; III – a presença física espontaneamente solicitada pela criança ou adolescente e possível de ser atendida”.

Ademais, prevê o projeto acréscimo do art. 232 – A junto ao Estatuto da Criança e do Adolescente, tipificando como crime a conduta de abandono afetivo apenando com detenção de um a seis meses.

Segundo o próprio autor do projeto do Senador Marcelo Crivella (s.d, s.p), a lei possui como um de seus objetivos o de garantir a dignidade e o crescimento saudável da criança, para que tenha todas as oportunidades de viver num ambiente saudável, conforme se verifica de sua justificção:

A lei não tem o poder de alterar a consciência dos pais, mas pode prevenir e solucionar os casos intoleráveis de negligência para com os filhos. Eis a finalidade desta proposta, e fundamenta-se na Constituição Federal, que, no seu art. 227, estabelece, entre os deveres e objetivos do Estado, juntamente com a sociedade e a família, o de assegurar a crianças e adolescentes – além

do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação ao lazer – o direito à dignidade e ao respeito. (Grifos do autor)

O sentido da lei é justamente garantir a dignidade da criança, donde muitos são concebidos em relacionamentos passageiros, ainda mais em tempos de banalização das instituições, onde o sexo casual tornou-se rotineiro. Legalizar a responsabilidade dos pais para a criação dos filhos é garantir o mínimo de dignidade para com a criança e garantir a responsabilidade dos pais na criação de seus filhos.

É importante salientar que o presente projeto tem o mesmo entendimento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento sob relatoria da ministra Nancy Andrichi em 24 de abril de 2012.

Se porventura o projeto de lei seja aprovado, estaríamos encerrando as dúvidas sobre a possibilidade de responsabilidade civil por abandono afetivo, já que teríamos um texto legal dizendo expressamente sobre o tema, donde haveria a adoção de um comportamento no momento de proferir as decisões judiciais, acabando com quaisquer inseguranças jurídicas sobre o tema.

8 CONCLUSÃO

Nossa Constituição Federal de 1988 expôs no seu art 227 a responsabilidade dos pais, da sociedade e do Estado em assegurar a criança e ao adolescente a proteção a toda forma de negligência. Desta forma, num primeiro estágio de proteção, temos os deveres dos pais de prestar auxílio material e afetivo diante da transformação do instituto do poder familiar que hoje consagra a afetividade como seu núcleo formador.

É necessário que a sociedade e os próprios pais entendam a importância de prestar auxílio afetivo ao seu filho, vez que a ausência acarreta consequências sérias no psicológico da criança, afetando o núcleo familiar, bem como toda a sociedade.

Na psicologia, estudos sobre o afeto apontam que a ausência de um dos genitores, a falta do olho no olho, de um abraço, da orientação, do convívio, de gestos de afeto, são causas geradoras de problemas psicológicos, como estresse, ansiedade, síndrome do pensamento acelerado, irritabilidade, dificuldade em relacionamentos interpessoais, desenvolvimento de psicopatias severas, pensamentos suicidas ou até mesmo a prática de suicídio.

Deve-se entender que o sentimento da criança é extremamente volátil, quando ela nutre o sentimento de que um dia irá conseguir o amor de seu pai ou sua mãe e descobre que não é correspondido, isso causa um trauma imensurável na psique da criança.

Então, é necessário que o pai ou a mãe que saiu do convívio familiar entenda que sua presença na vida da criança é de suma importância. A pensão alimentícia não nutre a necessidade de manter uma relação afetiva. Muitas vezes, para uma criança, ter uma tarde com seu genitor é muito mais importante do que qualquer outro valor material, pois através do contato com seu genitor é donde é transmitido o sentimento de segurança, orientação, bases para o desenvolvimento saudável da criança, pois haverá o sentimento de que é querida pelo genitor.

Em sendo assim, os pais egocêntricos que abandonam seu filho moralmente está descumprindo um dever proveniente do poder familiar e causando, assim, a depender do caso, a miséria psicológica de seu filho. Quando o pai ou mãe

abandona afetivamente seu filho, está a descumprir princípios do direito de família, dentre os mais relevantes, temos o da convivência familiar e da própria afetividade, núcleo do nosso direito de familiar atual.

Obviamente o papel do judiciário não é obrigar ninguém a amar outra pessoa contra sua vontade, entretanto, o afeto é diferente do amor, onde o primeiro, busca garantir o direito de convivência mínima da criança com seu genitor.

Nosso ordenamento jurídico entende a criança como um ser humano em desenvolvimento que deve ser protegido e receber o máximo de auxílio de seus pais, ou seja, é na infância e adolescência onde as bases da personalidade do filho são formadas e qualquer agressão ao desenvolvimento saudável, deve ser reprimido.

Desta forma, entende-se completamente possível a responsabilização civil do genitor desidioso quando configurado o abandono afetivo, quando constatados no caso concreto a conduta, nexos causal, a demonstração efetiva do dano e a culpa.

Nas decisões judiciais recentes, o reconhecimento do abandono afetivo passível de gerar ato ilícito indenizável vem crescendo ancorado pela decisão do Superior Tribunal de Justiça em 24 de abril de 2012, entretanto, há necessidade da formação jurisprudência para acabar com as decisões conflitantes que gera insegurança jurídica, bem como denigre a imagem do judiciário perante a sociedade.

A busca por uma codificação que sedimente o abandono afetivo como fato gerador de responsabilidades pode estar em vias de se concretizar através do legislativo com o Projeto de Lei 700/2007 de relatoria do Ex-Senador Marcelo Crivella que está na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, donde tal projeto prevê a alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente para o fim de tornar o abandono afetivo ilícito civil e penal.

O papel de tal projeto de lei é justamente de garantir a dignidade da criança e do adolescente diante a irresponsabilidade de seu genitor ao deixá-lo abandonado em sua moral.

Desta forma, o que se busca ao reconhecer a responsabilidade civil diante a caracterização do abandono afetivo é conscientizar a sociedade diante a importância do auxílio afetivo na vida de uma criança. De outro aspecto, é demonstrar que o abandono afetivo cometido por um de seus genitores, causa na prole

sentimentos de humilhação, angústia, tristeza, depressão, ansiedade, diante a atitude de desprezo praticado por seu pai ou mãe.

Com isso, não havendo outra possibilidade de construção de um laço afetivo, que reste, para a criança desamparada pelo genitor uma saída judicial. Desta forma, tenha a possibilidade de ver sua ação julgada procedente para reconhecer a responsabilidade civil do genitor causador da miséria emocional do filho ao pagamento de danos morais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 17 jan. 1973.
- BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o **Estatuto da Criança e do Adolescente** e dá outras providências.
- BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 17 mar. 2016.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, fev. 2000.
- COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- CUNHA, Alexandre Sanches. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1993
- GAGLIANO, Pablo Stolze. **Direito Civil Volume 7**. 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Introdução ao Estudo do Direito**. 3. Ed. São Paulo: Editora Método, 2015.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GROENINGA, Giselle Câmara. **A função do afeto nos “contratos” familiares**. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Coord.). Afeto e Estruturas Familiares. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010. p. 201-216.

KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**. Curitiba: Juruá, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

MACIEL, Kátia. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 4. ed, Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 66

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil Volume 7**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 3. ed. universitária. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

SESSAREGO, Carlos Fernández, **Protección a la persona humana**. Revista Ajuris, Porto Alegre, a. XIX, n. 56, p. 87-142, nov. 1992.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Editora Método, 2010.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey/Mandamentos. v 1, 2008

TAPEDINO, Gustavo. **A família entre autonomia existencial e tutela de vulnerabilidades**. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-21/direito-civil-atual-familia-entre-autonomia-existencial-tutela-vulnerabilidades>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. **Direito Civil Volume 4: Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. **Direito Civil Volume 4, Responsabilidade Civil**. 15ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p 37.

DIAS, Jéssica Brassaroto. **Abandono afetivo inverso: responsabilidade civil dos filhos em relação aos pais idosos**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 24 maio 2018. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590759&seo=1>>. Acesso em: 15 out. 2018.

TJSP. Apelação Cível. APL 0006195-03.2014.8.26.0360. Relator: J.B. Paula Lima. DJ: 10/08/2016. **JusBrasil**, 2016. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/373282470/apelacao-apl-61950320148260360-sp-0006195-0320148260360/inteiro-teor-373282487>> Acesso: em 15 de out de 2018

CRIVELLA, Marcelo, 7 dez. 2007. Projeto de Lei 700/2007. **Modifica a lei 8.069 de 13 de julho de 1990 (ECA), para caracterizar abandono moral como ilícito civil e penal e dá outras providências**. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/83516>> Acesso: 15 de out. 2018