

FACULDADES INTEGRADAS SANTA CRUZ DE CURITIBA

**RESPONSABILIDADE CIVIL COMO CONSEQUÊNCIA JURÍDICA DO
ABANDONO AFETIVO**

Aline Geovana Miqueletto

Curitiba/PR

2016

FACULDADES INTEGRADAS SANTA CRUZ DE CURITIBA

**RESPONSABILIDADE CIVIL COMO CONSEQUÊNCIA JURÍDICA DO
ABANDONO AFETIVO**

Aline Geovana Miqueletto

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação da professora Christina Mendina, e orientação metodológica da professora Thaís Arruda Borin Petroski.

Curitiba/PR

2016

RESPONSABILIDADE CIVIL COMO CONSEQUÊNCIA JURÍDICA DO ABANDONO AFETIVO

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como
requisito parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito

Prof. Christina Mendina
Orientador(a)

Prof. Camila Witchmichen Penteado
Examinador(a)

Prof. Regina Elisemar Custódio Maia
Examinador(a)

Curitiba/PR, ____ de _____ de 2016.

*Dedico este trabalho ao meu pai João
Miqueletto, minha mãe Denilva Miquele
e ao meu namorado Nattanael Costa,
todo apoio recebido nesta jornada.*

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, quero agradecer a Deus, pela oportunidade de ter chegado até aqui. A batalha foi longa e dura, mas sem sua presença me fortificando, nada disso estaria acontecendo.

Logo, agradeço a atenção das Faculdades Integradas Santa Cruz de Curitiba, à todos seus funcionários, em especial a coordenação do Curso de Direito, por toda dedicação com todos os alunos deste maravilhoso curso.

Quanto a organização acadêmica, posso dizer que tive os melhores mestres. Agradeço infinitamente por toda dedicação, sabedoria, e preparação que vocês nos proporcionaram durante esses cinco anos.

Agradeço a Thais Petroski, professora extremamente dedicada e amiga. Muito obrigada de coração por todos seus incentivos e ensinamentos metodológicos para construção desta pesquisa.

Quero agradecer imensamente a professora Christina Mendina, orientadora que escolhi por saber que carisma e sabedoria fazem parte de sua personalidade. Muito obrigada por toda a sua paciência e dedicação comigo.

Meu eterno obrigada a grande amiga que fiz durante um estágio na Defensoria Pública do Paraná, Elisabeth Mantovani, pessoa de grande coração, que me ajudou demais na confecção deste trabalho, fornecendo-me muitas bibliografias, além de muitas palavras de apoio.

Agradeço também a todas as pessoas com quem fiz amizade durante esta graduação, em especial à Bruna Langowski, Rafaela Picussa e Jéssica Schueda. Obrigada por compartilhar comigo momentos alegres e de tensões.

Por fim, minha eterna gratidão a minha família (pai, mãe e irmãos), e também ao meu namorado. Cada um de vocês se fez insubstituível para a concretização deste sonho.

*"É terrível viver contando moedinhas de
afeto."
(Ana Jácomo)*

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem por objetivo abordar a responsabilidade civil como consequência jurídica do abandono afetivo. Este é um tema que demonstrou inúmeras discussões na doutrina e na jurisprudência, com muitos posicionamentos contrários e favoráveis, sendo um assunto de máxima relevância, tendo em vista que envolve pessoas que ainda estão em pleno desenvolvimento, ou seja, crianças e adolescentes. Com seu avanço, a família perdeu a postura patrimonialista, dando lugar ao afeto, sendo este o que atualmente dá rumo e estrutura aos núcleos familiares. Assim, o afeto passou a ser valor jurídico, tornando-se o grande condutor das relações familiares. O afeto é compreendido como uma conduta, por meio da qual há o cuidado, a atenção, proteção e a dedicação por alguém, logo, é mais que um sentimento, sendo indispensável ao desenvolvimento pleno de vida dos indivíduos. O abandono afetivo funda-se no seio dos vínculos familiares, podendo ser compreendido como a conduta omissiva do genitor no exercício dos deveres do poder familiar, sendo capaz de causar sérios danos, afetando no crescimento psíquico, moral e espiritual de vida da criança ou do adolescente, pois são pessoas indefesas, totalmente dependentes de amparo e proteção, e que estão em absoluto progresso e evolução. Uma das consequências jurídicas dos genitores que abandonam seus filhos é a responsabilização civil, visto que, a omissão voluntária do genitor, a falta de cuidado, de convívio, atenção, criação e educação, podem gerar danos, onde se configura ato ilícito, sendo por isso, suscetível de indenização. Em uma de suas funções, a responsabilidade civil por abandono afetivo, tem a de cunho pedagógico de levar conscientização à sociedade, mostrando que a ausência afetiva, é extremamente danosa, visando sempre o desincentivo desta atitude. Para a pesquisa realizada neste trabalho, foi utilizada bibliografias com aspecto doutrinário e legislativo, artigos da internet, notícias de jornais, e também jurisprudências.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Abandono afetivo. Família. Afeto. Poder familiar.

ABSTRACT

The present work of course completion aims to approach civil liability as a legal consequence of affective abandonment. This is a subject that has shown numerous discussions in the doctrine and jurisprudence, with many opposite and favorable positions, being a subject of maximum relevance, considering that it involves people who are still in full development, that is, children and adolescents. With its advance, the family lost the patrimonialist position, giving place to the affection, being this what currently defines the direction and structure of the familiar nuclei. Thus affection became legal value, becoming the great driver of family relationships. Affection is understood as a conduct, through which there is care, attention, protection and dedication for someone, so it is more than a feeling, being indispensable to the full development of life of individuals. The affective abandonment is based on the family bonds, and can be understood as the omission of the parent in the exercise of the duties of family power, being capable of causing serious damage, affecting in the psychic, moral and spiritual growth of the child's life for Adolescent, because they are defenseless people, totally dependent on protection and protection, and who are in absolute progress and evolution. One of the legal consequences of the parents who abandon their children is civil liability, since the voluntary omission of the parent, lack of care, socializing, attention, creation and education, can generate damages, where it is an unlawful act. This, subject to indemnification. Among one of its functions, civil responsibility for affective abandonment has the pedagogical character of bringing awareness to society, showing that affective absence is extremely harmful, always aiming to discourage this attitude. For the research carried out in this work, we used bibliographies with a doctrinal and legislative aspect, articles from the internet, news from newspapers, and also jurisprudence.

Keywords: Civil Liability. Emotional abandonment. Family. Affection. Family power.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DA FAMÍLIA	16
2.1 Origem e Evolução da Família.....	16
2.2 Conceito de Família	20
2.3 Constitucionalização do Direito de Família	24
3 PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA	30
3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	30
3.2 Princípio da Afetividade	33
3.3 Princípio da Paternidade Responsável	35
3.4 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.....	37
3.5 Princípio da Solidariedade Familiar	39
3.6 Princípio da Convivência Familiar.....	40
4 DO PODER FAMILIAR	42
4.1 Do Dever de Cuidado com os Filhos	42
4.2 Aspectos pertinentes do instituto	42
4.3 Titularidade do Poder Familiar	46
4.4 Exercício do Poder Familiar	48
4.5 Extinção, Suspensão e Perda (Destituição) do Poder Familiar.....	52
5 RESPONSABILIDADE CIVIL	56
5.1 Noções Gerais Acerca da Responsabilidade Civil	56
5.2 Pressupostos da Responsabilidade Civil Extracontratual Subjetiva	63
5.2.1 Conduta	64
5.2.2 Culpa	66
5.2.3 Dano	67
5.2.4 Nexo Causal	70
6 RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO	74
6.1 Abandono Afetivo.....	74
6.2 Outras Espécies de Abandono	77
6.3 Da Responsabilização Civil pelo Abandono Afetivo.....	79
6.4 Requisitos para a Configuração da Responsabilização	85

6.5 Hipóteses Excludentes do dever de Indenizar	
6.6 Breve Evolução do Abandono Afetivo na Jurisprudência	93
6.7 Atualidades: Projetos de Lei	96
CONSIDERAÇÕES FINAIS	99
REFERÊNCIAS.....	105

1 INTRODUÇÃO

Amparo jurídico: pode ser considerado o objetivo principal daquele que busca a justiça contra aquele que lhe causou graves danos, capaz de mudar todo um projeto de vida já almejado.

O abandono afetivo é assim, retrata a atual situação de uma parcela da sociedade. Parcela esta formada por pessoas que ainda não completaram dezoito anos de idade. São crianças e adolescentes, pessoas que estão em pleno desenvolvimento físico, psíquico, moral, e intelectual, totalmente dependentes de proteção, que necessitam de afeto, atenção, cuidado, e carinho. Desse modo, foi observado que é crescente número de demandas interpostas contra pais/mães que abandonam afetivamente seus filhos.

O Abandono afetivo é um tema que demonstrou exacerbadas discussões na sociedade atual, com muitas posições favoráveis e contrárias entre os doutrinadores e também nos tribunais, sendo um assunto de extrema relevância pois envolve crianças e adolescentes, pessoas que estão em pleno desenvolvimento de vida.

O objetivo principal deste trabalho é levar à sociedade um melhor entendimento sobre o abandono afetivo e a responsabilidade civil como uma das suas consequências, uma vez que envolve seres que são totalmente indefesos, que são dependentes de amparo, cuidado e zelo.

A sociedade precisa compreender a importância que um pai ou uma mãe faz na vida da criança ou do adolescente, pois envolve desenvolvimento de caráter, de personalidade, de crescimento sadio.

Assim, a falta de cuidado e atenção poderia gerar danos irreparáveis na criança ou no adolescente? Nesse sentido, abandonar afetivamente seria causar um ato ilícito a tal ponto de responsabilizar civilmente o ofensor?

Foi verificado que o abandono afetivo acontece dentro dos núcleos da família, entre pais ou mães e seus filhos. Assim, o afeto é um sentimento que dá rumo nas relações familiares, desta forma, família e afeto caminham juntos. Hoje, sem afeto não há família, e sem família não há afeto.

Pois bem, é certo que o afeto, se tornou elemento indispensável na família de hoje. Entretanto, o afeto seria apenas um sentimento? No mundo jurídico, o afeto teria um valor?

Há discussão na doutrina e na jurisprudência sobre a questão, pois alguns entendem que não se pode dar preço ao afeto, não podendo monetarizá-lo, enquanto outros defendem, dizendo que o afeto significa, não somente um sentimento que envolve os vínculos familiares, mas sim, o cuidado necessário, a atenção, o convívio.

Em decorrência das transformações que a sociedade passou, atualmente a família é um instituto de grande valor. É um núcleo que compreende os mais variados sentimentos, pois é feita por seres humanos que estão sempre em constante mutação. Em sua evolução viu-se o que a família passou por várias fases, se caracterizando a cada uma, e, chegando hoje a existir diversos tipos de vínculos familiares.

Com conceito de Família não foi diferente: avançou historicamente, abarcando diversos, com os quais, verifica-se em não poder trazer uma única definição, somente expor que a família é a base que estrutura o ser humano.

Tão grande é a importância da família na sociedade, que esta foi levada ao instituto normativo máximo do ordenamento jurídico brasileiro: a Constituição Federal. Norma que garante direitos e deveres fundamentais, que garante segurança efetiva para os cidadãos, e que traz grande valor a pessoa humana, garantindo sua dignidade.

Observou-se que ao ser levada a Constituição Federal de 1988, a família ganhou diversos princípios, servindo como norteadores das relações familiares, e assegurando a satisfatória interpretação legislativa.

Dentre os princípios que conduzem o Direito de Família, verificou-se que o princípio da Dignidade da pessoa humana, é considerado o mais valioso existente no ordenamento jurídico. Por este princípio, os demais se disseminam. É um princípio garantidor de uma existência digna, que impõe respeito e proteção a pessoa humana, constituindo o alicerce da estrutura familiar.

Mas, e se os princípios norteadores do Direito de Família fossem afrontados? Haveria consequência jurídica para tal?

Foi constatado que o poder familiar, é uma série de direitos e deveres que os genitores possuem em relação a seus filhos. Outrora, o poder familiar era

conhecido como pátrio poder, também denominado como patriarcalismo, pois o chefe da casa tinha poder sobre os filhos, podendo estes ganhar graves castigos corporais, se caso houvesse desobediência ao chefe da família.

Porém, notou-se que isso se alterou, e atualmente, o instituto tem um caráter protetivo. Os filhos tem direitos em relação aos pais, e estes tem deveres em relação aos filhos. Sendo assim há uma relação de direito e deveres entre eles.

Os pais tem a titularidade do poder familiar sobre os filhos, com exercício simultâneo, não desigualando pai ou mãe, sendo ambos titulares. Caso descumprido algum dos deveres dos pais em relação ao filhos, poderá haver a perda, suspensão ou extinção do poder familiar.

No caso de descumprimento dos deveres do poder familiar, que gerasse danos a prole, somente as causas de perda, suspensão e extinção bastariam para tal conduta?

A responsabilidade civil é um instituto que possui incontestável pertinência para se possa viver em harmonia na sociedade atualmente. Foi observadoem uma vasta abordagem, que seupapel principal é responsabilizar aquele que gerou dano a outrem, objetivando a restauração do equilíbrio. Assim, se caso não existisse chance de se reparar o dano produzido, haveria um verdadeiro caos na sociedade, sendo impossívelconviver no meio social.

Foi exposto que a responsabilidade civil em seu histórico, foi marcada pelo fazer justiça com as próprias mãos, sendo conhecido por uma verdadeira vingança ao agente que gerou o dano. Contudo, ao longo da história, isso foi alterado, e a reparação então seria através de uma sanção, devendo o ofensor restaurar o equilíbrio desfeito ao lesado. Dessa forma, para que o lesado possa se valer da responsabilidade civil para reparação de danos gerados, observa-se também a necessidade de alguns requisitos.

Abordar a responsabilidade civil como consequência jurídica do abandono afetivo restou inicialmente analisar a origem e evolução da família, passando por suas fases na sociedade, desde a época primitiva, passando para a família romana, até a atualidade; analisando também o seu conceito na sociedade arcaica e contemporânea, visto que este se alterou diversas vezes ao longo da história; e também, um breve exame da constitucionalização do Direito de Família, destacando que a Constituição de 1988, representou um grande marco para o Direito de Família na sociedade.

Em um segundo momento, devido sua importância para o abandono afetivo, analisou-se princípios, dentre os quais pôde-se citar a dignidade da pessoa humana, afetividade, paternidade responsável, melhor interesse da criança e do adolescente, solidariedade familiar, e convivência familiar. São estes, princípios norteadores do Direito de Família, os quais servem como um alicerce do ordenamento jurídico como um todo, orientando a adequada interpretação da lei para a solução dos casos concretos.

Posteriormente, e pertinente ao tema, foi analisado um capítulo remetendo-se exclusivamente ao poder familiar dos pais em relação aos filhos, de onde decorre o dever de cuidado, no qual objetivou-se apresentar que ambos os genitores assumem direitos e deveres que são reconhecidos legalmente diante a sua prole. Portanto, abordou-se o poder familiar como um dever de cuidado, aspectos pertinentes do instituto, demonstrando seu conceito, um breve histórico, sua mudança na terminologia, suas características, titularidade, exercício (em relação a pessoa dos filhos podendo se estender aos seus bens), e por fim, como se dá sua extinção, suspensão e perda (destituição).

Logo após, foi confeccionado um capítulo, onde analisou-se noções gerais acerca da responsabilidade civil, trazendo à tona, um breve relato sobre a origem do instituto e seu progresso, seu conceito, uma análise sobre responsabilidade objetiva subjetiva, contratual e extracontratual, sua função e importância na sociedade atual. Ainda, no mesmo capítulo, discutiu-se os elementos necessários pra caracterizar a responsabilidade civil.

Por fim, o tema principal passou a ser objeto de estudo, no qual procurou-se traçar um paralelo entre a responsabilidade civil e o abandono afetivo. Assim, neste capítulo, abordou-se o abandono afetivo na sociedade atual, o afeto como valor jurídico, quais suas consequências geradas, o que se entende por afeto e cuidado, quais os danos que podem ser gerados com a falta de afeto, e também outros tipos de abandono. Posteriormente abordou-se a presença de afeto nas relações familiares, as divergências doutrinárias com posições contrárias e favoráveis sobre responsabilização por abandono afetivo, apresentando a função da ação de indenização no caso do mencionado tema. Em seguida discutiu-se os requisitos para que se reconheça o abandono afetivo, e também algumas possíveis causas que excluem a responsabilização pelo abandono. Além disso, um breve

histórico de como vem sendo tratado o tema nas decisões do tribunais brasileiros, finalizando com a exposição dos projetos de lei que estão em tramitação.

Esse tema foi escolhido devido sua relevância atual, se justificando porque há muitas discussões sobre a responsabilidade civil no caso do abandono afetivo, uma vez que necessita pacificação, pois envolve pai/mãe e filho, um vínculo familiar extremamente sensível, cabendo indagar se a responsabilidade civil realmente compensará o dano sofrido, e também, se a punição ao ofensor traria uma conscientização na sociedade.

Destarte, para a pesquisa realizada neste trabalho, foi utilizado o método lógico-indutivo, o qual utiliza-se bibliografias com aspecto doutrinário e legislativo, artigos da internet, notícias de jornais, e também jurisprudências. Ademais, utilizou-se também o método lógico-indutivo, consistindo no exame de casos julgados nos tribunais brasileiros.

2 DA FAMÍLIA

2.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA

Não é um privilégio a espécie humana conservar vínculos afetivos. “O acasalamento sempre existiu entre os seres vivos, seja em decorrência do instinto de perpetuação da espécie, seja pela verdadeira aversão que todos tem à solidão. Parece que as pessoas só são felizes quando têm alguém para amar”. (DIAS, 2013, p.27)

Silvio de Salvo Venosa (2011a, p.03) afirma que a família, “como uma entidade orgânica, deve ser examinada, primordialmente, sob o ponto de vista exclusivamente sociológico, antes de o ser como fenômeno jurídico”.

Existiu uma época primitiva das civilizações, segundo Friedrich Engels (2000, p.31), “em que imperava, no seio da tribo, o comércio sexual promiscuo, de modo que cada mulher pertencia igualmente a todos os homens e cada homem a todas as mulheres”.

O grupo familiar não se firmava em relações individuais. Ocorriam relações sexuais entre todos as pessoas que faziam parte da tribo (endogamia). Assim, o pai sempre era desconhecido, e a criança ficava sempre junto da mãe. Daí é possível afirmar que “a família teve de início um caráter matriarcal”. (VENOSA, 2011a, p.03)

Caio Mario da Silva Pereira (2004, p.24) sustenta que essa afirmação antropológica, na qual a ‘promiscuidade’ é defendida, não é exonerada de dúvidas, pois é “incompatível com a ideia exclusivista do ser humano e até mesmo de muitos irracionais, e contraditória com o desenvolvimento da espécie”.

Após, “na vida primitiva, as guerras, a carência de mulheres e talvez uma inclinação natural, levaram os homens a buscar relações com mulheres de outras tribos, antes do que em seu próprio grupo”.(VENOSA, 2011 a, p.03)

Nesse fenômeno, conforme discorre Silvio de Salvo Venosa (2011a, p.03), os historiadores firmam “a primeira manifestação contra o incesto no meio social (exogamia)”. Nesse cenário, no desdobramento histórico, o homem caminha para relações individuais, com natureza de exclusividade, não obstante algumas

civilizações ainda conservassem ao mesmo tempo a poligamia, como ocorre ainda nos dias atuais. Assim, foi que se atingiu a inspiração para a monogamia.

Quanto a monogamia, Friedrich Engels (2000, p.66) discorre que esta “baseia-se no predomínio do homem; sua finalidade expressa é de procriar filhos cuja paternidade seja indiscutível porque os filhos, na qualidade de herdeiros diretos, entrarão um dia na posse dos bens de seu pai”.

Assim, Borssert-Zannoni, (1996, p.05, apud VENOSA, 2011a, p.03) aponta que “a monogamia desempenhou um papel de impulso social em benefício da prole, ensejando o exercício do poder paterno”:

a família monogâmica converteu-se portanto, em um fator econômico de produção, pois esta se restringe quase exclusivamente ao interior dos lares, nos quais existem pequenas oficinas. Essa situação vai reverter somente com a revolução industrial, que faz surgir um novo modelo de família. Com a industrialização, a família perde sua característica de unidade de produção. Perdendo seu papel econômico, sua função relevante transfere-se ao âmbito espiritual, fazendo-se da família a instituição na qual mais se desenvolvem os valores morais, afetivos, espirituais e de assistência recíproca entre seus membros

Deste modo, a evolução da família passou por fases, sendo a primeira delas a endogamia, fixada na época primitiva, na qual prevalecia a promiscuidade na tribo. Logo após, vem a exogamia, fase em que os homens buscam se relacionar com pessoas de outras tribos, isso por vários fatores, como por exemplo a carência de mulheres, e, posteriormente, caminhando o homem para relações individuais, entra a fase da monogamia, na qual nasce o exercício do poder paterno na sociedade.

Em Roma, na sua época clássica, a família respaldava-se no “modelo tipicamente patriarcal, tendo como figura principal da família romana o *pater familias*, ou seja o ‘ascendente mais velho, ainda vivo, que reúne os descendentes sob sua autoridade, formando a família’[...]”, tendo consigo todos os poderes essenciais a boa preservação da família. (DANTAS, 1991, p.03 apud GAMA, 2008, p14)

“O *pater familias* exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*). Podia desse modo, vende-los, impor-lhes castigos e penas corporais e até mesmo tirar-lhes a vida”. A mulher tinha total subordinação ao marido, podendo ainda ser rejeitada e abandonada por ato de vontade da autoridade marital. (GONÇALVES, 2011, p.31)

Dessa maneira, Arnaldo Rizzardo (2006, p.10), observa que “a autoridade do *pater* alcançava uma posição de notável grandeza, pois exercia ele o poder (*protestas*) sobre os escravos, os filhos e a mulher”.

Imperava no universo grego, uma organização familiar similar à romana, como observa Paulo Dourado de Gusmão (1985, [s/p], apud RIZZARDO, 2006, p.10):

‘A família grega antiga, disciplinada por direito não escrito, é o grupo social político, religioso e econômico, com sede na casa em que reside o ancestral mais velho, chefe da família investido de poderes absolutos e sacerdotais, que mantem a sua unidade e dispõe das pessoas e dos bens, e conserva a religião doméstica, transmitindo-o às novas gerações e às que a elas passam a pertencer, bem como, através do casamento de seus descendentes, com pessoas por eles escolhidas, possibilita, pela procriação, a perpetuação da mesma’.

Silvio de Salvo Venosa (2011a, p.04) ainda destaca que “No direito romano, assim como no grego, o afeto natural, embora pudesse existir, não era o elo de ligação entre os membros da família. Nem o nascimento, nem a feição foram fundamento da família romana”.

Assim, como se percebe, a família na época dos romanos e gregos, era de poder do *pater*, o qual era chefe e dono do lar, sendo os demais integrantes desta família, submissos a ele a todo tempo e em tudo.

Com o passar do tempo, as severas regras foram atenuadas. Os romanos conheceram o casamento *sinemanu*¹, e “as necessidades militares estimularam a criação de patrimônio independente para os filhos”(PEREIRA, 2004, p.27)

“A partir do século IV com o Imperador Constantino, instala-se no Direito Romano a concepção cristã da família, na qual as preocupações de ordem moral predominam, sob inspiração do espírito de caridade”.(MAZEAUD, [s/d], [s/p]; LEPOINTE, [s/d], p.07 apud PEREIRA, 2004, p.27)

Aos poucos, “a evolução do Direito Romano conduziu progressivamente a uma restrição de autoridade do *pater*, concedendo-se maior autonomia a mulher e aos filhos”. (DANTAS, 1991, p.26 apud GAMA, 2008, p.15)

¹ *Sinemanu*: Expressão em Latim.“Era o casamento que se dava sem a subordinação da mulher à família do marido, nesse modelo de casamento a mulher tinha a permissão de usufruir de seus bens sem nenhuma forma de dominação”. (AGUIAR, [s/d], [s/p])

No que diz respeito ao casamento, disserta Carlos Roberto Gonçalves (2011, p.32) que

entendiam os romanos necessária a *affectio maritalis* não só no momento de sua celebração, mas enquanto perdurasse. A ausência de convivência, o desaparecimento da afeição era, assim, causa necessária para a dissolução do casamento pelo divórcio.

Com o advento do Cristianismo, a igreja passou a criar as leis através das normas que intitulou cânones, com o objetivo de distingui-las das leis do Estado, estando certo que a Igreja não interviu, no começo de suas atividades, no Direito Romano, alusivo ao Estado. O aglomerado de normas que a Igreja editou, passou a ser chamado de Direito Canônico, compreendido na legislação eclesiástica criada. (GAMA, 2008, p.16)

Contrário ao direito Romano, “os canoístas, no entanto, opuseram-se a dissolução do vínculo, pois consideravam o casamento, um sacramento, não podendo os homens dissolver a união criada por Deus”. (GONÇALVES, 2011, p.32)

“Nas relações pessoais entre os cônjuges, o direito canônico procurou implantar a ideia da igualdade moral entre os nubentes, retirando a mulher daquela posição de inferioridade mantida no Direito Romano”, o que fez a Igreja a criar vários princípios para nortear a vida do casal. (GAMA, 2008, p.16)

Deste modo, o que se vê, é que o Direito Romano evoluiu. Aos poucos a autoridade *pater* foi decaindo, e, com a chegada do Cristianismo, foi fundado o direito canônico, o qual era contrário à dissolução de um casamento, criando assim princípios para guiar a vida dos casais, bem como procurou retirar a mulher da posição de inferioridade em relação ao marido.

Em suma, “durante a idade média as relações de família regiam-se exclusivamente pelo direito canônico, sendo o casamento religioso o único conhecido”. Carlos Roberto Gonçalves (2011, p.32) também observa que apesar das normas do Direito Romano ainda continuassem a influenciar o “pátrio poder e às relações patrimoniais entre os cônjuges, observava-se também a crescente importância de diversas regras de origem germânica”.

Quanto a família brasileira, explica o mesmo autor, que esta foi influenciada pela família romana, canônica e germânica. É sabido que o direito de família brasileiro sofreu intensa influencia pelo direito canônico, “como consequência principalmente da colonização lusa”. Contudo, foram as Ordenações Filipinas que

trouxeram grande influência para o referido direito, que chegou ao direito pátrio. Por exemplo, em matéria de impedimentos matrimoniais, o Código Civil de 1916, se espelhou no direito canônico, preferindo assim, citar as condições que o invalidam. (GONÇALVES, 2011, p.32)

Assim, conclui-se que a evolução da família, “é fruto de uma série de influências das mais variadas, cumprindo assinalar que as modificações ainda se encontram em andamento” na sociedade atual. (GAMA, 2008, p.19)

2.2 CONCEITO DE FAMÍLIA

Vista como célula *mater*², na sociedade, a família é causa de atenção mundial, uma vez que essencial “para a própria sobrevivência da espécie humana, bem como a organização e manutenção da sociedade e, conseqüentemente, do Estado”. Simultaneamente, a visão da instituição familiar deve sempre levar em conta o Direito de Família, à frente das especificidades de cada país, às diferentes culturas, regimes sociais, políticos e econômicos, refletindo de forma direta nas relações de familiares. Por estar submetida a esses aspectos, o organismo familiar passa por incessantes transformações consoante a época em que está sendo refletida. (GAMA, 2008, p.05)

Nessa linha, Donizetti e Quintella (2013, p.891) observam que “ao longo da história, sempre foi árdua a tarefa de se tentar conceituar a família. Isso porquanto, em se tratando de um agrupamento de pessoas, sujeita-se a peculiaridades que variam de época para época, e de sociedade para sociedade”.

Como registra Ulpiano ([s/d], [s/p] apud GRISARD FILHO, 2010, p.24), na Roma Antiga,

a palavra família, [...] provém do latim *famulia*, por derivação de *famulus*, *i*, do *oscofamel*, designando o conjunto de pessoas submetidas à autoridade do *pater famílias* e, por uma explicação sinédoque, a todos os escravos e a todo acervo patrimonial pertencentes a um senhor.

² Célula *Mater*: “O homem é um ser social, que nasce e vive em sociedade. Ao nascer, já é parte de uma família, principal meio social humano, que costumamos chamar de célula mater da sociedade – o espaço primeiro e mais importante para o estudo e desenvolvimento de sociedades”. (OLIVEIRA, 2012, [s/p])

Assim, no Direito Romano, o termo família, está ligado com a ideia de “servir a um senhor”. A família era um organismo político, econômico e religioso, e todos eram submetidos ao chefe de família. (GRISARD FILHO, 2010, p.24)

“Também no Brasil, a família patriarcal caracterizou-se por ser um núcleo centralizado em uma figura masculina – o pai de família, sinônimo de respeitabilidade, como demonstra até hoje consagrado da expressão”. (DONIZETTI; QUINTELLA, 2013, p.892)

A partir do direito clássico, a entidade familiar romana começa a perder a característica de patriarcalismo. O *pater familias* que era desprovido de laços afetivos, sofre modificações, e o parentesco de sangue ganha certo espaço. “O norte da economia deixa de ser família e passa a ser o indivíduo e o culto doméstico é absorvido pela religião do Estado”. A família, então, deixar se ser exclusivista, e ganha uma aparência nova, podendo identificar, em certos aspectos, com o organismo familiar moderno. (GRISARD FILHO, 2010, p.24)

Nesse sentido, Donizetti e Quintella (2013, p.891) explicam que:

ao longo do século XX, as relações sociais, [...], passam por grandes transformações. Dois fenômenos de grande importância afetaram fortemente o Direito de Família: certos núcleos, que fugiam da estrutura pré-definida do modelo de família patriarcal, começaram a se revelar e a exigir seu reconhecimento como família, e a o mesmo tempo, diversos núcleos se firmaram sem que houvesse o casamento.

Constata-se que no Direito Romano o significado família ligava a ideia de submissão ao chefe de família. No Brasil, isso foi absorvido, caracterizando-se pela expressão “pai de família”. Porém, a definição de família patriarcal foi perdendo espaço, onde começa a se instalar diferentes núcleos de família. Assim, pode-se afirmar que o conceito de família se alterou diversas vezes na história, e atualmente continua se alterando.

Silvio de Salvo Venosa (2011a, p.01) explica que a definição de família

oferece, de plano, um paradoxo para sua compreensão. Por outro lado, não existe identidade de conceitos para o Direito, para a Sociologia e a Antropologia. Não bastasse ainda a flutuação de seu conceito, como todo fenômeno social, no tempo e no espaço, a extensão dessa compreensão difere nos diversos ramos do direito. Assim, sua extensão não é coincidente no direito penal e fiscal, por exemplo. Nos diversos direitos positivos dos povos e mesmo em diferentes ramos de direito de um mesmo ordenamento, podem coexistir diversos significados de família.

Também para Guilherme da Gama (2008, p. 06), a palavra família, possui vários conceitos, e assim explica:

Com relação à definição de um conceito, a palavra família, como instituição ou organismo, possui pluralidade de conceituação, não apenas em decorrência de a abordagem ser ínsita a uma série de ciências humanas, [...], como também, no universo jurídico, por força dos variados ramos do Direito em a mesma repercute. Também em razão das aludidas importantes modificações a que está sujeita no decorrer dos tempos, a família sofreu e continua a sofrer, como modalidade de agrupamento humano, profundas mudanças no decorrer dos tempos, implicando uma alteração de sua noção.

“O caráter carismático que o termo revela e que desafia sua conceituação, perpassa o direito positivo, que ora formula uma acepção amplíssima, ora uma outra ampla e ora, ainda, em sentido mais restrito”. (GRISARD FILHO, 2010, p.25)

Desse modo, conforme Silvio de Salvo Venosa (2011a, p.01) a família pode ser:

em conceito amplo, como parentesco, ou seja, o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Nesse sentido, compreende os ascendentes, descendentes e colaterais do cônjuge, que se denominam parentes por afinidade ou afins. Nessa compreensão, inclui-se o cônjuge, que não é considerado parente. Em conceito mais restrito, família compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder ou poder familiar.’

Nesta linha, Caio Mario da Silva Pereira (2004, p.19-20) também observa que, quando conceituamos ‘família’, devemos destacar a diversificação, da seguinte maneira:

em sentido genérico e biológico, considera-se família o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum. Ainda neste plano geral, acrescenta-se o cônjuge, aditam-se o filhos do cônjuge (enteados), os cônjuges dos filhos (genros e noras), os cônjuges dos irmãos e os irmãos do cônjuge(cunhados). [...] Em senso estrito, a família se restringe ao grupo formado pelos pais e filhos.

Entre estas acepções, Grisard Filho (2010, p.27) conceitua dizendo que “a família é o conjunto de pessoas entre as quais medeiam relações de conjugalidade ou de parentesco (consanguinidade, afinidade ou adoção), às quais a lei atribui algum efeito jurídico, por exemplo os impedimentos matrimoniais”.

Porém, Graciela Medina (2001, p.23, apud GRISARD FILHO, 2010, p.27) discorda, destacando que não compreende todos os modelos de famílias existentes:

o conceito de família na atualidade não pode ser restringido ao grupo humano que tem em comum vínculos parentais ou matrimoniais, dado que isto excluiria a família extrapatrimonial sem filhos, quer dizer, a relação de companheirismo heterossexual sem descendentes, o que constitui um despropósito porque tal relação desde muito tempo tem sido aceita como família extrapatrimonial, tanto jurisprudencial como legislativamente.

Como se vê, a definição de família pode ter diversos conceitos, pois ela tem repercutido em vários ramos do direito, bem como sofreu várias modificações ao longo da história. Assim, para alguns autores como foi delineado, seu conceito pode ser em sentido amplo, genérico e biológico, e também em sentido restrito.

Na tentativa conceitual, Paulo Nader (2016, p.03) aduz que “família é uma instituição social, composta por mais de uma pessoa física, que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum”. O autor ainda destaca que além desta grande-família, formada por relacionamentos provenientes do casamento ou outras entidades, há a pequena-família, que é composta de pai, mãe e filho.

“A família é objeto de referência expressa na legislação civil, em diversas passagens, muitas vezes com diferentes campos de abrangência, razão pela qual se deve sempre ter em mente o verdadeiro alcance do vocábulo utilizado pela lei”. (GAMA, 2008, p.08)

Desse modo, pode-se afirmar que a família, segundo o princípio da dignidade da pessoa humana “é o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015a, p.45)

Assim, conforme a exposição das ideias dos doutrinadores citados, a família pode ser conceituada como uma instituição, formada por pessoas, em virtude de casamento ou outros tipos de vínculos, com intenção de realizar o desenvolvimento pleno de cada membro deste vínculo.

Destarte, “constata-se uma variedade de acepções da palavra família, sendo certo que, a civilização humana vivencia uma completa reformulação desse

conceito, contemporaneamente, no contexto do mundo globalizado”.(GAMA, 2008, p.08)

Em suma, “é preciso compreender que a família, hoje, não é um fim em si mesmo, mas o meio para a busca da felicidade, ou seja, da realização pessoal de cada indivíduo”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015a, p.45)

2.3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

As constituições brasileiras exibem as etapas históricas que o Brasil vivenciou, no tocante a família, na passagem do Estado liberal para o Estado social. Assim, Paulo Lobo (2011, p.33-34) nos relata sobre as primeiras constituições:

as Constituições de 1824 e 1891 são marcadamente liberais e individualistas, não tutelando as relações familiares. Na constituição de 1891 há um único dispositivo (art. 72, § 4º) com o seguinte enunciado: ‘A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita’. Compreende-se a exclusividade do casamento civil, pois os republicanos desejavam concretizar a política de secularização da vida privada, mantida sob controle da igreja oficial e do direito canônico durante a Colônia e o Império.

O que se nota, é que “o assunto família no Brasil praticamente passou despercebido pelos responsáveis pela elaboração das duas primeiras constituições nacionais”. (OLIVEIRA, 2002, p.25, apud TERCIOTI, 2011, p.06)

Em compensação, as demais Constituições do Estado Social estabeleceram normas claras em relação a família. Guilherme da Gama (2008, p.113) explica que foi na Constituição de 1934 que a família passou a ser tratada “em nível constitucional”. No entanto, a proteção especial do Estado abordada no texto constitucional, somente se referia a família matrimonial, pois só o casamento era reconhecido como instituição de formação da família no Brasil.

Foi a partir da Constituição de 1934 que, “seguindo uma tendência internacional e com as modificações sociais, as Constituições passaram a dedicar capítulos à família e trata-la separadamente, dando-lhe maior importância. (PEREIRA, 2003, 09)

Passando para “a constituição autoritária de 1937, a educação surge como dever dos pais, os filhos naturais são equiparados como legítimos e o Estado

assume a Tutela das crianças em caso de abandono dos pais”. Já a Constituição de 1946, incentiva a prole em grande número e garante a “assistência à maternidade, à infância e à adolescência”. (LOBO, 2011, p.34).

Na constituição de 1967, em nada se alterou, “a família merecedora de proteção jurídica continuava sendo aquela constituída pelo casamento celebrado de acordo com a lei e indissolúvel, ou seja, a família legítima”, todavia ainda não se definia o que de fato era uma família. (TERCIOTI, 2011, p.06)

José Sebastião Oliveira (2002, p.66-67, apud TERCIOTI, 2011, p.06) aduz que na “Constituição de 1967 reduziu apenas um único artigo e quatro parágrafos o seu espaço de dedicado a família, e por tal forma concisa limitou-se a manter os direitos já conferidos pela Constituição anterior”.

A constituição de 1969 estabelecia (como nas anteriores) em seu §1º, art. 175, que o casamento é indissolúvel, porém isso foi alterado pela emenda constitucional n. 9/77, a qual instituiu o Divórcio. (PEREIRA, 2003, p.10)

Sobre a incorporação do divórcio, Oliveira (2002, p.71 apud TERCIOTI, 2011, p.06-07) entende que “foi um marco importante para o início da modernização do Direito de Família, que se encontrava um tanto desatualizado e arcaico”. Durante a vigência da Constituição de 1969, “esse se tornou o único fato digno de registro direcionado para a família legítima”.

Em suma, o que se verifica, é que a cada advento de uma nova constituição a família foi avançando progressivamente, entretanto, o direito de família na constituição ainda era muito restrito, pois, só se admitia o matrimônio como vínculo oficial de uma família.

A chegada da Constituição Republicana de 1988 “inaugurou um novo período no ordenamento jurídico. [...] Para o direito de família, especialmente, a transformação foi abrupta”, assim, explica Aline Karow (2012, p.68):

desse novo momento em que se cruza Constituição e Direito de Família pode-se dizer que este possui a sombra constante dos direitos fundamentais e reflete os princípios estabelecidos constitucionalmente a todo instante. É possível ver com clareza esta situação nos valores inseridos nas normas que remetem à dignidade da pessoa humana, à igualdade entre os cônjuges e filhos, à solidariedade, à liberdade, ao melhor interesse da criança, à afetividade e até a função social da família.

Maria Berenice Dias (2013, p.36) nesta esteira, relata que “grande parte do Direito Civil foi parar na constituição, que enlaçou temas sociais juridicamente relevante para garantir-lhes a efetividade”.

Aline Karow (2012, p.68) ainda explica que as alterações foram relevantes, “desde a inversão patrimonial em favor da tutela da pessoa até a inusitada possibilidade de encontrar na Constituição os novos princípios para o Direito de família brasileiro”.

As situações novas, o Código Civil de 1916 não podia mais controlar. A jurisprudência se tornou um “celeiro de conceitos, dimensões e características dos institutos do Direito de Família”. Foram sendo promulgadas leis esparsas como solução atenuante, para controlar novas situações. (KAROW, 2012, p.68)

Aduz Aline Karow (2012, p.69) que “o grande divisor de águas daquele momento do direito privado, em que minimiza a separação entre público e privado”, aconteceu em 1988, quando a carta Federal foi promulgada, onde foi regulada a família. E foi aí que se iniciou a constitucionalização do Direito de Família. A mudança ocorreu no instante em que o Estado disciplinou “sobre a família em geral através do art. 226 da Constituição Federal, e ainda estabeleceu a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais da república”. Assim dispõe o referido dispositivo da Constituição Federal de 1988:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º o casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º o casamento religioso tem efeito civil nos termos da lei. §3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. §4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. § 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.

Aduz Paulo Lobo (2011, p.35-36), que “a Constituição de 1988 expande a proteção do Estado à família, promovendo a mais profunda transformação de que se tem notícia, entre as constituições mais recentes de outros países”. Assim, alguns pontos de vista merecem destaque:

a) a proteção do Estado alcança qualquer entidade familiar, sem restrições; b) a família, entendida como entidade, assume claramente a posição de sujeito de direitos e obrigações; c) os interesses das pessoas humanas, integrantes da família, recebem primazia sobre os interesses patrimonializantes; d) a natureza socioafetiva da filiação torna-se gênero, abrangente das espécies biológica e não biológica; e) consuma-se a igualdade entre os gêneros e entre os filhos; f) reafirma-se a liberdade de constituir, manter e extinguir entidade familiar e a liberdade de planejamento familiar, sem imposição estatal; g) a família configura-se no espaço de realização pessoal e da dignidade humana de seus membros. (LOBO, 2011, p.35-36)

Quanto ao *caput* do art. 226, da Carta Federal de 1988, o qual proclama que a família é a base da sociedade, Paulo Lobo (2011, p.35) entende que “aí reside a principal limitação ao Estado. A família não pode ser impunemente violada pelo Estado, porque seria atingida a base da sociedade a que serve o próprio Estado”.

Alega Rodrigo da Cunha Pereira (2003, p.11) que a constituição também “abriu e ampliou as formas de constituição de família”.

Como se percebe, “a sociedade brasileira, além do casamento, também optou por uniões estáveis e por famílias monoparentais. Assim, desde 05.10.1988, não podemos mais falar em uma única espécie de família”. (OLIVEIRA, 2002, p.87 apud TERCOTI, 2011, p.07)

Silvio de Salvo Venosa (2011a, p.16) esclarece que “o país sentia a necessidade de reconhecimento da célula familiar independentemente da existência de matrimônio”.

Ademais, “a Carta Magna de 1988, reconheceu expressamente, a igualdade jurídica entre o homem e a mulher, assim como entre o marido e a mulher”. (TERCIOTI, 2011, p.08)

Maria Berenice Dias (2011, p.36) aduz que ambos (marido ou mulher) de maneira livre podem realizar “todos os atos de disposição e de administração ao desempenho de sua profissão”. Foi distanciado o arcaico conceito de que “a mulher era mera colaboradora do marido na administração dos bens, na chefia da sociedade conjugal e no exercício do poder familiar”.

A Carta Federal de 1988 abriu ainda novas fronteiras ao instituto da família, que mereceu sua atenção ao “planejamento familiar e à assistência direta à família” (art. 226, §§ 7º e 8º), como explica Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 37):

Sobre o ‘planejamento familiar’ [...] a nova Carta enfrentou o problema de depósito de dirimir contendas até então existentes entre os que são favoráveis e o adversários da ‘limitação da natalidade’. E o fez fundado nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito. Levou, portanto, em consideração o crescimento populacional desordenado, entendendo, todavia, que cabe à decisão livre do casal a escolha dos critérios e dos modos de agir, vedada a qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou particulares (art.226, §7º)

No que se refere à assistência direta à família, foi estabelecido que o “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” (art. 226, § 8º). Carlos Roberto Gonçalves (2012a, p.33) explica que, nesta previsão, “incumbe a todos os órgãos, instituições e categorias sociais envidar esforços e empenhar recursos na efetivação da norma constitucional, na tentativa de afastar o fantasma da miséria absoluta que ronda considerável parte da população nacional”.

Intensificou-se a relevância que a família atua para o Estado, que somente “intervirá o mínimo necessário para o pleno desenvolvimento das relações familiares, nunca, todavia, em assuntos de interesse social entre os membros da família”. O diálogo e a afetividade entre seus integrantes é fundamental nessas relações, as quais são chamadas de relações *interna corporis*. (TERCIOTI, 2011, p.08)

O autor Gustavo Tepedino (2004, p.397, apud KAROW, 2012, p.72-73) observa que,

do exame dos arts. 226 a 230 da Constituição Federal, percebe-se que o centro da tutela constitucional deslocou-se do casamento para as relações familiares decorrentes, e que a antiga proteção da família como instituição nas suas funções bases, tais como procriar, produzir e cultivar valores éticos, religiosos e econômicos, dá espaço à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos.

Assim, o que se observa é que foi na instituição da Constituição de 1988 que o Direito de Família deu um grande passo, visto que, temas relevantes deste direito, eram agora garantidos efetivamente. A grande mudança ocorreu com a

inserção do art. 226 na Constituição Federal de 1988, dispondo sobre a família em geral, estabelecendo regras e introduzindo novos princípios para o Direito de Família.

Sobre a função da Constituição Federal de 1988, Guilherme da Gama (2008, p.119) afirma que:

observando fenômeno operante na maior parte da civilização ocidental, afigura-se fundamental perceber e realçar a importante função da Constituição Federal no âmbito do direito privado. Os princípios e as regras constantes na Constituição Federal são normas jurídicas como quaisquer outras, com a ressalva de que se localizam no topo da pirâmide normativa do ordenamento jurídico positivo. [...] Deve-se considerar a Constituição não como um simples pedaço de papel, mas com força normativa superior a outras fontes, vinculada à realidade histórica e social do tempo em que é aplicável, e, na eventualidade de possível antinomia entre norma constitucional e norma infraconstitucional, é de rigor a observância da prevalência da regra constitucional sobre a outra, garantindo a unidade do sistema e a observância dos princípios fundadores do ordenamento jurídico.

Em vista disso, “pode-se afirmar, [...] que o direito de família é constitucionalizado, com forte carga solidarista e despatrimonializante, atribuindo-se maior valor à pessoa humana – o ser – do que ao seu patrimônio – o ter”. (GAMA, 2008, p.120)

Deve-se atentar que a Carta Magna de 1988, no que tange a família, “reconheceu uma nova evolução que já estava latente na sociedade brasileira, pois apenas constitucionalizou valores impregnados e disseminados no seio da sociedade. Enfim, albergou-se no plano constitucional” o que já se havia criado na esfera social da família. (OLIVEIRA, 2002, p.91 apud TERCIONI, 2011, p.08-09)

Em suma, “conclui-se pontualmente que um dos ramos mais sensíveis às mudanças de paradigmas do modelo jurídico e do próprio direito civil após as transformações ocorridas foi o direito de família”. Desse modo, desde que a constituição incluiu a Dignidade da pessoa humana como um alicerce para o Estado, houve uma releitura do ordenamento jurídico. “Toda interpretação passa pelo crivo constitucional, tendo a legislação infraconstitucional como limite e parâmetro permanente, com fito de gerar uma interpretação harmônica dos textos”, provocando um espaço singular ao sistema. (KAROW, 2012, p.73)

Em síntese, pode-se constatar, que o Direito de família foi constitucionalizado efetivamente com a instituição do Carta Federal de 1988, a qual possui superior força normativa sobre as outras normas. Esta reconheceu valores,

direitos e deveres que já estavam inseridos na sociedade, garantido agora uma segurança efetiva para o cidadão nas questões referentes ao direito de família, amparando-se principalmente no princípio da dignidade da pessoa humana considerado como um alicerce basilar para Estado.

3 PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Ensina Paulo Lobo (2011, p.60), que a dignidade da pessoa humana “é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade”.

Neste sentido Felipe Augusto Karam(2012, p.46), aduz que:

este princípio traz uma qualidade intrínseca e específica que distingue cada ser humano em suas habilidades e capacidades, de forma a ser merecedor de igual respeito e consideração pela comunidade e pelo Estado que lhe abriga, sendo-se garantida uma totalidade de direitos e obrigações básicas sem que lhe sejam suprimidos valores. Portanto, traz-lhe garantias de qualquer ato de natureza degradante ou desumana.

Assim, quando se remete em “direito à dignidade, se está, em verdade, a considerar o direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade”, podendo ainda incluir nesse contexto o “direito a uma existência digna”, sem agravo de demais sentidos que seja capaz de conferir direitos fundamentais concernentes a dignidade da pessoa humana. (SARLET, 2007, p.72)

Rodrigo da Cunha Pereira (2012 a, p.114) reforça que o princípio em comento “é essencial na sustentação dos ordenamentos jurídicos hoje existentes, não sendo mais possível de se observar qualquer direito sem vínculo com a dignidade”.

Felipe Augusto Karam (2012, p. 45) também corrobora neste mesmo sentido, que “além de ser efetivamente direcionado à pessoa do homem, serve de base sólida à defesa dos seus direitos primordiais”.

Pode-se perceber, acerca do princípio em questão, é que

onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade a pessoa humana e esta não passara de mero objeto de arbítrio e injustiças. (SARLET, 2012, p.104)

Para Gagliano e Pamplona Filho (2011, p.75), “esse princípio traduz, pois uma diretriz de inegável solidarismo social, imprescindível à implantação efetiva do Estado Democrático de Direito”.

Dessa forma, não é por outra razão, que nossa Carta Magna de 1988, trata-o como princípio fundamental, no seu art. 1º, III, que dispõe:

a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: [...]III – a dignidade da pessoa humana.

Para Charles Bicca (2015, p.20), este princípio “é a espinha dorsal da Carta Maior e norteia os demais ramos de Direitos que constituem o fundamento ordem democrática”.

Além da Dignidade da pessoa humana ser fundamento do Estado Democrático de Direito, ela também está presente em outros capítulos da Carta Magna, seja quando positivou que a ordem econômica assegurará a todos dignidade (art. 170, caput), seja quando, na seara da ordem social, constituiu o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226 §6º)além de garantir a criança e ao adolescente o direito a uma existência digna (art. 227, caput). Dessa forma, no ordenamento jurídico, “antes tarde do que nunca”, a pessoa humana mereceu devida atenção por parte de nossos legisladores. (SARLET, 2007, p.64)

Maria Berenice Dias (2013, p.65) denomina o princípio da dignidade da pessoa humana como um “macroprincípio do qual se irradiam todos os demais”. Felipe Augusto Karam (2012, p.46) complementa, aduzindo que, desta forma, o princípio relaciona-se “diretamente com o direito de família e reconhece o tratamento isonômico às variadas concepções sociais de família existentes na atualidade”.

Para Rodrigo da Cunha Pereira (2012 a, p. 115), o princípio da dignidade da pessoa humana significa para o Direito de Família a consideração e o respeito à autonomia dos sujeitos e à sua liberdade. Assim, pode-se enfatizar que não é digno dar tratamento diverso às diferentes formas de filiação ou aos diversos tipos de constituição de família.

Nesse sentido, “a dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional da-lhe especial proteção independentemente de sua origem”. (DIAS, 2011, p. 63)

Maria Helena Diniz (2015, p.37) frisa que o princípio da dignidade humana no Direito de Família, é de suma importância, exatamente por “constituir a base da comunidade familiar, tendo como parâmetro, a afetividade”.

Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p.108) sabiamente aduz que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade, e é a dignidade de cada pessoa que deve ser objeto de respeito e proteção por parte do Estado e da Comunidade”, nesse diapasão, ele afirma portanto que

o princípio da dignidade da pessoa humana constitui o reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas. Tal não significa contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana. (SARLET, 2012, p.108)

Assim, segundo Flavio Tartuce (2015 a, p. 07), cabe entender que a dignidade da pessoa humana “é algo que se vê nos olhos da pessoa, na sua fala e na sua atuação social, no modo como ela interage com o meio que a cerca”. Dessa forma, a dignidade da pessoa humana se positiva de modo social, através do contato da pessoa com a comunidade de onde faz parte.

Por fim, cabe destacar que este princípio, “é sem dúvida o mais importante de todos os princípios e hierarquizador do ordenamento jurídico. Sem este princípio, nenhuma das transformações ocorreria na família brasileira”. (CHARLES BICCA, 2015, p.20)

Destarte, pôde ser observado que o princípio em questão é basilar no ordenamento jurídico brasileiro, o qual impõe um dever de respeito e proteção, assegurando uma existência digna a todos os membros da sociedade. Atualmente, o princípio é primordial na assistência do ordenamento jurídico, sendo imprescindível

observa-lo quando se discutir qualquer direito. Este princípio se relaciona diretamente com o Direito de Família, sendo um dos mais importantes, pois constitui a base do vínculo familiar.

3.2 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

A afetividade significa o efeito da união de “sentimentos internos subjetivos influenciados pelo ambiente externo”, nos fazendo compreender que as interferências emocionais resultantes dos episódios do dia a dia, são essenciais para o fruto do comportamento do ser humano. (KARAM, 2012, p.55)

Alega Paulo Lobo (2000, [s/p] apud KARAM, 2012, p.57), que o princípio da afetividade vem do princípio da dignidade da pessoa humana, e o seu respaldo está na “ordem Constitucional” como pilar para o entendimento da família “como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade”, e mesmo que não venha a ser um princípio que esteja positivado na Carta Magna, a afetividade encontra seu destaque na doutrina e também nos julgados dos tribunais, de maneira satisfatória para instituir o caminho das decisões que resguardam os hipossuficientes.

Maria Helena Diniz (2015, p.38), nesta mesma linha de raciocínio, salienta que o princípio em questão “é corolário da dignidade da pessoa humana, como norteador das relações familiares e da solidariedade familiar”.

Nesse sentido, Paulo Lobo (2011, p.72) também ressalta que o princípio em comento é o que “fundamenta o Direito de Família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico”.

Felipe Augusto Karam (2012, p.57) ainda destaca que apesar do princípio não esteja evidenciado em nossa Constituição Federal, “a interpretação que se dá aos dispositivos ligados à existência de núcleo familiar” retrata que existe no mínimos dois elementos que determinam esse vínculo, quais sejam, “a proximidade e a convivência física entre os membros do núcleo”.

Rolf Madaleno (2013, p. 98) ressalta que “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”.

Contudo, na visão de Paulo Lobo (2011, p. 72), a afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos, e destes, em relação aqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles.

Maria Berenice Dias (2011, p. 71), sabiamente alega 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 do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado. O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Igualmente tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família.

Os princípios formam o ordenamento, gerando efeitos determinantes, por seu relevante papel para a sociedade. E é indubitável de que “a afetividade constitui um código forte no Direito contemporâneo,” dando origem a significativas alterações no modo de se refletir na família brasileira. (TARTUCE, 2015 a, p.24)

Enfatiza Felipe Augusto Karam (2012, p. 63-64) ainda que

tanto para a proteção dos laços de afinidade, que possui o núcleo familiar, quanto para o desenvolvimento da criança e do adolescente, a afetividade é vista como determinante fator de fortalecimento da sociedade. Importante salientar que, tradicionalmente, a família é o cerne da preocupação social em razão de que, na mesma, há o desenvolvimento do indivíduo. Isto se comprova empiricamente pelo comportamento inerente a casa célula familiar que por vezes é repetido de uma geração à outra. Igualmente, de forma empírica, observa-se que o lar no qual há afetividade entre seus membros, há mais progresso e desenvolvimento social.

Destarte, o que se observa, é que por mais que princípio da afetividade não esteja previsto na Constituição de 1988, este é reconhecido satisfatoriamente pela doutrina e jurisprudência, visto que, é de suma importância, pois respalda o Direito de Família nas relações socioafetivas, pois o afeto é o que dá impulso nos vínculos familiares. Dessa maneira, a afetividade é entendida como uma razão para ocorrer a consolidação da sociedade, pois entende-se que o lar do indivíduo onde se tem afetividade, existe mais progresso e também desenvolvimento social.

Por fim, pode-se dizer que o afeto se tornou o novo princípio do direito de família, o qual decorre da valorização do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo grande relevância nas relações familiares, “em função do poder de tecer elos de conexão entre os membros de uma mesma família”, não tendo mais necessidade de vínculo biológico para formar família, mas sim a mera afetividade.(KAROW, 2012, p.45).

3.3 PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL

O princípio da paternidade responsável tem respaldo na atual Carta Magna, no art. 226, § 7º, que assegura que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, norteando-se no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável:

a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]§7º- Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, 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.

Esta responsabilidade que trata o art. 226, §7, é um encargo de ambos os genitores, consoante preconiza o art. 229, da Constituição Federal de 1988:“Os pais tem o dever de assistir, criar, e educar os filhos menores, e os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Carlos Roberto Gonçalves (2011, p.24) destaca que a matéria em questão foi regulamentada pela Lei nº 9253 de 1996, em especial no que concerne a responsabilidade do Poder Público. No art. 1565, do Código Civil de 2002, foi definido algumas regras, dispondo que “o planejamento familiar é de livre decisão do casal” e que é “vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições públicas e privadas”.

O doutrinador Guilherme da Gama (2008, p. 77-78), critica o termo paternidade responsável, aduzindo que o referido não abrange o conteúdo material previsto no § 7º do art. 226 da Carta Magna, visto que, somente se refere à paternidade, “como se a maternidade pudesse ser irresponsável”. Contudo, o autor,

destaca que se fizesse uma análise mais aprofundada do dispositivo, conivente a outras normas constitucionais, como por exemplo a igualdade entre homem e mulher em direitos e deveres, pode-se concluir que o constituinte “disse menos do que queria”, certamente por ter se equivocado com o termo parental *responsibility*³, que possui outro significado no Direito Inglês. Desta forma, empregou sem a devida cautela em nosso ordenamento o termo paternidade responsável, quando na verdade o correto seria, parentalidade responsável, reportando-se a expressão não somente ao homem, mas também, a ambos os genitores, ou seja, o homem e a mulher.

Desta maneira, Guilherme da Gama (2008, p.78) justifica:

por esse princípio, há responsabilidade individual e social das pessoas do homem e da mulher que vem a gerar, no exercício das liberdades inerentes a sexualidade e a procriação, uma nova vida humana, cuja pessoa, - a criança - deve ter priorizado o seu bem estar físico, psíquico, e espiritual, com todos os direitos fundamentais reconhecidos em favor.

Na visão de Rodrigo da Cunha Pereira (2012 a, p.246), ainda sobre o princípio em questão, esclarece que

o princípio jurídico da paternidade responsável não se resume à assistência material. O amor – não apenas um sentimento, mas sim uma conduta, cuidado – é alimento imprescindível para o corpo e alma. Embora o Direito não trate dos sentimentos, trata dos efeitos decorrentes destes sentimentos.

Destarte, a Paternidade Responsável deve ser exercida desde a concepção do filho, a fim de que os pais, sejam eles biológicos ou afetivos, responsabilizem-se pelas obrigações daí advindas. (SOBRAL, 2010, [s/p])

Conclui-se, portanto, que pela paternidade responsável, é permitido aos genitores o livre planejamento familiar, contudo, estes carregam um encargo, devendo ser priorizado à aquele que foi gerado o seu bem estar físico, psíquico e espiritual, dando assistência necessária para o seu desenvolvimento como pessoa provida de dignidade, sendo um dos mais importantes princípios nas relações entre pais e filhos.

³*Responsibility*: Conforme o dicionário Michaelis ([s/d] [s/p]) significa “responsabilidade, encargo, incumbência”.

3.4 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O princípio do Melhor interesse da Criança e do Adolescente encontra-se positivado especialmente no art. 227 da Constituição Federal de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional 65, de 13 de julho de 2010, o qual prevê:

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 a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Esclarece Flavio Tartuce (2015 a, p.21-22), que essa proteção dada a Criança e ao Adolescente é também regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (lei. 8.069 de 1990), onde abrange criança, com idade entre zero e 12 anos incompletos, e adolescente, com idade de 12 e 18 anos. No que se refere ao jovem, “foi promulgada, depois de longa tramitação, a lei 12.825 de 2013, conhecida como Estatuto da Juventude, e que reconhece amplos direitos às pessoas com idade entre quinze e nove anos de idade, tidas como jovens”.

Conforme a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, o princípio em comento indica que os interesses da criança e do adolescente, devem ser tratados com primazia, pelo Estado, pela Sociedade e pela Família, tanto na elaboração tal como na aplicação desses direitos, principalmente no círculo familiar, como indivíduo em evolução e provido de dignidade. (LÔBO, 2011, p. 75)

Destaca o autor, que na realidade, houve uma completa mudança de prioridades, no vínculo entre pais e seus filhos, quer seja no convívio em família, ou em casos onde haja cenários conflituosos, como por exemplo no divórcio de casais:

o Pátrio Poder existia em função do pai; já o poder familiar existe em função e no interesse do filho. Nas separações dos pais o interesse do filho era secundário ou irrelevante; hoje, qualquer decisão deve ser tomada considerando seu melhor interesse. (LÔBO, 2011, p. 75)

Acerca do princípio em questão, Guilherme da Gama (2008, p.80), corrobora com o entendimento:

o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente representa importante mudança de eixo nas relações paterno-maternos-filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado a sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa. Cuida-se, assim, de reparar um grave equívoco na história da civilização humana em que o menor era relegado a plano inferior, ao não titularizar ou exercer qualquer função na família e na sociedade, ao menos para o direito.

Paulo Lobo (2011, p.75), reforça ainda que o princípio em discussão parte do ponto de vista de que a criança e o adolescente são sujeitos de direitos, e não “mero objeto de intervenção jurídica e social quando em situação irregular,” como quando acontecia na legislação passada sobre o menores de idade. Este princípio defende “o valor intrínseco e prospectivo das futuras gerações, como determinação ética de realização de vida digna para todos.”

Para Felipe Augusto Karam (2012, p.90), este princípio:

tem seu reflexo e alcance em todas as esferas judiciais e sociais em que estejam envolvidos, principalmente nos conflitos familiares, momento em que o Magistrado deve primar pela proteção à criança e ao adolescente, garantindo seu bem-estar. Neste sentido, utiliza-se deste princípio como padrão para a consolidação de suas decisões judiciais a despeito do caso concreto e a busca da solução para a problemática do mesmo.

“Como pessoa humana em processo físico e psíquico de desenvolvimento, a criança e do adolescente são portadoras da condição peculiar a merecer tratamento diferenciado das outras pessoas”. (GAMA, 2008, p. 80-81)

Felipe Augusto Karam (2012, p.96) sabiamente alega que:

o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é aplicado em qualquer situação em que traga risco à formação do caráter do menor e a aplicação deste princípio é feita de modo subjetivo e criterioso, podendo gerar uma decisão discricionária do magistrado frente aos desejos dos genitores

Guilherme da Gama (2008, p.81) aduz que o princípio em questão deve ser integralmente estabelecido e analisado na ordem jurídica nacional não somente como princípio geral do ordenamento, mas também como parâmetro de compreensão e de execução do regramento jurídico nos assuntos atinentes à criança e o adolescente.

Por fim, se faz saber que este princípio é o rumo que determina as relações entre todos os membros da família, também com a comunidade e o Estado

e não somente uma recomendação ética. Quando tiver que ser aplicada a lei, esta sempre deve sempre se atentar ao princípio, consagrado, conforme Luiz Edson Fachin, como 'critério significativo na decisão e na aplicação da lei', tutelando-se os filhos como seres prioritários. (FACHIN, 1996, p.125 apud LOBO, 2011, p.77).

Destarte, pelo princípio em comento, observa-se que os interesses da criança e do adolescente devem ser tratados com plena prioridade pela família, sociedade e o Estado, visto que, são pessoas que ainda estão em processo de desenvolvimento físico e psíquico, merecendo assim tratamento diferenciado aos demais. Desse modo, deve o magistrado, utilizar este princípio como padrão no momento de decisões judiciais que envolvam menores, devendo sempre preponderar sua proteção.

3.5 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

A solidariedade familiar foi positivada em nosso ordenamento jurídico com a implementação da Constituição Federal de 1988, mais exatamente no artigo 3º, inciso I, que estabelece: "Constituem objetivos fundamentais a república federativa do Brasil: I. Constituir uma sociedade livre, justa e solidaria".

Sobre este princípio, Guilherme da Gama (2011, p.13) leciona:

o princípio da solidariedade se vincula necessariamente aos valores éticos do ordenamento jurídico. A solidariedade surgiu como categoria ética e moral, mas que se projetou para o universo jurídico na representação de um vínculo que compele à oferta de ajuda ao outro e a todos.

Nessa diretriz, afirma Denniger, (2003, p.36 apud LOBO, 2011, p.62) que a solidariedade significa "um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que compele à oferta de ajuda," consistindo-se em uma certa semelhança de interesses e objetivos de modo a conservar a desigualdade entre os companheiros na solidariedade.

"No campo da solidariedade, reconhece-se que também a sociedade civil e a cada pessoa que a integra incumbe reconhecer a responsabilidade pela existência social das demais pessoas componentes da sociedade". (GAMA, 2008, p.74)

Lembra Flávio Tartuce (2015 a, p.14) que “a solidariedade pode ser patrimonial, afetiva e psicológica”. Portanto, neste princípio, Maria Berenice Dias (2011, p. 67) aduz que:

ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão. Basta atentar que, em se tratando de crianças e de adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação.

Destarte, a solidariedade “é princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas”, visto que esses elos só são capazes de evoluir em espaço onde haja reciprocidade de benevolência e colaboração, amparando-se um ao outro sempre que houver necessidade. (MADALENO, 2013, p.93)

Isto posto, constata-se que a solidariedade se relaciona com a ética e a moral, sendo inserida no ordenamento jurídico ensejando a oferta de ajuda as demais pessoas. O princípio em questão tanto pode ser patrimonial, quanto psicológico ou afetivo, e é fundamental nas relações familiares para que haja sua evolução, pois só se evolui se houver beneficência, respeito e consideração de todos os membros da entidade familiar.

3.6 PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR

O princípio da convivência familiar é um princípio constitucional específico de Direito de Família, e está positivado, no caso das crianças e adolescentes, no art. 227, *caput*, da Carta Magna dispondo que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito [...], à convivência familiar”.

“A noção de convivência familiar diz respeito a relação diuturna e duradoura entre os integrantes da família, seja por força de vínculo de parentesco, seja em razão de liames de conjugalidade”.(GAMA, 2008, p.85).

Neste mesmo sentido, o doutrinador Paulo Lobo (2011, p.74) observa que “a convivência familiar é a relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas

pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum”.

Destaca-se que a “convivência familiar revela-se como um pressuposto básico para o adequado desenvolvimento humano, capaz de influenciar drasticamente na formação de nossa sociedade”. (TACQUES, 2012, [s/p])

Gagliano e Pamplona Filho (2015 a, p.115) entendem que o direito à convivência familiar “deve se estender também a outros integrantes da família, como avós, tios e irmãos, com os quais a criança ou o adolescente mantém vínculos de afetividade”.

No entendimento de Paulo Lobo (2011, p.74), o princípio em questão também atua no exercício do poder familiar:

ainda que os pais estejam separados, o filho menor tem direito à convivência familiar com cada um, não podendo o guardião impedir o acesso ao outro, com restrições indevidas. Por seu turno, viola esse princípio constitucional a decisão judicial que estabelece limitações desarrazoadas ao direito de visita do pai não guardião do filho, pois este é titular de direito próprio à convivência familiar com ambos os pais, que não pode restar comprometido. O senso comum enxerga a visita do não guardião como um direito limitado dele, apenas, porque a convivência com o filho era tida como objeto da disputa dos pais, quando em verdade é direito recíproco dos pais em relação aos filhos e destes em relação aqueles.

Desse modo, conclui-se que o princípio em discussão deve ser priorizado no âmbito familiar onde exista criança ou adolescente, por ter relevância no desenvolvimento e na formação destes. O princípio refere-se principalmente ao convívio longo e perene com o grupo familiar. Entende-se também, que deve ser mantido qualquer vínculo afetivo que a criança ou adolescente tenha, como por exemplo, com os tios e os avós. Por fim, cabe destacar que caso o menor tenha genitores que não moram juntos, este tem pleno direito de conviver com cada um, sem chance do genitor detentor da guarda contestar.

4 DO PODER FAMILIAR

4.1 DO DEVER DE CUIDADO COM OS FILHOS

Devido as grandes modificações trazidas na Constituição (1988) dizendo respeito à “dignidade da pessoa humana, igualdade entre homens e mulheres, bem como os deveres e obrigações da entidade familiar previstas nos arts 227 e 229, o poder familiar foi expressamente transportado para o Código civil de 2002”. (BICCA, 2015, p.22)

Dessa forma, é acolhido pela Constituição Federal, no art. 227, e também pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a proteção integral da criança e do adolescente. Assim, Maria Berenice Dias (2015, p. 96-97) explica que

de modo expreso, crianças e adolescentes devem ser colocados a salvo de toda forma de **negligencia**. Transformaram-se em **sujeitos de direito** e foram contemplados com enorme número de garantias e prerrogativas. Mas direitos de uns significam obrigações de outros. Por isso a constituição enumera quem são responsáveis a da efetividade a esse leque de garantias: a família, a sociedade e o Estado. Ao regulamentar a norma constitucional, o ECA identifica como direito fundamental de crianças e adolescentes o seu desenvolvimento sadio e harmonioso (ECA 7º). Iguamente lhes garante o direito a serem criados e educados no seio de sua família (ECA 9º). (grifo do autor)

Logo, “não resta nenhum tipo de dúvida sobre o DEVER de assistir, criar e educar os filhos menores, que é imposto como obrigação e jamais faculdade aos pais, pela Constituição Federal (1988), pelo código Civil (2002) e o ECA(1990)”. Desse modo, conclui-se que os deveres do poder familiar são de extrema importância, sendo base para ações de responsabilidade civil por abandono afetivo, caso haja seu descumprimento. (BICCA, 2015, p.23)

4.2 ASPECTOS PERTINENTES DO INSTITUTO

Conceituando o instituto, segundo Carlos Roberto Gonçalves (2011, p.412), “o Poder Familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante a pessoa e aos bens dos filhos menores”.

Nesta linha, Paulo Lobo (2011, p.296) traz o conceito de poder familiar se respaldando no artigo 371-1 do Código Civil Francês de 2002, o qual funda-se na proteção e cuidado da criança:

o poder familiar é 'um conjunto de direitos e deveres tendo por finalidade o interesse da criança' (inclui adolescente), para proteção de sua segurança, saúde, moralidade, para assegurar sua educação e permitir seu desenvolvimento, em respeito a sua pessoa; os pais devem associar o filho nas decisões que lhe digam respeito.

Para Gagliano e Pamplona Filho (2015 a, p.596) o poder familiar pode ser definido como “o plexo de direitos e obrigações reconhecidos aos pais, em razão e nos limites da autoridade parental que exercem em face do seus filhos, enquanto menores e incapazes”.

Assim sendo, constata-se que o poder familiar, basicamente são direitos e deveres que relacionam os genitores com as criança ou os adolescentes. O objetivo do poder familiar sempre será o interesse e a proteção da criança ou do adolescente.

Referente as noções históricas do poder familiar, J.V. Castelo Branco Rocha (1978, p.19; 21; 23 apud MADALENO 2013, p.675), explica:

no modelo romano de família prevalecia o princípio da autoridade do *pater famílias*, o qual exercia uma incontestável chefia sobre as pessoas a ele subordinadas, e como senhor absoluto do lar, todos lhe deviam obediência [...]. O *pater famílias* também tinha o poder de venda dos filhos, com duração até cinco anos, para depois recuperar a potestade, como uma espécie de momentânea suspensão do pátrio poder, cuja finalidade era a de poder suprir eventuais dificuldades financeiras da família [...]. Outra variante do direito de venda sobre o filho (*iusvendi*) era a *noxaeditio*, sendo o filho entregue a vítima de um dano por ele causado, como forma de compensar o prejuízo sofrido [...]. Por fim, dentre as prerrogativas concedidas ao chefe de família, acrescia-se a faculdade de abandonar o filho recém-nascido (*ius exponendi*), cumprindo-lhe o direito de seleção eugênica quando nascesse uma criança débil.

Neste contexto histórico, Carlos Roberto Gonçalves (2011, p.413), relata que “com o decorrer do tempo restringiram-se os poderes outorgados ao chefe de família, que não podia mais expor o filho, (*ius exponendi*), mata-lo (*ius vitae et necis*) ou entrega-lo como indenização (*noxaeditio*)”.

Pontes de Miranda (1947, p.109 apud MADALENO, 2013, p.675), explica que “apenas no século II, sob influência de Justiniano, os poderes do chefe de família teriam sido limitados ao direito de correção dos atos da prole”.

“No primitivo direito luso, importado ao Brasil, igualmente se impôs o patriarcalismo, em termos absolutos. E assim, aconteceu até o advento do Código Civil, tendo-se o filho como se encontrando em poder do pai”. (RIZZARDO, 2006, p.601).

Neste contexto, Alzira Campos (2003, p.436 apud MADALENO, 2013, p.676) alega:

no Brasil colonial, sob as Ordenações e Leis do Reino de Portugal, o pai tinha um domínio quase absoluto sobre os filhos, com poder de correção que se manifestava em reprimendas e castigos corporais moderados e que não resultassem em ofensas físicas serias, em realidade, o *pater familias* colonial reconhecia a autoridade do marido não só sobre seus filhos, mas também sobre sua mulher e seus escravos, fazendo com que todos em casa cumprissem sua autoridade.

“Modernamente, o poder familiar despiu-se inteiramente do caráter egoístico de que se impregnava. Seu conceito, na atualidade, graças a influência do cristianismo, é profundamente diverso”. (MONTEIRO, 2007, p.347).

Nesse sentido, Rolf Madaleno (2013, p.676) aduz que, “com a influência do cristianismo o poder familiar assumiu características de direito protetivo, tornando-se uma imposição de ordem pública, no sentido de os pais zelarem pela formação integral dos filhos”.

“Outrora, o pátrio poder representava uma tirania, a tirania do pai sobre o filho; hoje o poder familiar é uma servidão do pai e da mãe para tutelar o filho”. (OSSORIO, [s/d], p.147 apud MONTEIRO, 2013, p. 347)

Silvio Rodrigues (2004, p.355) sabiamente alega que o pátrio poder no direito contemporâneo “é caracterizado por um instituto de caráter protetivo”, que:

a par de uns poucos direitos, se encontram sérios e pesados deveres a cargo de seu titular. Para bem compreender sua natureza é mister tem em vista tratar-se de matéria que transcende a órbita do direito privado, para ingressar no âmbito do direito público. É de interesse do Estado assegurar a proteção das gerações novas, pois elas constituem matéria-prima da sociedade futura. E o pátrio poder nada mais é do que esse múnus público, imposto pelo Estado, aos pais, a fim de que zelem pelo futuro de seus filhos.

Assim, “deixam os pais de exercerem um verdadeiro poder sobre os filhos para assumirem um dever natural e legal de proteção da sua prole,” devendo

acompanhar seus filhos no desenvolvimento como pessoa, executando essa titularidade de maneira conjunta ou não.(MADALENO, 2013, p.676)

Destarte, diante das afirmações, verifica-se que o poder familiar teve grande avanço desde a Roma antiga, até os dias atuais. Assim, no direito romano o *pater familias* tinha poderes sob seus filhos, como por exemplo, venda, abandono, morte, e entrega como pagamento de indenização. E no Brasil colonial não foi diferente, o patriarcalismo era o que prevalecia na época. E foi só com o cristianismo que o patriarcalismo prescindiu-se, entrando em cenao direito protetivo da prole, objetivando o zelo, cuidado e proteção pelas suas vidas, e que ainda é extremamente consagrado na sociedade.

Sobre a expressão 'poder familiar' adotada pelo Código Civil, Maria Helena Diniz (2013, p. 434) ensina que a esta "corresponde ao antigo 'pátrio poder', termo que remete ao direito romano: *pater protestas*".

Para Paulo Lobo (2011, p.295), "a expressão poder familiar ainda não é a mais adequada, porque mantém a ênfase no poder. Todavia, é melhor que a resistente expressão 'pátrio poder'".

Rolf Madaleno (2013, 667) aduz que "a expressão pátrio poder induzia a noção de um poder do pai sobre os filhos, afigurando-se incoerente com a igualdade dos cônjuges".

Referente a transformação do instituto, Silvio Rodrigues (2004, p.355) explica que o código civil de 2002 optou por substituir o instituto *pátrio poder*, para *poder familiar*, pecando seriamente por se preocupar mais em excluir a palavra 'pátrio', por se relacionar ao genitor (pai), do que em "cuidar para incluir na identificação o seu real conteúdo, que, antes de um poder, representa uma obrigação dos pais, e não da família, como sugere o nome proposto."

Nesta linha, Maria Helena Diniz (2013, p.434) destaca que "a conotação machista do vocábulo pátrio poder é flagrante, pois só menciona o poder do pai com relação aos filhos".

Ainda sobre a terminologia, ressalte-se que "as legislações estrangeiras mais recentes optaram por 'autoridade parental'. A noção de poder evoca uma espécie de poder físico sobre a pessoa do outro". (LOBO, 2011, p. 295)

Diante das afirmações sobre a terminologia do poder familiar, o que se observou foi que a expressão pátrio poder trazia a ideia de poder sobre os filhos, sendo originada do direito romano. No código civil de 2002, foi substituída por poder

familiar, visto que se visava a igualdade dos genitores. Verificou-se também, que nas legislações estrangeiras, a expressão poder familiar é tida como autoridade parental.

Quanto as características do instituto, pode-se dizer que o poder familiar não é renunciável, pois os genitores não podem renunciar a prole, assim, as incumbências que emanam da relação entre pais e filhos, não podem se transferir ou até mesmo se alienar. Também, o poder familiar não se prescreve, sendo no “sentido de que dele o genitor não decai pelo fato de não exercitá-lo, somente podendo perde-lo na forma e nos casos expressos em lei”, cabendo destacar que pode o poder familiar decorrer “tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva.” As obrigações derivadas dele são personalíssimas. Assim, conforme exposto, conclui-se que o poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável, e imprescritível.(DIAS, 2013, p.436; GONÇALVES, 2011, p.414)

4.3 TITULARIDADE DO PODER FAMILIAR

O código civil de 1916 atribuía o exercício do pátrio poder ao pai, onde somente em sua ausência “é que a chefia da sociedade conjugal passava a mulher, e, com isso, assumia ela o exercício do poder familiar com relação aos filhos.” (DIAS, 2013, p.434)

Discorre Silvio Rodrigues (2004, p.356) que, “embora ambos os pais fossem titulares de direito, seu exercício não era simultâneo, mas sucessivo, de modo que a mulher só era chamada a exercer-lo na falta ou impedimento do varão”.

Tal pensamento, foi alterado pela lei nº 4.121 de 1962, (estatuto da mulher casada) que deu ao art. 380 do Código Civil uma nova redação, dispondo que:

art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercer-lo com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência.

Em vista disso, o artigo acima mencionado assegurou o exercício concomitante do pátrio poder aos genitores e ainda permitiu ingresso judicial em caso de divergência.

Lembra Rolf Madaleno (2013, p.679) que “a igualdade dos cônjuges na chefia da sociedade conjugal, cujo primado deve ser estendido aos companheiros da união estável, e a qualquer outra entidade familiar,” somente foi alcançada com o advento do artigo 226, §5º, da Constituição Federal de 1988 dispondo que “os direitos e deveres referentes a sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo home e pela mulher.”

Logo em seguida, esta igualdade no poder familiar foi reafirmada no artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelece:

o poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

O poder familiar de ambos os genitores de forma igualitária também foi estendido no Código Civil de 2002, em seu art. 1631, que dispõe:

durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Parágrafo único. É assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do conflito.

Quanto a titularidade do poder familiar pelos pais separados, vale dizer nas sabias palavras de Paulo Lobo (2011, p.300), que

a convivência dos pais, entre si, não é requisito para a titularidade do poder familiar, que apenas se suspende ou se perde, por decisão judicial, nos casos previstos em lei. Do mesmo modo, a convivência dos pais com os filhos. Pode ocorrer variação de grau do poder familiar máxime quanto ao que cumpre o dever de guarda, mas isso diz respeito apenas ao seu exercício e não à titularidade.

Nesta linha, Carlos Roberto Gonçalves (2011, p.416) enfatiza que a separação do casal não modifica o poder familiar, salvo a guarda, que afigura um pequeno segmento desse poder que se atribui a um dos dois. (CC, art. 1632), permitindo ao outro o direito de visitas, e também a inspeção da educação. “O exercício por ambos fica prejudicado, havendo na prática uma espécie de repartição

entre eles, com um enfraquecimento dos poderes por parte do genitor privado da guarda, porque o outro os exercerá em geral individualmente.”

Diante das afirmações, observa-se que a titularidade do poder familiar no Código civil de 1916 era exclusiva do pai, só se passando para sua mulher quando aquele estivesse ausente. Contudo pôde-se ver, que isso se modificou com a chegada do Estatuto da mulher casada, o qual previu a titularidade a ambos os genitores. Após, a igualdade dos cônjuges no poder familiar foi inserida no Estatuto da Criança e do Adolescente, e também no Código Civil de 2002. Verifica-se também, que caso os genitores sejam separados, isso em nada afetará a titularidade do poder familiar, salvo se houver a guarda a só um dos genitores.

4.4 EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR

O exercício do poder familiar está previsto no art. 1634 do Código Civil de 2002, o qual traz direitos e deveres aos pais em relação aos seus filhos:

compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: **I**- dirigir-lhes a criação e educação; **II**- exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; **III**- conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; **IV**- conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; **V**- conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; **VI**- nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; **VII**- representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; **VIII** - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; **IX** - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (Grifo nosso)

Para Paulo Lobo, (2011, p.302), “os pais não exercem poderes e competências privados, mas direitos vinculados a deveres e cumprem deveres cujos titulares são os filhos”.

“Tais atribuições devem ser tidas como verdadeiros deveres legais dos pais em relação aos filhos. Assim, a sua violação pode gerar a responsabilidade civil da autoridade parental por ato ilícito”, conforme o que dispõe o art. 186 do Código civil de 2002. (TARTUCE, 2015 a, p.447).

Quanto ao inciso I do artigo supracitado, Whashington de Barros Monteiro (2007, p.350), ressalta que é dever mais importante [...]. “Assiste, pois, aos genitores o encargo de velar pela formação dos filhos, a fim de torna-los uteis a si, a família e a sociedade”. Destaca ainda que a infração dessa norma ocasiona sanções civis e criminais para o genitor infrator.

Explica Maria Helena Diniz (2015, p.630-631) que no inciso II, do texto legal, que “esse direito de guarda é, concomitantemente, um poder-dever dos titulares do poder familiar”:

dever porque aos pais, a quem cabe criar, incumbe guardar. Constitui um direito, ou melhor, um poder porque os pais podem reter os filhos no lar, conservando-o junto a si, regendo seu comportamento em relações com terceiros, proibindo sua convivência com certas pessoas ou sua frequência a determinados lugares, por julgar inconveniente aos interesses dos menores.

A mesma autora ainda explica que “se confiarem a guarda de seus filhos a pessoa que sabe que os prejudicará material ou moralmente, cometerão o delito previsto no código penal, art. 245”. (DINIZ, 2015, p.631)

O inciso III, pressupõe-se que ninguém poderá manifestar maior interesse pelo filho do que os seus pais. Daí a razão da prerrogativa a eles concedida. O consentimento deve ser específico, para o casamento com determinada pessoa. (GONÇALVES, 2011, p.420)

Quanto ao inciso IV, Maria Helena Diniz (2015, p.631) aduz que caso os pais não deem consentimento para casar, “o magistrado poderá supri-lo (CC, arts. 1.517, 1.519 e 1.550, II; lei nº 8.069 de 1990, art. 148, parágrafo único, c)”.

No Inciso V, Milton de Carvalho Filho(2015, p.1.704) alega que o sentimento que poderá ser dado, deverá ocorrer de ambos o genitores, não permitindo “se dar de forma unilateral por um dos genitores e sem qualquer justificativa, devendo o juiz analisar os argumentos da parte discordante para suprir ou não a falta de consentimento”.

Referente ao inciso VI, o dispositivo se encontra no Código Civil de 2002, no art. 1729, que dispõe que “o direito de nomear tutor compete aos pais, em conjunto.

Parágrafo único. A nomeação deve constar de testamento ou de qualquer outro documento autêntico”. O dispositivo “justifica-se plenamente ante a consideração de

que ninguém melhor que os próprios pais saberá escolher a pessoa a quem confiar a tutela do filho menor.” (MONTEIRO, 2007, 352)

No inciso VII, Silvio Rodrigues (2004, p.362) aduz que:

na proteção que a lei confere aos incapazes se encontra a proibição de atuarem, por si mesmos, na vida jurídica; pois, no intuito de impedir que sua inexperiência possa conduzi-los a prática de atos prejudiciais, o legislador os coloca debaixo da orientação de uma pessoa capaz, que os represente ou os assista em todos os atos da vida civil. E também nesta linha, novamente prevê o código, no art. 1690, a assistência e a representação dos filhos menores, ao cuidar da administração dos bens dos filhos.

Estabelece o inciso VIII, que os pais poderão reclamar os filhos de quem ilegalmente os detenha. Analisa Silvio de Salvo Venosa (2011 a, p.311) que “para tal, valer-se-ão da ação de busca e apreensão do menor”.

Por fim, acerca do inciso IX, Fabio Ulhôa Coelho (2011, p.206), explica que “as atitudes de rebeldia começam cedo e se acentuam na puberdade. Por mais desgastante que seja para os pais, é função deles enfrentar essas atitudes, exigindo obediência e respeito dos filhos”.

Em relação aos serviços exigidos que trata o mesmo inciso, o objetivo principal é a participação. A Emenda Constitucional nº 20 de 1998 dispõe que “O filho coopera com o pai, na medida de suas forças e aptidões, devendo ser observadas as normas constitucionais proibitivas no que se refere ao trabalho infantil, salvo na condição de aprendiz”. (PEREIRA, 2004, p.431)

No que diz respeito ao poder familiar quanto aos bens dos filhos, “a regra geral é que, enquanto menor, os bens do filho são administrados pelo pai”. (PEREIRA, 2004, p.432)

“Os filhos menores não possuem capacidade de direito para administrar seus bens, que a eles podem advir de várias formas, mormente por doação ou testamento ou por fruto de seu trabalho”. (VENOSA, 2011 a, p.312)

Logo, dispõe o artigo 1689, do código civil de 2002, que “O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar: I - são usufrutuários dos bens dos filhos; II - têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade”.

Discorre Carlos Roberto Gonçalves (2011, p.424) que:

os pais, em igualdade de condições, são pois, os administradores legais dos bens dos filhos menores sob sua autoridade. Havendo divergência, poderá qualquer deles recorrer ao juiz para a solução necessária (CC, arts. 1689, II, e 1.690, parágrafo único). Não podem porém, praticar atos que ultrapassem os limites da simples administração.

“Na administração os pais devem zelar pela preservação do patrimônio que cuidam, não podendo praticar atos que impliquem alienação direta ou indireta de bens, ou dos quais possa resultar uma administração patrimonial”. Contudo, a essa limitação existe uma ressalva (art. 1691, CC). Os pais podem ultrapassar os atos de administração, em caso de necessidade ou também interesse evidente da prole, por meio de uma autorização judicial. (RODRIGUES, 2004, p.364-365)

Apona Silvio de Salvo Venosa (2011 a, p.314):

quando colidirem os interesses do pro genitor com o filho menor, este deverá ser representado ou assistido por procurador especial, a requerimento do filho ou do Ministério Público, também como aplicação dos princípios gerais sobre conflitos entre representantes e representados (art. 1692, CC)

No que se refere ao usufruto, “é ele inerente ao poder familiar, como declara o art. 1689, I. Sua origem histórica é encontrada no usufruto concedido ao *pater familias*, na legislação de Justiniano”. (VENOSA, 2011 a, p.314).

Discorre Rolf Madaleno (2013, p.687) que o usufruto dos pais é um direito que a lei propicia aos genitores de:

usar e gozar dos bens que compõem o patrimônio pessoal dos seus filhos, e de perceberem os frutos e as rendas que tais bens produzam, devendo os pais, primordialmente, utilizarem esses recursos para o cumprimento dos deveres e direitos provenientes do poder familiar, cumprindo as obrigações previstas no art. 1634 do código civil, pois prevalecem os superiores interesses dos filhos e de seu amparo e proteção até sua maioridade.

A ideia é de que “os rendimentos produzidos pelos bens dos filhos compensam-se com as despesas que o pai deve efetuar com sua criação e educação”. Tal usufruto é legal, e dispensa o usufrutuário de prestar caução ou contas conforme disposto no art. 1400 do Código Civil de 2002. (RODRIGUES, 2004, p. 364).

Por fim, o artigo 1693 do código Civil de 2002, traz um rol dos bens excluídos do usufruto e da administração dos pais. Sua gerência para tais hipóteses, cabe a um curador especial que será nomeado pelo juiz. (DINIZ, 2015, p.635)

Destarte, constata-se portanto, que o exercício do poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e deveres dos pais em relação aos seus filhos, podendo configurar responsabilidade civil, caso sejam violados. Verifica-se que o poder familiar pode se dar diante da pessoa dos filhos, podendo se estender aos bens destes.

4.5 EXTINÇÃO, SUSPENSÃO E PERDA (DESTITUIÇÃO) DO PODER FAMILIAR

A extinção do poder familiar, segundo Carlos Roberto Gonçalves (2011, p.427) poderá se dar de várias formas, tais como, “fatos naturais, de pleno direito, ou por decisão judicial”. Como visto, o art. 1635, do código civil elenca as seguintes causas de extinção: “I - pela morte dos pais ou do filho; II - pela emancipação; III - pela maioridade; IV - pela adoção; V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638”.

Pela morte dos pais ou dos filhos, leciona Arnaldo Rizzardo (2006, p.608) que “é natural que a morte traga a extinção, porquanto desaparece o sujeito ativo do direito. Mas, o falecimento de um dos progenitores somente faz cessar o encargo quanto ao que falecer, perdurando com o outro”. Caso haja a morte de ambos os genitores, ou do filho, ocorre a extinção, obrigando-se, então, a nomeação de tutor a criança.

A emancipação, Carlos Roberto Gonçalves (2011, p.427) explica que poderá decorrer:

por concessão dos pais, homologada pelo juiz, se o menor tiver 16 anos completos (CC, art.5º, parágrafo único, I). Mas pode ela decorrer automaticamente, de certas situações ou fatos imprevistos no aludido art. 5º parágrafo único, II a V.

Não é passível de revogação a emancipação, devendo ser outorgada pelo pai e pela mãe, “só sendo reduzida à pessoa de um dos genitores quando o outro já é falecido, foi destituído do poder familiar, ou quando inexistente o registro de um dos ascendentes”. (MADALENO, 2013, p.691-692)

Referente a maioridade, Paulo Lobo (2011, p.306), explica que esta é atingida:

em geral, quando o filho chegar à idade de 18 anos. A referência à maioridade deve ser entendida como abrangente das demais hipóteses de cessação da incapacidade, ou seja pelo casamento, pelo exercício de emprego público, pela relação de emprego que faça o menor desenvolver economia própria, pelo estabelecimento civil ou comercial e pela colação de grau científico, de difícil realização.

Pela adoção, esta “extingue o poder familiar na pessoa do pai natural, transferindo-o ao adotante. Tal circunstancia é irreversível, de acordo com o que chancelam os tribunais, sendo ineficaz posterior arrependimento”. (GONÇALVES, 2011, p.428)

Quanto a extinção por decisão judicial, Carlos Roberto Gonçalves (2012 a, p. 428) explica que, “depende de configuração das hipóteses enumeradas no art. 1638, como causas de perda ou destituição”:

perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente. (GONÇALVES, 2012 a, p. 428)

Pelo inciso I do citado artigo, Maria Berenice Dias (2013, p.447) sabiamente alega:

a vedação ao castigo imoderado (CC, 1638 I) revela, no mínimo, tolerância para com o castigo moderado, que não deixa de consistir em ato de violência a integridade física do filho. Tal permissividade afronta um punhado de normas protetoras de crianças e adolescentes. Desfrutam eles do direito fundamental a inviolabilidade da pessoa humana, que também é oponível aos pais. É dever da família colocar criança e adolescente (ou seja, os filhos) a salvo de toda violência (CF, 227). O castigo físico, ainda que moderado, por certo configura prática de violência.

O inciso II pode ocorrer em diversas circunstâncias. Conforme Silvio de Salvo Venosa (2011 a, p.319) o “abandono não é apenas o ato de deixar o filho sem assistência material: abrange também a supressão de apoio intelectual ou psicológico”.

Para Paulo Lobo (2011, p.309), o abandono pode ser com intenção ou não do(s) genitor(s). Não podendo julgar todas sob o mesmo paradigma:

o abandono do filho, movido por dificuldades financeiras ou por razões de saúde, deve ter como solução preferencial a suspensão ou a guarda, quando fortes forem as possibilidades de retorno do filho aos pais ou a um deles que o abandonou. A privação do exercício do poder familiar deve ser encarada de modo excepcional, quando não houver qualquer possibilidade de recomposição da unidade familiar, o que recomenda estudo psicossocial.

Nesse sentido, o mesmo autor ressalta que “tem sido entendido que o abandono do filho não é mais causa automática de perda do poder familiar, redundando em mais problemas que solução para aquele”. (LOBO, 2011, p.309)

Pela hipótese do inciso III, Silvio Rodrigues (2004, p. 371), afirma que “o legislador visa, nesse dispositivo, evitar que o exemplo dos pais contamine a formação moral dos filhos. Portanto, merece a regra os mais veementes aplausos”.

“O lar é uma escola onde se forma a personalidade dos filhos. Sendo eles facilmente influenciáveis, devem os pais manter uma postura digna e honrada, para que nela se amolde o caráter daqueles”. (GONÇALVES, 2011, p.429).

Por fim, o inciso IV causa a perda do poder familiar se caso exista a reincidência reiterada das hipóteses do artigo 1637 do código civil de 2002. Tal medida “evita o abuso dos pais na repetida incidência de falha”. (RODRIGUES, 2004, p.371)

Conforme exposto, Silvio de Salvo Venosa (2011 a, p.318) afirma que esta modalidade elencada acima “é a mais grave sanção imposta aos pais que faltarem com os deveres em relação aos filhos”.

Para Maria Helena Diniz (2015, p. 641), referida medida, diante da “sua gravidade requer cautela e ponderação do magistrado ao analisar a incidência reiterada dos atos omissivos ou comissivos previstos no art. 1637, só a aplicando quando for conveniente [...], levando-se em conta o superior interesse dos filhos”.

Sobre a suspensão do poder familiar, Maria Helena Diniz (2015, p.636) destaca que:

sendo o poder familiar um múnus público que deve ser exercido no interesse dos filhos menores não emancipados, o Estado controla-o, prescrevendo normas que arrolam casos que autorizam o magistrado a privar o genitor de seu exercício temporariamente, por prejudicar o filho com seu comportamento, hipótese em que se tem a suspensão do poder familiar, sendo nomeado curador especial ao menor no curso da ação.

As causas de suspensão do poder familiar estão previstas no artigo 1637, parágrafo único do código civil de 2002. Sendo elas:

se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Pode a suspensão ser total ou parcial, para a prática de certos atos. “Esse é o sentido da medida determinada pelo juiz, para a segurança do menor e de seus haveres. [...] A suspensão total priva o pai ou a mãe de todos os direitos que emanam do poder familiar”. (LOBO, 2011, p. 307)

Explica Silvio de Salvo Venosa (2011 a, p.318) que “uma vez suspenso o poder familiar, perde o genitor todos os direitos em relação ao filho, inclusive o usufruto legal”.

“A suspensão representa medida menos grave, de modo que, extinta a causa que a gerou, pode o juiz cancelá-la, se não encontrar inconveniente na volta do menor para a companhia dos pais”. (RODRIGUES, 2004, p.369)

Caso se suspenda o poder familiar em relação a um dos genitores, concentrará o exercício no outro. “Se este outro, todavia, não puder exercê-lo, ou tiver falecido, nomeia-se tutor ao menor”. (GONÇALVES, 2011, p.434)

Cumprido salientar que, o Estatuto da Criança e do Adolescente também desfruta de hipóteses de suspensão familiar, as quais se encontram positivadas nos artigos 22 e 24, contudo, tais artigos já se resguardam na forma do inciso II do artigo 1638 do Código Civil de 2002.

Destaca-se que “os procedimentos de perda e suspensão familiar terão início por iniciativa do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse”, conforme o art. 24 e art. 55 do ECA (Lei nº8.069/90). (VENOSA, 2011 a, p.319)

Cabe observar também, segundo Maria Berenice Dias (2013, p.445), que por mais que a seja previsto hipóteses de suspensão e extinção do poder familiar, “são elas apresentadas de **forma genérica**, dispondo o juiz de ampla liberdade na identificação dos fatos que possam levar ao afastamento temporário ou definitivo das funções parentais”, ou seja, todas as hipóteses que foram aqui elencadas “não são taxativas, mas meramente exemplificativas”. (grifo do autor)

Diante das análises, compreende-se que existem medidas mais graves, menos graves e situações de definitiva cessação do poder familiar. São estas, a extinção do poder familiar, a perda ou destituição e a suspensão. Para cada uma

das medidas existem hipóteses previstas, sendo os rols elencados, meramente exemplificativos, podendo existir outros casos. Como visto, existem modalidades que deverão ser realizadas através de ato judicial, pela sua gravidade. Por fim, a cada medida aplicada, deve sempre prevalecer o interesse da criança ou do adolescente.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL

5.1 NOÇÕES GERAIS ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A palavra **responsabilidade** se originado “verbo latino *respondere*, significando a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015 b, p.45) (grifo nosso)

Em Roma, se perguntava a respeito da existência de alguma pessoa que estava “disposto a assumir o dever de garante: *daremihi spondere* – darás resposta ao fato [responderás pelo fato]? A cujo apelo anuí a interessado, mediante a afirmativa: *spondeo*; ou seja – [eu] Respondo!”. (PARODI, 2007, p.136)

“A aceção que se faz a responsabilidade, portanto, está ligada ao surgimento de uma obrigação derivada, ou seja, um dever jurídico sucessivo, em função da ocorrência de um fato jurídico *lato sensu*”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015 b, p.46)

Neste prisma, o jurista Sergio Cavalieri Filho (2014, p.14), explica que é importante fazer uma distinção entre obrigação e responsabilidade. “Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade, é um dever jurídico sucessivo, consequente à violação do primeiro”.

Sobre a ideia de responsabilidade, Carlos Roberto Gonçalves (2012 b, p.19) expõe a seguinte conclusão:

responsabilidade exprime ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano. Sendo múltiplas as atividades humanas, inúmeras são também as espécies de responsabilidade, que abrangem todos os ramos do direito e extravasam os limites da vida jurídica, para se ligar a todos os domínios da vida social. Coloca-se assim, o responsável na situação de quem, por ter violado determinada norma vê-se exposto às consequências não desejadas, decorrentes da sua conduta danosa, podendo ser compelido a restaurar o *statu quo ante*⁴.

Quando nos referimos a nomenclatura **responsabilidade civil**, esta “possui significado técnico específico: refere-se à situação jurídica de quem descumpriu determinado dever jurídico, causando dano material ou moral a ser reparado”. (NADER, 2010, p.07) (grifo do autor)

Assim, a responsabilidade civil, para Maria Helena Diniz (2011, p.50), com base em vários autores que ela cita em sua obra, pode ser considerada

como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal.

Rui Stoco (2011, p.133) destaca que não se pode esquecer de compreender que “a responsabilidade civil é uma instituição, e enquanto assecuratória de direitos, e um estuário para onde acorrem os insatisfeitos, os injustiçados, e os que se danam e se prejudicam por comportamento dos outros”.

Para Paulo Nader (2010, p.08), a responsabilidade civil importa em duas ordens de deveres:

uma de natureza primária, em que se exige do agente o cumprimento de determinado dever [...], outra de ordem secundária, quando o agente descumpra o dever, gerando com a sua conduta uma lesão, ao patrimônio ou à pessoa, a ser reparada mediante indenização pecuniária.

Ainda, o mesmo autor explica que “a expressão **responsabilidade civil** empregada também em sentido objetivo e para significar o conjunto de normas jurídicas reguladoras do direito de reparação de danos”.(NADER, 2010, p.11) (grifo do autor)

Quando alguém sofrer qualquer prejuízo, sendo ofendido “física ou moralmente, que for desrespeitados seus direitos, que não obtiver tanto quanto foi

⁴*Statu quo ante*: Expressão latina que significa, segundo a Enciclopédia Jurídica ([s/d], [s/p]): “no estado em que as coisas estavam antes/antes de; no estado anterior.”

avencado, certamente lançará mão da responsabilidade civil para ver-se ressarcido”. Destarte, a responsabilidade civil é, “a retratação de um conflito”. (STOCO, 2011, p.133)

Diante das análises, **responsabilidade**, decorre do surgimento de uma obrigação, exprimindo a ideia de restauração de equilíbrio, e **responsabilidade civil** propriamente dita, é a situação jurídica onde se aplica medidas que obriguem o agente a reparar o dano causado, podendo-se exigir o cumprimento de um dever, ou a reparação mediante indenização pecuniária.(grifo nosso)

Quanto ao conteúdo histórico da responsabilidade civil, Maria Helena Diniz (2011, p.26) relata que “nos primórdios da civilização humana, dominava a vingança coletiva, que se caracterizava pela reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes”.

Posteriormente, a responsabilidade que nada mais era do que direito à vingança, passou a ser privada, ou seja, uma “reação pessoal contra o mal sofrido”. Assim, “a pessoa que sofria um mal podia, pelo próprio arbítrio, ir a desforra, ou buscar fazer justiça pelas próprias forças, no que não era reprimida pelo poder estatal que então existia”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015 b, p.54; RIZZARDO, 2013, p.28-29)

Essa vingança privada, “em que os homens faziam justiça pelas próprias mãos”, era regida “sob a égide da Lei de Talião, ou seja, da reparação do mal pelo mal, sintetizada nas fórmulas ‘olho por olho, dente por dente’ [...]”. O poder público somente interferia para dizer “quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação”, evitando assim abusos. (DINIZ, 2011, p.27)

A lei de Talião surgiu no Direito Romano, “no momento em que a responsabilidade sem culpa constituía a regra, sendo o causador do dano punido de acordo com a *pena de Talião*, prevista na lei das XII Tábuas”. (TARTUCE, 2015 b, p.320)

Posteriormente, “um marco na evolução histórica da responsabilidade civil se dá, porém, com a edição da *Lex Aquilia*, cuja importância foi tão grande que deu nome à nova designação da responsabilidade delitual ou extracontratual”.(GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015 b, p.55)

Maria Helena Diniz, (2011, p.27) relata que foi observado que se tornaria mais oportuno fazer a composição do agente ofensor – “para que ele

reparasse o dano mediante a prestação da *poena*(pagamento de certa quantia em dinheiro), [...] a critério do lesado [...] – do que cobrar a retaliação”.

José de Aguiar Dias (2006, p.28) destaca que a Lei de Aquilia era regida por três capítulos:

o primeiro tratava da morte a escravo ou animais, das espécies dos que pastavam em rebanhos. O segundo regulava a quitação por parte do ***adstipulator*** com prejuízo do credor estipulante. Regia casos de danos muito peculiares, que não interessa pormenorizar. [...] O terceiro e último capítulo da lei Aquilia ocupava-se do ***dannum injuria datum***, que tinha alcance mais amplo, compreendendo as lesões a escravos ou animais e destruição ou deterioração de coisa corpóreas. (grifo do autor)

Maria Helena Diniz (2011, p.27) elucida que a *lexAquila de damno* entrou no Direito para solidificar a noção de reparar pecuniariamente o dano, a qual impôs que o patrimônio do agente causador do dano deveria suportar os encargos de reparar o dano, devido ao “valor da *res*”, a qual revelaria a ideia de culpa como um parâmetro para a responsabilidade, “de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem culpa. Passou-se a atribuir o dano à conduta culposa do agente”.

“Malgrado a incerteza que ainda persiste sobre se a ‘injúria’ a que se referia a *lexAquila* no *damnum injuria datum* consiste no elemento caracterizador da culpa, não paira dúvida de que, sob o influxo dos protetores e da jurisprudência”, a ideia de culpa nasceu na referida Lei. (GONÇALVES, 2012 b, p.26)

Segundo Maria Helena Diniz (2011, p.27), “na Idade Média, com a estruturação da ideia de dolo e de culpa *stricto sensu*, seguida de uma elaboração da dogmática da culpa distinguiu-se a responsabilidade civil da pena”.

Conforme exposto, verifica-se que a responsabilidade civil teve origem na era primitiva, onde figurava-se a vingança coletiva, depois, passou para a vingança privada, reinando a Lei de Talião, onde se fazia justiça com as próprias mãos. Posteriormente, surge a Lei de Aquilia, decaindo a vingança, e entrando em cena a composição, que seria a reparação do dano através de uma pena, podendo ser pago em dinheiro ou patrimônio, sendo neste contexto que surgiu a ideia de culpa.

Avançando historicamente, destaca-se que a colocação da culpa “como elemento básico da responsabilidade civil aquiliana – contra o objetivismo excessivo do direito primitivo, abstraindo a concepção de pena pra substituí-la,

paulatinamente, pela ideia de reparação do dano sofrido” – foi introduzida no Código de Napoleão, o qual inspirou várias legislações no mundo inteiro, se incluindo o Código Civil de 1916. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015 b, p.56)

“O código Civil de 1916 filiou-se à teoria subjetiva, que exige prova de culpa ou dolo do causador do dano para que seja obrigado a repará-lo. Em alguns poucos casos, porém, presumia a culpa do lesante”. (GONÇALVES, 2012 b, p.27)

Seguindo adiante na evolução, Carlos Roberto Gonçalves (2012 b, p.27) relata que “o surto de progresso, o desenvolvimento industrial e a multiplicação dos danos acabaram por ocasionar o surgimento de novas teorias, tendentes a propiciar maior proteção às vítimas”.

Dessa forma, a culpa (derivada da responsabilidade civil aquiliana) ganhou destaque, sendo introduzida no código de Napoleão, e se expandindo para as legislações de vários países, inclusive no Brasil, no código civil de 1916, adotando assim, a teoria subjetiva. Contudo, ao decorrer dos anos, outras teorias foram surgindo.

Após, vai se impondo a **responsabilidade objetiva**, a qual funda-se num “princípio de equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens de relutantes [...]. Quem auferir os cômodos (ou lucros), deve suportar os incômodos (ou riscos)”. No Direito atual esta teoria se divide em teoria do risco e teoria do dano objetivo. (GONÇALVES, 2012 b, p.28) (grifo nosso)

Pela teoria do risco, “advindo dano na prática de atividade de risco, desencadeia-se o dever de reparar ou indenizar”. E pela teoria do dano objetivo, “o ressarcimento decorre automaticamente pela verificação do dano”. O que se entende é que “a tendência de dar proeminência ao instituto da reparação, que decorre do mero exercício de uma atividade de risco, ou do aparecimento de um dano”. Todavia, a responsabilidade subjetiva permanece, a qual fica ao lado da responsabilidade objetiva. (RIZZARDO, 2013, p.30)

Diante do que foi observado, eis que surge a responsabilidade objetiva, dividida em teoria do risco e teoria do dano objetivo. Entretanto, a responsabilidade subjetiva continuava a atuar.

Neste raciocínio, completando a evolução, Sergio Cavalieri Filho (2014, p.06) alega que:

o código civil de 2002 fez profunda modificação na disciplina da responsabilidade civil estabelecida no Código de 1916, na medida em que incorporou ao seu texto todos os avanços anteriormente alcançados. E foi necessário, para que não entrasse em vigor completamente desatualizado. É possível afirmar que, se o código de 1916 era subjetivista, o código atual prestigia a responsabilidade objetiva. Isso, entretanto, não significa dizer que a responsabilidade subjetiva tenha sido banida. Temos no Código atual um sistema de responsabilidade prevalentemente objetivo, por que esse é o sistema que foi modelado ao longo do século XX pela constituição e leis especiais, sem exclusão todavia da responsabilidade subjetiva, que terá espaço sempre que não tivermos disposição legal expressa prevendo a responsabilidade objetiva.

Assim, com a chegada do código civil de 2002, a responsabilidade objetiva prevalece, todavia, a responsabilidade subjetiva tem seu espaço garantido sempre que não tiver dispositivo prevendo a responsabilidade objetiva.

Ainda sobre a responsabilidade objetiva, Arnaldo Rizzardo (2013, p.31), elucida que, especialmente no pertinente ao risco, “mereceu destaque em vários dispositivos, sobressaindo o parágrafo único do art. 927”, dispondo o dispositivo que “haverá 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”.

Dessa maneira, “no caso da responsabilidade objetiva, o dever de indenizar está caracterizado quando comprovados o dano e o nexo causal, prescindindo-se da prova da culpa”. Não devendo esquecer que esta responsabilidade só se caracterizará quando estiver contida expressamente em texto legal. (COSTA, 2015, p.39)

Quanto a **responsabilidade subjetiva**, explica Sergio Cavalieri Filho (2014, p.06) que “o código de 2002 não poderia deixar de prever uma cláusula geral de responsabilidade subjetiva”. E essa cláusula está no art. 927: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, combinado com o art. 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.(grifo nosso)

Assim, “a responsabilidade subjetiva restará caracterizada desde que o agente tenha agido com culpa, como prevê o art. 186 do Código civil de 2002”. Entretanto, “a vítima só obterá a reparação do dano se provar a culpa do agente”, ressaltando que isso pode não ser sempre possível na sociedade atual. (COSTA, 2015, p.39; CAVALIERI FILHO, 2014, p.32)

Como visto, a cláusula que prevê a responsabilidade subjetiva se encontra nos arts. 927 e 186 do Código civil de 2002, cabendo destacar nestas cláusulas a expressão **ato ilícito**, que o doutrinador Sergio Cavalieri Filho (2014, p.20), entende que é o “conceito de maior relevância para o tema em estudo, por ser o fato gerador da responsabilidade civil”. Assim, explica Grace Costa (2015, p.36) que o “ato ilícito civil corresponde à prática de um ato contrário à lei e que cause dano a alguém. Da mesma forma, comete ato ilícito aquele que exerce seu direito de maneira abusiva”. (grifo nosso)

Desse modo, Pereira (1999, p.33, apud VENOSA, 2011 b, p.25), ensina sobre o ato ilícito da responsabilidade subjetiva e objetiva:

na responsabilidade subjetiva o centro de exame é o ato ilícito. O dever de indenizar vai repousar justamente no exame de transgressão ao dever de conduta que constitui o ato ilícito. [...] Na responsabilidade objetiva, o ato ilícito mostra-se incompleto, pois é suprimido o substrato da culpa. No sistema da responsabilidade subjetiva, o elemento subjetivo do ato ilícito, que gera o dever de indenizar, está na imputabilidade da conduta do agente.

Para Grace Costa, (2015, p.36) é significativo também ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro traz dois tipos de responsabilidade civil: “a **responsabilidade contratual**, disciplinada nos artigos 389 e seguintes do código civil, e a **responsabilidade extracontratual**, também denominada de aquiliana, prevista no Título IX do mesmo código”. (grifo nosso)

Assim, explica Ana Cecília Parodi (2007, p.154-155):

dado que todo contrato é fonte obrigacional, a responsabilidade civil contratual nasce do descumprimento de alguma cláusula pactuada, ou do abuso na sua prática, caracterizando a conduta danosa do agente. [...] Todas as outras obrigações, oriundas de fonte legal ou social, são aptas a induzir à responsabilidade civil extracontratual, ou aquiliana, originada, esta, da violação dos termos deste dever; mormente, verificada no cometimento de um ato ilícito, vinculado à conduta culposa.

Portanto, para configurar a responsabilidade contratual deve-se haver uma obrigação já formada, contraída pela celebração de um contrato, “bem como inadimplemento ou mora no cumprimento do encargo”. Já a responsabilidade extracontratual ou aquiliana, há uma “obrigação de reparar o dano originado de uma violação a determinada norma legal. Neste caso, não há uma relação obrigacional entre os envolvidos”. (COSTA, 2015, p.37)

No que diz respeito a natureza jurídica da responsabilidade civil, Gagliano e Pamplona Filho (2015 b, p.64) afirmam que “será sempre sancionadora, independentemente de se materializar como pena, indenização ou compensação pecuniária”.

As funções visualizadas na responsabilidade civil, segundo os autores, são três: “compensatória do dano à vítima; punitiva do ofensor; e desmotivação social da conduta lesiva”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p.67)

Segundo José Antonio Nogueira ([s/d], [s/p] apud DINIZ 2011, p.19) a responsabilidade civil é um tema de grande importância no atual século, “por se dirigir a restauração de um equilíbrio moral e patrimonial desfeito e à redistribuição da riqueza de conformidade com os ditames da justiça, tutelando a pertinência de um bem, com todas as suas utilidades, presentes e futuras”, a uma certa pessoa, em razão de que ‘todo direito se fixa na ideia da ação, seguida da reação, de restabelecimento de uma harmonia quebrada’. Dessa forma, “o interesse em restabelecer o equilíbrio violado pelo dano é a fonte geradora da responsabilidade civil”.

Observadas essas noções acerca da responsabilidade civil, cabe ainda verificar os elementos cruciais para a sua caracterização, os quais serão examinados na seguinte seção, cabendo destacar que o estudo se limitará a explanação da responsabilidade civil extracontratual subjetiva, visto que é nesta que incide a responsabilidade civil como uma consequência jurídica do abandono afetivo.

5.2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL SUBJETIVA

Considera a doutrina brasileira, “que há determinados elementos essenciais que precisam estar comprovados para configurar a responsabilidade civil”. (COSTA, 2015, p.43)

Para Sergio Cavalieri Filho (2014, p.33) os pressupostos podem ser divididos da seguinte forma:

há primeiramente um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária; um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa; e ainda, um elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade.

Assim, a “base fundamental da responsabilidade civil, consagradora do princípio de que **a ninguém é dado causar prejuízo a outrem**”, segundo Gagliano e Pamplona Filho (2015 b, p.69), está no art. 186, do Código Civil, que dispõe que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. (grifo do autor)

Dessa forma, em simples análise do dispositivo citado, Flavio Tartuce (2015 b, p.372) aponta como elementos necessário para configurar a responsabilidade civil: a conduta, a culpa, o dano e o nexos causal, os quais serão analisados por conseguinte.

5.2.1 Conduta

A conduta do agente, (ou humana para alguns), “é o primeiro elemento da responsabilidade civil, e consiste na ação ou omissão, voluntária do agente”. (COSTA, 2015, p.43)

Segundo Sergio Cavaliere Filho (2014, p. 38) “a ação consiste em um movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo, como a destruição de uma coisa alheia, a morte ou lesão corporal causada em alguém, e assim por diante”.

A omissão “caracteriza-se pela inatividade, abstenção de alguma conduta devida”. Somente será responsabilizado por omissão, quem se encontrar em uma “situação jurídica que o obrigue a impedir a ocorrência do resultado”. (CAVALIERI FILHO, 2014, p.38-39)

Diz-se conduta voluntária, pois é “essencial que a ação ou omissão seja, em abstrato, controlável ou dominável pela vontade do homem. Fato voluntário equivale a fato controlável ou dominável pela vontade do homem”. (LARENZ, [s/d], p.17-18, apud GONÇALVES, 2012 b, p.58)

Para Grace Costa (2015, p.44) o comportamento voluntário não quer dizer que “a conduta deva ser necessariamente querida pelo agente, basta estar

caracterizada a possibilidade de o agente controlar sua ação ou omissão; não é necessário que o comportamento seja praticado para atingir determinada finalidade”.

A valer, cabe ressaltar que a voluntariedade da conduta é necessária tanto na ação quanto na omissão, conforme dispõe o dispositivo 186 do Código Civil de 2002 “ação ou omissão voluntária”. Isso porque, a falta desse requisito, ocasiona a ausência da conduta, “inviabilizando, por conseguinte, o reconhecimento da responsabilidade civil”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO 2015 b, p.75)

Sobre a relação da conduta humana com **ato ilícito**, ensina Sergio Cavalieri Filho (2014, p.37) que o ato ilícito “tem por elemento nuclear uma conduta humana voluntária, contrária ao Direito. O art. 186 do Código Civil refere-se a esse elemento ao falar em ação ou omissão”. (grifo nosso)

Nesse sentido, Silvio de Salvo Venosa (2011 b, p.25) alega que o ato voluntário, “deve revestir-se de ilicitude. [...] O ato ilícito traduz-se em um comportamento voluntário que transgride um dever”.

Com efeito, explica Gagliano e Pamplona Filho (2015 b, p.77)

uma vez que a responsabilidade civil nos remete à ideia de atribuição das consequências danosa da conduta ao agente infrator, é lógico que, para a sua configuração, ou seja, para que haja a imposição do dever de indenizar, a referida atuação lesiva deva ser **contrária ao direito, ilícita ou antijurídica**. (grifos do autor)

Sobre a responsabilidade por uma conduta de terceiro, Grace Costa (2015, p. 44) alega que:

é importante ressaltar que, regra geral, o agente que em razão de sua própria conduta deu causa a um dano é o responsável civilmente – responsabilidade direta por fato próprio. Entretanto, o ordenamento jurídico brasileiro permite imputar responsabilidade a alguém em razão de uma conduta de terceiro – responsabilidade indireta -, ou seja, a pessoa não é a causadora do dano, mas é a responsável por ele. Trata-se de responsabilidade por fato de terceiro.

Nesta perspectiva, Silvio Rodrigues (2003, p.15), elucida que “a responsabilidade por ato de terceiro ocorre quando uma pessoa fica sujeita a responder por dano causado a outrem não por ato próprio, mas por ato de alguém que está, de um modo ou de outro, sob a sujeição daquele”. Dessa forma, cita como exemplo o dono de uma empresa que é responsável pelos atos de seus funcionários.

Além da responsabilidade por fato de terceiro, também é possível a reparação civil por danos causados por animais ou coisas que estejam sob a guarda do responsabilizado, a fim de garantir que a vítima seja ressarcida dos danos sofridos. (COSTA, 2015, p.44)

Diante do que foi exposto, observa-se que a conduta, é elemento essencial para configurar a responsabilidade do agente. Caracteriza-se por uma ação ou uma omissão do agente, devendo ser obrigatoriamente voluntária. Observa-se também, que ato voluntario desta conduta deve ser ilícito, sendo contrário ao Direito. Pode-se também imputar a responsabilização por um ato de terceiro, ou ainda por danos causados por animais ou coisas que se encontrem perante a guarda do responsabilizado.

5.2.2 Culpa

Ensina Sergio Cavalieri Filho (2014, p.43), que a culpa como sendo um elemento para a configuração da responsabilidade civil, se faz necessária quando se trata de responsabilidade subjetiva.

“Quando se fala em responsabilidade com ou sem culpa, deve-se levar em conta a culpa em sentido amplo ou a **culpa genérica**(culpa *lato sensu*), que engloba o dolo e a culpa estrita (*stricto sensu*)”. (grifo do autor)(TARTUCE, 2015 b, p.375)

Observa Grace Costa (2015, p.50) que “os indivíduos devem agir de forma que sua conduta não resulte em lesão a bens jurídicos alheios. Para tanto, é necessário que sejam cautelosos e diligentes”, de modo contrário, caso seja evidenciado que não se observou o dever de cuidado, a conduta torna-se dolosa ou culposa.

Quanto a distinção do dolo e da culpa, explica Sergio Cavalieri Filho (2014, p.45) que:

tanto no dolo como na culpa há conduta voluntaria do agente, só que no primeiro caso a conduta já nasce ilícita, porquanto a vontade se dirige à concretização de um resultado antijurídico – o dolo abrange a conduta e o efeito lesivo dele resultante – enquanto que no segundo a conduta nasce lícita, tornando-se ilícita na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados.

A culpa portanto, pode ser em sentido amplo, que é quando o indivíduo deixou de observar “um dever de conduta, imposto pela ordem jurídica em atenção à paz social”, e, sendo esta violação de maneira proposital, o dolo fará parte. Em sentido estrito, será quando decorrer de “negligência, imprudência ou imperícia”, havendo somente a atuação culposa. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015 b, 181-182)

Assim, conforme Gagliano e Pamplona Filho (2015 b, p.181-182), o que se nota portanto, é que a culpa deve ser considerada em sentido amplo, pois esta abrange além da culpa estrita, o dolo, o qual ocorre com intenção de provocar dano.

Dessa forma, “a culpa, seja em sentido amplo seja em sentido estrito, quando associada aos demais elementos – conduta, dano sofrido e nexo de causalidade – configura o instituto da responsabilidade civil subjetiva”. (COSTA, 2015, p.51)

Destarte, se verifica que a culpa é um pressuposto específico da responsabilidade subjetiva, de dividindo em ampla e estrita. Como visto, deve-se levar em conta a primeira, visto que, ela engloba o dolo e a culpa estrita.

5.2.3 Dano

O dano, é um dos elementos imprescindíveis para caracterizar a responsabilidade, o qual “consiste em lesão a um interesse jurídico tutelado, com implicação patrimonial ou extrapatrimonial”. (COSTA, 2015, p.45)

Indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente. Se possível, restaurando o *statu quo ante*, isto é, devolvendo-a ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito. (GONÇALVES, 2012 b, p.358)

Na visão de Heleno Bosco (2006, p.45), “para que a conduta humana acarrete a responsabilidade civil do agente, é imprescindível a comprovação do dano dela decorrente”. Assim, caso não se prove o dano, ninguém responderá. Sendo o dano um dos pressupostos da responsabilidade civil, inexistindo sua ocorrência, não há indenização.

Fabio Ulhoa Coelho (2010, p.301), sabiamente alega que “a existência de dano é condição essencial para a responsabilidade civil, subjetiva

ou objetiva. Se quem pleiteia a responsabilização não sofreu dano de nenhuma espécie, mas meros desconfortos ou riscos, não tem direito a nenhuma indenização”.

Ao seu ver, Sergio Cavalieri Filho, (2014, p.93), conceitua o dano como sendo:

lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima, como a sua honra, 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.

Desse modo, verifica-se que o dano consiste basicamente em lesionar outrem, causando-lhe prejuízo, devendo-se provar para que haja responsabilização.

Conforme mencionado acima, o dano pode ser dividido em patrimonial e moral. Assim, referente ao dano patrimonial (ou material), Flavio Tartuce (2015 b, p.408-409) explica que

os danos patrimoniais ou materiais constituem prejuízos, perdas que atingem o patrimônio corpóreo de uma pessoa natural, pessoa jurídica ou ente despersonalizado. [...] Nunca se pode esquecer da importante classificação do dano material, constante no art. 402, do Código Civil de 2002. 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 se efetivamente se perdeu**. [...] Além dos danos emergentes, há os **lucros cessantes** ou **danos negativos**, valores que o prejudicado deixa de receber, de auferir, ou seja, uma frustração de lucro – **o que se razoavelmente se deixou de lucrar**.(grifo do autor)

Assim, entende-se que o elemento dano, pode ser patrimonial ou moral. O patrimonial, são perdas que acertam o patrimônio do lesado, podendo se dividir em danos emergentes e lucros cessantes.

Passando para análise do dano moral, Carlos Roberto Gonçalves (2012 b, p.379) esclarece que “o dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio”.

Grace Costa (2015, p.46) faz o seguinte questionamento sobre o tema: “No dano moral, a quantificação do valor indenizatório é complexa, pois, como ressarcir ou até mesmo compensar a dor, a angustia, a sensação de perda, a violação à honra?”

No passado, “era tido como impossível aceitar a reparação dos danos morais, eis que a doutrina e a jurisprudência tinham dificuldades na visualização da sua determinação e quantificação”. (TARTUCE, 2015 b, p.424)

Contudo, Heleno Bosco (2006, p.47) afirma que a Constituição de 1988, consagrou, “de maneira decisiva, a posição da pessoa humana e de sua dignidade, logrando a determinação do dever de reparar todos os prejuízos injustamente causados à pessoa humana”.

Dessa forma, Fabio Ulhoa Coelho (2010, p.228) ensina que o dano moral se ampara em dois dispositivos da Constituição, os quais inserem-se no art.5º, sendo classificados entre os direitos e garantias fundamentais, conforme se dispõe:

todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da **indenização por dano material, moral ou à imagem**; [...] X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, **assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação**. (grifo nosso)

Rogério Ives Braghittoni (2006, p.56) aduz que “é difícil mensurar o dano moral e sua respectiva reparação”, sendo talvez uma das mais duras incumbências dos operadores do direito. Entretanto, não é por ser tarefa árdua, que simplesmente se deixará de cumpri-la. E ainda, “atribuir valor a dor não é imoral; imoral seria deixar um dano sem reparação”.

Flavio Tartuce (2015 b, p.424-425) ensina que os danos morais podem ser conceituados em sentido próprio e improprio:

em sentido **próprio**, o dano moral causa na pessoa dor, tristeza, amargura, sofrimento, angustia e depressão. Neste diapasão, constitui aquilo que a pessoa sente, o que se pode denominar de **dano moral in natura**. Deve ficar claro que para a caracterização do dano moral não há obrigatoriedade da presença desses **sentimentos humanos negativos**. Em sentido **improprio**, o dano moral constitui qualquer lesão aos direitos da personalidade, como por exemplo, à liberdade, à opção sexual, à opção religiosa, entre outros.[...] Não necessita prova do sofrimento em si para a sua caracterização. (grifado autor)

Assim, diante das afirmações, o dano moral demorou em ser reconhecido, pois a doutrina e a jurisprudência tinham dificuldade em determina-lo e quantifica-lo. Atualmente, é amparado constitucionalmente, sendo uma garantia

fundamental do cidadão. Em linhas gerais, pode-se dizer que o dano não atinge o patrimônio, mas sim a pessoa propriamente dita, podendo ser conceituado em sentido próprio e improprio pela doutrina.

É aceito atualmente, o dano estético, considerado por Gagliano e Pamplona Filho (2015 b, p.132) como

aquele que viola a imagem retrato do indivíduo, havendo respaldo constitucional para esta afirmação na previsão da garantia do direito de resposta proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou a imagem. (art. 5º V)

Silvio de Salvo Venosa (2011 b, p.54) esclarece portanto, que o dano estético “afeta diretamente a personalidade, sendo uma modalidade de dano moral”.

Destaca-se também, que os tribunais admitem o chamado dano reflexo ou em ricochete, o qual “se trata do prejuízo sofrido por outra pessoa, em razão da relação que tem com a vítima direta do dano. É o caso por exemplo, da necessidade de prestar alimentos a um filho, que perdeu seu pai em razão de uma ação lesiva”. (COSTA, 2015, p.46)

Em suma, verifica-se que atualmente é aceito a responsabilização pelo dano estético e também pelos danos reflexos ou em ricochete. Observa-se que o dano estético é também amparado constitucionalmente, sendo considerado uma modalidade de dano moral.

5.2.4 Nexo Causal

O nexu causal é o último elemento da responsabilidade civil a ser explorado. “Além de um pressuposto, o nexu causal tem também por função estabelecer medida pra a obrigação de indenizar”. (CAVALIERI FILHO, 2014, p.61)

Em seus ensinamentos, Rogerio Ives Braghittoni (2006, p.72) aduz que “o ‘nexu’ significa liame, ligação, conexão. **‘Nexu de causalidade’ significa ligação entre uma causa e um efeito**”. Assim:

se uma determinada causa gerar um determinado efeito, dizemos que existe aí um nexo de causalidade: **aquela** causa gerou **aquele** efeito. É por isso que pra efeito de responsabilização civil, é preciso que haja um tipo especial de nexo de causalidade: **é preciso que haja tal nexo entre a ação (ou omissão) ilícita do agente e o dano causado.**(grifo do autor)

“A relação de causalidade entre a conduta humana (ação ou omissão do agente) e o dano verificado são evidenciados pelo verbo ‘causar’, contido no art. 186 do Código Civil”. (BOSCO, p.34)

Rogério Ives Braghittoni (2006, p.74) alega que “existem inúmeras teorias para determinar a amplitude do nexo de causalidade nas hipóteses de várias causas”. Assim, Sergio Cavalieri Filho (2014, p.63;65) explica que duas teorias se destacam, “não só pelo enfoque distinto pelo qual cada uma examina a questão mas, também, pela importância prática que alcançaram. Enquanto uma generaliza as condições, a outra as individualiza ou qualifica”, sendo elas: teoria da equivalência dos antecedentes (também denominada de teoria da *conditio sine qua non*), e teoria da causalidade adequada.

A teoria da equivalência dos antecedentes é utilizada pelo Direito Penal brasileiro, e “foi elaborada pelo jurista alemão Von Buri, na segunda metade do século XIX, esta teoria diferencia os antecedentes do resultado danoso, de forma que tudo aquilo que concorra para o evento será considerado causa”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015 b, p.140)

“Como o próprio nome já diz, essa teoria não faz distinção entre causa [...] e condição [...]. Se várias condições concorrem para o mesmo resultado, todas tem o mesmo valor, a mesma relevância, todas se equivalem”. (CAVALIERI FILHO, 2014, p.64)

Segundo Gagliano e Pamplona Filho, (2015 b, p.142) a teoria da causalidade adequada foi “desenvolvida a partir das ideias do filósofo alemão Von Kries”. Por essa teoria, Heleno Bosco (2006, p.35) relata que “deve-se buscar o antecedente imprescindível à existência do dano que, concomitantemente, guarda a mais estreita relação com estes. É o que a doutrina chama de antecedente adequado”.

Noticia Sergio Cavalieri Filho (2014, p.66) que a teoria da causalidade adequada é a prevalecente na orbita civil, e conforme lição do Des. Martinho Garcez Neto ([s/d], [s/p] apud CAVALIERI FILHO, 2014, p.66), esta teoria é a dominante na

atualidade, “segundo a qual nem todas as condições necessárias de um resultado são equivalentes”.

Diante das alegações, pode-se concluir que a expressão nexo de causalidade é representada por uma conexão entre uma causa e um efeito. Na responsabilidade civil é configurado pela ligação entre a conduta e o dano, através do verbo causar do art. 186 do código civil de 2002. Ressalta-se ainda, que existem teorias para explicar o nexo causal, se destacando a teoria da equivalência dos antecedentes, e teoria da causalidade adequada.

Segundo Sergio Cavalieri Filho, (2014, p.86;88), existem três situações que impedem a concretização do nexo causal, sendo elas: culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, e o caso fortuito ou força maior.

Sobre a culpa exclusiva da vítima, Carlos Roberto Gonçalves (2012 b, p.465) ensina que “quando o evento danoso acontece por culpa exclusiva da vítima, desaparece a responsabilidade do agente. Nesse caso deixa de existir a relação de causa e efeito entre o seu ato e o prejuízo experimentado pela vítima”.

Rogério Ives Braghittoni (2006, p. 80) traz um exemplo clássico de culpa exclusiva da vítima que é quanto um “suicida que se atira debaixo dos pneus de um automóvel, cujo motorista dirigia de maneira prudente”. Nesse caso, “o verdadeiro agente, claro, é a própria vítima”, que se jogou sob o veículo, não dando chance ao motorista desviar.

A segunda excludente do nexo causal é o fato de terceiro, na qual Rogério Ives Braghittoni (2006, p. 82) aduz que “a matéria, atualmente, é regulada pelos arts. 929 e 930 do código civil”. Sobre o assunto Silvio de Salvo Venosa (2011 b, p.70) leciona:

nesta seção, o problema é saber se o fato de terceiro pode exonerar o causador do dano do dever de indenizar. Entende-se por fato de terceiro, nessa premissa, alguém mais, além da vítima e do causador do dano. [...] No caso concreto, importa verificar se o terceiro foi o causador exclusivo do prejuízo ou se o agente indigitado também concorreu para o dano. Quando a culpa é exclusiva de terceiro, em princípio não haverá nexo causal. O fato de terceiro somente exclui a indenização quando realmente se constituir em causa estranha à conduta, que elimina o nexo causal. Cabe o agente defender-se, provando que o fato era inevitável e imprevisível.

Sobre a última hipótese que exclui a o nexo de causalidade, Fabio Ulhoa Coelho (2010, p. 401) define caso fortuito ou força maior, como sendo “todo

evento desencadeador de danos em que não há culpa de ninguém. Caracteriza-se por sua imprevisibilidade ou inevitabilidade”.

Nesse sentido, explica Rogerio Ives Braghittoni (2006, p. 78) que “se o fato era imprevisível ou inevitável, não há como falar em culpa. Um exclui o outro. E na mesma medida, também fica excluído o nexo de causalidade: um tal fato não pode ter sido ‘causado’ por ato ou omissão do agente”.

Destarte, diante do exposto, observa-se que havendo uma das situações acima abordadas, o nexo causal não se concretizará, e dessa forma, inexistirá o dever de indenizar.

6 RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO

6.1 ABANDONO AFETIVO

A contar do momento que a família afastou a ideia de ser um “núcleo econômico e de reprodução”, os vínculos familiares passaram a se formar, especialmente “em razão do amor, a família tornou-se menos hierarquizada e menos patrimonializada. O afeto tornou-se, então, um valor jurídico e passou a ser o grande vetor e catalisador de toda a organização jurídica da família”. (PEREIRA, 2014, p.69)

Nesse passo, “o conceito atual de família é centrado no afeto como elemento agregador, e exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade”. (DIAS, 2015, p. 97)

Assim sendo, Rodrigo da Cunha Pereira (2012 b, p. 126) alega que “qualquer criança, para se estruturar como sujeito e ter um desenvolvimento saudável, necessita de alimentos pra o corpo e para a alma. O alimento imprescindível para a alma é o amor, o afeto”.

Nesse sentido, o autor traz o significado de afeto explicando que existe uma diferença entre afeto e amor: “afeto significa ‘afeição por alguém’, ‘dedicação’. Afeiçãoar significa também ‘instruir, educar, formar’, ‘dar feição, forma ou figura’. Esta é uma diferença entre afeto e amor”. Desse modo, o afeto é mais que uma sentimento, é também uma ação, uma conduta. (FERREIRA, 1999, p.61-62, apud PEREIRA, 2012 b, p.126)

Evidencia-se o cuidado “nos poderes-deveres de proteção e assistência de um sujeito por outro”, consistindo “no poder e interesse, seja dos pais, da sociedade ou do Estado na segurança das crianças”. (ALFAIATE, 2008, p.13;21 apud PEREIRA, 2012 b, p.127)

Assim, para Nelson Rosenvald e Cristiano de Farias (2015, p. 312),

o cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, é um fator indispensável à criação e à formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica, capaz de conviver em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania.

Rodrigo da Cunha Pereira, (2012 b, p. 126) ensina que “**o afeto, no sentido de cuidado**, conduta, não pode faltar para o desenvolvimento de uma criança”, explicando que:

ao agir em conformidade com a função de pai e mãe, está-se objetivando o afeto e tirando-o do campo da subjetividade apenas. Nessas situações, é possível até presumir a presença do sentimento de afeto. Obviamente que pressupõe, e tem também como elemento intrínseco, a imposição de limites. A ausência deste sentimento não exclui a necessidade e a obrigação de condutas paternas/ maternas. **Sendo ação, a conduta afetiva é um dever pode ser imposta pelo judiciário, presente ou não o sentimento.**(grifo nosso)

Assim, vê-se que o afeto é o grande elemento das relações familiares atualmente, não podendo carecer no desenvolvimento da criança e do adolescente, o que do contrário, ensejará a falta de cuidado, convivência, proteção e atenção com o filho.

Nesse passo, Paulo Lobo (2011, p.312) afirma que o abandono afetivo “nada mais é que inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade. Seu campo, não é exclusivamente o da moral, pois o direito o atraiu para si, conferindo-lhe consequências jurídicas que não podem ser desconsideradas”.

Diante das análises, o abandono afetivo, pode se traduzir-se então, no descumprimento dos deveres dos genitores, os quais decorrem do poder familiar.

Abandono, consoante o dicionário Aurélio ([s/d] [s/p]), significa a “ação de deixar uma coisa, uma pessoa, uma função, um lugar”. Desse modo, incorrem na prática de abandono, o pais que deixam sua função, que não realizam seu direito-dever para com sua prole.

Quanto aos danos que abandono afetivo pode provocar, aduz Maria Berenice Dias (2015, p.97) que:

a falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer o seu desenvolvimento saudável. [...] A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação.

Nesse sentido, explica a jurista Giselda Hironaka ([s/d] p. 07), que o distanciamento do genitor gera, em situações do dia a dia, “evidente dor psíquica e conseqüente prejuízo à formação da criança, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção que a presença paterna representa na vida do filho”.

Charles Bicca (2015, p.57) também relata sobre as conseqüências danosas que podem ser geradas às vítimas, alegando que “diversos são os estudos promovidos no sentido de comprovar os danos mentais e clínicos em menores negligenciados pelos pais”:

a criança abandonada pode apresentar deficiências no seu comportamento social e mental para o resto da vida. A dor da criança que esperava por um sentimento, ainda que mínimo, de amor ou atenção, pode gerar distúrbios de comportamento, de relacionamento social, problemas escolares, depressão, tristeza, baixa autoestima, inclusive problemas de saúde, entre outros devidamente comprovados por estudos clínicos e psicológicos.

A figura paterna é extremamente importante na vida da criança, “especialmente depois das conclusões da psicologia moderna, não precisa de outras comprovações. É notória sua imprescindibilidade – assim como o é a da figura materna – para a apropriada estruturação da personalidade da criança”. (MORAES, p.20)

Assim, Maria Berenice Dias (2015, p.98) expõe que “a ausência da figura do pai desestrutura os filhos, tira-lhes o rumo da vida, e debita-lhes a vontade de assumir um projeto de vida. Tornam-se pessoas inseguras e infelizes”.

Contudo, explica Charles Bicca (2015, p.57) que o que se nota nos estudos feitos é que, na maioria dos casos, essa lacuna provocada pela ausência do pai/mãe,

é preenchida por outras figuras presentes em sua vida. Os danos de ordem psíquica ou moral vão depender de cada situação, da vulnerabilidade de cada um, da idade, da participação do outro genitor, bem como do ambiente em que vive, entre outros fatores.

Destarte, “não se pode obrigar ninguém a amar outrem, mas a relação parental está para além do sentimento, exige compromisso, responsabilidade, e por isso é fonte de obrigação jurídica”. Assim, o que se verifica é que o abandono afetivo nas relações familiares deve ser compreendido como “lesão a um interesse jurídico tutelado, extrapatrimonial”, sendo provocado através de conduta omissiva de um ou

ambos os genitores no desempenho dos deveres do poder familiar. (PEREIRA, 2014, p. 34)

6.2 OUTRAS ESPÉCIES DE ABANDONO

Pode-se citar como outras espécies de abandono: o de incapaz, o intelectual, e o material.

O abandono de incapaz é o ato de “abandonar pessoa que está sob sua guarda, cuidado, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono”.(art. 133, CP).

Conforme visto, o abandono de incapaz encontra amparo no Código Penal Brasileiro, sua pena mínima édetenção de seis meses a três anos, podendo aumentar se no caso houverlesão corporal de natureza grave (reclusão de um a cinco anos) ou morte (reclusão de quatro a doze anos). Ainda, as penas cominadas aumentam de um terço seo abandono ocorre em lugar ermo,se o agente é ascendente ou descendente, cônjuge, irmão, tutor ou curador da vítima, ou se a vítima é maior de 60 (sessenta) anos. (art. 133, §1º, §2º e §3º, CP)

A caracterização do abandono, ocorre quando existe o perigo concreto da vítima, “que se traduz no ato de afastar-se da vítima, colocando-lhe em risco a vida ou a saúde. Haja vista a gravidade da conduta, é fundamental o distanciamento físico entre réu e ofendido, onde o sujeito ativo se aparta da pessoa da vítima”, que ficaonde habitualmente se encontra ou conduzde propósito para outro lugar, em que é deixada à perigo. (SANTIAGO, [s/d], [s/p])

Destarte, o abandono de incapaz,“pode causar a perda da autoridade parental/poder familiar, desde que configurado por uma atitude omissiva de um ou de ambos os pais, que deixarem de desempenhar seus deveres para com os filhos”. (PEREIRA, 2014, p.37)

O abandono intelectual também é um tipo penal, previsto no art. 246 do Código Penal, que se configura por “deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa”.

É caracterizada “pela negligência de quem tem o poder familiar/autoridade parental e/ou a guarda, em relação à educação da criança ou adolescente, deixando-a sem acesso à instrução ou escola de ensinamentos básicos”. (PEREIRA, 2014, p.37)

Assim, os genitores que abandonam o filhos intelectualmente, também podem sofrer as consequências da destituição do poder familiar, como Rodrigo da Cunha Pereira (2014, p.37) explica:

A negligência dos pais, quanto à educação dos filhos, pode resultar na destituição do poder familiar, que se constitui como essencial dever do pais, que devem se incumbir de dirigir criação e educação dos filhos, mantê-los em sua companhia e guarda, representá-los na vida civil, reclamá-los a quem ilegalmente os detenha, e exigir que prestem obediência, respeito e serviços próprios da idade (Art. 1.634, CCB). No mesmo sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes, ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais (Art. 22, ECA)

Desse modo, quando os genitores não desempenham o dever de criar sua prole, incentivando o estudo e zelando pela sua educação, praticam o delito de abandono intelectual, sofrendo as consequências de destituição do poder familiar.

O abandono material, significa a omissão sem causa justificada em prestar a subsistência, pensão alimentícia ou o socorro, de quem tinha dever de prestar, sendo também tipificado no Código Penal Brasileiro, assim dispendo:

art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País. Parágrafo único - Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada.

“Diferentemente do abandono moral ou intelectual, significa deixar de dar assistência, ou recusa a prestar auxílio material a quem é seu dependente, ou a quem devia pagar alimentos, seja parente, cônjuge ou companheiro”. (PEREIRA, 2014, p.40)

O bem jurídico tutelado neste delito, “são a estrutura e o organismo familiar, particularmente a sua preservação, relativamente ao amparo material devido por ascendentes, descendentes e cônjuges reciprocamente”. (BITENCOURT, 2014, p.1086)

Assim, ensina Rodrigo da Cunha Pereira (2014, p.40) que o abandono material, para configuração do tipo penal, necessita mostrar três pressupostos:

o objetivo, que é a omissão/negligência de sustento de dependente do agente; o subjetivo, ou seja, o dolo movido pela intenção de negligenciar o sustento; e, por fim, o normativo, que é a ausência de justa causa sobre a ação contrária ao ordenamento jurídico.

Destarte, o abandono material é um delito que ocorre dentro da estrutura familiar, entre seus descendentes, ascendentes ou cônjuge. É caracterizado pela omissão sem causa justificada do agente, o qual deixa de prover subsistência necessária ou ainda o socorro por doença ao seu parente.

6.3 DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO

“O direito de família tem estreitado cada vez mais sua relação com a responsabilidade civil”. Anteriormente, esses campos eram praticamente incomunicáveis. Atualmente, essas duas esferas tem se aproximado cada vez mais, tendo em vista suas transformações ocorridas desde as últimas décadas do século XX. “O dano moral, tratado no Brasil como figura unitária que abarca todas as numerosas modalidades de lesão a interesses existenciais, libertou a responsabilidade civil das amarras da patrimonialidade”, entrando em um novo rumo de aplicações. A indenização por abandono afetivo é um exemplo de muitas ações judiciais que tem sido cada vez mais empregadas “como um mecanismo de tutela de interesses existenciais nas relações familiares”. (SCHREIBER, 2015 a, p.32-33)

“É crescente o número de proposituras de ações perante o Poder Judiciário, demandadas por filho que buscam alguma reparação para a dor causada pelo abandono afetivo”. (COSTA, 2015, p.72)

Contudo, o tema em análise, segundo Gagliano e Pamplona Filho (2016, p. 748) trata-se, sem dúvida, do mais polêmico já estudado na atualidade.

Assim, insta ressaltar que “devido à ausência de norma expressa configurando tal conduta como ato ilícito”, são encontrados muitos entendimentos doutrinários acerca do assunto, inclusive diversos julgamentos no Judiciário Brasileiro, com posições contrárias e favoráveis.(COSTA, 2015, p.54)

A título de exemplo de contrariedade, entende Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, (2015, p.129-130)que

afeto, carinho, amor, atenção... são valores espirituais, dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal, não por imposição jurídica. Reconhecer a indenizabilidade decorrente da negativa de afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica.Por isso, entendemos não ser admissível o uso irrestrito e indiscriminado das regras atinentes à Responsabilidade Civil no âmbito do Direito das Famílias por importar o deletério efeito da patrimonialização de valores existenciais, desagregando o núcleo familiar de sua essência.

No mesmo sentido, Renata de Almeida eWalsir Edson Rodrigues Júnior (2012, p.556), acreditam que

não importa o tipo de relação familiar, a falta de afeto por si só não gera responsabilidade civil. O Direito não pode obrigar ninguém a ter ou demonstrar afeto por outra pessoa, por mais desejável e importante que possa ser a construção de vínculos afetivos para o desenvolvimento da personalidade de todo ser humano. A falta de afeto ou o desamor não se repara, não se indeniza.

Assim, alega Aline Suarez Karow (2012, p.162) que nasceram muitos “jargões descontextualizados e que causavam comoção social pelos não adeptos à tese, como, por exemplo, ‘amor não se compra’, ‘não se pode monetarizar as relações familiares’, ‘amor não tem preço’, ‘o Estado não pode obrigar ninguém a amar”. Estes comportamentos tem o cunho de mostrar que a família não é passível de responsabilização civil.

Já para muitos doutrinadores que defendem a responsabilidade civil por abandono afetivo, entendem estes que a negativa de afeto, gera diversas sequelas psicológicas, caracterizando um ato contrário ao ordenamento jurídico, afrontando princípios consagrados constitucionalmente, e por isso, “sancionável no campo da responsabilidade civil”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 748)

Desta forma, a responsabilidade civil por abandono afetivo, é configurada “como consequência de o agente ser omissivo no cumprimento de um dever previsto legalmente, de não exercer o poder familiar a que lhe incumbe e em

razão disto causar um dano irreparável na formação do próprio filho”. (COSTA, 2015, p.54)

Para Rodrigo da Cunha Pereira (2012 b, p.129) cabe entender que a indenização a que está se referindo

não é simplesmente pelas desilusões e pelos desencantos ou decepções com os pais. Não é pelo sofrimento de se constatar que o pai não é como o filho gostaria que ele fosse. Sofrimento faz parte da vida e, inclusive, é o que proporciona reflexões ao sujeito para que ele evolua. Na relação amorosa entre adultos, ambos são responsáveis pelos seus encantos e desencantos amorosos. Mas, na relação parental, os pais são responsáveis pela educação de seus filhos e se pressupõe aí, dar afeto, apoio psíquico, moral e atenção. O dano não é tanto pelo sofrimento causado, mas pela violação do direito e que tanto sofrimento causa a ponto de provocar danos à pessoa. O mau exercício do poder familiar é um dano ao direito da personalidade do filho. Abandonar e rejeitar um filho é violar direitos.

Neste contexto, Anderson Schreiber (2015 b, p.182-183), alega que os pais tem dever de criar e educar seus filhos, e assim, sustenta:

o interesse por trás da demanda de abandono afetivo, portanto, não é como muitas vezes se diz equivocadamente, um interesse construído sobre a violação de um dever de amar ou de dar afeto, mas um interesse fundado no dever normativo expresso dos pais de educarem e criarem seus filhos e nesse sentido, pode-se concluir pelo seu merecimento de tutela.

Assim sendo, o ato ilícito que gera o abandono afetivo, “não é e nem poderia ser, a falta de amor. O ato ilícito é a falta de cuidado e atenção decorrente do descumprimento do exercício do poder familiar”, o qual constitui “verdadeiro dever dos pais, a quem incumbe dirigir a criação e educação dos filhos”. (BICCA, 2015, p.41-43; PEREIRA, 2014, p.37)

Grace Costa (2015, p.60-63) enfatiza que o abandono afetivo significa uma afronta a princípios constitucionais, visto que, “negar a criança e ao adolescente a convivência familiar, a atenção, ao cuidado e o amparo afetivo e moral essenciais ao seu crescimento, constitui violação dos direitos próprios de sua personalidade”, porque desde seu nascimento, o ser humano necessita de cuidados para se desenvolver e assim se estruturar. Desta forma, a omissão do genitor, afronta a muitos princípios, como o da paternidade responsável, melhor interesse e proteção integral da criança e do adolescente, convivência familiar, solidariedade familiar, e o princípio maior, a dignidade da pessoa humana.

O dano causado “a dignidade humana do filho em estágio de formação” torna-se indiscutivelmente, passível de reparação,

não apenas para que os deveres parentais deliberadamente omitidos não fique impunes, mas principalmente, para, que no futuro, qualquer inclinação ao irresponsável abandono possa ser dissuadida pela firme posição do Judiciário, ao mostrar que o afeto tem um preço muito alto na nova configuração familiar. (MADALENO, 2006, p.169, apud DIAS, 2015, p.544)

É relevante destacar que a indenização pelo abandono afetivo “está a tratar de partes desiguais, os genitores, adultos capazes, convictos de seus direitos e deveres na sociedade e do outro lado o menor, incapaz, alheio aos direitos e deveres, totalmente dependente de amparo e proteção”. (KAROW, 2012, p.164)

Diante dos alegações aqui expostas, observa-se que o tema gera muita divergência na doutrina, não se tendo uma pacificação. Os que contrariam a indenização pelo abandono dos pais, alegam que não há como o Direito resolver questões de amor e afeto, e que aceitar indenização por falta de afeto pode acarretar uma patrimonialização de algo que tem aspecto econômico, defendendo ainda que a responsabilidade civil não é cabível no Direito de Família.

Já para os defensores do assunto, verifica-se que a omissão afetiva do pai ou da mãe significa a violação dos deveres do poder familiar, sendo assim, uma afronta a princípios constitucionais, pois além de trazer sérios danos psicológicos, fere direitos próprios e a personalidade da criança, sendo os pais os maiores responsáveis pela criação e educação dos filhos, pois são seres totalmente dependentes, constituindo assim, o abandono afetivo, um ato ilícito, contrário ao ordenamento jurídico.

Rodrigo da Cunha Pereira, (2012 b, p.128-129) aponta que a realidade é injusta em algumas decisões judiciais de hoje. Assim, relata que “indeniza-se facilmente por um constrangimento ou sofrimento causado por um cheque devolvido incorretamente pelo banco”, mas quando um filho é abandonado pelo seu genitor, violando seus direitos, a dor sofrida muitas vezes não é reconhecida.

Desse modo, é questionado se a indenização teria a virtude de trazer de volta o carinho e o amor dos genitores ao filho. Como comparação pode-se mencionar que “as indenizações pagas em razão de morte do trabalhador no ambiente de trabalho e em razão de negligência da empresa, que não trazem de volta o pai de família, mas são formas de minimizar a dor”. Na indenização pelo

abandono afetivo, não é diferente. Não há como obrigar que o pais amem seu filho, contudo, a indenização “ajuda a preencher uma lacuna e significa responsabilizar o sujeito-pai”. (PEREIRA, 2012 b, p.132)

Charles Bicca (2015, p.23-24) explica que existem correntes que são adeptas a perda do poder familiar como única “consequência suportada pelos pais omissos no dever de cuidar e que abandonam seus filhos”. O autor confirma dizendo que “o abandono do filho enseja a perda do poder familiar”, visto que, está expressamente disposto como no Código Civil como causa de extinção. Contudo, questiona dizendo que esta não é a única consequência que deve ser imputada aos pais.

Assim, o autor entende que deve haver efetivas punições para o abandono da prole, não somente a perda do poder familiar:

há necessidade de efetivas e severas punições aptas a desestimular essa reprovável conduta. Detratar apenas a perda do poder familiar a quem já abandonou o filho seria absurdamente premiar o infrator, deve-se concluir que o pai ou a mãe que abandona não tem nenhuma intenção de cumprir com os deveres inerentes ao poder familiar, ou seja, assistir, criar, educar, ou muito menos, tê-lo em sua companhia. (BICCA, 2015, p.24)

Nesse sentido, “a penalização da perda do poder familiar não basta. A decretação da perda do poder familiar, isoladamente, pode constituir-se não em uma pena, mas bonificação pelo abandono”. (FERREIRA, [s/d], p.61, apud DIAS, 2015, p.542)

Observa-se, conforme colocado, que a perda do poder familiar, não é suficiente para punir o pai que abandona a prole, pois seria como gratificá-lo, visto que, com essa punição, retira dele as obrigações que ele por voluntariedade já não desempenhava.

A responsabilidade civil pode ter várias funções. Uma delas é a de caráter compensatório. Explica Rodrigo da Cunha Pereira (2012 b, p.130) que estatem por escopo “possibilitar ao filho uma reparação pelo dano sofrido, atenuando, em parte, as consequências da lesão. Obviamente que qualquer quantia arbitrada a esse título tem valor simbólico, pois não há dinheiro que pague o abandono afetivo”.

A ideia de punição do ofensor, é uma outra função. “Embora não seja a finalidade básica, a prestação imposta ao ofensor também gera um efeito punitivo

pela ausência de cautela na prática de seus atos, persuadindo-o a não mais lesionar”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 68)

Existe também a função de caráter socioeducativo, a qual tem por objetivo “tornar público que condutas semelhantes não serão toleradas. Assim, alcança-se, por via indireta, a própria sociedade, restabelecendo-se o equilíbrio e a segurança desejados pelo Direito”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 68)

Dessa forma, observa Rodrigo da Cunha Pereira (2012 b, p.133) que “o caráter punitivo e preventivo, aliados a uma necessidade pedagógica da reparação civil, significam um freio a tal ato danoso à aquele que não escolheu nascer”, mas os seus genitores, de modo contrário, são os principais responsáveis pelo seu nascimento, tendo o dever de cuidado pela sua criação e educação.

Corroborando com o entendimento, aduz Charles Bicca (2015, p. 112) que “quanto mais severas forem as condenações, maior será o cunho pedagógico a desincentivar tais condutas omissivas ilegais”. E assim complementa:

as condenações devem reparar de alguma maneira o dano sofrido, e ainda alcançar nobre função punitiva e dissuasória a sinalizar que tal conduta deve ser cessada. O abandono deve ser evitado por ser reprovável, imoral, e principalmente ilegal. É preciso causar uma reflexão a desestimular todos os pais que não cuidam dos seus filhos, causando-lhes grave dano moral, destruindo todo um projeto de vida, e impondo os mais diversos problemas sociais.

Dessa forma, vê-se o quão grande é importância da responsabilização civil pelo abandono afetivo, visto que esta, não só propiciará de alguma forma a criança abandonada, mas servirá, neste diapasão, para a conscientização de toda a sociedade, a fim de desestimular essas condutas omissivas do pai ou mãe que não cumpre os deveres do poder familiar.

Na visão de Rodrigo da Cunha Pereira, (2014, p.33-34), existem centenas de crianças que estão na rua, e isso está prontamente ligado ao abandono afetivo pelo genitor/genitora, não sendo apenas quanto “a omissão do Estado em suas políticas públicas”. Se a presença dos pais fosse mais constante no desenvolvimento dos filhos, criando, cuidando, educando e dando toda atenção necessária, isto é, cumprindo com todos os seus deveres do poder familiar, “não haveria tantas crianças e adolescentes com sintomas de desestruturação familiar”.

Nesse passo, cabe expor aqui, um levantamento do Ministério Público do Estado de São Paulo, que foi divulgado pelo Jornal Folha de São Paulo, em matéria escrita por Fabrício Lobel e Rogégio Pagnan, em 27 de junho de 2016, que diz que “dois em cada três jovens infratores em São Paulo não tem pai dentro de casa”:

segundo o relatório, **dois em cada três jovens infratores vêm de famílias que não têm o pai dentro de casa.** O estudo leva em conta cerca de 1.500 jovens entre 12 e 18 anos que cometeram delitos na cidade de São Paulo entre 2014 e 2015. Desse universo, **42% dos jovens, além de não viver com o pai, não tinham nenhum contato com ele.**(LOBEL; PAGNAN, 2016 [s/p]) (grifo nosso)

O que se vê é que esse levantamento mostra que a ausência da figura paterna tem impacto na sociedade como um todo, sendo necessário o Estado intervir em conflitos sociais. Esse dado só corrobora com a importância de estabelecer a punição para o abandono afetivo.

Por derradeiro, convém destacar que por mais que haja a indenização, o tempo perdido não tem mais volta, seja com qualquer tratamento psicológico ou até psiquiátrico. Tais vítimas não vão obter novamente outra adolescência, ou outra infância. Salienta-se ainda que o abandono afetivo geralmente “vem acompanhado dos mais diversos elementos atentatórios aos direitos da personalidade, com gravíssimas consequências e destruição de todo um projeto de vida”. Dessa maneira, o pai ou a mãe que abandona o filho deve sofrer as mais duras punições, pois, de alguma forma, “podem minimizar o intenso sofrimento dessas vítimas, dando a elas ao menos a sensação que o choro silencioso que durou anos fora ouvido por alguém”. (BICCA, 2015, p.110)

6.4 REQUISITOS PARA A CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIZAÇÃO

Como visto no capítulo anterior, para a configuração da responsabilidade civil, é necessário alguns elementos para configuração da responsabilidade civil, quais seja, a conduta (devendo ser ato ilícito), o dano (podendo ser patrimonial ou extrapatrimonial), a culpa (ato doloso ou culposos), e o nexo de causalidade (ligação entre a conduta ilícita e o dano causado).

Dessa forma, para configuração da responsabilidade civil por abandono afetivo também deve haver a existência de alguns elementos para que se garanta a efetiva reparação.

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, (2012 b, p.131), o primeiro é a existência de uma ação ou omissão que se apresenta como ato ilícito:

a conduta humana culposa, ou até mesmo dolosa, exteriorizada pela ação e omissão do pai ou da mãe, ao negar o exercício da parentalidade, independentemente de reconhecida nos registros públicos, merece censura social e jurídica. Mesmo o genitor que paga alimentos pode ser penalizado, vez que este dever não exclui os demais inerentes ao poder familiar.

Para Grace Costa (2015, p.69), pode-se caracterizar a conduta pela

ação ou omissão do pai ou da mãe ao negar o exercício da parentalidade por meio de desprezo, rejeição, humilhação, indiferença, e ainda, negando-se ao filho o direito ao convívio familiar por não exercer o direito de visitas. **Tais atitudes configuram atos ilícitos, uma vez que violam direitos assegurados, tanto pela legislação infraconstitucional quanto pelos princípios constitucionais.** (grifo nosso)

Desse forma, Rodrigo da Cunha Pereira (2012 b, p.131) destaca que “o descumprimento do poder familiar (art. 1634, CC) por qualquer um dos genitores configura um ilícito, sendo, portanto, o fato gerador da indenização”.

Igualmente, Charles Bicca (2015, p.32) leciona:

o abandono é ilícito que se reveste da maior gravidade possível, pois atenta contra a dignidade constitucional da família, ao **princípio da Dignidade da pessoa humana**, e gera efetivos danos aos direitos de personalidade da criança. Sendo ainda certo, que, dentre os deveres inerentes ao **poder familiar**, está o de convívio, cuidado, proteção, criação e educação dos filhos. **A ilicitude não está no desamor, mas na mais absoluta falta de atendimento ao dever de cuidado**, requisito mínimo a ser empreendido na vida de uma criança para seu pleno desenvolvimento. (grifo do autor)

Dessa forma, Ana Carolina Teixeira (apud, COSTA, 2015, p.69) afirma que “amor não é imposto, mas responsabilidade sim. [...] a conduta de um genitor ausente, que não cumpre as responsabilidades do poder familiar enquadra-se perfeitamente entre os atos ilícitos”.

Se torna imperativo “observar a culpa no ato omissivo e negligente do pai/mãe que abandona o filho”, o qual “deve ter se ocultado à convivência com o filho, e deliberadamente se negado a participar do desenvolvimento de sua

personalidade, de forma negligente ou imprudente”. (COSTA, 2015, p.70; HIRONAKA, [s/d], p.08)

Grace Costa (2015, p.70) explica que “é imprescindível a avaliação de cada caso em concreto”, devendo ser analisado conjuntamente por vários profissionais, como psicólogos e operadores de direito, “a fim de detectar a culpa ou não da conduta praticada pelo genitor”.

Outro elemento que deve ser observado é a ocorrência do dano moral ou patrimonial causado a vítima, no qual Rodrigo Pereira da Cunha (2012 b, p. 131) explana:

o dano ou prejuízo causado ao filho que foi atingido em seus atributos mais louváveis, quais sejam, a moral, a honra, a dignidade, a reputação social, muitas vezes compelido a viver situações vexatórias, além de não ter podido usufruir da presença de um dos genitores e com ele conviver.

Nesse passo, Giselda Hironaka ([s/d], p.07) ensina que

o dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um **dano à personalidade do indivíduo**. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, sendo certo que esta personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar, responsável que é por inculcar na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada. (grifo nosso)

Além do mais, explica Charles Bicca (2015, p.46), que, “o dano sofrido pela criança abandonada pelos pais, é do tipo *in re ipsa*, ou seja, decorre da própria causa, é presumido e sequer precisa ser comprovado, por ser mais do que evidente”.

O nexos de causalidade também é elemento para a configuração da reparação por abandono afetivo. Segundo Grace Costa (2015, 71-72), “consiste na relação entre a postura negligente do genitor e o dano causado à esfera psicológica da criança e do adolescente”. Assim, alega Rodrigo da Cunha Pereira (2012 b, p. 131):

a causalidade entre a conduta e o resultado, que é óbvia ao se detectar que à medida em que o ‘pai’ ou a ‘mãe’ repugna e afasta o reconhecimento do filho, causa-lhe uma dor intensa, um sofrimento que foge à normalidade, interferindo diretamente em seu comportamento psicológico e social.

O autor aduz que não tem como negar que o abandono afetivo gere um dano psíquico. Da mesma forma, assegura que “não há como negar também a relação entre a conduta parental e o dano causado ao filho, caracterizando assim o nexo de causalidade”. (PEREIRA, 2012 b, p. 131)

Destarte, verifica-se que os requisitos que caracterizam a responsabilidade civil, também estão presentes na configuração da responsabilização civil por abandono afetivo. Alega Grace Costa (2015, p.72) que “aludida assertiva já havia sido confirmada em alguns julgados dos Tribunais de Justiças, e restou ratificada em julgamento da Corte de Justiça” que será demonstrado na seção 6.6.

6.5 HIPÓTESES EXCLUDENTES DO DEVER DE INDENIZAR

No caso do abandono afetivo, verifica-se algumas possíveis causas excludentes do dever de indenizar. São causas que poderão atenuar ou excluir o dever de reparar o dano, visto que, rompem o nexo de causalidade existente entre a conduta e o dano ocorrido.

Pode-se citar como uma causa possível de exclusão, o **desconhecimento da paternidade**, sendo evidente, pois, através de um raciocínio lógico que não cabe responsabilização por abandono afetivo à um pai que nunca conheceu seu filho, uma vez que o descumprimento dos seus deveres paternos advieram por razões alheias a sua vontade. (grifo nosso)

Nesse sentido, Giselda Hironaka ([s/d], p. 06), assegura ao genitor que

não se lhe poderá imputar, a responsabilidade por abandono afetivo, se este não tomou conhecimento sequer do fato da concepção. Não conhecendo o fato da concepção, não soube do nascimento e não provocou a ruptura do vínculo afetivo, posto que este nunca se efetivou.

Destaca a autora, que se a mãe, “podendo localizar o pai, não envidou os esforços necessários para que este fosse informado de sua descendência, configura-se a omissão da mãe”, podendo a responsabilidade ser atribuída a genitora. (HIRONAKA, [s/d], p. 06)

Assim, no caso da paternidade se mostrar desconhecida, não há que se falar em responsabilidade civil por abandono afetivo. Desta forma, a jurisprudência se posiciona:

APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL. IMPROCEDÊNCIA. ADEQUAÇÃO. Caso de filho reconhecido judicialmente como tal, somente quando já tinha mais de 19 anos, e **no qual é certo e incontroverso que antes disso, o genitor não sabia da paternidade ou da existência do filho.** Hipótese na qual, até o reconhecimento da paternidade, mostra-se inviável imputar ao pai qualquer conduta consciente, capaz de gerar a responsabilização material ou moral dele. Após o reconhecimento judicial da paternidade, o pai foi condenado a pagar alimentos ao filho, e pagou o que devia (ainda que compelido judicialmente a isso), até ser exonerado, por decisão judicial que reconheceu desnecessidades do filho. Situação que afasta a possibilidade de reconhecer qualquer dano por abandono material, do reconhecimento da paternidade em diante. De resto, depois do reconhecimento da paternidade, a prova mostrou que ambas as partes não fizeram esforço real e concreto para buscar aproximação ou estreitamento de laços afetivos. E sendo mútua a responsabilidade pela inexistência de relação afetiva entre pai e filho, não há como condenar um a indenizar moralmente o outro. Precedentes jurisprudenciais. NEGARAM PROVIMENTO. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70031658396. Relator: Rui Portanova, Julgado em 13/12/2012. Data da publicação: 18/12/2012) (grifo nosso)

Logo, se excluirá a responsabilidade quando o genitor desconhecia a paternidade. Contudo, se caso existia o conhecimento de condição de ascendente, deixando de reconhecer a paternidade, e assim não cumprindo com seus deveres do poder familiar, pode-se dizer que neste caso haverá a responsabilização por abandono afetivo.

Outra hipótese que se enquadra na possível exclusão da responsabilidade por abandono, é a **alienação parental**. (grifo nosso)

O conceito legal de Alienação Parental está disposto no art. 2.º, da Lei 12.318, de 2010, no qual é definido:

considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Referida lei, dispõe, de algumas formas de se verificar a ocorrência da alienação, assim como, as eventuais sanções atribuídas ao alienante, não se eximindo da possível responsabilização civil ou criminal.

Explica Maria Berenice Dias (2015, p.545), que muitas vezes a prática da alienação parental se dá ao termino de um relacionamento que envolva traição, na qual um dos cônjuges para se vingar, realiza uma verdadeira 'lavagem cerebral'

no filho, de modo que acabe “a comprometer a imagem do outro cônjuge, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou não aconteceram conforme a descrição feita pelo alienador”.

Elucida Flavia Trindade Silva ([s/d], p.73), que em decorrência disso,

esse filho cria um sentimento de rejeição contra o genitor ausente, chegando ao ponto de se recusar a manter uma relação com este pai e, ao extremo, de decidir excluí-lo, definitivamente, da sua vida, acarretando inúmeros problemas emocionais e psicológicos ao menor que se estenderão na sua fase adulta.

Assim, segundo Valmira da Silva (2010, p.53), “o pai que sofre com a rejeição do filho alienado, por vezes tende a se afastar, tendo em vista que as visitas passam a ser dolorosas para ambos”, ressaltando que sua intenção não é o abandono do filho.

Configura-se dessa forma a excludente de responsabilidade civil por abandono afetivo, “no fato de que o genitor não abandona seu filho, mas tão-somente fica impedido de exercer com plenitude seu dever de pai, pois o próprio filho o rejeita, tendo em vista o ódio que lhe é inculcado contra aquele pai que o abandonou”. (SILVA, 2010, p.53)

A **prescrição** também pode apresentar-se como causa de exclusão de extinção de responsabilidade civil por abandono afetivo. Segundo Charles Bicca (2015, p.35), “ocorre a prescrição quando se perde o direito de acionar judicialmente em decorrência do decurso de determinado período de tempo”. (grifo nosso)

Explica o autor que o atual entendimento jurisprudencial no caso do abandono afetivo, “é que a prescrição se deflagra após a maioridade do interessado, quando ficam extintos os deveres decorrentes do poder familiar”. O artigo 197, II, do Código Civil de 2002, prevê que durante o poder familiar, não correrá a prescrição, assim, o prazo prescricional se inicia com a maioridade, sendo de três anos, conforme artigo 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002. (BICCA, 2015, p.35). Desta forma é o posicionamento dos Tribunais de Justiça:

INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. ABANDONO AFETIVO. MAIORIDADE. PRESCRIÇÃO. 1. **Se a ação de indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo foi proposta após o decurso do prazo de três anos de vigência do Código Civil de 2002, é imperioso reconhecer a prescrição da ação.** Inteligência do art. 206, § 3º, inc. V, do CCB/2002. 2. O novo Código Civil estabeleceu a redução do prazo prescricional para as ações de reparação civil, tendo incidência a regra de transição posta no art. 2.028 do CCB/2002. 3. O pedido de reparação civil por dano moral, em razão do abandono afetivo, nada tem a ver com direito de personalidade, com direitos fundamentais ou com qualquer garantia constitucional, constituindo mera pretensão indenizatória, com caráter econômico, estando sujeita ao lapso prescricional. Recurso desprovido. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70056484413. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 23/10/2013. Data da publicação: 25/10/2013) (grifo nosso)

O Superior Tribunal de Justiça também entendeu neste sentido, entretanto, respeitando a regra de transição para o Código Civil anterior (1916):

RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. APRECIÇÃO, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL, DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE. COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS, POR **ABANDONO AFETIVO** E ALEGADAS OFENSAS. DECISÃO QUE JULGA ANTECIPADAMENTE O FEITO PARA, SEM EMISSÃO DE JUÍZO ACERCA DO SEU CABIMENTO, RECONHECER A **PRESCRIÇÃO**. PATERNIDADE CONHECIDA PELO AUTOR, QUE AJUIZOU A AÇÃO COM 51 ANOS DE IDADE, DESDE A SUA INFÂNCIA. FLUÊNCIA DO PRAZO PRESCRICIONAL A CONTAR DA MAIORIDADE, QUANDO CESSOU O PODER FAMILIAR DO RÉU. 1. Embora seja dever de todo magistrado velar a Constituição, para que se evite supressão de competência do egrégio STF, não se admite apreciação, em sede de recurso especial, de matéria constitucional. 2. Os direitos subjetivos estão sujeitos à violações, e quando verificadas, nasce para o titular do direito subjetivo a faculdade (poder) de exigir de outrem uma ação ou omissão (prestação positiva ou negativa), poder este tradicionalmente nomeado de pretensão. 3. A ação de investigação de paternidade é imprescritível, tratando-se de direito personalíssimo, e a sentença que reconhece o vínculo tem caráter declaratório, visando acertar a relação jurídica da paternidade do filho, sem constituir para o autor nenhum direito novo, não podendo o seu efeito retrooperante alcançar os efeitos passados das situações de direito. 4. O autor nasceu no ano de 1957 e, como afirma que desde a infância tinha conhecimento de que o réu era seu pai, à luz do disposto nos artigos 9º, 168, 177 e 392, III, do Código Civil de 1916, o prazo prescricional vintenário, previsto no Código anterior para as ações pessoais, fluiu a partir de quando o autor atingiu a maioridade e extinguiu-se assim o "pátrio poder". Todavia, tendo a ação sido ajuizada somente em outubro de 2008, impõe-se reconhecer operada a prescrição, o que inviabiliza a apreciação da pretensão quanto a compensação por danos morais. 5. Recurso especial não provido. (Superior Tribunal de Justiça (T4 - quarta turma recursal) Recurso especial nº 1298576 / RJ (2011/0306174-0). Recorrente: Manoel Lima dos Santos Cunha. Recorrido: Antonio Lopes da Silva Cunha. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Julgado em 21/08/2012. Data da publicação: 06/09/2012) (grifo nosso)

Vê-se assim, que a responsabilidade civil por abandono afetivo, nem sempre se fará possível. Desse modo, Giselda Hironaka ([s/d], p.09), sustenta que

“é imprescindível que se busque estabelecer certos limites ao dever de indenizar decorrente de suposto abandono afetivo, sob pena de se assistir à instalação de **verdadeira indústria indenizatória do afeto**. (grifo do autor)

Deve-se levar em conta também, como excludente, a **ocorrência efetiva do dano**, visto que, não havendo de forma concreta, a indenização por abandono afetivo não é excluída. (grifo nosso)

Assim, alega Maria Celina Bodin Moraes ([s/d], p.20) que “para a configuração de dano moral à integridade psíquica de filho, será preciso que tenha havido o abandono por parte do pai (ou da mãe) e a ausência de uma figura substituta”, e desta forma entende que

se alguém ‘faz as vezes’ de pai (ou de mãe), desempenhando suas funções, não há dano a ser reparado, não obstante o comportamento moralmente condenável do genitor biológico. Não é de se admitir qualquer caráter punitivo à reparação do dano moral. Não se trata, esclareça-se, de condenar um pai que abandonou seu filho (eventual “dano causado”) mas de reparar o dano sofrido pelo filho quando, abandonado pelo genitor biológico, não pôde contar nem com seu pai biológico, nem com uma figura substituta, configurando-se, então, só aí, o que se chamou de “ausência de pai” (isto é, ausência de uma figura paterna). (MORAES, p.20) (grifo nosso)

A posição jurisprudencial entende da mesma forma:

Ementa: INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO. DESCABIMENTO NO CASO CONCRETO. Embora não se deva falar em necessidade de prova do dano sofrido pelo filho, uma vez que este decorre do próprio abandono paterno, no caso, não há ilícito indenizável. Verdade biológica que foi omitida do autor por sua mãe durante cerca de cinquenta anos, sendo que foi registrado, já nos primeiros anos de vida, pelo marido daquela, e com quem estabeleceu vínculo afetivo, e tendo crescido e se desenvolvido em uma família sob a proteção de um pai registral. Inexistência de provas seguras acerca de eventuais prejuízos e frustrações na realização da afetividade que pudessem repercutir negativamente ao longo da vida do autor, o qual teve oportunidade de estudar, trabalhar e constituir sua própria família. NEGADO PROVIMENTO. UNÂNIME. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70019239037. Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 18/07/2007. Data da publicação: 30/07/2007) (grifo do autor)

Assim, dois pontos merecem destaque neste julgado: a figura paterna (mesmo não sendo biológica) sempre esteve presente, onde registrou o autor quando recém-nascido, criou laços afetivos, e contribuiu para a proteção e seu desenvolvimento, e ainda, o autor nunca teve ciência da existência do verdadeiro pai, desse modo, é evidente que isso nunca repercutiu negativamente em sua vida.

Portanto, conclui-se, conforme entendimento jurisprudencial, que inexistente abandono afetivo, sendo a ocorrência efetiva do dano uma causa de exclusão.

6.6 BREVE EVOLUÇÃO DO ABANDONO AFETIVO NA JURISPRUDÊNCIA

A ação de indenização por abandono afetivo se tornou frequente, desta forma houve um crescimento no número de demandas perante o Poder Judiciário, de filhos que buscam alguma reparação em face de pais omissos, pela dor gerada pelo abandono afetivo.

Segundo Charles Bicca (2015, p.77), foi em 2004, que houve a primeira condenação de grande repercussão por abandono afetivo, que foi proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sendo fundamentada no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana:

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - RELAÇÃO PATERNO-FILIAL - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. **O dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.** (Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 2.0000.00.408550-5/000 (4085505-54.2000.8.13.0000) (1). Relator: Unias Silva, Julgado em 01/04/2004. Data da publicação: 29/04/2004). (grifo nosso)

A decisão inédita, condenou o genitor a pagar quarenta e quatro mil reais ao filho abandonado afetivamente. Porém, esta decisão foi reformada pela 4ª turma do Superior Tribunal de Justiça, onde foi entendido que não havia possibilidade de reparação, haja vista a inexistência de ato ilícito, bem como ante a justificativa de que a punição prevista para o abandono é a perda do poder familiar, conforme dispõe a ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido. (Superior Tribunal de Justiça (T4 - quarta turma) Recurso especial nº 757411 / MG (2005/0085464-3). Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Julgado em 29/11/2005. Data da publicação: 27/03/2006)

Deve-se observar, que esta decisão, teve voto contrário do Ministro Barros Monteiro, e, neste passo, foi interposto Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, onde sequer teve seu mérito analisado, sob o argumento de inexistência de ofensa à Constituição Federal de 1988:

CONSTITUCIONAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. ABANDONO AFETIVO. ART. 229 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. ART. 5º, V E X, CF/88. INDENIZAÇÃO. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E SÚMULA STF 279. 1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, consoante iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2. A análise da indenização por danos morais por responsabilidade prevista no Código Civil, no caso, reside no âmbito da legislação infraconstitucional. Alegada ofensa à Constituição Federal, se existente, seria de forma indireta, reflexa. Precedentes. 3. A ponderação do dever familiar firmado no art. 229 da Constituição Federal com a garantia constitucional da reparação por danos morais pressupõe o reexame do conjunto fático-probatório, já debatido pelas instâncias ordinárias e exaurido pelo Superior Tribunal de Justiça. 4. Incidência da Súmula STF 279 para aferir alegada ofensa ao artigo 5º, V e X, da Constituição Federal. 5. Agravo regimental improvido. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Segunda Turma) Recurso especial nº 567164 ED / MG. Relator: Ministra Ellen Gracie, Julgado em 18/08/2009. Data da publicação: 11-09-2009.

Assim, consoante o entendimento contrário do STJ, várias demandas interpostas logo após foram negadas, segundo se verifica nas seguintes ementas:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL AOS FILHOS. ABANDONO AFETIVO. No direito de família, o dano moral é, em tese, cabível. No entanto, imprescindível que haja a configuração do ato ilícito. O distanciamento do varão em relação aos filhos não constitui motivo para fundamentar a indenização por dano moral, sendo tal fato um acontecimento bastante recorrente, um fato da vida, apesar de lamentável. Embora seja plausível que os apelantes tenham sofrido pela ausência do pai, essa situação não pode ser atribuída ao genitor somente, a ponto de levar à obrigação de indenizar. **Ademais, em que pese reprovável, a conduta do demandado não se enquadra no conceito jurídico de ato ilícito, que gera o dever de indenizar.** NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70044172401. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 13/10/2011. Data da publicação: 17/10/2011) (grifo nosso)

APELAÇÃO CÍVEL. REPARAÇÃO DE DANOS. ABANDONO PATERNO. 1. **O abandono afetivo pelo pai não enseja compensação de dano moral aos filhos.** 2. Ambos os pais são responsáveis pelas despesas necessárias ao sustento e educação dos filhos, sendo que a exigência do adimplemento dessa obrigação deveria ter sido feita oportunamente em ação de alimentos. 3. Incabível indenização de dano material sem prova do prejuízo alegado. (Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível nº 20050410025043. Relator: Fernando Habibe, Julgado em 04/08/2010. Data da publicação: 09/08/2010) (grifo nosso)

Mesmo com tantas decisões contrárias, segundo Charles Bicca (2015, p.78) “várias vozes se insurgiram na defesa dessas crianças abandonadas, destacando posições favoráveis como a da então desembargadora Maria Berenice Dias”. Em um de seus votos, este foi seu entendimento:

A falta de uma resposta do Poder Judiciário chancela a postura do pai. Estamos sendo co-autores do crime de abandono. **Estamos rasgando o Código Civil que impõe ao pai o dever não só de sustento mas também de guarda, de convívio. Além disso, há flagrante afronta à norma constitucional que impõe tratamento igualitário entre os filhos.** Este é um dos casos mais chocantes que já vi de confessada omissão da responsabilidade e de abandono afetivo, e a justiça não pode se omitir. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70019263409. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 08/08/2007. Data da publicação: 20/08/2007) (grifo nosso)

Entretanto, foi somente em 2012, em um julgamento realizado pela Terceira Turma do STJ, sendo relatora neste processo, a Ministra Nancy Andrighi, no qual foi reconhecido a responsabilidade civil por abandono afetivo. Nesta condenação, o pai teve que indenizar sua filha em duzentos mil reais, a seguir sua ementa:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (Superior Tribunal de Justiça (T3 - terceira turma) Recurso especial nº 1159242 / SP (2009/0193701-9). Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relator: Ministra Nancy Andrighi, Julgado em 24/04/2012. Data da publicação: 10/05/2012).

Conforme a importante decisão da Suprema Corte, destaca-se que: a responsabilidade civil incide em questões que versem sobre Direito de Família; que o cuidado é um valor jurídico; que o dano moral, é presumido (*in re ipsa*); que o afeto gera uma obrigação de fazer, por ser de suma importância para a formação psicológica da pessoa; e que amar é faculdade, e cuidar é um dever.

Destarte, aduz Grace Costa, (2015, p.76) que ainda que o tema não seja pacificado, entretanto, “é auspicioso saber que o fato de a Corte Superior ter decidido o tema com base nos novos valores do Direito de Família”, destacando a grande relevância da função paterna na vida do filho, valendo como um exemplo para as demais decisões judiciais, e também servir como um “alerta para a sociedade”, especialmente para os genitores que não cumprem verdadeiramente os deveres do poder familiar, com as obrigações que dele derivam.

6.7 ATUALIDADES: PROJETOS DE LEI

Como já comentado ao longo da pesquisa, a indenização pelo abandono afetivo é um dos temas mais polêmicos presente no Direito de Família. Tanto é, que como se viu, existem posicionamentos diferenciados na doutrina, o que corroborou fundamentações diferenciadas nas decisões dos Tribunais Brasileiros.

Explica Charles Bicca (2015, p.95), que ainda que contenha no ordenamento jurídico brasileiro vários dispositivos que remetam aos deveres do poder familiar como a CF/1988, o CC/2002, e o ECA/1990, “cujo descumprimento enseja na responsabilização por abandono afetivo, ainda não há um maior detalhamento dessa conduta na legislação brasileira”.

Sendo assim, perante tantos entendimentos diferenciados a respeito do tema, provocando diversos entendimentos nas decisões judiciais, o legislativo viu a carência de dispositivo legal, a fim de que se torne lei expressa o abandono afetivo do pais aos filhos. (COSTA, 2015, p. 55)

Desta forma, tramitam no Congresso Nacional atualmente, projetos de lei que visam caracterizar o abandono afetivo como ilícito civil, sendo passível de indenização. Há, assim, o Projeto de Lei do Senado nº **700/2007** de autoria do Senador Marcelo Crivella; o Projeto de lei nº **4294/2008** de autoria do Deputado

Federal Carlos Bezerra; e o mais recente projeto de lei do Senado no que diz respeito a matéria, o de nº **470/2013** de autoria da Senadora Lídice da Mata e Souza. (grifo nosso)

O projeto de lei nº 700/2007, de autoria do Senador Marcelo Crivella, segundo sua ementa, “modifica a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências”. O projeto encontra-se atualmente aprovado por Comissão em decisão terminativa e remetido à Câmara dos Deputados.

Entre uma de suas importantes justificativas, pode-se destacar:

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. Ninguém está em condições de duvidar que o abandono moral por parte dos pais produz sérias e indelévels consequências sobre a formação psicológica e social dos filhos. Amor e afeto não se impõem 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 a sua companhia. (PROJETO DE LEI Nº 700/2007)

O projeto de lei nº 4294/2008, de autoria do Deputado Federal Carlos Bezerra do PMDB de Mato Grosso, conforme informa a ementa divulgada, “acrescenta parágrafo ao art. 1.632 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e ao art. 3º da Lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo”. O projeto se localiza atualmente pronto para pauta na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

Entre seus vários argumentos para estabelecer a indenização por abandono afetivo, ressalta-se:

O envolvimento familiar não pode ser mais apenas pautado em um parâmetro patrimonialista-individualista. Deve abranger também questões éticas que habitam, ou ao menos deveriam habitar, o consciente e inconsciente de todo ser humano. Entre as obrigações existentes entre pais e filhos, não há apenas a prestação de auxílio material. Encontra-se também a necessidade de auxílio moral, consistente na prestação de apoio, afeto e atenção mínimas indispensáveis ao adequado desenvolvimento da personalidade dos filhos ou adequado respeito às pessoas de maior idade. No caso dos filhos menores, o trauma decorrente do abandono afetivo parental implica marcas profundas no comportamento da criança. A espera por alguém que nunca telefona - sequer nas datas mais importantes - o sentimento de rejeição e a revolta causada pela indiferença alheia provocam prejuízos profundos em sua personalidade. [...] Por sua vez, se é evidente que não se pode obrigar filhos e pais a se amar, deve-se ao menos permitir ao prejudicado o recebimento de indenização pelo dano causado.(PROJETO DE LEI Nº 4294/2008)

O mais recente Projeto de Lei de nº 470/2013, de autoria da Senadora Lídice da Mata e Souza, visa a instituição do Estatuto das Famílias, e segundo Charles Bicca (2015, p.122), “o projeto propõe modernizar o entendimento sobre direitos e garantias fundamentais aplicados ao Direito das Famílias, com avançadas reflexões e contribuição do IBDFAM”. O projeto em comento, destaca a relevância do vínculo afetivo nas relações familiares e também introduz dois artigos de grande importância, nos quais considera o abandono como uma conduta ilícita, capaz de ferir direito fundamental da criança, e a assistência afetiva a prole, como uma competência dos pais. Atualmente o projeto se situa na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa para audiência pública.

Destaca-se a valiosa justificativa do projeto de lei:

a absoluta prioridade ao convívio familiar assegurada a crianças e adolescentes dispõe de respaldo constitucional, consubstanciada no princípio da paternidade responsável (CF, art. 227). Ainda que o amor não tenha preço, é indispensável assegurar o direito a exigir alguma espécie de reparação quando ocorre abandono afetivo. Cabe ser penalizada a negligência parental, cuja indenização pode ter natureza patrimonial ou extrapatrimonial. Para o Direito, o afeto não se traduz apenas como um sentimento, mas principalmente como dever de cuidado, atenção, educação, entre outros.(PROJETO DE LEI DE Nº 470/2013)

Analisando os projetos, verifica-se que tais não tem intenção de impor o amor, pois este foi deixado claro que não tem preço, mas sim, o dever de cuidado, atenção, convívio familiar, traduzindo para o direito, o afeto aos filhos.

Dessa forma, destaca-se a grande importância dos projetos, porquanto é imprescindível a intervenção do Estado para que sirva como conscientização para a sociedade, em especial aos pais que não cumprem seus deveres.

Destarte, a lacuna precisa ser preenchida, deve-se haver uma punição mais severa para o abandono afetivo, senão a negligência absoluta de muitos pais e mães com a seus filhos, continuará a acontecer. Não é forçar a amar, mas sim, é dever de cuidado, uma vez que o STJ já vem definindo nesse sentido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desenvolvida a pesquisa, constatou-se que em sua evolução, a família sofreu muitas alterações com passar do tempo, onde foi possível verificar que foi na fase da monogamia que nasceu o poder paterno. Foi observado que o significado de família para o Direito Romano, era de submissão ao chefe de família. O Brasil foi influenciado pelos romanos, introduzindo a família patriarcal, onde se utilizava a expressão “pai de família”. Contudo, a definição de patriarcalismo foi perdendo lugar, e então começa a se alojar diversos núcleos de família. Assim, pôde-se afirmar que seu conceito se modificou diversas vezes, não podendo se chegar em uma definição exata. Desse modo, tais modificações sucederam em uma gama de entidades familiares, as quais são reconhecidas no mundo jurídico atualmente.

O direito de família só foi de fato constitucionalizado, quando foi introduzido na Constituição Federal de 1988, reconhecendo assim, sua notável importância. Concluiu-se que com a constitucionalização do direito de família, houve uma despatrimonialização do instituto, atribuindo maior relevância e dando mais valor a pessoa humana, prezando mais o “ser” do que o “ter”. A grande evolução do direito de família foi com a disposição do artigo 226 da constituição federal, onde introduziu temas relevantes, reconhecendo valores, direitos, e deveres, garantindo desse modo a sua plena efetividade.

Foi verificado que ao ser introduzida na norma máxima – Constituição Federal de 1988 – a família ganhou vários princípios, servindo estes como norteadores das relações familiares, e garantindo uma satisfatória interpretação legislativa dos casos em concreto.

Dentre os princípios que regulam o Direito de Família, destacou-se o princípio da Dignidade da pessoa humana, considerado por muitos, o princípio de maior magnitude no ordenamento jurídico. Por este princípio, todos os demais princípios se embasam. É um princípio que assegura uma existência digna na sociedade, impondo respeito e proteção a pessoa humana, significando um alicerce para o núcleo familiar.

Pelo princípio da paternidade responsável, foi averiguado que os genitores carregam um compromisso de dar assistência necessária para o desenvolvimento de seu filho, zelando pelo seu bem estar físico, psíquico e espiritual. Verifica-se que este princípio é um dos mais importantes que envolvem as relações entre pais e filhos.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente traz a regra de que os tutelados por este princípio, necessitam ser tratados com total primazia pela família, sociedade e o Estado, uma vez que, são seres em pleno desenvolvimento de vida, merecendo assim tratamento particularizado aos outros.

Para que ocorra progresso nas relações familiares, foi observado que a solidariedade é um princípio essencial, uma vez que só se progride se existir respeito, cooperação, e bondade de todos que fazem parte do vínculo.

Pelo princípio da convivência familiar, percebeu-se que convivência entre os membros deve ser priorizado um convívio longo e perene onde possua criança ou adolescente, por ter grande relevância na formação destes.

Ainda que não esteja expressamente determinado na Constituição Federal de 1988, o princípio da afetividade é reconhecido categoricamente pelos juristas, uma vez que é um princípio extremamente importante, visto que, o afeto alicerça as relações familiares, dando o impulso necessário. Assim, observou-se que a afetividade é compreendida como um motivo para que a sociedade se fortifique, pois existe uma melhora na evolução do indivíduo no lar onde exista a afetividade.

Pôde ser constatado, que o instituto do poder familiar atualmente, tem um caráter protetivo, dessa forma, as crianças e os adolescentes devem estar livre de qualquer tipo de negligencia. Assim, os filhos tem direitos em relação aos pais, e estes tem deveres em relação aos filhos. Sendo assim há uma relação de direitos e deveres entre pais e filhos no que diz respeito ao poder familiar.

Foi averiguado que o poder familiar é de titularidade de ambos os genitores, e estabelece um verdadeiro dever dos pais em cuidar adequadamente

dos filhos, sendo indispensável a boa criação e educação. Dessa forma, a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 e o Código Civil de 2002 deixam claro que o cuidado é um dever dos pais, sendo as crianças e os adolescentes juridicamente tutelados. E caso havendo descumprimento dos deveres do poder familiar, os genitores poderão sofrer sanções como a perda, a destituição ou a extinção do poder familiar, podendo neste contexto, sofrer as consequências da responsabilidade civil.

A responsabilidade civil, se mostrou um grande instrumento para a preservação da harmonia na sociedade como um todo, ao garantir, em análise ampla, a reparação do dano causado pelo ofensor, restabelecendo assim, o equilíbrio existente. Os danos causados podem ser de conteúdo patrimonial, moral ou a imagem, devendo ser demonstrado juntamente com estes, a conduta, a culpa, e o nexo causal para que se configure, sendo constitucionalmente assegurado a indenização.

Foi observado que a família perdeu o aspecto patrimonialista, e o afeto passou a fazer parte do vínculo, dando rumo e estrutura as relações familiares. Dessa forma, o afeto se tornou valor jurídico, sendo o grande condutor da administração jurídica familiar.

O afeto significa uma conduta, através da qual há o cuidado, a atenção, proteção e a dedicação por alguém, sendo assim, é mais que um sentimento, fazendo-se indispensável ao desenvolvimento da criança e do adolescente.

Dessa forma verificou-se que o abandono afetivo ocorre no seio das relações familiar, devendo ser entendido como a conduta omissiva do pai/mãe no desempenho dos deveres do poder familiar, podendo causar sérios danos, e afetando no crescimento psíquico, moral e espiritual de vida dos filhos, pois são pessoas que estão em absoluto desenvolvimento.

Conforme exposto, foi comprovado que o abandono afetivo realmente traz inúmeros danos a criança ou ao adolescente. A falta de convívio com o genitor acarreta serias sequelas psicológicas, capaz de afetar no desenvolvimento sadio do lesado. Entre os danos constatados, foi observado distúrbios no comportamento, dificuldade de se relacionar no meio social, depressão, falhas no rendimento escolar, entre outros.

Uma das consequências jurídicas dos pais que abandonam a prole é a responsabilidade civil, pois percebeu-se que a omissão do genitor na falta de

cuidado e atenção decorrentes do poder familiar, configura ato ilícito, sendo assim, passível de indenização. Desse modo, abandonar afetivamente, configura uma afronta a princípios norteadores do Direito de Família, a legislação constitucional e infraconstitucionais, pois além de causar sérios danos psicológicos, fere direito próprio e de personalidade da criança.

A ação de responsabilização civil por abandono afetivo não deve ser compreendida como um mecanismo de vingança do filho contra o pai, ou até mesmo uma obrigação de amar o filho. Uma das funções da ação, é fazer com que o genitores se responsabilizem pelo descumprimento dos deveres advindos do poder familiar, que por consequência, causaram danos capazes de afetar no desenvolvimento adequado da criança ou do adolescente.

Realmente, não se pode comprar amor, obrigar a amar e muito menos conceder valor monetário a ele, mas a relação entre pai/mãe e filho é muito mais que sentimentos, pois requer responsabilidade e compromisso, onde se é garantido à prole, o cuidado, a atenção, a criação, a educação, o convívio familiar, o zelo, a proteção, o lazer, a saúde, o respeito, a cultura e a dignidade, banindo qualquer tipo de negligência, e violência, sendo por esta razão, fonte de obrigação jurídica.

Foi constatado que existem correntes que defendem a destituição do poder familiar como forma de punição ao pai/mãe omissos, que não cumpre seus deveres, contudo, decretar somente a perda do poder familiar a esse indivíduo seria como uma espécie de bonificação, de premiação ao infrator, visto que, com isso, afasta deste os deveres que por espontaneidade e vontade já não cumpria, deste modo, a responsabilização civil, neste diapasão, se torna imperiosa. Deve-se haver efetivas punições, pois o mau exercício do poder familiar configura um dano ao direito próprio e de personalidade da criança, portanto, abandonar e rejeitar a prole, constitui verdadeira violação de direitos.

A indenização pelo abandono afetivo, tem a função de compensação, permitindo a vítima que buscou o judiciário, a reparação do dano causado, de modo a amenizar o intenso sofrimento gerado. Por óbvio que a pecúnia da indenização é simbólica, visto que não há dinheiro que pague a dor sofrida pelo abandono afetivo. Na visão da sociedade, a indenização pelo abandono afetivo deve ser como uma espécie de sanção contra aquele que exerce mal seus deveres contidos no poder familiar, violando direitos de outrem, sendo assim, passível de responsabilização civil.

Outra função da responsabilidade civil pelo abandono afetivo, é a conscientização da sociedade, demonstrando que a conduta omissiva dos genitores, é extremamente reprovável, e que tal comportamento não deve ser aceito, visando sempre a desestimulação desta atitude, para que cada vez mais haja uma decadência deste tipo de comportamento.

A família é extremamente relevante na formação do indivíduo como pessoa. A figura paterna e materna são ambas indispensáveis, cada uma com sua função. Desta forma, deve-se haver cada vez mais o incentivo a prática de uma paternidade responsável, com intenção de que as famílias contemporâneas se reeduquem a fim de constituir núcleos familiares cada vez mais saudáveis.

É certo que a vítima nunca mais terá uma nova infância ou juventude, e que o valor pecuniário nunca compensará completamente a dor intensa vivenciada, contudo, esta séria lesão moral ocasionada pela ausência voluntário do pai/mãe na criação, educação e crescimento do filho, é causa de descumprimento dos deveres do poder familiar, levando desta forma a punição via indenização.

Deve-se haver punição, responsabilizando civilmente o ofensor, como consequência jurídica do abandono afetivo, pois na sociedade, como visto, é crescente a criminalidade de jovens menores de idade, considerando a pesquisa que a maioria dos jovens infratores não tem contato nenhum com o pai, sendo assim, isso mostra que a ausência da figura paterna tem efeito direto na sociedade, havendo a necessidade de o Estado intervir nestes conflitos.

Foi analisado que atualmente no judiciário há uma predisposição maior em reconhecer a responsabilidade civil pelo abandono afetivo, inclusive porque os motivos que a ensejam são evidentes, sendo nítida a fundamentação jurídica, tanto é que já estão em tramitação projetos de leis.

Portanto, caso estejam presentes os pressupostos para indenização por abandono afetivo, é perfeitamente cabível a demanda em face do genitor que cometeu danos ao filho que está em pleno processo de desenvolvimento. Deve-se haver uma punição mais severa para o abandono afetivo, caso contrário, a negligência voluntária de muitos genitores para com seus filhos, continuará a ocorrer. Ressalta-se que não é forçar a amar, mas sim, é dever de cuidado.

Destarte, para uma formação sadia do ser humano que vai encarar a sociedade, ter uma família é primordial, contando os genitores com responsabilidades que não se podem mais ser caladas.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Lilian Maria Martins de. **Casamento e formação familiar na Roma Antiga**. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/historiag/casamento-formacao-familiar-na-roma-antiga.htm>>. Acesso em 15 de outubro de 2016.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: Famílias**. 2 Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

AMARAL, Paula Maria Baboni do. **A Perda do Poder Familiar pelo Abandono Intelectual**. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2914&idAreaSel=2&seeArt=yes>> Acesso em: 06/11/2016.

BICCA, Charles. **Abandono afetivo: o dever de cuidado e a responsabilidade por abandono dos filhos**. Brasília: Editora OWL, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 8 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

BOSCO, Heleno. **Responsabilidade Civil à Luz do Código Civil**. Cuiabá: Editora Janina, 2006.

BRAGHITTONI, Rogério Ives. **Manual de Responsabilidade Civil**. São Paulo, Editora QuartierLatin, 2006.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> acesso em: 14/09/2016.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro: 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 01/11/2016.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília-DF: 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> acesso em: 14/09/2016.

_____. Lei nº 12.318, de 26 de Agosto de 2010. **Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990.** Brasília-DF: 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm> Acesso em: 01/11/2016.

_____. Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. **Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada.** Brasília-DF: 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm> Acesso em: 25/09/2016.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Brasília-DF: 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm> Acesso em: 22/09/2016

_____. **Projeto de Lei nº 4294/2008.** (CÂMARA DOS DEPUTADOS). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=4156>> Acesso em: 01/11/2016

_____. **Projeto de Lei nº 470/2013.** (SENADO FEDERAL). Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>> Acesso em: 01/11/2016

_____. **Projeto de Lei nº 700/2007.** (SENADO FEDERAL). Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/83516>> Acesso em: 01/11/2016

_____. Superior Tribunal de Justiça (T3 - terceira turma recursal) **Recurso especial nº 1159242 / SP (2009/0193701-9).** Relator: Ministra Nancy Andrighi, Julgado em 24/04/2012. Data da publicação: 10/05/2012

_____. Superior Tribunal de Justiça (T4 - quarta turma recursal) **Recurso especial nº 1298576 / RJ (2011/0306174-0).** Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Julgado em 21/08/2012. Data da publicação: 06/09/2012

_____. Superior Tribunal de Justiça (T4 - quarta turma) **Recurso especial nº 757411 / MG (2005/0085464-3).** Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Julgado em 29/11/2005. Data da publicação: 27/03/2006

_____. Supremo Tribunal Federal. (Segunda Turma). **Recurso extraordinário nº 567164 ED / MG**. Relator: Ministra Ellen Gracie, Julgado em 18/08/2009. Data da publicação: 11-09-2009.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 2.0000.00.408550-5/000 (4085505-54.2000.8.13.0000) (1)**. Relator: Unias Silva, Julgado em 01/04/2004. Data da publicação: 29/04/2004

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Apelação Cível nº 20050410025043**. Relator: Fernando Habibe, Julgado em 04/08/2010. Data da publicação: 09/08/2010

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70031658396**. Relator: Rui Portanova, Julgado em 13/12/2012. Data da publicação: 18/12/2012

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70056484413**. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 23/10/2013. Data da publicação: 25/10/2013

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70019239037**. Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 18/07/2007. Data da publicação: 30/07/2007

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70044172401**. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 13/10/2011. Data da publicação: 17/10/2011

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70019263409**. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 08/08/2007. Data da publicação: 20/08/2007.

CARVALHO NETO, Milton Paulo de; PELLUSO, Cezar (coord.). **Código Civil Comentado**: doutrina e jurisprudência. 9 Ed. Barueri-SP: Editora Manole, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 Ed. Revista e Ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**: Obrigações: Responsabilidade Civi. volume 2. 4 Ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2010.

COSTA, Grace Regina Costa. **Abandono Afetivo**: indenização por dano moral. Florianópolis: Editora Empório do Direito, 2015.

DIAS, Jose de Aguiar. **Da responsabilidade Civil**. 11 Ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DICIONÁRIO AURELIO. **Abandono**. Disponível em:
<<https://dicionariodoaurelio.com/abandono>>. Acesso em: 10 de out. 2016.

DICIONÁRIO MICHAELIS. **Responsibility**. Disponível em:<<http://michaelis.uol.com.br/busca?id=89ovX>>. Acesso em: 12/10/2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**,:Responsabilidade Civil. volume 7. 25 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família. volume 5. 30 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso Didático de Direito Civil**. 2 Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 15 ed. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 2000.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA. **Statu quo ante**. Disponível em:
<<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/pt/d/status-quo-ante-antea/status-quo-ante-antea.htm>> Acesso em: 25/10/2016.

FACULDADES INTEGRADAS SANTA CRUZ DE CURITIBA. **Normalização de apresentação de trabalhos científicos do curso de Direito**, Curitiba, 2015. 53 p. Disponível em: < <http://www.santacruz.br/v4/download/manual-de-normalizacao-do-curso-de-direito.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. Volume 6. 7 Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Volume 3. 13 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015 b.

_____. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. volume 3.14 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

_____. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. Volume 6. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

_____. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. Volume 6.5 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015 a.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2008

GONÇAVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 4: Responsabilidade Civil**. 7 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012 b.

_____. **Direito Civil Brasileiro 6: Direito de Família**. 8 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

_____. **Direito Civil Brasileiro 6: Direito de Família**. 9 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012 a.

GRISARD FILHO, Valdir. **Famílias reconstituídas**. 2 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>>. Acesso em: 06/11/2016

JÁCOMO, Ana. **Epígrafe**. Disponível em:
<<http://anajacomo.tumblr.com/post/152024099437/%C3%A9-terr%C3%ADvel-viver-contando-moedinhas-de-afeto>> Acesso em: 16/11/2016

KARAM, Felipe Augusto. **Filiação Afetiva**. Florianópolis: Editora Bookes, 2012.

KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo**: Valorização jurídica do Afeto nas relações paterno-filiais. Curitiba: Editora Juruá, 2012.

LOBEL, Fabrício; PAGNAN, Rogério. **2 em 3 menores infratores não têm pai dentro de casa**. Jornal Folha de São Paulo. São Paulo, 27/06/2016. Disponível em:
<<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/06/1786011-2-em-3-menores-infratores-nao-tem-pai-dentro-de-casa.shtml#>>. Acesso em: 09/11/2016

LOBO, Paulo. **Direito civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
_____. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/527>> Acesso em: 15/09/2016

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

MONTEIRO, Whashington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A Família Democrática**. Disponível em:
<http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/31.pdf>. Acesso em: 08/11/2016

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. volume 5.7 Ed. Revista atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

_____. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. volume 7.3 Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

OLIVEIRA, Jânio Santos de. **A família: a célula mater da sociedade**. Disponível em:
<http://www.webservos.com.br/gospel/estudos/estudos_show.asp?id=8881> Publicado em: 13/5/2012. Acesso em: 16/10/2016

PARODI, Ana Cecília de Paula Soares. **Responsabilidade Civil nos Relacionamentos Afetivos pós-modernos**. Campinas: Russell Editores, 2007
PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. Volume V. 14 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família, uma abordagem psicanalítica**. 3 Ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.

_____. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012 a.

_____. **Dicionário de direito de família e sucessões**: ilustrado. Editora Saraiva, 2014.

_____. **Divórcio**: teoria e prática. 4 ed. Editora Saraiva, 2012 b.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

_____. **Responsabilidade Civil**. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. Volume 6. 28 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

_____. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Volume 4. 20 ed.. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

ROSENVALD, Nelson, et al; MADALENO, Rolf (coord); BARBOSA, Eduardo (coord). **Responsabilidade Civil por Omissão de Cuidado Inverso**. In: Responsabilidade Civil no Direito de Família. São Paulo: Editora Atlas, 2015

SANTIAGO, Emerson. **Abandono de incapaz**. Disponível em:
<<http://www.infoescola.com/direito/abandono-de-incapaz/>>, acesso em: 29/10/2016

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5 ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.

SCHREIBER, Anderson, et al; MADALENO, Rolf (coord); BARBOSA, Eduardo (coord). **A Proposta da Reparação não pecuniária**. In: Responsabilidade Civil no Direito de Família. São Paulo: Editora Atlas, 2015 a.

_____. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. 6 edição. São Paulo: Editora Atlas, 2015 b.

SILVA, Flávia Trindade do Val Leopoldo; LEHFELD, Lucas de Souza (org). **Filhos do divórcio e Alienação Parental**. In: Manual do Cidadão. Disponível em: <http://baraodemaua.br/comunicacao/publicacoes/pdf/filhos_divorcio_alienacao_parental.pdf> Acesso em: 07/11/2016

SILVA, Valmira da. **Alienação parental como excludente de responsabilidade civil por abandono afetivo na relação entre pais e filhos**. 2010. 77 f. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação em Direito), Faculdade do Vale do Ipojuca –FAVIP. Vale do Ipojuca-PE, 2010. Disponível em: <<http://repositorio.favip.edu.br:8080/bitstream/123456789/924/1/fundamenta%C3%A7%C3%A3o+teorica+pronta.pdf>> Acesso em: 02/11/2016

SOBRAL, Mariana Andrade. **Princípios constitucionais e as relações jurídicas familiares**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8400>. Acesso em: 20/09/2016.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 8 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TACQUES, Ana Paula Pizarro. **A convivência familiar como direito fundamental: Uma análise das complexidades das entidades familiares contemporâneas**. 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/conviv%C3%A2ncia-familiar-como-direito-fundamental-uma-an%C3%A1lise-das-complexidades-das-entidades-f>> Acesso em: 23/09/2016

TARTUCE, Flavio. **Direito Civil 2: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Editora Método, 2015 b.

_____. **Direito Civil 5: Direito de Família**. 10 ed. São Paulo: Método, 2015 a.

TERCIOTI, Ana Carolina Godoy. **Famílias Monoparentais**. Campinas, SP: Editora Millennium, 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 11 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011 a.

_____. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011 b.

