

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

LAÍS RODRIGUES E RODRIGUES

**A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO:
o dever constitucional e objetivo de cuidado dos pais perante os filhos**

São Luís

2015

LAÍS RODRIGUES E RODRIGUES

**A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO:
o dever constitucional e objetivo de cuidado dos pais perante os filhos**

Monografia apresentada à coordenação do Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador (a): Prof^ª. Esp. Priscilla Ribeiro Moraes Rêgo de Souza.

São Luís

2015

Rodrigues, Laís Rodrigues e

A responsabilidade civil por abandono afetivo: o dever constitucional e objetivo de cuidado dos pais perante os filhos / Laís Rodrigues e Rodrigues.
– São Luís, 2015.

69f

Monografia (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, 2015.

Orientador: Prof. Esp. Priscilla Ribeiro Moraes Rêgo de Souza

1. Direito de família. 2. Abandono afetivo. I. Título.

CDU 347.61

LAÍS RODRIGUES E RODRIGUES

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO: o dever constitucional e objetivo de cuidado dos pais perante os filhos

Monografia apresentada à coordenação do Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador (a): Prof.^a Esp. Priscilla Ribeiro Moraes Rêgo de Souza.

APROVADO EM ___ / ___ / ___

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Esp. Priscilla Ribeiro Moraes Rêgo de Souza (Orientadora)

Universidade Federal do Maranhão

1º Examinador

Universidade Federal do Maranhão

2º Examinador

Universidade Federal do Maranhão

À Deus, dedico a minha vida e agradeço pela resiliência e por todas as conquistas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha mãe Rosimelde Santos Rodrigues por todo amor, cuidado e apoio incondicional. Agradeço ao meu pai, Pedro Prazeres Rodrigues, que apesar do pouco tempo que esteve entre nós, conseguiu me repassar ensinamentos valiosos e me fez experimentar o amor mais verdadeiro que um filho pode desejar, por ser minha fonte de inspiração, meu exemplo e o principal responsável por ter chegado até aqui.

Agradeço a minha irmã pelo carinho, compreensão e companheirismo. Agradeço aos familiares que, de alguma forma, incentivaram-me nessa caminhada, em especial a minha avó Hilda dos Santos.

Agradeço aos professores do Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão pelos ensinamentos compartilhados.

Agradeço em especial a Prof^a. Priscilla Ribeiro Moraes Rêgo de Souza que dispôs-se a orientar-me no pouco tempo que lhe coube, pelas suas correções e incentivos para a elaboração desta monografia.

Agradeço aos colegas do Direito UFMA 2010.2 e em especial aos amigos Samantha S. Rodrigues, Moacir M. Rodrigues, Joana Caroline A. Pinheiro, Deisiane Maiara Machado, Ana Paula Paixão, Marcela P. Dominici, Marx W. Wang, Liz Gandra e Jéssica Sousa que caminharam juntos comigo nestes longos anos e fizeram parte da minha formação e que com certeza vão continuar presentes em minha vida.

Agradeço aos colegas de serviço pela compreensão e sensibilidade nesse momento final.

Agradeço as amigas Geísa Maria Brito Ferreira e Paula Rayane Silva Serra por toda força e confiança, cujo apoio foi imprescindível para superar todos os percalços que apareceram pelo caminho.

E por fim, agradeço a todos que direta ou indiretamente contribuíram para a elaboração desta monografia e em especial a Morgana Costa, Luciane Rodrigues e Paulo Portela, que com seus conhecimentos a engrandeceram.

“Amar é faculdade, cuidar é dever!”

Nancy Andrighi

RESUMO

A presente monografia abordará a responsabilidade civil dos genitores pelo abandono afetivo dos filhos, com enfoque no dever de cuidado dos pais perante os filhos, expresso na Constituição Federal, no Código Civil e no ECA. Inicialmente será realizada a análise histórica e jurídica da família enfatizando as principais transformações pelas quais passou nas últimas décadas. Posteriormente, será analisada a família pelo prisma constitucional ressaltando-se a nova principiologia que sustenta as relações familiares atualmente. Analisar-se-á ainda o instituto da responsabilidade civil aplicado ao direito de família, como medida de assegurar direitos fundamentais aos membros vulneráveis dessa instituição. Após, será discutido a legislação que disciplina os deveres paternos, destaca-se que é da violação desses deveres que se infere a antijuricidade da conduta de abandonar a prole. Ainda, será objeto de análise a caracterização da atitude omissa dos pais pelo viés da responsabilidade civil. Em seguida, enfatiza-se a expressão na jurisprudência brasileira da indenização por abandono afetivo. Ao final, constatar-se-á possibilidade de indenização por abandono afetivo e as novas perspectivas legislativas.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Indenização. Abandono Afetivo. Dever de Cuidado dos Pais

ABSTRACT

The present monography will deal with the parental civil liability for emotional abandonment of children, focusing on the duty of care towards, expressed in the Constitution, in the Civil Code and in the Statute of Children and Adolescents. Initially, will be carried out the historical and legal analysis of the family, emphasizing the main changes that have occurred in recent decades. Subsequently, the family will be analyzed by the constitutional perspective, focusing the new foundations that sustain family relationships today. It will be analyzed also the civil liability institute applied to family law as a measure to secure fundamental rights for vulnerable members of this institution. After, will be discussed legislation regulating the paternal responsibilities, underscoring that it is the violation of these responsibilities that infers the anti judicial of conduct to leave offspring. Also, the characterization of parental omission will be analyzed on the basis of civil liability. Then it noting the expression in Brazilian jurisprudence of compensation for emotional abandonment. In the end, it will be noted, the possibility of compensation for emotional abandonment and new legislative perspectives.

Keywords: Parental Civil Liability. Compensation. Affective Abandonment. Duty Parental Care

LISTA DE SIGLAS

CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
DCD	Direito Civil Constitucional
ECA	Estatuto da criança e adolescente
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	CONCEPÇÕES GERAIS SOBRE A FAMÍLIA	12
2.1	Evolução Histórica e Jurídica da Família Brasileira antes da Constituição de 1988	13
2.2	A Constituição de 1988 e o novo direito de família	17
2.3	A matriz principiológica do novo direito de família	20
2.4	Conceito de Família	25
3	NOÇÕES GERAIS DE RESPONSABILIDADE CIVIL	29
3.1	Conceito de responsabilidade civil	30
3.2	Elementos da responsabilidade civil	31
3.2.1	A conduta humana	32
3.2.2	Dano	33
3.2.3	Nexo de causalidade	34
3.2.4	Culpa	35
3.3	Funções da Responsabilidade Civil	36
3.4	Responsabilidade Civil no Direito de Família	38
4	RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO	41
4.1	Legislação relacionada ao Abandono Afetivo	42
4.2	Elementos da responsabilidade civil aplicados ao Abandono Afetivo	44
4.3	Análise Jurisprudencial e Doutrinária da indenização por Abandono Afetivo ...	49
4.3.1	Posicionamento contrário à indenização por abandono afetivo	49
4.3.2	Posicionamento favorável à indenização por abandono afetivo	52
4.4	Efeitos da indenização por dano moral no Abandono Afetivo	55
4.5	Novas tendências legislativas e a configuração do Abandono Afetivo como ato ilícito	57
5	CONCLUSÃO	61

REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

A família atualmente é norteadada pelo princípio da dignidade da pessoa humana e pelo princípio da afetividade, dessa forma, tem o escopo de garantir aos indivíduos que a compõem as suas realizações pessoais e o desenvolvimento de suas personalidades.

A proteção à família é um preceito expresso na Constituição Brasileira, o Estado reconhece a sua importância na realidade social e não compactua com condutas que atentem contra direitos à personalidade de seus membros, reservando tutela especial àqueles tidos como vulneráveis em nossa sociedade.

O abandono afetivo é uma ofensa à instituição familiar, gera desequilíbrios de ordem moral na relação entre pais e filhos e afasta a família da função social, para a qual é predestinada. Conduta reprovável tanto do ponto de vista social, quanto jurídico, causadora de danos imensuráveis.

A Constituição Federal ao permitir a utilização de indenização por danos, mesmo que sejam exclusivamente morais, ampliou o leque de incidência dessa medida, por isso é compreensível a sua aplicação na esfera familiar.

Todavia, existem muitas divergências jurisprudenciais na utilização da indenização por danos morais nos casos de abandono afetivo, discordâncias presentes até no Superior Tribunal de Justiça. O julgado da 3ª Turma do STJ será analisado, pois acatou essa possibilidade e abriu as portas do judiciário a esse tipo de demanda, por isso essencial conhecer seus fundamentos.

Pretende-se averiguar a possibilidade jurídica do uso dessa medida na reparação de danos nas relações intrafamiliares, especificamente nas relações paterno-filial, compreendendo os preceitos jurídicos que viabilizam e justificam a indenização na esfera familiar, bem como avaliar suas implicações na sociedade.

Em seguida, pretende-se analisar as legislações e jurisprudências pátrias onde os questionamentos a serem enfrentados consistem na caracterização da ilicitude da conduta “abandônica” e na monetarização do amor. Outro ponto que será abordado consiste nos Projetos de Lei que estão em tramitação no Senado, que se convertidos em lei abrirão um novo horizonte para o abandono afetivo, pois a pretensão é que ele seja configurado como conduta antijurídica.

Para tanto, no primeiro capítulo, apresenta-se as linhas iniciais acerca da família, em seguida elabora-se um breve histórico evolutivo da família no direito brasileiro, para entender os delineamentos do modelo tradicional de família, com destaque para o Código

Civil de 1916, ainda por cima aborda-se as principais transformações que introduziram novos paradigmas e que levaram a derrocada desse padrão imposto de família.

Posteriormente, analisa-se a família pela ótica da nova ordem jurídica proposta pela Constituição Federal, que reformulou todo o sistema civilista, tanto do ponto de vista jurídico como social, ressalta-se também as inovações das legislações infraconstitucionais, onde o imperativo é à proteção máxima das famílias de forma indistinta.

Superada a análise histórica, demonstra-se a definição jurídica de família no momento atual e em seguida aborda-se a relação paterno-materno-filial, que serve como base para o presente trabalho. Ademais, estudam-se os princípios do direito de família no que diz respeito a essa relação objetivando entender seus direcionamentos para posteriormente correlacioná-los com a possibilidade de reparação civil, em razão da omissão afetiva dos genitores em relação aos filhos.

Em seguida, adentra-se ao instituto da responsabilidade civil de forma geral trabalhando conceitos, pressupostos e funções, no que tange ao Direito de Família verifica se há possibilidade de aplicação desse instituto nas relações familiares.

Por último, analisa-se a responsabilidade civil direcionada aos casos em que os (ou um dos) genitores negligenciam afetivamente seus filhos, antes de tudo, procura-se uma proposta conceitual do abandono afetivo expondo as particularidades dessa conduta, posteriormente caracteriza-se os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva aplicados a essa situação fática.

Por conseguinte, é imprescindível abordar as controvérsias jurisprudenciais, depois a função da indenização nesses casos, e finalmente tratar das novas perspectivas legislativas.

No que diz respeito à abordagem do tema utiliza-se o método dialético. A técnica consiste na pesquisa bibliográfica em obras clássicas e contemporâneas, assim como, se estuda a legislação, os princípios e as jurisprudências que se correlacionam ao tema.

2 CONCEPÇÕES GERAIS SOBRE A FAMÍLIA

Antes de tudo, é importante destacar que desde os primórdios da civilização não existiu uma forma única de família, sendo que atualmente também não é diferente, pois a multiplicidade de entidades familiares é a regra na pós-modernidade.

Segundo Ulhôa (2012, p. 15-17) a família pode ser compreendida historicamente através de uma análise funcional, ele traz como ponto de partida a organização familiar da classe dominante de Roma, a qual serviu de base para as demais civilizações ocidentais com origens europeias, como é o caso da brasileira, ele destaca que a família romana concentrava as funções: biológica, educacional, econômica, assistencial, espiritual e afetiva.

O autor frisa que “a história da família é uma história de perdas. À medida que se torna mais complexa, a sociedade subtrai funções da família”. (ULHÔA, 2012, p. 17). Acresce que, por meio das transformações sociais a família perdeu totalmente a função religiosa e econômica e parcialmente a educacional e assistencial, restando às funções biológica e afetiva, ele enfatiza nessa última como a sua vocação, assim explica “a família tende a ser cada vez mais o espaço para aflorar a afetividade, contribuindo para que homens e mulheres cresçam psicologicamente sadios, com autoestima e identidade”. (ULHÔA, 2012, p. 17).

Analisar as perdas funcionais da família, inicialmente parece algo pejorativo, como se a família perdesse importância dentro da sociedade, todavia, o que ela perdeu foram funções que não lhe eram naturais, concedidas a ela em decorrência das necessidades de sobrevivência dos primeiros grupos humanos, com a evolução social e com a retirada dessas funções, a família passou a dedicar-se a sua essência, assim, atualmente ela é voltada para a função afetiva que não se resume só no amor, mas nos sentimentos que orientam a convivência familiar.

A família é aceita como base da sociedade, um consenso entre os doutrinadores, preleciona a respeito Gonçalves (2012, p. 17): “já se disse, com razão, que a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social”.

Entretanto, antes de examinar as possíveis definições jurídicas acerca de um conceito de família na atualidade é imprescindível fazer breve retrospecto histórico e jurídico da sociedade brasileira para entender as mudanças ocorridas na função, composição, natureza e na concepção familiar ao longo do tempo e as suas implicações no Direito de Família.

2.1 Evolução Histórica e Jurídica da Família Brasileira antes da Constituição de 1988

O primeiro momento, em que a família é visualizada como instituição básica e como ponto de partida para o nascimento da sociedade brasileira, remonta ao contexto da colonização, influenciada pelos conceitos portugueses e fundada nos preceitos da Igreja Católica Apostólica Romana, já no que diz respeito à disciplina do Direito de Família essas diretrizes são fornecidas pelas Ordenações Filipinas de 1595, como assinala Gonçalves (2012, p. 32):

É notório que o nosso direito de família foi fortemente influenciado pelo direito canônico, como consequência principalmente da colonização lusa. As Ordenações Filipinas foram a principal fonte e traziam a forte influência do aludido direito, que atingiu o direito pátrio.

A legislação filipina reconhecia como entidade familiar unicamente aquela que era formada por meio do casamento, a qual não poderia ser desfeita em decorrência do princípio da indissolubilidade do matrimônio, premissas que perduraram tanto nas legislações imperiais como nas legislações do período republicano.

A família tradicional se apresentava como um modelo conservador pautado no matrimônio e na heteroparentalidade, pois a única composição familiar possível era aquela proveniente do casamento entre um homem e uma mulher, que possuía o status de sacramento e era indissolúvel. Ainda possuía como características o patriarcalismo, era entendida como instituição voltada a reprodução e como unidade de produção, concebida apenas pelo seu aspecto biológico.

Expostos os fundamentos iniciais da família brasileira observa-se que o modelo tradicional a compreendia como uma instituição patriarcal voltada à manutenção do patrimônio e a procriação, assim a figura do patriarca era a de maior importância na entidade familiar, pois ele exercia tanto o pátrio poder, como o poder marital, o que culminava no dever de submissão dos outros membros da família.

Em outras palavras, o seio familiar era intransponível, quer dizer, os conflitos que viessem a surgir seriam resolvidos de acordo com as regras do chefe de família, portanto, não haveria necessidade nem interesse do Estado, já que o governo em sua maioria, quiçá totalidade, era composto por esses patriarcas em intervir numa seara tão bem protegida, Braga (2010, p. 14) descreve esse contexto:

Na realidade histórica brasileira, o papel do patriarca sempre foi preponderante, cabendo à mulher um papel secundário, embora não menos importante. Os casamentos eram arranjados pelos genitores, os filhos possuíam uma educação pautada na obediência e respeito irrestrito às ordens paternas, a troca de favores causada pelos “compadrios” era frequente.

O Código Civil de 1916 ratificou as bases já conhecidas da relação familiar. É importante destacar o contexto social da elaboração desse código, onde os anseios por uma sistematização do Direito Civil eram latentes e partiam do setor social representado pelas elites agrárias, que almejavam a proteção do patrimônio, influenciados pelo liberalismo, o que culminou em uma legislação voltada em sua grande parte as relações patrimoniais, assim, leciona Venosa (2011, p. 6):

[...] quando da promulgação do Código Civil de 1916. Basta dizer, apenas como introito, que esse Código, entrando em vigor no século XX, mas com todas as ideias ancoradas no século anterior, em momento algum preocupou-se com os direitos da filiação havida fora do casamento e com as uniões sem matrimônio, em um Brasil cuja maioria da população encontrava-se nessa situação. Era um Código tecnicamente muito bem feito, mas que nascera socialmente defasado. Lembrando a magnífica e essencial obra de Gilberto Freyre, o Código Civil brasileiro de 1916 foi dirigido para a minoria da *Cosa-Grande*, esquecendo da *Senzala*. Esse, de qualquer forma, era o pensamento do século XIX.

Conforme o explanado, a matriz liberal desse código se aplicava somente as questões patrimoniais, em contrapartida a família era vista por um viés conservador, assim sendo, continuava a ter sua origem no matrimônio, e as relações familiares que eram construídas as margens dessa instituição e que há muito tempo já se manifestavam na sociedade, simplesmente, eram ignoradas.

As mulheres continuavam submissas e discriminadas na relação conjugal. Os filhos frutos do matrimônio também permaneciam sob a égide do pátrio-poder e sem autonomia, já àqueles nascidos fora do casamento não eram reconhecidos como sujeitos de direitos em relação aos pais, confirmando o exposto seguem os ensinamentos de Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 64-65):

[...] apenas as famílias formadas a partir do casamento eram reconhecidas. O matrimônio, influenciado pelo sistema do Direito Canônico, era indissolúvel. Vínculos havidos fora do modelo formal estatal eram relegados à margem da sociedade, sendo que os filhos eventualmente nascidos dessas relações eram considerados ilegítimos e todas as referências legais, nesse sentido, visivelmente discriminatórias, com a finalidade de não reconhecimento de direitos. A visão paternalista e hierarquizada da família era consagrada, cabendo ao homem a chefia da sociedade conjugal, relegando-se a mulher a um segundo plano, já que passava a ser relativamente incapaz. É sintoma da característica patrimonialista do Código

Civil de 1916 o fato de que, dos 290 artigos da parte destinada ao Direito de Família, 151 tratavam de relações patrimoniais e 139, de relações pessoais.

O traço marcante da legislação em análise consistia na conservação do patrimônio, a família era compreendida como unidade de produção, onde predominava os laços patrimoniais em detrimento dos laços afetivos, pois a união que objetivava construir uma família era pautada na formação de patrimônio, que seria transmitido aos herdeiros não se cogitando o desfazimento da relação conjugal, pois implicaria numa desagregação da família, que, por conseguinte, levaria a desagregação da própria sociedade. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 40).

Ademais, acredita-se que o legislador, atendendo a fins políticos, econômicos e sociais vigentes a época, tinha como pretensão estabelecer um modelo estático de família, porém não obteve êxito, pois, como descreve Farias e Rosenvald (2012, p. 41): “[...] a família tem o seu quadro evolutivo atrelado ao próprio avanço do homem e da sociedade, mutável de acordo com as novas conquistas da humanidade e descobertas científicas [...]”.

Destarte, a concepção de família começou a se alterar, àquelas relações familiares antes marginalizadas aos poucos começaram a ganhar visibilidade no direito brasileiro, o que aconteceu em razão das modificações que ocorreram ao longo do tempo na sociedade e que refletiram diretamente no seio familiar.

Um dos marcos que transformou, notadamente, a estrutura familiar brasileira, foi o conjunto de transformações técnicas e econômicas em prol do capitalismo, a denominada Revolução Industrial, com base na concepção de Ulhôa (2012, p. 16) ela é uma das justificativas para a desfuncionalização econômica da família, pois a organização da economia passou a se concentrar na empresa capitalista.

A urbanização, fenômeno decorrente da industrialização, também é uma das justificativas para a perda da função econômica, bem como para as mudanças estruturais da família, Braga (2010, p. 15) assevera: “[...] o desenvolvimento acelerado das organizações urbanas trouxe novos conceitos para dentro das famílias, modificando gradativamente essas relações [...]”.

Nesse contexto, “o chefe da família perde um poder significativo, o de escolher com quem vão casar seus filhos”. (ULHÔA, 2012, p. 16). As mulheres são impulsionadas a entrar no mundo de trabalho, o que desencadeou uma série de mudanças no papel da mulher na sociedade e na família, conforme relata Schreiber (2013, p. 226) “com a emancipação feminina e o reconhecimento da igualdade entre os sexos decretou-se o fim do papel sacrossanto da mulher, predestinada à gravidez e à criação da prole”, assim, elas vão perdendo

o aspecto de submissão para desempenhar papéis no meio social em condições de igualdade com seus maridos.

Nessa mesma linha de pensamento, Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 52) elencam alguns eventos e fenômenos que marcaram o século XX e que foram fundamentais no delineamento da nova concepção de família:

A formação dos grandes centros urbanos, a revolução sexual, o movimento feminista, a disseminação do divórcio como uma alternativa moralmente válida, a valorização da tutela da infância, juventude e terceira idade, a mudança de papéis nos lares, a supremacia da dignidade sobre valores pecuniários, o reconhecimento do amor como elo mais importante da formação de um “*LAR*, Lugar de Afeto e Respeito” tudo isso e muito mais contribuiu para o repensar do conceito de família na contemporaneidade.

Depreende-se que as transformações políticas, econômicas e sociais transformaram a vida das pessoas e iniciaram um processo de mudança que futuramente se consolidou em alterações na natureza, na função, na estrutura e na concepção da família. Ou seja, a família deixava de ser originária do casamento, e passava a ser analisada pela sua função social, a composição familiar não se fundava unicamente em laços biológicos, assim abrindo espaço para os laços afetivos e começava a surgir às concepções de família, devido a sua pluralidade.

Assim, o Código de 1916 tornou-se obsoleto, sem previsões expressas para regular essa nova conjectura, que se mostrava adversa aos seus mandamentos e que não podia mais ser ignorada.

Em contrapartida, conforme leciona Venosa (2011, p. 6) “coube à ciência jurídica acompanhar legislativamente essas transformações sociais, que se fizeram sentir mais acentuadamente em nosso país na segunda metade do século XX, após a Segunda Guerra [...]”. Nesse sentido, foram editadas leis esparsas para tutelar essas relações familiares, até então marginalizadas.

Como é o caso da lei 4.121/62 conhecida como o Estatuto da Mulher Casada que “[...] equiparou os direitos dos cônjuges devolvendo a plena capacidade à mulher casada, além de resguardar os bens adquiridos com o fruto de seu trabalho”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 65).

Outra lei de grande relevância é a Lei n. 6515/77, nomeada como Lei do Divórcio, que relativizou o princípio da indissolubilidade do casamento, o qual se perpetuou até a elaboração dessa lei. É importante destacar que as Constituições do Estado Social brasileiro, tentaram timidamente se adequar a esses valores como preceitua Lôbo (2011, p. 34):

Em contrapartida, as Constituições do Estado social brasileiro (de 1934 a 1988) democrático ou autoritário destinaram à família normas explícitas. A Constituição democrática de 1934 dedica todo um capítulo à família, aparecendo pela primeira vez a referência expressa à proteção especial do Estado, que será repetida nas constituições subsequentes. Na Constituição autoritária de 1937 a educação surge como dever dos pais, os filhos naturais são equiparados aos legítimos e o Estado assume a tutela das crianças em caso de abandono pelos pais. A Constituição democrática de 1946 estimula a prole numerosa e assegura assistência à maternidade, à infância e à adolescência.

O modelo estático de família tradicional deixou de ser o eixo central do Direito de Família, devido às mudanças de paradigmas. O código civil de 1916, mesmo com a elaboração de leis dispersas, entendimentos jurisprudenciais e novas concepções favoráveis a essa nova conjuntura social, estava em total descompasso com os novos direitos que se configuravam naquele contexto, sendo assim, surgiu um clamor social pela reformulação desse código, assim como pela reestruturação do sistema jurídico civilista.

2.2 A Constituição de 1988 e o novo direito de família

A promulgação da Carta Fundamental de 1988 foi o ponto de partida para a sistematização¹ das normas civilistas, ela, segundo Venosa (2011, p. 7) “foi o divisor de águas para o direito privado, especialmente para o Direito de Família”. Permitiu à reestruturação desse ramo jurídico a partir do princípio da dignidade da pessoa humana e do seu princípio decorrente, o da afetividade, pois, codificou os novos valores que, há muito, já estavam sedimentados na sociedade e elencou várias normas protetivas à Família.

Em seu texto, Lôbo (2011, p. 17) mostra que a Constituição Federal é a responsável pela cisão definitiva com o modelo patriarcal.

A família patriarcal, que a legislação civil brasileira tomou como modelo, desde a Colônia, o Império e durante boa parte do século XX, entrou em crise, culminando com sua derrocada, no plano jurídico, pelos valores introduzidos na Constituição de 1988.

¹ Tartuce demonstra: “A simbologia utilizada por Ricardo Lorenzetti, pela qual o Sistema de Direito Privado é semelhante a um sistema solar, diante do já notório *Big Bang Legislativo* que vivemos (explosão de leis). Nesse sistema, o Sol é a Constituição Federal de 1988; o planeta principal, o Código Civil; e os satélites, os microsistemas ou estatutos, como no caso do CDC, do ECA, da Lei de Locação. Essa simbologia demonstra muito bem a concepção do *Direito Civil Constitucional e da constitucionalização do Direito Civil*, pois no centro do ordenamento está a Constituição, e não o Código Civil. (TARTUCE, 2012, p. 160).

Com o advento da Constituição Federal, surgiram algumas teorias relevantes para a compreensão do Direito Civil Contemporâneo e que são imprescindíveis para a aplicação do direito de família na atualidade, a primeira delas consiste no surgimento do Direito Civil Constitucional², que nas palavras de Tartuce (2012, p. 56) “nada mais é do que um novo caminho metodológico, que procura analisar os institutos privados a partir da Constituição, e, eventualmente, os mecanismos constitucionais a partir do Código Civil [...]”.

Houve uma reestruturação de todo ordenamento jurídico, onde os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da igualdade passaram a serem os seus núcleos. O que acarretou na readequação das normas infraconstitucionais a esses novos mandamentos constitucionais e o ramo do Direito de Família seguiu essa tendência, o que alguns doutrinadores denominam de constitucionalização do Direito de Família, explica Tartuce (2012, p. 54-55):

O conceito de *Direito Civil Constitucional*, à primeira vista, poderia parecer um paradoxo. Mas não é. O direito é um sistema lógico de normas, valores e princípios que regem a vida social, que interagem entre si de tal sorte que propicie segurança – em sentido *lato* – para os homens e mulheres que compõem uma sociedade. O Direito Civil Constitucional, portanto, está baseado em uma *visão unitária do ordenamento jurídico*.

A segunda teoria relevante é a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, mecanismo que permite a aplicação imediata das normas previstas no texto constitucional nas relações entre particulares, ou seja, é a ingerência do Estado, quando se trata de garantir a tutela da dignidade da pessoa humana, em relações privadas, como é o caso da relação familiar. Dessa forma, preceitua Venosa (2011, p. 10) “[...] a intervenção do Estado na família é fundamental, embora deva preservar os direitos básicos de autonomia. Essa intervenção deve ser sempre protetora, nunca invasiva da vida privada”.

E por fim, a teoria da personalização, a qual consiste na mudança do eixo do sistema civilista que passa a dar ênfase à pessoa em detrimento do patrimônio, fruto dos princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade.

No Direito de Família a personalização é um fenômeno ocasionado pelas mudanças de paradigmas, os quais acarretaram na superação do modelo de família patriarcal,

² No Brasil, essa visão ganhou força na escola carioca, capitaneada pelos professores da Universidade do Estado do Rio de Janeiro Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza. No Paraná, Luiz Edson Fachin também faz escola com o ensino do Direito Civil Constitucional, na Universidade Federal do Paraná. No Nordeste é de se mencionar o trabalho de Paulo Luiz Netto Lôbo, também adepto dessa visão de sistema. Em São Paulo, destacam-se os trabalhos de Renan Lotufo, na PUC/SP, e da professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Titular na USP. (TARTUCE, 2012, p. 54-55)

efetivados pela carta magna atual, onde, a família passa a ser compreendida pela sua função social e o ser humano passa a ser visto como objetivo central do direito, assim ocorre uma valorização do interesse da pessoa humana em detrimento das suas relações patrimoniais e busca-se a afirmação da finalidade da família, que é a realização da afetividade pela pessoa no grupo familiar. (LÔBO, 2011, p. 22/29).

Segundo Farias e Rosenvald (2012 apud MADALENO, 2013, p. 32):

A família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, institucional vista como unidade de produção e de reprodução cedeu lugar para uma família pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, construída com base na afetividade e de caráter instrumental.

Antes da Constituição Federal só era concebida, do ponto de vista jurídico, como instituição familiar àquela que era proveniente do casamento e que possuía as características citadas acima, no entanto, com a Carta Fundamental, se consolidou as novas concepções de famílias, hoje visualizadas pelo princípio da afetividade e voltadas para atender as necessidades e anseios de cada um de seus membros de forma democrática, atualmente a proteção constitucional é destinada as diversas formas de família “Art. 226 a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. (CF, Brasil, 1988).

As principais alterações legislativas trazidas ao Direito de Família, pela Constituição Federal segundo Venosa (2011, p. 7) foram:

O reconhecimento da união estável como entidade familiar (art. 226, § 72) representou um grande passo jurídico e sociológico em nosso meio. É nesse diploma que se encontram princípios expressos acerca do *respeito à dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III). Nesse campo, situam-se os institutos do direito de família, o mais humano dos direitos, como a proteção à pessoa dos filhos, direitos e deveres entre cônjuges, igualdade de tratamento entre estes etc. Foi essa Carta Magna que também alçou a princípio constitucional da *igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros* (art. 226, § 52) e *igualdade jurídica absoluta dos filhos*, não importando sua origem ou a modalidade de vínculo (art. 227, § 62). Ainda, a Constituição de 1988 escreve o princípio da paternidade responsável e o respectivo planejamento familiar (art. 226, § 7a). O Código Civil de 2002 complementou e estendeu esses princípios, mas, sem dúvida, a verdadeira revolução legislativa em matéria de direito privado e especificamente de direito de família já ocorrera antes, com essa Constituição.

As principais inovações inseridas no texto constitucional referem-se a ampliação do conceito de família colocando em evidência a socioafetividade, a igualdade entre cônjuges e filhos, a proteção e assistência às entidades familiares pelo Estado, a liberdade para o planejamento familiar, o dever de reciprocidade entre pais e filhos e a proteção especial a direitos fundamentais das crianças, adolescentes e jovens.

Analisando as alterações mencionadas, ressalta-se que elas estão elencadas na Constituição Federal no espaço reservado à ordem social³, que possui como objetivos o bem-estar e a justiça social (LENZA, 2012, p. 1165). Assim trata-se de direitos sociais essenciais a dignidade humana.

Adverte-se ainda, que elas não se limitam exclusivamente a regulamentação de deveres e direitos negados pelo ordenamento jurídico anterior, mas também elencam normas protetivas e uma gama de princípios orientadores das relações familiares que serão objeto de estudo em razão da sua essencialidade na compreensão da atual ordem jurídica familiar.

2.3 A matriz principiológica do novo direito de família

A nova legislação civil-constitucional trouxe novos fundamentos que reconhecem e protegem a Família e é por meio da sua abordagem que é possível a compreensão e conceituação da família na conjuntura pós-moderna, por isso é necessário pontuá-los.

Em um sentido geral definir princípios não é tarefa simples, pois a evolução do Direito é permeada de teorias que tentam delimitar esses conceitos, assim destaca-se algumas conceituações relevantes, Alexy (2006, p. 90) define:

“[...] princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Os princípios também são compreendidos como um padrão que deve ser observado “não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma **exigência de justiça** ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. (DWORKIN, 2002, p. 36, grifo do autor).

Desse modo, observa-se que os princípios são essenciais à existência de qualquer ordem jurídica, conforme expõe Dias (2010, p. 58) “acima das regras legais, existem princípios que incorporam as exigências de justiça e de valores éticos que constituem o suporte axiológico, conferindo coerência interna e estrutura harmônica a todo sistema jurídico”.

³ SILVA (2007 apud LENZA, 2012, p.1166) “[...] juntamente com o título dos direitos fundamentais a ordem social forma o núcleo substancial do regime democrático”, onde a família, a criança, o adolescente, o jovem e o idoso se apresentam como conteúdo dessa ordem social.

Em outras palavras, os princípios são de observância obrigatória por garantirem a uniformidade aos sistemas jurídicos, não só em razão de suprirem as lacunas legais na resolução de casos difíceis, mas também pela sua utilidade na interpretação de regras, adequando-as as situações fáticas e resolvendo a lide de forma justa, nesse contexto esclarece Lôbo (2011, p. 58):

O princípio, por seu turno, indica suporte fático hipotético necessariamente indeterminado e aberto, dependendo a incidência dele da mediação concretizadora do intérprete, por sua vez orientado pela regra instrumental da equidade, entendida segundo formulação grega clássica, sempre atual, de justiça do caso concreto.

A cisão definitiva com o modelo de família patriarcal foi estabelecida com a promulgação da CF, sendo assim, os antigos princípios do direito de família já não atendiam as necessidades da sociedade contemporânea, o que culminou na assunção de outros princípios informadores desse ramo jurídico, o que é possível devido ao dinamismo dos princípios face às novas realidades sociais, como bem observa Lôbo (2011, p. 59):

Como se vê, os princípios não oferecem solução única (tudo ou nada), segundo o modelo das regras. Sua força radica nessa aparente fragilidade, pois, sem mudança ou revogação de normas jurídicas, permitem adaptação do direito à evolução dos valores da sociedade. Com efeito, o mesmo princípio, observando-se o catálogo das decisões nos casos concretos, em cada momento histórico, vai tendo seu conteúdo amoldado, em permanente processo de adaptação e transformação. A estabilidade jurídica não sai comprometida, uma vez que esse processo de adaptação contínua evita a obsolescência tão frequente das regras jurídicas, ante o advento de novos valores sociais.

O autor apregoa que os princípios são encarados pela dimensão de peso ou importância, o que lhes permitem coexistir no ordenamento jurídico, quer dizer, um princípio não deixará de existir em um sistema jurídico porque foi preterido pela existência de um segundo, de maior importância naquela situação, mas apenas será relativizado conforme a situação fática, os valores sociais vigentes e o contexto histórico.

O entendimento doutrinário a respeito da quantidade de princípios no Direito de Família não é consensual, delimitar quais e quantos princípios fazem parte desse ramo jurídico é algo complexo. Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 74) asseveram “que toda sistematização principiológica é imperfeita. Isso porque, não sendo dever da legislação a positivação de princípios cabe à doutrina o reconhecimento de sua autonomia científica”. Eles classificam em princípios gerais, aplicáveis ao Direito de Família, e em princípios específicos, peculiares ao Direito de Família.

Dias (2010, p. 60) classifica os princípios em constitucionais e gerais do direito e os distingue:

Os princípios constitucionais dispõem de primazia diante da lei, sendo a primeira regra a ser invocada em qualquer processo hermenêutico. É equivocada a ideia de que os princípios vêm por último no ato integrativo. Trata-se, em uma palavra, de verdadeira inversão hermenêutica. Os princípios vêm em primeiro lugar e são as portas de entrada para qualquer leitura interpretativa do direito. Não se pode confundir princípios constitucionais e princípios gerais de direito. Confundi-los seria relegar os princípios constitucionais para uma posição subalterna a lei juntamente com as demais fontes do direito- a analogia e os costumes-, que são invocáveis na omissão do legislador. Os princípios gerais de direito são preceitos extraídos implicitamente da legislação pelo método indutivo e cabem ser invocados quando se verifica lacunas na lei. A norma constitucional está no vértice do sistema. Os princípios pairam sobre toda a organização jurídica.

Diante da diversidade do rol de princípios apresentados pelos doutrinadores, o foco será aqueles que possuem relação inerente ao tema proposto, são eles o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da solidariedade, princípio da igualdade, o princípio da afetividade, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, e o princípio da paternidade/maternidade responsável.

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana consiste num princípio estruturante, haja vista ter sido elevado a fundamento da organização social, política, jurídica e econômica do nosso país pela sua Carta Fundamental (BRASIL, 1988) como infere-se do art.1º, III *in verbis*, “A República Federativa do Brasil, [...] constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos [...] III — a dignidade da pessoa humana”.

Garcia (2004, p. 207) demonstra que a Constituição que norteia um ordenamento jurídico tem como objetivo tanto ordenar racionalmente a conduta humana como assegurar valores da pessoa humana, notadamente o da dignidade humana.

A dignidade da pessoa humana, afirmada pela Constituição Federal como um dos princípios fundamentais do Estado Brasileiro, insere-se por isso mesmo entre os valores superiores que o fundamentam, razão pela qual representa o crivo pela qual devem ser interpretados não somente os direitos fundamentais, mas todo o ordenamento jurídico brasileiro, nas suas variadas incidências e considerações.

Assim, compreende-se que o referido princípio é o responsável pela conformidade entre as leis infraconstitucionais e a Constituição Federal, o que é denominado como força da primazia constitucional, bem como é um dos pilares para a construção de uma sociedade efetivamente justa e solidária, seguindo esse entendimento Tartuce (2012, p. 1031) alça esse preceito a categoria de macroprincípio:

Prevê o art. 1.º, III, da CF/1988, que o Estado Democrático de Direito brasileiro tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Trata-se do que se denomina *princípio máximo*, ou *superprincípio*, ou *macroprincípio*, ou *princípio dos princípios*. Diante desse regramento inafastável de proteção da pessoa humana é que está em voga, atualmente, falar em *personalização*, *repersonalização* e *despatrimonialização* do Direito Privado.

O princípio da dignidade da pessoa humana se apresenta como principal fundamento da repersonalização, pois a pessoa humana é posta em evidência, o ordenamento existe tanto pra garantir a ordem jurídica e preservar direitos fundamentais, mas essencialmente para proteger a dignidade de cada indivíduo, é o limite para atuação do Estado, que não pode ferir esse preceito, bem como, deve atuar em situações que atentem contra a dignidade humana. Dias (2010, p. 63), com muita propriedade lembra:

Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos a realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos jurídicos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito. O princípio da dignidade humana não representa apenas um limite a atuação do Estado, mas constitui também um norte para a sua ação positiva. O Estado não tem apenas o dever de abster-se de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, mas também deve promover essa dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território.

Outro princípio de grande relevância é o da Igualdade, no direito de família contemporâneo, encontra-se elencado como direito fundamental no Texto Maior, e no que tange, especificamente, as relações familiares as suas premissas estão tanto na Constituição⁴, como no Código Civil⁵.

Esse preceito se desdobra na igualdade entre cônjuges e companheiros, na igualdade entre filhos e na igualdade entre entidades familiares, como é cediço até pouco tempo essas relações caracterizavam-se pela subordinação e discriminação.

No que se refere à igualdade entre filhos, Gonçalves (2012, p. 26) explica que “o princípio ora em estudo não admite distinção entre filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, poder familiar, alimentos e sucessão” [...] assim, os filhos, independente se fruto do matrimônio, ou não, serão sempre filhos e são dignos de todos os direitos e merecem que os pais cumpram com seus deveres.

⁴ Constituição Federal, art.227, § 6º. Os filhos, havidos ou não, da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas a filiação.

⁵ O Código Civil reproduziu o §6º do art. 227.

Já na igualdade entre cônjuges e companheiros pertinentes são as palavras de Diniz (2010, p. 21):

A Constituição Federal de 1988, no art. 226, § 5º, estabeleceu a igualdade no exercício dos direitos e deveres do homem e da mulher na sociedade conjugal, que deverá servir de parâmetro à legislação ordinária, que não poderá ser antinômica a esse princípio. Os cônjuges devem exercer conjuntamente os direitos e deveres relativos à sociedade conjugal, não podendo um cercear o exercício do direito do outro.

É imprescindível notar que o exercício do poder familiar agora é responsabilidade tanto do pai como da mãe, e não deve haver obstáculos para a sua realização e caso ocorra cabe ao prejudicado recorrer ao judiciário.

O último princípio constitucional de relevância para o estudo é o princípio da solidariedade consiste em um dos objetivos da República Federativa do Brasil, expresso no Art. 3º da Constituição Federal⁶, aplicado ao Direito de Família com previsão no Art. 229⁷ da carta fundamental e no Art. 1694⁸ do Código Civil, desse princípio decorre a principal justificativa para as indenizações por abandono afetivo “o dever de cuidado” dos pais, conforme adverte Massimo (1989 apud LÔBO, 2011, p. 64):

A solidariedade do núcleo familiar deve entender-se como solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros, principalmente quanto à assistência moral e material. A solidariedade em relação aos filhos responde à exigência da pessoa de ser cuidada até atingir a idade adulta, isto é, de ser mantida, instruída e educada para sua plena formação social.

O cuidado segundo o autor começa a ser entendido como valor jurídico decorrente desse princípio e fundamento para a proteção daqueles vistos pelas legislações como vulneráveis como é o caso de crianças e adolescentes. (LÔBO, 2011, p. 65).

O Princípio da Afetividade, apesar de não estar no texto constitucional, é decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, assim leciona Diniz (2010, p. 24) “corolário do respeito da dignidade da pessoa humana, como norteador das relações familiares e da solidariedade familiar”, é pela ótica desse princípio que se entende a família atual, que hoje é estruturada muito mais em torno de laços afetivos do que em laços de consanguinidade.

⁶ Art.3.º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária.

⁷ Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

⁸ Art. 1694 do Código Civil “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitarem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.

É oportuno destacar o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, o qual decorre do princípio da prioridade absoluta, assim discorre Ishida (2010, p. 6-7) “com a previsão no Art. 227 da Carta Magna. A prioridade absoluta significa primazia, destaque em todas as esferas de interesse, incluindo a esfera judicial, extrajudicial ou administrativa”.

Sendo assim, o melhor interesse da criança e do adolescente deve sempre ser respeitado pelo Estado, pela sociedade e pela família, e estes possuem o dever de assegurar direitos humanos básicos e essenciais a essa parcela da sociedade, por força do status constitucional do princípio da prioridade absoluta, esses direitos devem prevalecer sobre todos os outros, assim constata-se das lições de Lôbo (2011, p. 75):

O princípio do melhor interesse significa que a criança — incluído o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança — deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade.

O Princípio da Paternidade Responsável é inovação trazida pela Constituição, expresso no Art. 226, § 7º⁹ conforme leciona Bicca (2015, p. 21) “permite a todos a livre decisão sobre o planejamento familiar, sendo expressamente vedado qualquer tipo de intromissão estatal ou privada”.

Portanto, os princípios são as bases estruturantes de toda sistematização civilista, são fundamentos jurídicos que precisam ser observados nas relações familiares, e é através de suas orientações que a compreensão da família é possível.

2.4 Conceito de Família

A família na atualidade tem como premissas: o afeto e a dignidade da pessoa humana, e vai além de um núcleo familiar constituído pelo casamento e ligado pela herança genética, agora, são os laços afetivos que determinam as relações familiares. A concepção da família pós-moderna é ampliativa, isto é, a família que se assemelha ao modelo anterior, estruturalmente, não deixou de existir e muito menos deixou de ser protegida, na realidade, ela passou a coexistir com os variados modelos familiares, assim reafirma Farias e Rosenvald (2012, p. 63):

⁹ Art.226, §7º Fundado no princípio 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 das instituições oficiais ou privadas.

Com o passar dos tempos, porém, o conceito de família mudou significativamente até que, nos dias de hoje, assume uma concepção múltipla de família, plural, podendo dizer respeito a um ou mais indivíduos, ligados por traços biológicos ou sócio-psico-afetivos, com intenção de estabelecer, eticamente, o desenvolvimento da personalidade de cada um.

Sendo assim, a família é encarada pelo viés instrumental, passa a ser meio de realização pessoal de seus membros, o prisma da família passa a ser o indivíduo, assim contextualizam Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 63):

Enquanto base da sociedade, a família, hoje, tem a função de permitir, em uma visão filosófica-eudemonista, a cada um dos seus membros, a realização dos seus projetos pessoais de vida. [...] Hoje, no momento em que se reconhece à família, em nível constitucional, a *função social de realização existencial do indivíduo*, pode-se compreender o porquê de a admitirmos efetivamente como base de uma sociedade que, ao menos em tese, se propõe a constituir um Estado Democrático de Direito calcado no princípio da dignidade da pessoa humana. [...] A família deve existir em função dos seus membros, e não o contrário.

Nesse sentido, ainda, destaca-se a primazia da afetividade nas relações familiares, explica Schreiber (2013, p. 226):

[...] A família deixou, assim, de ser uma instituição protegida em si mesma, independentemente da felicidade dos seus membros, para se converter em *locus* (lugar) para o desenvolvimento das suas personalidades. Como destaca Gustavo Tepedino, “a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade dos seus membros”. O enfoque da proteção desloca-se da família em si mesma para cada um dos seus integrantes, reconhecendo-se que a instituição familiar não pode ser protegida como algo superior aos desígnios dos seus membros, mas consiste, ao contrário, em instrumento da realização da felicidade de cada um deles. Tem-se aí um novo aspecto funcional: “a realização pessoal da afetividade, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época”.

Compreende-se das lições dos supracitados autores, que a entidade familiar desempenha o papel de permitir a cada um dos indivíduos que a compõem a sua realização. Ela passa a ser o ambiente de possibilidades, de subsídio para a conquista de sonhos, projetos de vida, de desenvolvimento humano e existencial, é o contexto da valorização do indivíduo e de sua dignidade.

Apesar das alterações sofridas, ela continua sendo uma instituição fundante de toda e qualquer sociedade, entretanto, as normas do Direito de Família não se destinam mais a preservar a instituição “família” a todo custo, na realidade a tutela passa a ser a pessoa humana que faz parte dessa instituição, assim afirma Farias e Rosenvald (2012, p. 31):

A família foi, é e continuará sendo o núcleo básico e essencial de qualquer sociedade. Em sua essência ela continua a mesma: é núcleo estruturante e estruturador do sujeito. Tudo principia e acaba na família. Mas não nos referimos somente a família hierarquizada, patrimonializada e como núcleo de reprodução. Aí, já não está mais a sua essência [...]. Não interessa mais ao Direito o objeto da família, mas o seu sujeito. [...] Ao Direito deve interessar muito mais a essência do que a forma. O sujeito é que importa e não o seu objeto, ou seja, a forma de constituição de família pode até variar, de acordo com o tempo e o espaço em que ela se encontra, mas em seu âmago estará sempre o núcleo estruturante da pessoa e *locus* para o desenvolvimento da personalidade e o direito a ser humano [...].

Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 45) definem que [...] “família é o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes”.

Outra conceituação jurídica relevante é a de Diniz (2010, p. 9-10), que preceitua:

Na seara jurídica encontram-se três acepções fundamentais do vocábulo família:

a) a amplíssima b) a lata e c) a restrita.

a) No sentido amplíssimo o termo abrange todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afetividade, chegando a incluir estranhos, como no caso do Art. 1412, § 2º, do Código Civil, em que as necessidades da família do usuário compreendem também as das pessoas de seu serviço doméstico [...].

b) Na acepção lata, além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos abrange os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins (os parentes do outro cônjuge ou companheiro) [...].

c) Na significação restrita é a família o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole, e entidade familiar a comunidade formada pelos pais, que vivem em união estável, ou por qualquer dos pais e descendentes [...].

Tartuce (2012, p. 823-824) explica que a família pela luz constitucional decorre dos institutos do casamento civil, da união estável e da família monoparental, no entanto, é pacífico o entendimento que esse rol é exemplificativo, e, em razão disso, são admitidas outras manifestações familiares como a família anaparental, família homoafetiva e família pluriparental. O autor apresenta os conceitos da Lei Maria da Penha e da nova Lei de Adoção como conceitos cabíveis a família contemporânea, são eles:

A Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) dispõe no seu Art. 5º, II, que se deve entender como família a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa. A nova Lei de Adoção (Lei 12.010/2009) consagra o conceito de família extensa ou ampliada, que vem ser aquela que se estende para além da unidade de pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade (TARTUCE, 2012, p. 824).

Segundo Ulhôa (2012, p. 19-20) o conceito de família para o Direito, leva em consideração as relações jurídicas entre os sujeitos, podendo ser horizontais e verticais. A primeira consiste nas relações de conjugalidade, que tem por objeto a organização e o início da vida em comum, a segunda trata das relações de ascendência e descendência. É importante destacar dessa concepção que as relações horizontais são voluntárias, pois se baseiam na vontade dos sujeitos em permanecerem juntos, já as relações verticais são obrigatórias.

Por mais que se tente exaurir todas as possibilidades conceituais sobre a família, não seria possível, pois a família é uma realidade jurídica e social que sempre vai estar em constante mutação e atrelada a diversas visões das mais variadas áreas.

Contudo, pelo que foi analisado se reconhece algumas premissas que ajudam a entender a complexidade da concepção familiar. Primeiramente existe uma pluralidade de entidades familiares, e o fator determinante que as reconhecem como famílias é a afetividade entre seus integrantes, a família é vista como célula estruturante da sociedade e como é cediço o seu fundamento consiste na dignidade da pessoa humana, logo, a família adota esse pressuposto, sendo assim, existe pra ser o local de desenvolvimento ético da personalidade dos indivíduos que a compõem.

Em suma, a família é uma instituição que deve atender a efetivação do princípio da dignidade humana, bem como assegurar os direitos de personalidade de seus membros. As violações desses direitos, que resultem em danos aos envolvidos nessas relações podem se configurar como atos ilícitos, que ensejarão a utilização do instituto da responsabilidade para reestabelecer a ordem jurídica violada.

3 NOÇÕES GERAIS DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil tem suas origens no descumprimento de uma obrigação, a saber, pode ocorrer pela transgressão de uma regra contratual ou pela inobservância de um preceito normativo que regule a vida, a primeira caracteriza a responsabilidade civil contratual e a segunda a responsabilidade civil extracontratual. (TARTUCE, 2008, p.160).

Gonçalves (2012, p. 42) afirma que a responsabilidade civil compõe o direito obrigacional “pois a principal consequência da prática de um ato ilícito é a obrigação que acarreta, para o seu autor, de reparar o dano, obrigação esta de natureza pessoal, que se resolve em perdas e danos”.

Cavaliere Filho (2007, p. 2) assegura “enquanto a obrigação trata de um dever jurídico originário, a responsabilidade trata de um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro”. Portanto, a responsabilidade civil está intimamente relacionada com as obrigações, seja por sua origem, seja por suas conseqüências.

Contudo, mesmo sendo um instituto correlacionado ao direito obrigacional, possui uma esfera de atuação extensível as mais variadas ramificações do direito, de acordo com Diniz (2010, p. 4) “a responsabilidade civil compõe a Teoria Geral do Direito¹⁰ o que permite a sua aplicação a todos os ramos do direito, bem como também a realidade social”.

No Código de 1916 a teoria predominante consistia na responsabilidade civil subjetiva aplicada ao âmbito contratual, onde a culpa era essencial para configurar as hipóteses de incidência dessa medida.

Naturalmente, esse ramo jurídico não passou ileso às inovações trazidas pela constituinte o que lhe assegurou um novo arcabouço normativo e principiológico, assim seguiu a tendência do Direito Civil-Constitucional, válido o entendimento de Schreiber (2013, p. 88):

O fenômeno da constitucionalização do direito civil refletiu-se, portanto, também na responsabilidade civil, e de forma notável. Um novo universo de interesses

¹⁰ A autora cita Jossierand que coloca a responsabilidade civil como “a grande vedete do direito civil”, por absorver todos os ramos jurídicos, ela descreve que o instituto citado faz parte da Teoria Geral do Direito “sofrendo as naturais adaptações conforme aplicável ao direito público ou privado, mas os princípios estruturais, o fundamento e o regime jurídico são os mesmos, comprovando a tese da unidade jurídica quanto aos institutos basilares, uma vez que a diferenciação só se opera no que concerne às matérias, objeto de regulamentação legal”. Ela ainda ressalta o campo ilimitado da responsabilidade civil que repercute “em todas as atividades humanas, tutelando inclusive os direitos de personalidade, múltiplos são os dissídios doutrinários e dispares são os posicionamentos dos tribunais, “quanto a definição de seu alcance, à enunciação de seus pressupostos e à sua própria textura”, tornando-se um dos árduos e complexos problemas jurídicos e de mais difícil sistematização.” (DINIZ, 2010, p. 4).

merecedores de tutela veio dar margem, diante da sua violação, a danos que até então sequer eram considerados juridicamente como tais, tendo, de forma direta ou indireta, negada a sua ressarcibilidade.

A principal contribuição da Constituição Federal concedida a esse instituto foi à disciplina no Art. 5º, incisos V¹¹ e X¹² do dano moral como ato ilícito, portanto, passível de indenização, o que possibilitou a interdisciplinaridade e a larga utilização dessa medida na atualidade, com o objetivo de não deixar sem tutela jurídica e sem o devido ressarcimento as vítimas de atos ilícitos, nas mais variadas relações jurídicas nas quais o dano moral seja inequívoco, assim se mostrando como meio de efetivação de justiça.

O Código Civil de 2002 reiterou as máximas constitucionais e ampliou o uso dessa medida aos casos em que os danos sejam exclusivamente morais. Além disso, introduziu o elemento risco como um dos fundamentos da responsabilidade civil. Observa-se que a aceitação desse novo elemento pelo legislador é o que caracteriza a responsabilidade objetiva, assim, a prevalência é de reparar civilmente o dano, ainda que o agente infrator não haja atuado com culpa e que o evento danoso não seja proveniente de ato ilícito.

3.1 Conceito de Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária a vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior de coisas (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2011, p. 51).

Diniz (2010, p. 34) define a responsabilidade civil como:

A aplicação de medidas que obriguem a alguém a reparar 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. Definição esta que guarda, em sua estrutura, a ideia da culpa quando se cogita da existência de ilícito (responsabilidade subjetiva), e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa (responsabilidade objetiva).

Reforça essa ideia Martins Junior (2009, p. 558) que assevera que “a responsabilidade civil consiste no dever, imposto pelo ordenamento jurídico, a uma pessoa

¹¹ Art. V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral e à imagem;

¹² [...] X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

para a reparação do prejuízo causado a terceiro em razão do descumprimento de obrigação contratual ou da prática de ato ilícito”.

De acordo com as definições expostas, a responsabilidade civil é originária, ou do inadimplemento de uma obrigação, ou de uma conduta ilícita que cause prejuízos a alguém, assim se apresenta no direito privado em um modelo dual: Responsabilidade Contratual e Responsabilidade Extracontratual.

A responsabilidade civil ainda é caracterizada em responsabilidade objetiva, a qual consiste no dano decorrente do exercício de uma atividade de risco ou nos casos previstos em lei, é a responsabilidade sem culpa, que pode ser direta ou indireta. E na responsabilidade subjetiva que é baseada na comprovação dos danos sofridos, da conduta antijurídica, do elemento anímico e da relação de causalidade.

É através da análise desses aspectos da responsabilidade subjetiva que se tem o substrato para o desenvolvimento do estudo que será posteriormente abordado, pois as decisões que concedem indenização aos filhos em razão do abandono afetivo dos genitores, atualmente se fundamentam na demonstração desses requisitos.

3.2 Elementos da Responsabilidade Civil

A maioria dos doutrinadores elencam a ação ou omissão, o dano, o nexo de causalidade e a culpa como elementos essenciais para configurar a situação fática que enseja a reparação civil como demonstra Tartuce (2008, p. 182):

Segundo Maria Helena Diniz, os elementos estruturais da responsabilidade civil são 3: a) Existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como ato lícito ou ilícito, pois ao lado da culpa como fundamento da responsabilidade civil há o risco; b) Ocorrência de um dano moral ou patrimonial; c) Nexo de causalidade entre o dano e a ação, o que constitui o fato gerador da responsabilidade. Carlos Roberto Gonçalves entende que são quatro elementos: a) Ação ou omissão; b) Culpa ou dolo do agente; c) Relação de causalidade; d) Dano. Para Sérgio Cavallieri Filho, autor que se tornou referência na matéria de responsabilidade civil, são 3 os elementos: a) Conduta culposa do agente; b) Nexo causal; c) Dano. Alguns autores apontam que a culpa genérica é um elemento acidental da responsabilidade civil, como é o caso de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, que apresentam somente 3 elementos, como Sérgio Cavallieri Filho. Entretanto, prevalece o entendimento pelo qual a culpa em sentido amplo ou genérico é sim elemento essencial da responsabilidade civil, tese filiada por Tartuce.

Observa-se que não há consenso quanto ao elemento culpa entre eles, mas é essencial a análise desse pressuposto, pois a sua configuração é fundamental para a aplicação da indenização na esfera familiar.

3.2.1 A Conduta Humana

A conduta humana é um dos pressupostos da responsabilidade civil e é essencial a sua expressão na sociedade, de forma genérica, pode-se dizer que ela é a ação ou omissão humana que resulta em lesão a alguém, via de regra, ela não precisa ser praticada diretamente pelo agente, assim depreende-se dos ensinamentos de Gonçalves (2012, p. 61) “a responsabilidade pode derivar de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente, e ainda de danos causados por coisas e animais que lhe pertençam”.

Diniz (2010, p. 40) define:

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

Analisando mais detalhadamente as lições da autora supracitada, a conduta humana pode advir tanto de um ato ilícito como de um ato lícito, este é relacionado à responsabilidade sem culpa que tem por base o risco, aquele consiste na “conduta humana violadora da ordem jurídica. A ilicitude implica sempre quebra de dever jurídico e pode gerar várias consequências”. (FIUZA, 2008, p. 205).

Outro ponto relevante, que caracteriza a ação é o comportamento do agente, a saber, pode ser comissivo ou omissivo, para Diniz (2010, p.40) “a comissão vem ser a prática de um ato que não deveria se efetivar, e a omissão, a não observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se”. Tartuce (2008, p. 183) assevera:

A regra é ação ou conduta positiva; já para a configuração da omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado ato, bem como a prova de que a conduta não foi praticada e que, caso a conduta fosse praticada, o dano poderia ter sido evitado.

Outro aspecto determinante da ação humana é a voluntariedade do agente, pois ele deve ter consciência dos atos que realiza ou deixa de realizar, nesse sentido, Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 70) explicam:

Em outras palavras, a voluntariedade, que é pedra de toque da noção de conduta humana ou ação voluntária, primeiro elemento da responsabilidade civil, não traduz necessariamente a intenção de causar o dano, mas sim, e tão somente, a consciência daquilo que se está fazendo. E tal ocorre não apenas quando estamos diante de uma situação de responsabilidade subjetiva (calcada na noção de culpa), mas também de responsabilidade objetiva (calcada na ideia de risco), porque em ambas as hipóteses o agente causador do dano deve agir voluntariamente, ou seja, de acordo com a sua livre capacidade de autodeterminação.

Em resumo, a ação comissiva ou omissiva deve ser voluntária, proveniente ou não do cometimento de ato ilícito pelo próprio agente, por terceiro ou por coisas ou animais que estejam sob sua responsabilidade e deve gerar desequilíbrios de ordem moral ou patrimonial a alguém. Ressaltando que em alguns casos não existe a necessidade do elemento anímico, dolo ou culpa, motivador da conduta humana, pois a responsabilidade nesses casos funda-se na ideia do risco.

3.2.2 Dano

O dano atualmente assume o papel de consequência da conduta humana, e é a principal justificativa para a aplicação do instrumento da responsabilidade civil, pois como já foi ressaltado, existem situações que o dano emerge, porém, não em razão de um ato humano direto, porém, mesmo assim, a sua reparação é necessária, corrobora com esse entendimento Gonçalves (2010, p. 30):

Em princípio, todo dano deve ser indenizado, A reparação dos danos tornou-se uma questão prioritária de justiça, paz, ordem e segurança, e, portanto, para o direito. O fundamento da responsabilidade civil deixou de ser buscado somente na culpa, podendo ser encontrado também no próprio fato da coisa e no exercício de atividades perigosas, que multiplicam o risco de danos.

Ainda por cima, caracteriza-se como o alicerce de toda teoria da responsabilidade civil, devido a sua inexistência impossibilitar o uso desse instituto jurídico, mesmo que ocorra a existência dos outros elementos da responsabilidade civil, com muita propriedade, preceitua Diniz (2010, p. 61):

O dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, visto que não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo. Só haverá responsabilidade civil se houver um dano a reparar. Isto é assim porque a responsabilidade resulta em obrigação de ressarcir, que, logicamente, não poderá concretizar-se onde nada há que reparar.

O dano se expressa no mundo jurídico em diferentes formas, segundo Tartuce (2012, p. 450) podem ser divididos em danos clássicos ou tradicionais e em danos novos ou contemporâneos, estes, exemplificativamente, consistem em danos estéticos, danos morais coletivos, danos sociais e danos por perda de uma chance, aqueles correspondem aos danos materiais e danos morais.

O dano moral é a pedra de toque do presente trabalho, pois é expressamente considerado ato ilícito pelo ordenamento jurídico brasileiro, como já fora explicado anteriormente, à guisa do artigo 186 do Código Civil aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Observa-se que a sua ocorrência não está vinculada a uma redução do patrimônio, entretanto, destaca-se que essa possibilidade existe e a cumulatividade de danos é algo possível, sumulado e recorrente. Sobre o dano moral Cavalieri Filho (2012, p. 97) assevera: “o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado”.

A indenização por danos morais na seara familiar, que será abordada mais especificadamente em momento oportuno, ainda não acata de forma generalizada a tese do dano *in re ipsa* ou presumido, isso ocorre pelas peculiaridades das relações familiares e pela dificuldade do estado atuar nessas relações, pois, elas ultrapassam a esfera jurídica e adentram em questões morais e afetivas, assim o dano ainda precisa ser demonstrado e comprovado.

3.2.3 Nexos de Causalidade

O nexo causal é o elo que une a conduta do agente ao dano, ou seja, é o elemento que demonstra que ação ou omissão do agente foi responsável pelo dano, Cavalieri Filho (2012, p. 49) conceitua: “o nexo causal é um elemento referencial entre a conduta e o resultado. É um conceito jurídico-normativo através do qual conclui-se quem foi o causador do dano”.

Todavia, consiste na relação de causa e efeito na responsabilidade civil objetiva pelo risco criado e que acarreta danos a alguém, assim explicita Tartuce (2012, p. 445):

A responsabilidade civil, mesmo objetiva, não pode existir sem a relação de causalidade entre o dano e a conduta do agente. Se houver dano sem que a sua causa

esteja relacionada com o comportamento do suposto ofensor, inexistente a relação de causalidade, não havendo a obrigação de indenizar.

- Na responsabilidade subjetiva o nexo de causalidade é formada pela culpa genérica ou *lato sensu*, que inclui o dolo e a culpa estrita - Art. 186 do CC.

- Na responsabilidade objetiva o nexo de causalidade é formado pela conduta, cumulada com a previsão legal de responsabilização sem culpa ou pela *atividade de risco* - Art. 927, parágrafo único, do CC.

Portanto, o nexo de causalidade é a ligação entre a ação do autor e as consequências resultantes dela. É a demonstração, de que determinada conduta deu causa aos danos.

3.2.4 Culpa

A culpa na esfera familiar é definida como genérica, dessa forma, abrange tanto o dolo como a culpa estrita, esta, por conseguinte, corresponde a negligência, a imprudência e a imperícia. Assim, a culpa no seu sentido *lato* representa o elemento motivador da conduta humana antijurídica, que deve ser analisado no caso concreto para a compreensão do liame da conduta com o dano ocasionado, Diniz (2010, p. 42), define:

A culpa em sentido amplo, como violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência e de cautela, compreende: o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever. Portanto, não se reclama que o ato danoso tenha sido, realmente, querido pelo agente, pois ele não deixará de ser responsável pelo fato de não se ter apercebido do seu ato nem medido as suas consequências.

Compactuando dessa compreensão, Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 167) explicitam:

Em nosso entendimento, portanto, a culpa (em sentido amplo) deriva da inobservância de um dever de conduta, previamente imposto pela ordem jurídica, em atenção a paz social. Se esta violação é proposital, atuou o agente com dolo; se decorreu de negligência, imprudência ou imperícia, a sua atuação é apenas culposa, em sentido estrito.

A culpa historicamente foi base de toda teoria da responsabilização, hoje ela não deixa de ser pressuposto desse instituto, apenas passa a coexistir com outras possibilidades, a culpa possui uma relação direta com o ato ilícito, pois o caracteriza, assim ensina Diniz (2010, p. 41):

No nosso ordenamento jurídico vigora a regra geral de que o dever ressarcitório pela prática de atos ilícitos decorre da culpa, ou seja, da reprovabilidade ou censurabilidade da conduta do agente. O comportamento do agente será reprovado ou censurado, quando, ante circunstâncias concretas do caso, se entende que ele poderia ou deveria ter agido de modo diferente. Portanto, o ato ilícito qualifica-se pela culpa. Não havendo culpa, não haverá, em regra, qualquer responsabilidade.

Investigar a culpa nas situações fáticas onde a reparação cível se mostra cabível consiste em averiguar se o agente realizou a ação voluntariamente, ou seja, se possuía consciência das consequências da realização ou omissão de seus atos e se não estava sob o manto das exceções da imputabilidade, é analisar o caso concreto para constatar se a ilicitude apresentada esta correlacionada com um comportamento culposo por parte do agente, pois, “na verdade, a culpa não se presume e deve ser apurada no exame de cada caso concreto.” (GONÇALVES, 2012, p. 48).

A constatação dos elementos da responsabilidade facilita a resolução das lides e a correta aplicação dessa medida, pois um elemento depende do outro, a existência do dano pressupõe que alguém tenha sofrido com o prejuízo, bem como que a conduta que deu causa ao dano seja imputada a alguém, e que esse alguém possua consciência da prática do ato ilícito, ou de violação a dever jurídico e dos possíveis resultados provenientes de sua ação.

A responsabilidade civil subjetiva não se expressa no mundo jurídico pela configuração de apenas um dos elementos supracitados, é indispensável à interação entre eles, pois podem ocorrer inúmeras possibilidades onde um ou outro requisito esteja caracterizado, porém não seja possível a utilização desse instituto. Assim, é possível haver danos sem culpados, haver danos sem lesados, condutas antijurídicas que não sejam ilícitas dentre tantas outras possibilidades.

3.3 Funções da Responsabilidade Civil

A função da responsabilidade civil, Diniz (2010, p. 8-9) se apresenta tanto como uma garantia do direito do lesado à segurança, bem como uma sanção civil, de natureza compensatória, mediante a reparação do dano causado à vítima, punindo o lesante e desestimulando a prática de atos lesivos.

Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 63) com relação às funções da responsabilidade civil preceituam que elas se expressam de três formas: função punitiva do ofensor, função ressarcitória da vítima e pela desmotivação social da conduta lesiva. Pelo

exposto, depreende-se que, essa tríplice classificação se expressa nos imperativos: reparar, punir e educar, assim expõe os autores mencionados:

Na primeira função, encontra-se o objetivo básico e finalidade da reparação civil; retornar as coisas ao status quo ante. Repõe-se o bem perdido diretamente ou, quando não é mais possível tal circunstância, impõe-se o pagamento de um quantum indenizatório, em importância equivalente ao valor do bem material ou compensatório do direito não redutível pecuniariamente. Como uma função secundária em relação a reposição das coisas ao estado em que se encontravam, mas igualmente relevante, está a ideia de punição do ofensor. Embora esta não seja a finalidade básica (admitindo-se, inclusive, a sua não incidência quando possível a restituição integral a situação jurídica anterior), 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. E essa persuasão não se limita a figura do ofensor, acabando por incidir numa terceira função, de cunho socioeducativo, que é a de 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, 2011, p. 63).

Pereira (1998, p. 11) faz as seguintes considerações acerca da responsabilidade civil, na qual “estará presente uma finalidade punitiva ao infrator aliada a uma necessidade que eu designo como pedagógica, a que não é estranha à ideia de garantia para a vítima, e de solidariedade que a sociedade humana lhe deve prestar”.

De tudo que foi explanado, percebe-se que a finalidade primordial visada pela reparação civil é restabelecer a ordem quebrada, pela violação expressa de lei ou de dever jurídico, que culminou em prejuízos a terceiros, todavia, ela não se esgota nesse fim, pois, como é cediço restabelecer os desequilíbrios gerados é questão de justiça, por conseguinte é estar em conformidade com o princípio natural “*neminem laedere*”¹³, ou seja, a ninguém é permitido o direito de causar prejuízos ao outro.

No entanto, a responsabilização vai além, punindo o lesante para que não incida no mesmo erro, pois, nem o direito nem a sociedade compactam com comportamentos adversos a paz social, e ainda assume um caráter pedagógico, em razão, da conduta reprovável não ter ficado impune, pois recebeu o remédio adequado, e assim serviu como exemplo para que as pessoas não incorram no mesmo erro.

A reparação do dano se apresenta em duas vertentes que são: a reconstituição do *status quo* e a indenização, a primeira forma é vista como uma sanção direta, que busca conduzir a vítima a situação anterior a lesão sofrida, porém existem situações que não aceitam essa possibilidade, e é nesse contexto que a indenização se faz necessária, com o propósito de

¹³ A ideia de responsabilidade civil baseia-se no princípio multissecular do *neminem laedere* (a ninguém se deve lesar), que reflete, nada mais e nada a menos, uma das primeiras regras do denominado “direito natural”. (SOUZA, 2003, p.21).

reestabelecer o equilíbrio que foi violado por meio de uma compensação em pecúnia que seja equivalente aos danos sofrido.

3.4 Responsabilidade Civil no Direito de Família

A família tradicional caracterizava-se em um ambiente restrito à autotutela do *pater familiae*, onde a interferência estatal nas suas relações, quando ocorria, era mínima. Além disso, o costume social reinante consistia em não promover demandas contra membros da família, mesmo que estes cometessem atos ilícitos. Neste passo, Baptista (2010, p. 374) assevera:

Até a segunda metade do século XX não se admitia nenhum tipo de indenização por danos causados no interior da família por membro desta contra um outro. O pátrio poder exacerbado, concebido como um conjunto de direitos dos pais sobre os filhos, e a posição de inferioridade que ocupava a mulher casada em relação ao marido, impediam as medidas judiciais de um filho contra o pai, ou da mulher contra o marido.

Um dos principais argumentos que sustentou esse costume foi a repulsa à banalização das relações afetivas, que caso não fosse evitada permitiria que quaisquer demandas familiares, independentes de relevância e motivação, fossem levadas ao judiciário, o que resultaria numa “paralisação do ser humano” pelo temor de que a maioria das atitudes no âmbito familiar fossem interpretadas como ato ilícito e ensejassem a aplicação do dano moral.

Com o desenvolvimento progressivo da sociedade e com o aperfeiçoamento do direito, tanto no ramo da responsabilidade civil, como no ramo das relações familiares a impossibilidade de litigar contra um integrante da mesma família foi superada e o uso da reparação civil nessas relações passou a ser aplicada de forma mais frequente, conforme explica Baptista (2010, p. 374-375):

Hoje desapareceram por completo a antiga concepção da irreparabilidade de danos entre os membros de uma família, e a ideia de que o caráter especialíssimo do direito de família impedia a aplicação das normas da responsabilidade civil. Com o avanço dos novos critérios da responsabilidade civil e a modernização do direito de família decorrente da igualdade dos filhos de qualquer natureza, da igualdade jurídica entre os parceiros em todas as modalidades de família, e do entendimento do poder parental como um conjunto de deveres dos pais em relação aos filhos, e não um complexo de direitos daqueles sobre estes, como se pensava até recentemente - a ciência jurídica concluiu que as normas e princípios da responsabilidade civil se aplicam da mesma maneira ao direito de família, de modo a admitir a sua incidência nas hipóteses de danos materiais ou morais produzidos entre membros de uma mesma família.

Vivencia-se uma perspectiva protecionista voltada para a realização da função social da família, a proteção citada é bem diferente da apregoada pela ordem jurídica anterior, na qual o interesse de manutenção da entidade familiar se sobrepunha aos interesses de seus membros, atualmente é a supremacia da personalidade e a autonomia da pessoa diante de seu grupo familiar que prevalece, portanto injustificável a irreparabilidade de danos, em razão da existência de vínculo familiar. Lôbo (2011, p. 51) descreve:

A responsabilidade na família é pluridimensional e não se esgota nas consequências dos atos do passado, de natureza negativa, que é o campo da responsabilidade civil. Mais importante e desafiadora é a responsabilidade pela promoção dos outros integrantes das relações familiares e pela realização de atos que assegurem as condições de vida digna das atuais e futuras gerações, de natureza positiva. A família, mais que qualquer outro organismo social, carrega consigo o compromisso com o futuro, por ser o mais importante espaço dinâmico de realização existencial da pessoa humana e de integração das gerações.

Da análise exposta pelo autor, depreende-se que a responsabilidade familiar possui uma amplitude maior que a reparação cível e a sua expressão no mundo jurídico não se limita ao inadimplemento de uma obrigação ou violação de uma regra jurídica, na realidade a responsabilidade é intrínseca a entidade familiar, ou seja, nasce com ela e dela não pode se dissociar, assim está vinculada ao fim precípua da família, que é a realização de seus membros.

Se houver dano injusto a algum direito de personalidade ou ofensa a dignidade humana a reparação será devida, e mesmo que haja liame familiar não existe permissivo legal para a prática de dano de um membro da família a outro, pois, como já foi ressaltado é o princípio da dignidade humana o pressuposto fundante de nossa ordem jurídica e é inadmissível qualquer prática atentatória em nome da família a dignidade de um de seus membros.

A responsabilidade civil nas relações familiares geralmente se desdobra na indenização por dano moral, isso em razão da dificuldade de reconstituir o status quo anterior ao dano injusto, devido a complexidade dessas relações. E para arrematar toda e qualquer dúvida acerca da possibilidade de utilização do instituto da responsabilidade civil nas relações familiares, Nancy Andrighi¹⁴ adverte:

Faz-se salutar, inicialmente, antes de se adentrar no mérito propriamente dito, realizar pequena digressão quanto à possibilidade de ser aplicada às relações

¹⁴ Ministra do STJ, excerto retirado do voto do Recurso Especial nº 1150.

intrafamiliares a normatização referente ao dano moral. Muitos, calcados em axiomas que se focam na existência de singularidades na relação familiar – sentimentos e emoções – negam a possibilidade de se indenizar ou compensar os danos decorrentes do descumprimento das obrigações parentais a que estão sujeitos os genitores. Contudo, não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família. Ao revés, os textos legais que regulam a matéria (Art. 5º, V e X da CF e Arts. 186 e 927 do CC) tratam do tema de maneira ampla e irrestrita, de onde é possível se inferir que regulam, inclusive, as relações nascidas dentro de um núcleo familiar, em suas diversas formas. Assim, a questão – que em nada contribui para uma correta aplicação da disciplina relativa ao dano moral- deve ser superada com uma interpretação técnica e sistemática do Direito aplicado à espécie, que não pode deixar de ocorrer, mesmo ante os intrincados meandros das relações familiares. (REsp 1.159.242-SP, Trechos do voto da Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 24/4/2012)

Conforme ressaltou a ministra Nancy Andrighi, não existe impedimento legal que impossibilite o uso da reparação civil no direito de família, muito pelo contrário, as violações de direito de personalidade dentro do ambiente familiar merecem atuação do Direito. Dessa forma, mostra-se possível o seu uso na relação vertical entre pais e filhos, ainda mais, por se tratar de uma relação obrigatória e protegida constitucionalmente. Os pais possuem o dever de resguardar o desenvolvimento saudável de seus filhos, como está previsto no Art. 229 “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores [...]”.

O Direito, no sentido lato, possui o aspecto de interdisciplinaridade, sendo assim, não é estranho que um ramo específico do direito se aproprie de institutos jurídicos de outra seara, em prol da aplicação de medidas eficientes que visem a busca da justiça. A indenização aplicada nas relações familiares representa um desses institutos.

A omissão dos pais em cuidar dos filhos, nos termos legais pré-estabelecidos, mostra-se como uma conduta contrária a ordem jurídica, causadora de danos ao desenvolvimento de crianças e adolescentes, que devem ser reparadas e reprimidas. Diante disso, no capítulo a seguir será analisado como a doutrina, a jurisprudência e a legislação se posicionam acerca da possibilidade da indenização ser utilizada, bem como a sua capacidade em salvaguardar direitos das vítimas em questão.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

As relações jurídicas entre pais e filhos possuem um caráter de obrigatoriedade, a partir do momento que elas nascem não podem ser desfeitas por um ato unilateral de vontade de uma das partes, nesse sentido preceitua Ulhôa (2012, p. 19) “os pais podem escolher ter ou não filhos; quando adotam, podem inclusive escolher o filho que querem. Há, assim, uma certa liberdade; mas uma vez feita a opção pela paternidade ou maternidade, o vínculo durará a vida toda.”

Ainda por cima, a legislação pátria é impositiva quanto aos deveres e direitos dos pais em relação aos filhos, ou seja, o dever de cuidado é um dever objetivo expresso tanto na CF, bem como nas legislações infraconstitucionais e não compactua com afrontas injustificadas e que causem danos a seus descendentes.

Todavia, ainda há a ocorrência de inúmeras transgressões na relação paterno-filial. O abandono afetivo ou moral consiste numa dessas digressões causadora de prejuízos incalculáveis à formação de crianças e adolescentes. Lôbo (2011, p. 313) define:

[...] 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”. Por isso, seria possível considerar a possibilidade da responsabilidade civil, para quem descumpra o múnus inerente ao poder familiar. “Afinal, se uma criança veio ao mundo — desejada ou não, planejada ou não — os pais devem arcar com a responsabilidade que esta escolha (consciente ou não) lhes demanda”.

Para Schreiber (2009, p. 178) o abandono afetivo configura-se quando o pai deixa de dar carinho e atenção ao filho, durante a formação de sua personalidade.

Não basta pagar a pensão alimentícia e fornecer os meios de subsistência dos filhos. Queixam-se estes do descaso, da indiferença e da rejeição dos pais, tendo alguns obtido o reconhecimento judicial do direito à indenização como compensação pelos danos morais, ao fundamento de que a educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, o amor, o carinho, devendo o descaso entre pais e filhos ser punido severamente por constituir abandono moral grave.(GONGALVES, 2010, p. 419)

Em outras palavras, a conduta de abandonar afetivamente um filho não se afasta em razão do genitor assistir o filho no aspecto material, o que ocorre atualmente é uma ideia controversa de desobrigação de conviver com os filhos e lhes prestarem suporte moral, psíquico e afetivo, como se a obrigação de sustento fosse o bastante para suprir todas as necessidades de um filho.

Esse tipo de conduta é prejudicial e recriminada pela sociedade, o abandono afetivo não é um conceito moderno, muito pelo contrário, é fruto da concepção tradicional de família, na qual o principal legado destinado a um filho seria o patrimônio transferido pelos pais, era a preocupação com o ter em detrimento do ser.

Outro aspecto que contribuiu para a ocorrência dessa conduta no seio social foi a discriminação entre filhos, àqueles nascidos fora da relação matrimonial constituidora da família não eram reconhecidos. O direito era omissivo e não se preocupava com esse problema social, o que acabava incentivando essa prática, pois não admitia relações extraconjugais e o não reconhecimento seria um desestimulante de tal conduta.

Sendo assim, até pouco tempo, o abandono nessas situações era aceito e não recriminado juridicamente, pois, a regra era a preservação da instituição “família”, mesmo que, para isso, direitos de personalidade fossem usurpados. Esses aspectos influenciaram o costume do abandono afetivo, e mesmo como todas as mudanças sociais já analisadas e com o reconhecimento de direitos e deveres, ele não deixou de ser praticado no âmbito social.

Atualmente, as legislações que regulam as relações entre pais e filhos se inclinam contrariamente a omissão no dever de cuidado dos pais, expressamente ainda não há lei que regule especificamente essa conduta, mas por inferência dos mandamentos contidos nessas leis, não há dúvidas quanto a desconformidade dessa atitude paterna com o ordenamento jurídico e com a moralidade social.

Suas consequências não se limitam a esfera individual privada, apesar de serem sentidas com maior intensidade, na realidade, são extensíveis a toda sociedade é um fator apto a gerar várias anomalias sociais.

Por isso, antes de tudo, deve-se discorrer acerca da legislação pertinente ao assunto, pois para compreender a ilicitude e gravidade de tal conduta é essencial descobrir os preceitos a que ela se contrapõe e por vezes ofende juridicamente.

4.1 Legislação relacionada ao Abandono Afetivo

O ponto de partida consiste na compreensão da antijuricidade da conduta, mas, antes disso, é imprescindível verificar os mandamentos legais, da qual decorre a inferência de sua ilicitude e a possibilidade de utilizar o instituto da responsabilidade civil, que se expressa pela indenização por danos morais pela dificuldade de se restabelecer o *status quo* na relação entre pais e filhos.

A Convenção sobre os Direitos da Criança fornece fundamentos para a obrigação de se indenizar por abandono afetivo, assim demonstra Bicca (2015, p. 29):

A proteção à criança encontra-se expressa na Convenção sobre o Direito da Criança, aprovada pela Resolução 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, dispondo o Art. 7.1, que “A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles”.

Na Constituição Federal além da proteção da Família há normas fundamentais de proteção à criança, que visam preservar o interesse das mesmas, garantir a convivência com os pais de forma razoável, tal como, têm-se regras referentes ao dever de cuidado dos pais para com seus filhos, assim preceitua o Art. 229 “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores [...]”.

Outra regra constitucional relevante é a que trata da responsabilidade que não é limitada aos genitores, mas é sentida num contexto mais amplo, pois o Estado e a sociedade também são responsáveis por salvaguardar direitos e exigir o cumprimento dos deveres dos pais, e nesse contexto assevera o Art. 227 da Constituição Federal:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
§ 6.º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

O Código Civil ao regulamentar o poder familiar, seu exercício e as possibilidades de perda, insere questões pontuais acerca do tema, elencados nos artigos 1632, 1634, e 1638, que seguem:

Art.. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.
Art. 1.634. Compete aos —, quanto à pessoa dos filhos menores:
I — dirigir-lhes a criação e educação;
II — tê-los em sua companhia e guarda; [...]
Art. 1.638 Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: [...]
II — deixar o filho em abandono; [...]

O poder familiar hoje é compartilhado pelos pais e consiste mais em deveres do que em direitos, afirma Silva (1994 apud ISHIDA, 2010, p.32) “o poder familiar é um feixe de direitos e deveres sob os quais os pais criam, educam e assistem moral e materialmente os filhos menores”. Para Lôbo (2011, p. 295) “[...] o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, ou melhor, ao interesse de sua realização como pessoa em desenvolvimento”.

O abandono a que se refere o legislador é tanto material quanto moral consiste em uma das hipóteses de destituição do poder familiar. É configurado no momento em que os pais deixam de prestar auxílio material e também quando voluntariamente desamparam e não prestam assistência moral no que se refere a criação e educação da sua prole.

Por fim, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe a seguir:

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

Art. 22 Aos pais incube o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores [...] (BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990).

Ante o exposto, o ECA é uma legislação voltada a proteger os interesses de crianças e adolescentes com absoluta prioridade por serem seres humanos em formação, reconhecendo-os como sujeitos de direitos e merecedores de tutela especial, Ishida (2010, p. 6) assevera: “a proteção integral da criança e do adolescente abrange a garantia de todos os seus direitos fundamentais, incluindo a indenização ao dano moral”.

Portanto, a legislação vigente regula o dever de cuidado e traz orientações básicas, nas quais devem se fundar a relação entre pais e filhos, os pais são responsáveis pela existência dos filhos moralmente e juridicamente e isso é inegável.

Depois de relatar as leis referentes aos deveres jurídicos dos pais, passa-se a caracterizar os elementos da responsabilidade civil aplicados ao abandono afetivo, pois o descumprimento das obrigações paternas atinge direitos de personalidade dos filhos e causam prejuízos que atualmente se mostram cada vez mais merecedores de tutela.

4.2 Elementos da responsabilidade civil aplicados ao Abandono Afetivo

Na caracterização dos pressupostos ao dever de indenizar, destaca-se as palavras da Ministra Nancy Andrighi no voto do julgado paradigmático da 3ª Turma do STJ:

É das mais mezinhas lições de Direito, a tríade que configura a responsabilidade civil subjetiva: o dano, a culpa do autor e o nexu causal. Porém, a simples lição ganha contornos extremamente complexos quando se focam as relações familiares, por quanto nessas se entremeiam fatores de alto grau de subjetividades, afetividade, amor, mágoa, entre outros, os quais dificultam, sobre maneira, definir, ou perfeitamente identificar e/ou contatar, os elementos configuradores do dano moral. (REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012)

A conduta antijurídica em questão trata-se da omissão dos pais em cumprir com deveres jurídicos que devem ser praticados em prol do desenvolvimento digno dos filhos, ela pressupõe a comprovação do vínculo que caracterize a relação paterno-filial.

A omissão paterna ou materna deve ser voluntária e consciente, isto é, não se pode atribuir essa conduta antijurídica ao pai que desconhece sua paternidade, assim explica Dias (2010, p. 414) “a única possibilidade de livrar-se o genitor do encargo indenizatório é comprovar que não sabia da existência do filho, o que desconfigura o abandono”.

Dentre os inescusáveis deveres paternos figura o de assistência moral, psíquica e afetiva, e quando os pais ou apenas um deles deixa de exercitar o verdadeiro e mais sublime de todos os sentidos da paternidade, respeitante à interação do convívio e entrosamento entre pai e filho, principalmente quando os pais são separados, ou nas hipóteses de famílias monoparentais, em que um dos ascendentes não assume a relação fática de genitor, preferindo deixar o filho no mais completo abandono, sem exercer o dever de cuidado que tem em relação à sua prole, cuja expressão, no dizer de Leonardo Boff, ‘representa uma atitude de ocupação, preocupação, responsabilização e envolvimento com o outro’; diante do descuido em situações de dependência e carência, o abandono certamente afeta a higidez psíquica do descendente rejeitado. (MADALENO, 2013, p. 382).

O autor descreve os deveres dos pais e que a infringência dos mesmos gera danos que abalam psicologicamente os filhos, destaca-se que todos os deveres mencionados encontram-se expressos na legislação pátria. O pai que se omite na realização de seus deveres jurídicos e causa prejuízos aos filhos possui a obrigação de reparar o dano causado.

[...] cumpre ao juiz analisar se houve ou não violação do dever legal, tomando em consideração fatos tão objetivos quanto possível, como a participação do pai no processo educacional (escolha da escola, reuniões com os professores etc.), frequência das visitas ao filho, pontual pagamento da pensão alimentícia, atividades conjuntas de lazer e assim por diante. O juiz, em sua avaliação, determinará objetivamente se houve ou não violação nos deveres pelo pai [...] (SCHREIBER, 2013, p. 179).

O magistrado ao tentar verificar se os pais incidiram na atitude omissiva, analisam o comportamento paterno perante o filho buscando provas na vida pregressa de ambos os

componentes dessa relação, geralmente colacionadas aos autos pela vítima, pela dificuldade de atuar de ofício e por se tratar da vida privada dos envolvidos.

Existem duas situações mais comuns onde são visualizadas a ocorrência do abandono afetivo, a primeira é quando os genitores estão presentes fisicamente, mas não cumprem as funções que deviam exercer, a segunda, talvez a mais frequente ocorre quando há o rompimento da relação conjugal e a guarda fica com um dos pais e ao outro cabe o direito-dever de visitas. (HIRONAKA, 2006, p. 418).

Não só o genitor que abandona o filho, mas também aquele que oculta do outro a existência do filho, impedindo o estabelecimento do vínculo de paternidade, se sujeita a ser responsabilizado. Tanto sofre dano o filho que não conheceu o pai, como este que, por não saber da existência do filho, ou ter sido dele afastado de forma a não conseguir conviver com o mesmo. A genitora pode ser penalizada por sua postura, e ser condenada a indenizar o pai e o filho por ter ocasionado a ambos dano afetivo. (DIAS, 2010, p. 454)

Diante do exposto, a autora demonstra outra situação que pode caracterizar abandono afetivo passível de indenização por danos morais, que se funda na conduta da genitora que omite do filho e do pai o vínculo paterno filial. “Tal situação ainda nem bem está definida pelo pensamento doutrinário atual, nem se encontra presente no percurso jurisprudencial, com chances de criar uma tendência de encaminhamento”. (HIRONAKA [2006, p. 425).

No entanto, o comportamento dos genitores contrário às legislações já mencionadas deve ser averiguado de forma contundente e no caso concreto, pois, “o abandono do filho pode ocorrer em várias circunstâncias, com intencionalidade ou não. Não se pode julgar todas sob o mesmo estalão”. (LÔBO, 2011, p. 308).

A negligência dos pais em criar, educar, assistir moral e materialmente, ou seja, de prestar o devido cuidado aos filhos, por si só, ainda não justificava a indenização por dano afetivo, apenas constitui o primeiro pressuposto da responsabilidade civil, como salienta Schreiber (2013, p. 179-180):

Constatando-se, ao revés, que o pai violou os deveres de sustento, guarda, companhia, educação ou criação dos filhos menores sua conduta não será merecedora de tutela. Prevalecera o interesse do lesado em toda sua abstrata esfera de proteção. Isso não exclui o dever do autor de demonstrar que tal interesse foi efetivamente afetado, ou seja, que a ausência de sustento, guarda, companhia, criação ou educação afetaram concretamente a formação da sua personalidade. Verificado, entretanto, o dano afetivo, este será ressarcível na presença dos demais elementos de responsabilização.

O dano proveniente do abandono afetivo, influenciado pela tentativa de diminuir o fenômeno da banalização do afeto, se apresenta atualmente pela necessidade de sua comprovação, ou seja, busca-se convencer os magistrados a ponto de não deixar dúvidas acerca dos prejuízos sofridos, assim, a vítima deve utilizar todos os meios de prova possíveis para tal desiderato, Bicca adverte (2015, p. 105):

Deve assim o interessado demonstrar o mais absoluto descaso do (a) genitor (a), o não cumprimento do dever de cuidado e convivência, a ausência em momentos marcantes da vida, tais como comemorações, e negligência com o acompanhamento escolar. É bastante recomendável a juntada de laudos particulares (que poderão ser inclusive confirmados por perícia) de psicólogos e médicos atestando sequelas clínicas e/ou psicológicas decorrentes do abandono. Ressalte-se que pode ainda o autor da ação requerer prova pericial com profissionais especializados aptos a comprovar todas as referidas sequelas. Pode ainda a inicial ser instruída com declarações escolares que comprovem as mais diversas dificuldades enfrentadas por essas crianças abandonadas pelos pais.

Sendo assim, a tradição no direito atual é de que os danos sofridos pelos filhos sejam avaliados a partir das patologias, abalos psicológicos ou por qualquer tipo de sequela que tenha afetado profundamente a suas vidas. Segundo Medina (2002, apud MADALENO, 2013, p. 383) “os expertos em psicologia têm afirmado que o filho abandonado por seu pai sofre trauma e ansiedade, com nefasta repercussão em suas futuras relações, ressentidas de autoconfiança”.

No entanto, existem correntes doutrinárias que defendem a aplicação do dano *in re ipsa*, isto é, aquele relacionado ao próprio ato ofensivo. Que pode ser constatado nas lições de Bicca (2015, p. 46):

O dano *in re ipsa* é aquele que, pela própria dimensão do fato, fica impossível pelo senso comum imaginar que o dano não tenha ocorrido. Sendo assim, a comprovação dos danos morais decorrentes do descumprimento dos deveres familiares não é feito da mesma forma que os danos materiais, pois existe *in re ipsa* e deriva do próprio fato ofensivo. Assim, provado o descumprimento, *ipso facto*, estará demonstrado o dano por sua presunção natural que decorre inclusive das regras da experiência comum. Dessa forma, todo debate processual sobre a comprovação da ocorrência ou não de dano deveria ser absolutamente desnecessário, porque o dano decorre junto do próprio abandono que causa tristeza e sofrimento mais do que óbvio e presumível.

A necessidade de comprovação do dano se afirma na possibilidade de crianças e adolescentes abandonados, pelo pai ou pela mãe, encontrarem em outras pessoas a satisfação dos seus anseios pessoais, a tal ponto que essa ausência não tenha afetado as suas vidas de forma intensa e estes conseguiram crescer de forma sadia. No entanto, conforme o

entendimento que o dano moral é de natureza *in re ipsa*, o fato de o filho ter superado as sequelas do abandono, não implica em afastar a tese de que não houve danos, neste sentido, a Ministra Nancy Andrighi prolatou seu voto no Recurso Especial 1159242:

Aqui, não obstante o desmazelo do pai em relação a sua filha, constado desde o forçado reconhecimento da paternidade – apesar da evidente presunção de sua paternidade - passando pela ausência quase que completa de contato com a filha e coroado com o evidente descompasso de tratamento outorgado aos filhos posteriores, a recorrida logrou superar as vicissitudes e crescer com razoável apuro a ponto de conseguir inserção profissional, constituir família, ter filhos, enfim, conduzir sua vida apesar da negligência paterna. Entretanto, mesmo assim, não se pode negar que tenha havido sofrimento, mágoa e tristeza, e que esses sentimentos ainda persistam por ser considerada filha de segunda classe. Esse sentimento íntimo que a recorrida levará ad perpetuum, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente das omissões do recorrente no exercício do seu dever de cuidado em relação à recorrida e também de suas ações, que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando, o dano *in re ipsa* e traduzindo-se assim, em causa eficiente à compensação. (BRASIL, REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012)

Portanto, passa-se a análise da culpa, que se funda na consciência dos genitores em serem omissos nos cuidados destinados à prole, em regra, eles utilizam-se do fim do vínculo conjugal e da perda da guarda do filho para o guardião para se isentar de responsabilidades, entretanto Screiber acentua (2013, p. 179-180), “o poder familiar do pai separado não se esgota com a separação, salvo no que concerne à guarda, permanecendo os deveres de criação, educação e companhia [...], que não se subsumem na pensão alimentícia”.

A culpa consiste na conduta voluntária e negligente do pai ou da mãe em não conviver com o filho, não participar dos momentos marcantes, não conversar, não educar, não incentivar, não auxiliar nas escolhas de vida e que afetam diretamente no desenvolvimento da sua personalidade. Objetivamente ela se caracteriza pela desobediência aos deveres jurídicos de assistência moral, ou imaterial, relacionados ao poder familiar e aos deveres elencados na CF.

Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 742) destacam que “[...] a culpa, de caráter eventual, compreendida como a violação a um dever jurídico preexistente, notadamente de cuidado” na esfera familiar é essencial na caracterização das situações passíveis de indenização, na comprovação da culpa dos genitores deve ser analisada as razões da omissão, bem como, se há causas justificadoras dessa postura.

[...] o exame de culpabilidade, que se refere às razões desta violação (dos deveres pelo pai) e sua escusabilidade nas circunstâncias concretas, como poderia ocorrer, por exemplo, em caso de prisão de pai, de desconhecimento da existência do filho,

de perda não-intencional de contato com a mãe que detém a guarda da criança, e de outros fatores incomuns nos dramas familiares. (SCHREIBER, 2013, p. 179).

O nexo causal consiste no liame entre a conduta abandonônica do genitor e os danos, o juízo busca entender os aspectos da conduta antijurídica e a relação dela com os principais danos sofridos, pois não se pode associar toda mazela que uma pessoa sofra no decorrer de seu desenvolvimento como resultado da conduta do agente, assim explica Hironaka (2006, p. 428):

Avulta, assim, a importância da perícia a fim de se estabelecer não só a existência do dano, como a sua causa. Necessário, portanto, a fixação, em caráter retrospectivo, da época em que os sintomas do dano sofrido pela criança começaram a se manifestar, pois não se poderá imputar ao pai um dano que tenha se manifestado em época anterior ao abandono, por exemplo, seja este abandono um abandono caracterizado pela ausência física do genitor, seja este abandono um abandono em modalidade presencial, com o mau exercício dos deveres decorrentes da paternidade, ainda que o convívio fosse diuturno.

Identificado os elementos da responsabilidade civil no contexto da conduta omissiva dos genitores percebe-se que eles se configuram perfeitamente e diante das evidências de violações de direito dos filhos menores, estranho é não aceitar a indenização como medida reabilitadora da ordem jurídica quebrada.

4.3 Análise Jurisprudencial e Doutrinária da indenização por Abandono Afetivo

Dentre as fontes do direito, a Jurisprudência é a que oferece maior substrato para a discussão sobre a possibilidade da Indenização por Abandono Afetivo, a maioria dos doutrinadores que tratam do tema utiliza das decisões proferidas nas diversas instâncias para fundamentar seus posicionamentos.

É na análise dos casos concretos pelos magistrados que exsurge no cenário as controvérsias sobre o tema, há tanto entendimentos favoráveis como desfavoráveis. Portanto, é essencial que as bases dessas decisões sejam explanadas.

4.3.1 Posicionamento contrário à indenização por abandono afetivo

As decisões denegatórias da indenização por abandono afetivo possuem como principal argumento a inexistência de norma legal que configure a ilicitude do abandono afetivo segue julgado da 4ª turma do Superior Tribunal de Justiça, que convalidam esse

posicionamento:

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.

(REsp 757.411/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 29/11/2005, DJ 27/03/2006, p. 299)

De acordo com o exposto a citada turma do STJ, entendeu pela impossibilidade da indenização por abandono afetivo, e as justificativas se fundaram tanto na questão de que o judiciário não pode obrigar alguém a amar ou ter afeto pelo outro, como na finalidade pretendida com tal reparação, para o relator não há nenhuma finalidade positiva a ser alcançada.

Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 744) ao analisar as divergências quanto ao afeto ser compreendido ou não como dever jurídico, dispõe que, àqueles contrários a tese fundam-se nos seguintes argumentos:

[...] em síntese, que a sua adoção importaria em uma indevida *monetização do afeto*-, com o desvirtuamento da sua essência, bem como a impossibilidade de se aferir quantidade e qualidade do amor dedicado por alguém a outrem, que deve ser sempre algo natural e espontâneo, e não uma obrigação jurídica, sob controle estatal.

Outra linha de pensamento na qual se alicerçou o provimento do recurso consiste na existência de lei que regule o abandono moral punindo àquele que incorrer na conduta com a perda do poder familiar.

Justificativa simplória, pois a perda do poder familiar entendida como sanção ao genitor negligente, talvez fosse uma pena relevante no contexto da família patriarcal, no entanto, na atualidade mostra-se sem maiores efeitos, pois o pai/mãe que abandonou o filho demonstra desinteresse em exercer o pátrio poder, ou seja, lhe seria mais uma benesse do que um ônus.

Outro ponto levantado pelo nobre julgador foi que o acatamento da responsabilidade civil aplicada ao abandono afetivo só afastaria o pai dos filhos dificultando a retomada do vínculo afetivo.

O julgado do Tribunal do Rio Grande do Sul prolatado nos autos do acórdão da Apelação Cível nº 70026680868, defende a corrente contrária à indenização:

Assim, o mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui, por si, situação capaz de gerar dano moral, nem implica ofensa ao já vulgarizado princípio da dignidade da pessoa humana, que constitui mera variável axiológica, pois constitui antes um fato da vida. O pai pode ser compelido a cumprir com todas as suas obrigações assistenciais e a omissão pode ser suprida com providências de cunho jurisdicional, como por exemplo, ação de alimentos, regulamentação de visitas ou as diversas execuções. Mas não se pode desconhecer que afeto é conquista e reclama reciprocidade, não sendo possível compelir uma pessoa a amar outra. A convivência familiar somente é possível quando existe amor. E amor não pode ser imposto, nem entre os genitores, nem entre pais e filhos (AC n°70026680868/RS, Rel. Liselena Schifino Robles Ribeiro, 7ª Câmara Cível, julgado em 28/03/2012).

De acordo com o entendimento da relatora, o pai que cumpre com as obrigações de assistência material e educacional, mas se afasta afetivamente do filho não incide propriamente numa conduta ilícita, argumenta sobre a impossibilidade de se determinar que o pai ame o filho, mas que ante o não cumprimento das obrigações de sustento e visita pode ser acionado judicialmente para que exerça esses deveres.

Os autores Farias e Rosenvald (2012, p.163) são partidários da tese de não indenizar por abandono afetivo eles utilizam-se dos seguintes argumentos:

A aplicação das regras na responsabilidade civil na seara familiar, portanto, dependerá da ocorrência de um ato ilícito, devidamente comprovado. A simples violação de um dever decorrente de norma de família não é idônea, por si só, para a reparação de um eventual dano[..]. Exatamente por isso, não se pode admitir que a pura e simples violação de *afeto* enseje uma indenização por dano moral. Somente quando uma determinada conduta caracterizar-se como ilícita é que será possível indenizar os danos morais e materiais dela decorrentes. 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. Seria subverter a evolução natural da ciência jurídica, retrocedendo a um período em que o ter valia mais do que o ser.

A argumentação dos autores se sustenta na impossibilidade de se impor sentimentos, que são subjetivos, direcionados a alguém, bem como em determinar a aplicação da responsabilidade civil somente nos casos em que a ilicitude da conduta esteja comprovada, nos termos gerais dos artigos que se referem ao ato ilícito no Código Civil, aqui a violação de deveres familiares concretamente não configura motivo suficiente para a reparabilidade.

Esta pioneira linha de tendência jurisprudencial, todavia, *negatória do direito à reparação por abandono afetivo*, parece passar por um processo de desconstrução _ tendo em vista, em nosso sentir, principalmente, a perspectiva social da responsabilidade [...] (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 750).

Depreende-se que a jurisprudência contrária à concessão de indenização por abandono afetivo tende a diminuir, pois, por tudo que já foi explanado é evidente que o

comportamento de genitores viola a ordem jurídica atual e os fundamentos dessas decisões não trazem motivos razoáveis que impeçam o uso da reparação civil nesses casos.

4.3.2 Posicionamento favorável à indenização por abandono afetivo

O primeiro julgado que aplicou a indenização por abandono afetivo e abriu as portas do judiciário para esse tipo de demanda ocorreu no Rio Grande do Sul, na comarca de Capão da Canoa e foi proferido pelo juiz Mario Romano Maggioni, Lôbo (2011, p. 311) explana os fundamentos da sentença:

[...] juiz condenou em 2003 um pai a pagar igualmente 200 salários mínimos à filha porque “a educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se autoafirme”. A sentença transitou em julgado, por ter havido revelia.

Outra jurisprudência de destaque foi a proferida pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais em 2014, que reformou a sentença do juízo de 1º grau e condenou o pai a reparar, por meio de indenização arbitrada em R\$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais), os danos causados ao filho pelo abandono, segue a ementa do julgado:

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - RELAÇÃO PATERNO-FILIAL - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE – A 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. (TAMG, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível Nº 408.550-5, julgamento em 01/04/2004).

Alguns fundamentos do acordão são demonstrados por Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 744) “a ideia de uma paternidade/maternidade responsável, em que a negativa de afeto, gerando diversas sequelas psicológicas, caracterizaria um ato contrário ao ordenamento jurídico e, por isso, sancionável no campo da responsabilidade”.

Ademais, destaca-se como principal justificativa constante no corpo do acordão o fato da responsabilidade pelo filho não se pautar tão somente no dever de alimentá-lo, mas no fato de possibilitar o desenvolvimento humano dos filhos, fundado no princípio da dignidade humana.

O julgado de maior relevância para a questão abordada neste trabalho trata-se da decisão da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que será citada a seguir, é considerada como a principal fonte de inspiração e fundamentação para as novas demandas sobre o tema,

pois ela considerou a omissão no dever de cuidado dos pais como motivo suficiente para caracterizar o dano moral, e assim permitiu o uso da reparação pecuniária por abandono afetivo.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE [...].

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.

(REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012).

A decisão que concedeu em instância superior a indenização pela omissão ao dever de cuidado dos genitores para com seus filhos, apesar de não ser vinculante, traçou novo direcionamento para as decisões nas diversas instâncias jurídicas, por permitir um novo posicionamento que demonstra “sendo plenamente possível a compensação por danos morais decorrentes de abandono afetivo e falta de cuidado com a prole”. (BICCA, 2015, p. 81)

A relatora no voto que compõe o Recurso Especial¹⁵ refutou os argumentos que as correntes contrárias utilizam para inadmitir a indenização por abandono afetivo. Ela destaca que a assistência psicológica dos filhos pelos genitores é obrigação inescapável. Outro argumento basilar para a decisão e no qual se funda a presente pesquisa é a identificação do objeto de violação do abandono afetivo e a ministra é incisiva em afirmar que a violação consiste no dever de cuidado que os pais devem exercer em prol dos filhos.

O dever de cuidado conforme ela expõe é responsabilizar-se pela criação, educação e companhia e na sua violação nasce a obrigação de compensar o mal postergado ao filho, pela via da indenização pelo dano moral, assim não deixa dúvidas que essa violação fere uma imposição legal, como se vê a seguir:

Essa percepção do cuidado como tendo valor jurídico já foi, inclusive, incorporada no ordenamento jurídico nacional, não com essa expressão, mas com locuções e

¹⁵ REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012

termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do Art. 227 da Constituição Federal de 1988.

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: o cuidado é fundamental para a transformação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar. Negar ao cuidado o status de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e ao adolescente, cristalizada, na parte final do dispositivo citado: “(...) além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (...)”.

Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empeco sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar.

Aqui não se fala ou discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. (REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012)

Depreende-se que a amar e cuidar deveriam andar juntos, mas a ausência de amor pela prole não isenta os pais do dever de cuidado, pois adquirem responsabilidade quando escolhem por livre e espontânea vontade gerar ou adotar filhos, e mesmo que um filho seja fruto de uma relação eventual, esse fato, não desobriga pai ou mãe algum pela sua irresponsabilidade e inconseqüência. Como brilhantemente preleciona Nancy Andrigli “Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever”. Shreiber (2011, p.178-179), traz importante consideração:

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, neste sentido, pode-se concluir pelo seu merecimento de tutela, em abstrato.

Ainda é importante destacar qual a compreensão da relatora acerca da objetividade do dever de cuidado, ela ressalta que a sua expressão acontece por meio de ações concretas “presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos _quando existirem_, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas a apreciação do julgador, pelas partes”. (REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012).

É importante salientar que as decisões que tratam desse tema não podem ser desarrazoadas, sob o risco de colocar em cheque o princípio da segurança jurídica, a interferência na vida privada só pode ser aceita sob o manto de salvaguardar direitos essenciais.

A desconsideração da criança e do adolescente no âmbito de suas relações, ao lhes criar inegáveis deficiências afetivas, traumas e agravos morais, cujo peso se acentua no rastro do gradual desenvolvimento mental, físico e social do filho, que assim padece com o injusto repúdio público que lhe faz o pai, deve gerar, inescusavelmente, o direito à integral reparação do agravo moral sofrido pela negativa paterna do direito que tem o filho à sadia convivência e referência parental, privando o descendente de um espelho que deveria seguir e amar. (MADALENO, 2013, p. 384)

4.4 Efeitos da indenização por dano moral no Abandono Afetivo

A principal função da indenização por danos morais consiste na compensatória, todavia ela possui outras duas decorrentes que são: a função sancionatória e a função pedagógica.

É imprescindível que o tema seja analisado pelos seus efeitos, que ultrapassam a esfera privada e refletem na sociedade como observa DIAS (2010, p. 454-455):

Imperioso reconhecer o caráter didático dessa nova orientação, despertando a atenção para o significado do convívio entre pais e filhos. Mesmo que os genitores estejam separados; a necessidade afetiva passou a ser reconhecida como bem diretamente tutelado. A indenização por abandono afetivo poderá converter-se em instrumento de extrema relevância e importância para a configuração de um direito das famílias mais consentâneo com a contemporaneidade, podendo desempenhar papel pedagógico no seio das relações familiares.

Ambas estão relacionadas entre si, a indenização por danos morais por abandono afetivo primeiramente tem o condão de amenizar os danos sofridos através de reparação em dinheiro, em relação a aplicação da indenização aos pais que abandonam os filhos explica Bicca (2015, p.111) “[...] defendo [...] severas condenações [...] pois, de alguma maneira, podem minimizar o intenso sofrimento dessas vítimas, dando a elas ao menos que a sensação que o choro silencioso que durou anos fora ouvido por alguém”.

A função sancionatória além de se fundar na ideia de que o ato ilícito não ficou impune reflete na esfera econômica daqueles que foram omissos em relação aos seus descendentes de 1º grau, pois eles racionalizam e internalizam os custos dos danos que causaram, assim a tendência é que haja um desestímulo em reincidir na omissão. Interessante colocação faz Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 737):

Logicamente, dinheiro nenhum efetivamente compensará a ausência, a frieza, o desprezo de um pai ou de uma mãe por seu filho, ao longo da vida. Mas é preciso se compreender que a fixação dessa indenização tem um acentuado e necessário caráter punitivo e pedagógico, na perspectiva da função social da responsabilidade civil,

para que não se consagre o paradoxo de se impor ao pai ou a mãe responsável por esse grave comportamento danoso (jurídico e espiritual), simplesmente, a ‘perda do poder familiar’, pois, se assim o for, para o genitor que o realiza, essa suposta sanção repercutiria como um verdadeiro favor.

O efeito pedagógico se confirma na expressão da punição exemplar, ou seja, a sociedade no momento que acompanha o tratamento repressor dado pelo direito e pelo Estado a essas omissões paternas direcionadas aos filhos internaliza o valor do bem jurídico tutelado e passa a exigir a punição àqueles que renegam a prole: amor, assistência imaterial, educação, companhia, entre outros aspectos próprios da convivência familiar, isso gera reflexão e mudanças comportamentais, nesse sentido preceitua DIAS (2010, p.455):

Claro que o relacionamento mantido sob pena de prejuízo financeiro não é a forma mais correta de se estabelecer um vínculo afetivo. Ainda assim, mesmo que o pai só visite o filho por medo de ser condenado a pagar uma indenização, isso é melhor do que gerar no filho o sentimento de abandono, Ora, se os pais não conseguem dimensionar a necessidade de amar e conviver com os filhos que não pediram para nascer, imperioso que a justiça imponha coativamente essa obrigação. Dessa forma o dano à dignidade humana do filho em estágio de formação deve ser passível de reparação material, não apenas para que os deveres parentais deliberadamente omitidos não fiquem impunes, mas, principalmente, para que, no futuro, 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.

A responsabilidade civil aplicada ao abandono paterno ou materno proporciona uma reflexão quanto às consequências dessa atitude tanto no seio familiar quanto na sociedade que implica muitas das vezes em efeitos maléficos como a delinquência infanto-juvenil. Bicca (2015, p.120) assevera:

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 e 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.

Portanto, a aplicação desse instituto proporciona o respeito e a valorização das relações afetivas entre pais e filhos, a consolidação das máximas constitucionais na proteção de crianças e adolescentes. A indenização mostra-se como instrumento viável, tanto para minimizar os efeitos dos danos causados, como para promover justiça e redirecionar o comportamento dos indivíduos, no que diz respeito à maternidade e paternidade responsável.

4.5 Novas tendências legislativas e a configuração do Abandono Afetivo como ato ilícito

A configuração do Abandono Afetivo como conduta antijurídica decorre da infligência dos deveres do poder familiar, portanto inferimos a sua ilicitude da quebra do dever de cuidado dos genitores para com seus filhos, no qual o cuidado é um bem juridicamente tutelado pela Constituição Federal.

No entanto, o abandono afetivo dos filhos pelos pais não está tipificado como conduta ilícita nem na Constituição Federal, tampouco no Estatuto da Criança e do Adolescente e muito menos no Código Civil, a ausência dessa caracterização é utilizada como “brecha” pelas correntes que defendem a impossibilidade de se indenizar por dano moral a referida conduta, alegam que não há ilicitude, pois não há norma legal que a caracterize desse modo.

Todavia, as novas perspectivas legislativas que se apresentam na atualidade possuem como escopo tirar do limbo jurídico essa atitude costumeira de alguns genitores e tipificar a sua ilicitude, rechaçando de vez com o argumento da ausência de legislação específica que permita o uso do dano moral. Assim, temos os ensinamentos do advogado Bicca (2015, p. 96):

Sendo assim, tudo indica que ocorrerá, em breve, previsão legal específica sobre abandono afetivo, que seria definitivamente considerado conduta ilícita sujeita a reparação de danos, colocando um ponto final a qualquer tipo de interpretação contrária ao tema que porventura possa ainda existir.

No Congresso Nacional tramitam três projetos de lei que pretendem normatizar a antijuridicidade do Abandono Afetivo, são eles: o Projeto de Lei nº4294/2008 proposto pelo Deputado Federal Carlos Bezerra, o Projeto de Lei do Senado nº 700/2007 de autoria do Senador Marcelo Crivella e o Projeto de Lei do Senado 470/2013 que se refere à instituição do Estatuto das Famílias.

O Projeto de Lei nº4294/2008 objetiva acrescentar um parágrafo único¹⁶ ao art. 1632¹⁷ do Código Civil, o artigo faz referência ao término das relações conjugais demonstrando que este só é permitido entre os casais e não deve se estender aos filhos, a

¹⁶ Art. 2º O artigo 1632 da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002- Código Civil- passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único;

Parágrafo único: O abandono afetivo sujeita os pais ao pagamento de indenização por dano moral. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, PL 4294/2008, 2015).

¹⁷ Art.1632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

proposta de inserção desse parágrafo é recriminar o abandono afetivo injustificado pelos pais asseverando que se incorrerem nesse tipo de conduta se sujeitarão a pagamento de indenização por dano moral aos filhos.

No corpo do citado projeto de lei o deputado Bezerra ressalta a relevância dessa inclusão e as justificativas para tanto, como veremos a seguir da citação retirada da recente obra de Bicca (2015, p. 118):

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 o 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 mínimos 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.

Em suma, observamos que a alteração legislativa desejada visa atender o clamor social de inúmeras crianças e adolescentes que foram abandonadas e que tiveram uma infinidade de direitos usurpados, bem como não permitir mais dúvidas quanto à possibilidade da reparação indenizatória nos casos de omissão parental.

Outra alteração legislativa de grande importância é a sugerida pelo Projeto de Lei do Senado de autoria do Senador Marcelo Crivella que pretende adicionar ao art. 5^o¹⁸ do Estatuto da Criança e do Adolescente um parágrafo que caracteriza o abandono moral como conduta ilícita, assim segue a redação contida no Projeto de Lei 700/2007:

Paragrafo único. Considera-se conduta ilícita, sujeita a reparação de danos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, a ação ou omissão que ofenda direito fundamental de criança ou adolescente previsto nesta Lei, incluindo os casos de abandono moral. (SENADO FEDERAL, 2015).

Observamos que o mandamento contido no Art.5^o do ECA é direcionado a todos indistintamente, ou seja, não é permitido a ninguém afrontar direitos fundamentais de crianças e adolescentes, o legislador ao acrescentar o abandono moral, em regra, conduta típica dos responsáveis legais que devem prestar o devido cuidado a sua prole, entende pela intolerância

¹⁸ Art.5^o Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

a esse tipo de conduta no seio familiar, pois este é o ambiente que deve assegurar antes de qualquer outro a dignidade dos seus membros, com primazia àqueles que estão em formação.

Salutar trazer os fundamentos que apregoam a modificação desse artigo, como bem expressa o autor desse projeto o Senador Marcelo Crivella:

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 (SENADO FEDERAL, 2015).

Ainda temos o Projeto de Lei do Senado, que tem por finalidade instituir o Estatuto das Famílias, diferentemente dos projetos citados ele não tem a pretensão de alterar nenhuma legislação vigente, na realidade, surge com o propósito de estabelecer regras que disciplinem, orientem e protejam as relações de família com todas as suas particularidades na época presente. Assim preceitua Bicca (2015, p. 100) “o estatuto propõe modernizar o entendimento sobre direitos e garantias fundamentais aplicados ao Direito das Famílias, com avançadas reflexões e contribuição do IBDFAM”.

O projeto do Estatuto da Família não poderia deixar de disciplinar assunto de tamanha consideração tanto para as famílias brasileiras como para a própria sociedade, dessa forma, reservou dois artigos para regulamentar a ilicitude do abandono afetivo, conceituá-lo e esclarecer no que consiste a assistência afetiva, como segue adiante:

Art. 108. Considera-se conduta ilícita o abandono afetivo, assim entendido a ação ou omissão que ofenda direito fundamental da criança ou adolescente.

Art. 109. Compete aos pais, além de zelar pelos direitos estabelecidos em lei especial de proteção a criança e ao adolescente, prestar-lhes assistência afetiva, que permita o acompanhamento da formação da pessoa em desenvolvimento.

Parágrafo único. Compreende-se por assistência afetiva:

I – orientação quanto às principais escolhas e oportunidades profissionais, educacionais e culturais;

II – solidariedade e apoio nos momentos de necessidade ou dificuldade;

III – cuidado, responsabilização e envolvimento com o filho. (SENADO FEDERAL, 2015).

E nessa direção andou o IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família) ao elaborar o Estatuto das Famílias, cujo escopo é justamente o de construir uma legislação mais adequada às necessidades e à realidade da sociedade contemporânea. (MADALENO, 2013, p. 37).

A justificação dada pela Senadora Lídice da Mata e Souza, autora do projeto, para que esses artigos componham o Estatuto da Família se alicerçam nos preceitos constitucionais de prioridade absoluta, convivência familiar e paternidade responsável, desde modo esclarece que:

A absoluta prioridade ao convívio familiar assegurada a crianças e adolescentes dispõe de respaldo constitucional, consubstanciada no princípio da paternidade responsável (Constituição Federal de 1988, 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. (SENADO FEDERAL, 2015).

Portanto, os legisladores reconhecem a importância em tutelar expressamente o direito de crianças e adolescentes que são abandonadas afetivamente pelos pais, os referidos projetos se aprovados irão suplantar todas as dúvidas a respeito da ilicitude de tal conduta, bem como, sobre as controvérsias acerca da responsabilização daqueles que violarem o dever de cuidado.

5 CONCLUSÃO

No presente estudo, demonstrou-se primeiramente aspectos gerais da família. Historicamente nunca existiu um modelo único de família e sim uma pluralidade de modelos, outro aspecto relevante é que a família é a base do Estado.

Concluiu-se por meio de uma análise funcional que a família originariamente concentrava várias funções, no entanto à medida que a sociedade foi se tornando mais complexa, ela foi absorvendo algumas dessas funções, sobrando para a instituição familiar às funções biológica e afetiva, aquela é inerente a família no seu aspecto natural esta é a vocação para qual está predestinada.

A família brasileira antes da Constituição Federal se desenvolveu em premissas básicas originárias da civilização europeia, em razão da colonização, são elas o matrimônio e a indissolubilidade do casamento, a família só existia juridicamente se fosse proveniente da instituição do casamento, e, por conseguinte, as relações familiares só eram aceitas a partir dele, assim se consolidou em um modelo tradicional que possuía como características o patriarcalismo, o patrimonialismo, era concebida como unidade de produção e reprodução.

No entanto, começaram a ocorrer mudanças de paradigmas na sociedade e as desigualdades entre os componentes da instituição familiar começaram a diminuir, filhos e mulheres começavam a serem vistos como sujeitos detentores de direitos, relações marginalizadas passavam a ganhar expressão, as previsões do código vigente a época já não atendiam aos anseios dessa nova ordem social que estava a emergir e a legislação esparsa se encarregou de tentar suprir as lacunas, porém o clamor por uma reorganização do Direito Civil era latente.

A Carta Fundamental de 1988 permitiu uma nova perspectiva ao Direito de Família, pois ela foi responsável pela cisão com o modelo patriarcal, permitiu o processo de sistematização das normas civilistas, bem como introduziu valores essenciais as novas configurações de família.

A nova ordem jurídica constitucional funda-se em princípios estruturantes, essenciais para a manutenção do sistema jurídico, e alguns desses princípios constitucionais foram responsáveis por modificações no seio familiar, assim passou-se a análise àqueles que possuem relação direta com o tema.

Constatou-se que o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da solidariedade, princípio da igualdade, princípio da afetividade, princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, e o princípio da paternidade/maternidade responsável são os

sustentáculos das decisões que concedem a indenização por abandono afetivo e os principais responsáveis pela quebra do paradigma da intangibilidade do seio familiar.

Da análise do conceito de família, verificou-se que em nada se confunde com o modelo anterior, atualmente funda-se essencialmente na dignidade de seus membros e na afetividade, existem varias concepções de família, a regra é a pluralidade de famílias, onde todas merecem tutela por parte do Estado. Outro aspecto, essencial é a função social que a ela possui atualmente, ou seja, é compreendida como local de realização da afetividade e de desenvolvimento digno dos seus componentes.

Observou-se que a orientação do sistema jurídico brasileiro consiste na proteção da família e dos direitos de seus membros, sendo assim quem ofende bens juridicamente tutelados deve ser punido na esfera específica e conforme a ilicitude cometida.

Assim o instituto da Responsabilidade Civil mostrou-se como medida capaz de efetivar justiça frente a essas violações. Em suma a responsabilidade civil decorre da violação de uma regra ou de um dever jurídico que cause dano a alguém. Para sua compreensão verificou-se os pressupostos essenciais para sua expressão no mundo jurídico, que ganhou maior notoriedade com o permissivo constitucional da indenização por danos exclusivamente morais que atentem contra direitos de personalidade.

Diante disso, verificou-se que a responsabilidade subjetiva é a que abrange o tema em questão e que é essencial a configuração da conduta antijurídica omissiva, ou seja, o não fazer que deveria ter sido realizado, sendo que essa omissão tem que ser voluntária e consciente, os danos devem decorrer da ação antijurídica e por meio do nexos causal, onde constata-se essa ligação de causa e consequência.

Como bem exposto, a responsabilidade civil tem como funções: a função ressarcitória, sancionatória e pedagógica, esclareceu que a função primordial é a de reparar os danos causados, que podem ocorrer tanto pelo restabelecimento do status quo como por meio de indenização. As outras são extensões e seus efeitos são sentidos no contexto social, pois além de punir ensinam pelo exemplo.

Verificou-se que não existe regra proibindo o uso da responsabilidade civil no Direito de Família e que essa interdisciplinaridade tanto é possível como recomendável, e essa possibilidade se estende às relações entre pais e filhos, caso seja, constatada violação de regra ou de deveres jurídicos.

O abandono afetivo configura-se como ausência de assistência imaterial dos filhos pelo pai, a discussão não gira em torno da assistência material (sustento e educação no sentido

estrito...), a caracterização da ilicitude do abandono afetivo decorre da violação do dever de cuidado dos pais perante a sua prole.

O principal questionamento desse tema gira em torno da ilicitude dessa conduta, pois ainda não há previsão expressa que assevere que é proibido abandonar afetivamente o filho, no entanto a maioria dos doutrinadores e dos magistrados que defendem o uso dessa medida nos casos de omissão dos pais nos deveres que devem prestar aos filhos, afirmam que ela decorre da violação das normas vigentes que tratam do dever de cuidado dos pais (criar, educar e assistir).

Importante ressaltar que a situação mais comum onde ocorre violação dos deveres de cuidado, é no rompimento do vínculo conjugal, quando um dos genitores fica com a guarda dos filhos e o outro exerce o direito-dever de visitas, explanou-se outras possibilidades, no entanto essa é a mais corriqueira.

Para reconhecer o abandono afetivo como ato ilícito, primeiramente realizou-se uma verificação dos dispositivos legais que impõe o dever de cuidado aos genitores. A Convenção da Criança e do adolescente dispõe que os filhos possuem o direito de conhecer e ser cuidada pelos pais. A Constituição Federal reconhece que aos pais cabe o dever de criar, educar e assistir os filhos e ainda o dever de salvaguardar direitos básicos da prole, bem como assegurar a convivência familiar e colocá-los a salvo de qualquer negligência.

Estranho acreditar que a omissão dos pais na prestação do dever de cuidado aos filhos, que por vezes se reveste da mais pura negligência, não constitui ato ilícito porque não existe norma cogente que classifique a sua antijuricidade, se expressamente a Constituição descreve que aos pais compete deixar os filhos à salvo de negligência como pode-se compactuar com que eles sejam negligentes com os próprios filhos, um tanto quanto incoerente.

O Código Civil também elenca deveres aos pais e estes se expressam na regulação do poder familiar onde destinam aos pais deveres de criação e de educação dos filhos, bem como disciplina, que na incidência do abandono tanto material como imaterial os genitores perderão o pátrio poder, o ECA igualmente regula deveres aos pais, uma legislação especial voltada a preservar a dignidade de crianças e adolescentes com absoluta prioridade, utiliza-se da máxima de permitir o pleno desenvolvimento dessas faixas etárias.

Portanto, ante todas as disposições legais expostas a objetividade está configurada, o conjunto de normas protecionistas dos filhos menores não deixa margem para interpretações subjetivas. Constatada que há possibilidade de um enquadramento legal à

conduta de abandonar um filho e a sua ilicitude consiste especificamente na violação de um bem juridicamente tutelado “O cuidado”.

Pela análise dos elementos subjetivos da responsabilidade civil aplicados a conduta “abandônica” evidenciou-se a sua ilicitude, ela consiste na omissão do dever de cuidado dos pais, voluntária e consciente, onde os danos acarretam prejuízos a vida de criança e adolescentes, o direito pátrio adota a necessidade de que eles sejam devidamente comprovados pelas vítimas acentuando a ausência dos pais em datas marcantes e na assistência imaterial dos filhos, utiliza-se todos os meios de prova possíveis para revelar as consequências nefastas advindas de tal conduta.

Conforme a análise doutrinária e judicial exposta, às controvérsias quanto ao uso do tema ainda são perceptíveis, a corrente que se posiciona contra a indenização por abandono afetivo justifica sua impossibilidade pela monetarização do amor, onde essa indenização não resolveria o problema e só afastaria mais ainda os pais, e pela falta de norma específica que seja capaz de caracterizar a sua ilicitude.

A corrente favorável se funda na celebre frase da Ministra Nancy Andrighi, que coloca que “amar é faculdade, cuidar é dever”, a transgressão no dever de cuidado é que justifica as indenizações por abandono afetivo, que fere direitos de personalidade desses vulneráveis que estão em formação.

A indenização pleiteada pelos danos decorrentes da conduta omissiva dos pais, além de atender a função compensatória e tentar minimizar o sofrimento experimentado por filhos abandonados imaterialmente, tem importante papel sancionatório e pedagógico, pois o bem juridicamente tutelado em questão, não é um desejo utópico do legislador e sim um valor jurídico exigido pela sociedade.

E por fim, as propostas legislativas que estão em tramitação no Senado se aprovadas irão sepultar os fundamentos da vertente denegatória de indenização por danos morais pelo abandono afetivo de filhos, assim estabelecendo que essa atitude omissiva dos pais é ato ilícito e merecedora de tutela ampla e irrestrita.

REFERÊNCIA

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. [S.I]: Malheiros LTDA, 2006. p. 85-93.
- BAPTISTA, Silvio Neves (Coord.). O dano e a responsabilidade civil no direito de família. In_ **Manual de direito de família**. 2. ed. Recife: Edições Bagaço, 2010. p. 371-381.
- BICCA, Charles. **Abandono afetivo: o dever de cuidado e responsabilidade civil por abandono de filhos**. Brasília: OWL, 2015. p. 183.
- BRAGA, Higo Henrique Pereira. Direito das famílias. In: BAPTISTA, Silvio Neves (Coord.). **Manual de direito de família**. 2. ed. Recife: Edições Bagaço, 2010. p. 12-
- BRASIL, Constituição 1988. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 7 Jun. 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.159.242/SP, da 3ª Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 24 de abril de 2012. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 05/05/2015.
- CAVALIERE FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 2-15.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 58-455.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 25. ed. São Pulo: Saraiva, 2010. p. 4-61
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FARIAS Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 4. ed. [S.I], 2012.
- FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 12 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 205.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direitos de família, as famílias em perspectiva constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 6.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil.** 9 ed. São Pulo: Saraiva, 2011. v. 3.

GARCIA, Maria. **Limites da ciência:** a dignidade da pessoa humana, a ética da responsabilidade. São Paulo: RT, 2004. p. 207.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro.** 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6.

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

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, Elementos e Limites do Dever de Indenizar por Abandono Afetivo. In: SILVA, Tânia da Silva Pereira; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais.** Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 418-432.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente:** doutrina e jurisprudência. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1165-1166.

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

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família.** 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 382.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Ensaio sobre a responsabilidade civil extracontratual do estado. In: NERY, Rosa Maria De Andrade (Coord.). **Responsabilidade Civil:** estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009. p. 448-575.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil.** 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 11-12.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2013.
SOUZA, Sergio Iglesias Nunes. **Responsabilidade civil por danos à personalidade**.
Barueri/SP: Manole, 2002. p. 21.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso especial 757.411/MG. Relator ministro
Fernando Gonçalves. DJ: 27/03/2006.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Florence, 2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível nº70026680868.
Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro. Data de Julgamento: 28/03/2012, 7ª Câmara Cível.
Disponível em <http://tj-rs.jusbrasil.com.br>. Acesso em 05/05/2015

Tribunal de Alçada de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 408.550-5**, da 7ª Câmara Cível.
Relator: Des. Unias Silva. Julgado em 01 de abril de 2004. Disponível em:
<<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 01 jul. 2015

ULHÔA, Fábio. **Curso de Direito Civil: famílias, sucessões**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.