

CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS - CESREI
FACULDADE REINALDO RAMOS - FARR
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

ANTONIANA MARIA DA SILVA

INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO PATERNO-FILIAL

CAMPINA GRANDE – PB
2018

ANTONIANA MARIA DA SILVA

INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO PATERNO-FILIAL

Trabalho Monográfico apresentado à Coordenação do Curso de Direito da Faculdade Reinaldo Ramos – FARR, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela referida instituição.

Orientadora: Renata M. B. Sobral Soares.

CAMPINA GRANDE – PB
2018

S586i Silva, Antoniana Maria da.
Indenização por abandono afetivo paterno-filial / Antoniana Maria da
Silva. – Campina Grande, 2018.
69 f.

Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Reinaldo Ramos-
FAAR, Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI, 2018.
"Orientação: Profa. Ma. Renata Maria B. Sobral Soares".

1. Direito de Família - Brasil. 2. Abandono Afetivo Paterno –
Indenização. 3. Dano Psíquico - Abandono Afetivo Paterno. I. Soares,
Renata Maria B. Sobral. II. Título.

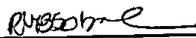
CDU 347.61(81) (043)

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECÁRIA SEVERINA SUELI DA SILVA OLIVEIRA CRB-15/225

ANTONIANA MARIA DA SILVA
INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO PATERNO-FILIAL

Aprovada em: 13 de dezembro de 2018.

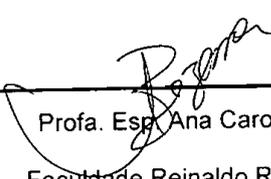
BANCA EXAMINADORA



Profa. Ms. Renata Maria Brasileiro Sobral

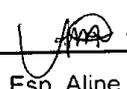
Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(Orientador)


Profa. Esp. Ana Caroline Câmara Bezerra

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(1º Examinador)


Profa. Esp. Aline Medeiros Almeida

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(2º Examinador)

À minha filha Isabella Silva, fonte de inspiração para o tema.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Deus, a luz magnífica que ilumina o meu caminho e que todos os dias me dá a oportunidade de enxergar um novo amanhã. À minha orientadora, Renata M.B Sobral por toda a disponibilidade e boa vontade em ajudar. A meu amor e companheiro Jordão Salviano, que me incentivou a adentrar no universo das ciências jurídicas e que desde então me apoiou em todas as minhas dificuldades, sempre acreditou que eu chegaria até aqui. À minha filha Isabella, pois tudo foi por ela e pra ela!!! À minha família, em especial aos meus pais, que sabiamente me ensinaram que a maior herança que se pode legar é o conhecimento, pois este ninguém há de roubar, nem há preço que possa pagar. À minha irmã Aponira Farias, que sempre me incentivou a estudar, sendo para mim um exemplo e que muito me ajudou neste trabalho com seus conhecimentos acadêmicos na área da psicologia. Aos meus amigos queridos, antigos e recentes, próximos e distantes, por toda ajuda e apoio moral. Ao apoio institucional da Faculdade Reinaldo Ramos e de seus colaboradores. Aos excelentes professores que tive a honra de conhecer e absorver o melhor do Direito. A todos o meu muito obrigada!!!

*“Era uma moça meiga que só queria conhecer o pai;
Querida apenas um abraço, nada demais;
Em vez disso, encontrou desprezo, descaso (...)
Tal menina, antes cheia de amor e esperança, virou mulher;
Guarda em suas memórias e lembranças a tristeza de amar quem não a quer;
Ouvira por toda a vida que o maior amor do mundo é o amor dos pais;
Só queria este amor para sentir, amor de verdade, amor que não trai;
Infelizmente, porém, teve exatamente o oposto;
Teve alguém que a quis ver pelas costas, com desprezo e desgosto;
Fico triste por esta menina, porém, fico mais triste ainda por este homem e sua
eterna sina;
Ser pai é o maior presente da vida e disso não posso duvidar;
Mal sabe este homem a benção que a vida lhe deu e está deixando passar;
Perde a maior dádiva de viver, que é dar a vida à alguém e ensinar o que é amar
(...)”.*

Juiz Evaldo Dantas Segundo.

RESUMO

O abandono afetivo paterno-filial vem sendo alvo de discussão nos tribunais brasileiros em virtude da demanda dos pedidos de indenização por abandono afetivo, trazendo a possibilidade de responsabilização dos pais pela ausência afetiva dada aos seus filhos. Nesse sentido, o instituto da responsabilidade civil adentra na esfera do Direito de Família e utiliza seus elementos como método de análise para o cabimento dos pedidos. Nesse contexto, é importante a interdisciplinaridade e a utilização das outras ciências como aliadas na solução de conflitos que envolvem a relação de abandono paterno. Uma delas é a psicanálise, bastante utilizada para identificação e tratamento dos danos sofridos pelo filho afetivamente abandonado, respaldando tecnicamente a indenização do dano por abandono paterno-filial. O objetivo dessa pesquisa é elencar os diferentes posicionamentos quanto ao cabimento da indenização por abandono afetivo a partir das abordagens que trazem a indenização pecuniária como uma forma de reparação nos mais variados casos e situações, bem como estimular a reflexão acerca do cabimento da indenização em casos de abandono afetivo. Para tal foi realizada pesquisa bibliográfica qualitativa, a partir da bibliografia e da legislação sobre o tema. É apresentado nesse estudo, as decisões dos tribunais em casos concretos, as quais se contrapõem, sendo analisadas as justificativas por parte dos julgadores para cada decisão. Além disso, o referido trabalho apresenta qual o posicionamento dos tribunais em relação ao tema e expõe os projetos de lei que tramitam na Câmara e no Senado. Para tanto, foram utilizados Códigos, artigos, livros de áreas específicas como direito e psicologia, assim como recursos jurídicos, como apelação e recurso especial que tratam da propositura de ações de indenização por abandono afetivo. Verificou-se que no judiciário, apesar dos reiterados casos já julgados, ainda não há um consenso sobre o tema. O sistema judiciário tem de agir de forma incisiva para tentar inibir o abandono afetivo por parte dos pais em relação aos filhos, levando em consideração a importância do afeto na formação da personalidade e os danos causados por sua ausência, de forma a enxergar o afeto como bem jurídico. Nesse contexto, é preciso aprofundamento sobre as questões levantadas, inclusive para adequar a legislação à essa realidade, tentando uniformizar as decisões a respeito do tema, sempre visando o melhor para a criança.

Palavras-chave: Abandono afetivo paterno-filial. Responsabilidade civil. Dano psíquico. Legislação brasileira. Direito de Família.

ABSTRACT

The abandonment of paternal-filial affection has been the subject of discussion in the Brazilian courts due to the demand for compensation for affective abandonment, bringing the possibility of parental responsibility for the affective absence given to their children. In this sense, the civil liability institute enters the sphere of Family Law and uses its elements as a method of analysis for the ordering. In this context, it is important the interdisciplinarity and the use of other sciences as allies in the solution of conflicts that involve the relation of paternal abandonment. One of them is psychoanalysis, which is widely used to identify and treat the damages suffered by the affectionately abandoned child, technically supporting the indemnification of the damage caused by parental abandonment. The purpose of this research is to list the different positions regarding the assignment of compensation for affective abandonment from the approaches that bring pecuniary compensation as a form of reparation in the most varied cases and situations, as well as stimulating the reflection about the adequacy of compensation in cases of affective abandonment. For this, a qualitative bibliographical research was carried out, based on bibliography and legislation on the subject. It is presented in this study, the decisions of the courts in concrete cases, which are opposed, being analyzed the justification by the judges for each decision. In addition, this paper presents the position of the courts in relation to the topic and exposes the bills that are passed in the Chamber and the Senate. For that, Codes, articles, books of specific areas such as law and psychology were used, as well as legal resources, such as appeal and special appeal that deal with the filing of compensation actions for affective abandonment. It was found that in the judiciary, despite repeated cases already tried, there is still no consensus on the subject. The judicial system must act incisively to try to inhibit the affective abandonment of the parents in relation to their children, taking into account the importance of the affection in the formation of the personality and the damages caused by its absence, in order to see affection as legal good. In this context, it is necessary to deepen the issues raised, including to adapt legislation to this reality, trying to standardize the decisions on the subject, always aiming at the best for the child.

Keywords: Paternal-filial affective abandonment. Civil responsibility. Psychic damage. Brazilian legislation. Family Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO I.....	18
1. DIREITO DE FAMÍLIA.....	18
1.1 CONCEITO DO DIREITO DAS FAMÍLIAS.....	18
1.2 DAS ENTIDADES FAMILIARES E SEUS PLURALISMOS.....	19
1.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	21
1.3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	22
1.3.2 Princípio da Solidariedade Familiar	24
1.3.3 Princípio da Igualdade Familiar e Direito à Diferença.....	25
1.3.4 Princípio da Liberdade Familiar.....	26
1.3.5 Princípio da Responsabilidade Familiar e Paternidade Responsável.....	28
1.3.6 Princípio da Afetividade.....	30
1.3.7 Princípio da Convivência Familiar.....	32
1.3.8 Princípio do Melhor Interesse da Criança.....	33
CAPÍTULO II.....	35
2. TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	35
2.1 CONTEXTO HISTÓRICO E MODELO DUALISTA: CULPA E RISCO.....	36
2.2 FINALIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	38
2.3 NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO.....	39
2.4 ELEMENTOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO.....	39
2.4.1 Conduta humana.....	40
2.4.2 Dano.....	42
2.4.3 Nexo de causalidade.....	45

2.4.4 O papel da culpa na responsabilidade civil.....	47
CAPÍTULO III.....	49
3. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO PATERNO-FILIAL.....	49
3.1 AFETIVIDADE E ABANDONO AFETIVO.....	50
3.2 PSICANÁLISE E DIREITO: DEMONSTRAÇÃO DO DANO JURÍDICO PELOS ATOS DE ABANDONO AFETIVO E A INPORTÂNCIA DA INTERDISCIPLINARIDADE.....	51
3.3 PRESSUPOSTOS PARA O RECONHECIMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO.....	56
3.3.1 Condições para imputação da responsabilidade civil por abandono afetivo paterno-filial.....	58
3.3.2 Função da responsabilidade civil por abandono afetivo.....	61
3.3 POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS.....	63
3.4 PROJETOS DE LEI.....	65
CONCLUSÃO.....	67
REFERÊNCIAS.....	69
ANEXOS.....	

INTRODUÇÃO

Atualmente, a responsabilidade civil no Direito de Família é um tema que vem se expandindo para além das relações do cônjuge e companheiro no instituto do casamento e da união estável. Sua incidência está cada vez mais presente nas relações parentais entre pais e filhos, sendo hoje possível a indenização por danos morais causados pelo abandono afetivo dos pais.

A possibilidade de indenização por danos morais relacionados ao abandono afetivo está firmada no princípio da solidariedade social ou familiar, previsto no artigo 3º, inciso I da Constituição Federal (CF, 1988). A maternidade, a paternidade e o estado de filiação são bens indisponíveis para o Direito de Família e a ausência dos mesmos de forma propositada é capaz de gerar danos no que diz respeito à psique dos filhos afetivamente abandonados e, conseqüentemente, problemas de interação social com o meio em que estão inseridos. Tais problemas merecem ser tratados de forma legal com amparo na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), bem como no Código Civil Brasileiro, no Direito de Família e tantas outras legislações do ordenamento jurídico pátrio, bem como de forma interdisciplinar, utilizando-se de outras ciências.

Dentre os fundamentos presentes no artigo 1º da Constituição Federal, o inciso III refere-se à dignidade da pessoa humana, sendo tal dignidade afetada quando as relações entre pai e filho não forem permeadas de atenção, zelo e responsabilidade (CF, 1988).

Rodrigo da Cunha Pereira, atual presidente o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), foi pioneiro na ação judicial onde foi reconhecida a indenização extrapatrimonial por abandono paterno-filial. Presidiu o julgamento o Juiz José Affonso da Costa Côrtes e dele participaram os Juízes Unias Silva, relator, D. Viçoso Rodrigues, revisor, e José Flávio Almeida. Na ocasião, o Tribunal de Alçada de Minas Gerais condenou um pai a pagar indenização de duzentos salários mínimos a título de danos morais ao filho, por não ter convivido com ele (Apelação Cível nº 408.550-5).

Apesar de favorável à decisão pelo Tribunal de Minas Gerais, o Superior Tribunal de Justiça a reformou, afastando neste caso, o dever de indenizar, sob a alegação de inexistência do ato ilícito, justificando que o pai não seria obrigado a amar

o filho. Para o Superior Tribunal de Justiça, o abandono afetivo não se configura como sendo uma situação passível de gerar reparação pecuniária (Recurso Especial nº 757.411/MG)

Todavia, o artigo 1634 do Código Civil (BRASIL, 2002) determina como atribuições do poder familiar o direcionamento da educação dos filhos, bem como o dever de tê-los em sua companhia. Já o artigo 229 da Constituição Federal, é claro ao estabelecer que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. Portanto, quando há o desrespeito de tais determinações legais e estas são violadas, há presença de ato ilícito, nos termos do artigo 186, do atual Código Civil.

Diante das demandas de indenização por dano sofrido pelo abandono afetivo, o tema foi mais uma vez tratado pelo Superior Tribunal de Justiça, que revisou a ementa anterior, admitindo no ano de 2012 a reparação civil por abandono afetivo no Recurso Especial nº 1.159.242/SP, no qual relatora a Ministra Nancy Andrighi diz que dano extrapatrimonial estaria presente a partir do descumprimento da obrigação dos pais em dar auxílio psicológico aos filhos, defendendo a ideia do cuidado como valor jurídico, com fundamento no princípio da afetividade (Recurso Especial nº 1.159.242/SP).

A julgadora defende ainda, a existência do ilícito e da culpa do pai pelo abandono afetivo, expondo a frase que passou a ser repetida nos meios sociais e jurídicos: "amar é faculdade, cuidar é dever", demonstrando que o ilícito fica expressamente configurado quando o dever de cuidar é, pelos pais negligenciados (Recurso Especial nº 1.159.242/SP).

O entendimento é de que a ideia de reparação não seja uma forma de punição onerosa aos pais que descumprem seu dever de educar e cuidar de seus filhos, mas uma alternativa para que tenham de fato a responsabilidade com o desenvolvimento psicossocial dos mesmos, já que este é o real dever a ser cumprido pelos pais e, conseqüentemente, para que o abandono afetivo seja visto como ato ilícito, que viola o bem jurídico imaterial, assim como o princípio da dignidade da pessoa humana, tão defendido pela Constituição Brasileira.

Após uma pesquisa atual quanto à posição jurisprudencial na admissão da reparação civil por abandono afetivo, percebe-se que há em maior número a

prevalência de julgados que concluem pela inexistência de ato ilícito em casos tais, sob a justificativa da ausência de prova do dano.

Nesse sentido, os pedidos de indenização por abandono afetivo devem ser formulados de forma cautelosa, de modo que haja a instrução ou realização de prova psicossocial do dano sofrido pelo filho, pois os julgados ora analisados estão fundamentados pela afirmação de que não basta simplesmente a prova da ausência de convivência para que caiba a indenização. Além disso, vale ressaltar que para que haja cabimento dos referidos pedidos, é necessário que antes seja feito o reconhecimento de paternidade.

Ao analisar o tema em questão, é possível perceber as inúmeras divergências entre doutrina e jurisprudência quanto ao cabimento da indenização por dano causado pelo abandono afetivo paterno-filial, sendo a doutrina favorável, ao contrário da jurisprudência que se apresenta com uma postura cética em relação à admissão da reparação do abandono afetivo, ceticismo este presente nos vários julgados que afastam a possibilidade de indenização.

Uma das justificativas favoráveis à indenização está presente no artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), ao afirmar que: “é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral”.

A indenização por abandono afetivo paterno-filial, apesar de ser recente no ordenamento jurídico, merece ser analisado cautelosamente, numa perspectiva interdisciplinar, pois envolve questões não apenas de cunho jurídico, mas também psicológico e social. A demanda de ações judiciais referentes ao tema vem aumentando e não existe uma unanimidade jurisprudencial quanto à concessão de tal indenização, o que gera uma insegurança jurídica, pois esta demanda já se configura como um precedente judicial e necessita de um consenso nas decisões por parte dos tribunais.

Diante do exposto, cabe a necessidade de explorar os vários aspectos relacionados à indenização por abandono afetivo paterno-filial, para suscitar o debate e promover mudanças no olhar jurídico em relação às questões de direito de família no que diz respeito ao dano causado à criança pelo abandono.

Portanto, diante do exposto acima, cabe o seguinte questionamento: Os danos causados à prole em virtude do abandono afetivo configuram-se como ato ilícito passível de reparação imposta pelo Judiciário?

O objetivo geral do presente trabalho é pesquisar os diferentes posicionamentos quanto ao cabimento da indenização por abandono afetivo, tendo como objetivos específicos apresentar as abordagens que trazem a indenização pecuniária como uma forma de compensação nos mais variados casos e situações, bem como estimular a reflexão acerca do cabimento da indenização em casos de abandono afetivo.

Metodologia

Quanto ao método:

A presente pesquisa seguirá pelo método indutivo, a fim de apresentar de forma clara, através da análise de jurisprudências, os diferentes entendimentos dos Tribunais acerca do tema para que o leitor possa tirar suas conclusões pessoais acerca do tema.

O método indutivo na concepção de Gil (2008), consiste na análise de situações particulares, a fim de se compreender posteriormente uma situação generalizada. Ou seja, através deste método de pesquisa, o leitor é guiado de forma a firmar o seu convencimento acerca do tema que está sendo tratado, não há aqui uma vinculação entre o que está sendo pesquisado e sua conclusão, mas sim um caminho aberto, através do qual se buscará a demonstração de que os fatos apresentados na pesquisa, são suficientes para convencer o leitor daquilo que está sendo afirmado. Temos, então, que “o método indutivo procede inversamente ao dedutivo: parte do particular e coloca a generalização como um produto posterior do trabalho de coleta de dados particulares” (GIL, 2008, p. 10).

Quanto às técnicas

Natureza:

Quanto à natureza da pesquisa esta será de natureza básica, pois tem como objetivo gerar novas concepções para o avanço da ciência sem aplicação prática prevista.

O objetivo da pesquisa básica é de caráter intelectual, procurando alcançar a aprendizagem para satisfazer o desejo próprio do pesquisador em adquirir novos conhecimentos e proporcionar informações passíveis de aplicações práticas, sendo desvinculada de finalidades utilitárias a curto prazo. Podendo ter seus resultados para definir leis, estruturas, sistemas e teorias (CASTILHO, BORGES E PEREIRA, 2014).

Abordagem:

A pesquisa possui uma abordagem qualitativa, tendo em vista que este tipo de abordagem visa estudar dados preexistentes, não sendo relevante a realização de um levantamento com coleta de dados sobre o referido tema.

A pesquisa qualitativa não se preocupa com representatividade numérica, mas, sim, com o aprofundamento da compreensão de um grupo social, de uma organização, etc. Os pesquisadores que adotam a abordagem qualitativa opõem-se ao pressuposto que defende um modelo único de pesquisa para todas as ciências, já que as ciências sociais têm sua especificidade, o que pressupõe uma metodologia própria. Assim, os pesquisadores qualitativos recusam o modelo positivista aplicado ao estudo da vida social, uma vez que o pesquisador não pode fazer julgamentos nem permitir que seus preconceitos e crenças contaminem a pesquisa (GOLDENBERG, 2011).

Objetivos:

No entendimento de Antônio Carlos Gil a pesquisa explicativa:

São aquelas pesquisas que têm como preocupação central identificar os fatores que determinam ou que contribuem para a ocorrência dos fenômenos. Este é o tipo de pesquisa que mais aprofunda o conhecimento da realidade, porque explica a razão, o porquê das coisas. Por isso mesmo é o tipo mais complexo e delicado, já que o risco de cometer erros aumenta consideravelmente (GIL, 2008, p. 28)

Diante da citação feita pelo referido autor, percebe-se que a pesquisa possui caráter explicativo, tendo como principal objetivo mostrar como o abandono afetivo é capaz de gerar danos à prole e conseqüentemente, o cabimento de possíveis indenizações em virtude do dano causado pelo abandono afetivo.

Procedimento Técnico:

Com relação ao procedimento, este será desenvolvido bibliograficamente, pois tem como objetivo recolher, analisar informações sobre precedentes judiciais acerca

do referido tema, bem como justificar as decisões judiciais contra e a favor das indenizações por abandono afetivo.

A pesquisa bibliográfica é feita a partir do levantamento de referências teóricas já analisadas, e publicadas por meios escritos e eletrônicos, como livros, artigos científicos, páginas de web sites. Qualquer trabalho científico inicia-se com uma pesquisa bibliográfica, que permite ao pesquisador conhecer o que já se estudou sobre o assunto. Existem, porém pesquisas científicas que se baseiam unicamente na pesquisa bibliográfica, procurando referências teóricas publicadas com o objetivo de recolher informações ou conhecimentos prévios sobre o problema a respeito do qual se procura a resposta (FONSECA, 2002).

Portanto, após a análise da abordagem proposta pela metodologia, e com base na fundamentação dada pelos autores, a presente pesquisa se utilizará do método indutivo, será aplicada de forma qualitativa, explicativa e bibliográfica.

CAPÍTULO I

1. DIREITO DE FAMÍLIA

1.1 CONCEITO DE FAMÍLIA E DE DIREITO DAS FAMÍLIAS

A família, considerada pela Constituição Federal de 1988 como a base da sociedade, ganha tratamento especial em seu artigo 226 e seus parágrafos. Ela foi inovadora ao considerar o casamento civil, a união estável e a família monoparental como entidades familiares, já que a Constituição de 1946 defendia que a família era constituída pelo casamento, sendo este indissolúvel, conforme alude seu artigo 163: “A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado” (COSTA, 2006)

O artigo 226 ora referenciado definia como sendo membros de uma família o pai, a mãe e os filhos. Entretanto, com as transformações sociais, novas espécies familiares, que antes não eram alcançadas pela Constituição, como é o caso da união afetiva, hoje já tem seu direito reconhecido pelo Superior Tribunal Federal. Embora não haja uma mutação no texto constitucional, o artigo 226 e seus parágrafos passam por mudanças apenas em suas interpretações, com o objetivo de salvaguardar as famílias.

Diniz (2009, *apud* Mota, 2011), conceitua família no sentido amplo, como todos os indivíduos que estão ligados pelo vínculo da consanguinidade ou por afinidade, incluindo pessoas estranhas, ou seja, somente pelos cônjuges e pelos filhos.

Dessa forma, pode-se dizer que família é um núcleo da sociedade, formado por pessoas com mesma descendência ou ligadas através das relações de afeto.

Diante dessa multiparentalidade, surge o Direito das Famílias, instituto jurídico que regulamenta as relações de família, bem como os direitos individuais e coletivos dos entes que as compõem. O conteúdo das normas de direito das famílias abrange:

- a) o direito das entidades familiares que diz respeito tanto ao matrimônio quanto aos demais grupos familiares;
- b) o direito parental, relativo às situações e relações jurídicas de paternidade, maternidade, filiação e parentesco;
- c) o direito patrimonial familiar, relativo aos bens dos cônjuges e companheiros, ao direito alimentar, à administração dos bens dos filhos e ao bem de família;

d) o direito protetivo, relativo à guarda, à tutela, à curatela e aos sujeitos vulneráveis (criança, adolescente, idoso, vítimas de alienação parental, etc.) (LOBO, 2017, p.35).

Flávio Tartuce (2013), corrobora tal definição e conceitua o instituto:

O Direito de Família pode ser conceituado como sendo o ramo do Direito Civil que tem como conteúdo o estudo dos seguintes institutos jurídicos: a) casamento; b) união estável; c) relações de parentesco; d) filiação; e) alimentos; f) bem de família; g) tutela, curatela e guarda (TARTUCE, 2013, p.1).

Já para Carlos Roberto Gonçalves (2010, p.17 *apud* Nobre, 2014), “o direito de família, se comparado a todos os outros ramos do direito, é o que se encontra mais intimamente ligado à própria vida, pois os indivíduos em geral vêm de um organismo familiar”. Para o referido autor, a família é a base do Estado, primordial para toda organização social.

Diante disso, é possível observar que o direito de família foi acolhedor das inúmeras mudanças sofridas nas constituições familiares surgidas ao longo das transformações sociais e reflete este acolhimento através dos novos conceitos de família citados acima, incluindo como seu objeto de estudo e proteção novas entidades familiares como a união estável e a família monoparental, as quais serão estudadas a seguir.

1.2 DAS ENTIDADES FAMILIARES E SEUS PLURALISMOS

A definição de família analisada em tópico anterior, que originalmente constituía-se apenas através do casamento, sendo este religioso e indissolúvel era ainda, utilizado como forma de reparação civil contra o homem que atentasse contra a honra da mulher. Quando ocorre a separação entre a igreja e o Estado, fenômeno conhecido como laicização, surge a possibilidade de novas formas de compreender as entidades familiares.

Em meio a todas essas mudanças ao longo dos anos, somente após a Constituição de 1988 que a família pôde ser enxergada em seus vários perfis, caracterizada como entidade não mais vinculada tão somente ao patrimônio e ao fator biológico, mas reconhecida pela isonomia, democracia e não mais patriarcalista (CARVALHO, 2015).

Segundo Paulo Lôbo, atualmente encontram-se dispostas as seguintes entidades de convivência familiar:

1. homem e mulher, com vínculo de casamento, com filhos biológicos;
2. homem e mulher, com vínculo de casamento, com filhos biológicos (união estável);
3. homem e mulher, sem casamento, com filhos biológicos (união estável);
4. homem e mulher, sem casamento, com filhos biológicos e socioafetivos (união estável);
5. pai ou mãe e filhos biológicos (entidade monoparental);
6. pai ou mãe e filhos biológicos e socioafetivos ou apenas socioafetivos (entidade monoparental)
7. união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie, como no caso de grupo de irmãos, após falecimento ou abandono dos pais, ou de avós com netos, ou de tios com sobrinhos (entidades interparentais);
8. pessoas sem vínculo de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica (entidades não parentais);
9. uniões homossexuais ou homoafetivas, com ou sem filhos biológicos ou socioafetivos;
10. uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos companheiros, com ou sem filhos;
11. comunidade afetiva formada com “filhos de criação”, segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular;
12. relações constituídas entre padrastos e madrastas e respectivos enteados (famílias recompostas) (LÔBO, 2017, p. 75-76).

Ainda segundo Paulo Lôbo, para que sejam possíveis todas as relações familiares ora expostas, é necessária a presença de características comuns, sem as quais não configuram entidades familiares. Quais sejam:

- a) afetividade, como fundamento e finalidade da entidade com desconsideração do móvel econômico;
- b) estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida;
- c) convivência pública e ostensiva, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente;
- d) escopo de constituição de família (LÔBO, 2017, p.76).

O rol de entidades familiares anteriormente expostas é exemplificativo, aberto à inclusão de outras mais, desde que estejam presentes as características acima apresentadas. Segundo Paulo Lôbo: “O mundo da vida é mais complexo que a racionalidade definitória ou classificatória” (LÔBO, 2017, p.77).

Nesse sentido é importante lembrar que as entidades familiares, bem como suas características comuns, estão envolvidas pelos Princípios Constitucionais e

pelos Princípios do Direito de Família, os quais são basilares nos estudos jurídicos e representam grande complexidade.

1.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA

O ordenamento jurídico brasileiro tem a possibilidade de reger a sociedade com base nas leis e nos princípios. Os princípios são de extrema importância para todos os ramos do Direito. Para o autor Paulo Lôbo (2017), eles podem ser vistos explicitamente ou implicitamente. Os implícitos podem derivar da interpretação do sistema constitucional adotado ou podem surgir da interpretação de normas constitucionais específicas, como o princípio da afetividade, por exemplo (LOBO, 2017).

As principais diferenças entre os princípios e as leis no ordenamento jurídico brasileiro estão no nível de relevância e na abrangência de cada um destes institutos. Os princípios se caracterizam por sua generalidade, dirigindo-se a todos os indivíduos sem distinção alguma, e pelos valores que o envolvem, pois estão intimamente ligados às necessidades da sociedade e refletem ideais de ética e justiça. Já as leis, são específicas, aplicadas de acordo com cada caso concreto, onde a sua criação e a sua aplicabilidade surgem dos valores advindos dos princípios, sendo comum um princípio refletir-se sobre várias leis, conforme alude Maria Berenice Dias:

O ordenamento jurídico positivo compõe-se de princípios e regras cuja diferença não é apenas de grau de importância. 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 o sistema jurídico (DIAS, 2011, p. 58 *apud* DELLANI, 2013).

Segundo o autor Paulo Lôbo, para efeito didático, os princípios jurídicos aplicáveis ao Direito de Família e a todas as entidades familiares podem ser classificados em fundamentais e gerais, sendo agrupados da seguinte forma:

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS:

- 1) da dignidade da pessoa humana;
- 2) da solidariedade familiar;

PRINCÍPIOS GERAIS

- 3) da igualdade familiar;
- 4) da liberdade familiar;

- 5) da responsabilidade familiar;
- 6) da afetividade;
- 7) da convivência familiar;
- 8) do melhor interesse da criança (LÔBO, 2017, p. 53).

Os princípios constitucionais ditos fundamentais, da dignidade da pessoa humana e o da solidariedade, estão presentes em toda ordem jurídica e no Direito de Família sua presença pode ser percebida, de forma explícita, como paradigma constante para nortear as decisões dos litígios familiares.

1.3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e Família

A dignidade da pessoa humana é um direito inerente à toda e qualquer pessoa humana, no qual é imposto o dever geral de respeito e proteção.

O princípio da dignidade da pessoa humana é atribuído ao pensamento do teórico Immanuel Kant. Tal atribuição se dá pelo fato de Kant ter sido o primeiro teórico a fazer uma análise acerca do fato de que não se pode atribuir valor econômico ao ser humano (LÔBO, 2017).

Kant (1986) distingue tudo aquilo que se pode atribuir um preço, que se pode estimar, o que é pecuniário de tudo aquilo que é dotado de dignidade, ou seja, de tudo que é inestimável, desprovido de valor econômico. Assim diz ele:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer coisa como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade (KANT, 1986).

Nesse sentido, pode-se afirmar que toda conduta que trate uma pessoa como coisa ou objeto ou a compare como tal, viola o princípio da dignidade da pessoa humana.

É também importante nesse contexto fazer uma distinção entre a dignidade humana e a dignidade da pessoa humana. O autor Habermas (2004 *apud* LÔBO, 2017), defende a ideia de que todo embrião, feto ou criança que se encontra no ventre de sua mãe, não possui a dignidade da pessoa humana, pois ele ainda não é considerado pessoa, tornando-se detentor deste direito apenas ao nascer, quando abandona o corpo da mãe e se torna de fato uma pessoa em contato com outras.

Todavia, não quer dizer que ele não possua o direito à dignidade humana, pois este é inerente a todo e qualquer ser humano.

A doutrina ainda relaciona a dignidade da pessoa humana com o dever de respeito entre os seres humanos. A família surge como um espaço de convívio coletivo onde esse respeito irá promover a possibilidade de uma existência digna e de uma vida em harmonia com as outras pessoas (SARLET, 2004 *apud* LÔBO, 2017).

Antes da Constituição de 1988, na família patriarcal, representada pela figura do pai, a cidadania era concentrada em suas mãos e os demais membros da família (mãe e filhos), subjugados à pessoa do chefe de família (o pai) viam seus direitos e sua dignidade serem limitados ou mesmo retirados. Atualmente, o direito público e privado é regido com base no princípio da dignidade humana, que objetiva o pleno desenvolvimento das famílias, as quais ainda têm seus direitos desrespeitados, principalmente no que se refere aos direitos da criança e do adolescente, entes vulneráveis da composição familiar (LÔBO, 2017).

O artigo 227 da Constituição Federal de 1988, ao tratar sobre a dignidade da pessoa da criança, estabelece como dever da família:

Art. 227: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Além da Constituição, que defende a dignidade humana e enxerga a família como ente provedor da dignidade das pessoas que a integram, o Estatuto da Criança e do Adolescente também assegura em seus artigos 3º, 4º e 18º, que todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana devem ser respeitados e defende a prioridade dos direitos relacionados à dignidade.

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

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao

esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (LEI 8069/90 - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE).

Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. (LEI 8069/90 - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA)).

Dessa forma, fica claro, através das citações acima, que a família é o ente responsável pela formação do indivíduo. Cabe à ela promover o pleno desenvolvimento do menor através da educação, do cuidado, bem como através do afeto e dos valores morais de respeito ao próximo e cidadania, promovendo dessa forma, sua dignidade.

1.3.2 Princípio da Solidariedade Familiar

A solidariedade social representa a essência dos objetivos fundamentais do ordenamento brasileiro, conforme está disposto no artigo 3º da Constituição Federal de 1988, o qual defende uma sociedade livre, justa e solidária (TARTUCE, 2013).

Tal princípio repercute também nas relações familiares, visto que a solidariedade deve existir não só na sociedade como um todo, mas nas relações pessoais onde é imposto a cada pessoa o dever de cuidar, cooperar, amparar e ajudar.

No núcleo familiar, o princípio da solidariedade se faz presente nas relações obrigacionais entre cônjuges e companheiros no que diz respeito às exigências morais e patrimoniais (LÔBO, 2017).

Nesse sentido, a título de exemplo, encontra-se o pagamento de alimentos, nos termos dos artigos 1694, 1695 e seguintes do Código Civil de 2002, onde o cônjuge pode requerer os alimentos necessários à sua subsistência, desde que cumpra alguns requisitos, tais como a falta de condições laborativas por parte do requerente, bem como a falta de parentes que possam ajudar com os as suas despesas.

Além do caráter moral e patrimonial, a solidariedade no núcleo familiar deve se fazer presente também de forma afetiva e psicológica, principalmente em relação aos filhos, os quais merecem ser cuidados, educados, orientados e mantidos até a vida adulta para que ocorra a sua perfeita formação social.

A solidariedade, consagrada como princípio em todo o ordenamento jurídico brasileiro é um dever de todos os entes promovê-la, Estado, sociedade e família, conforme o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (LEI 8069/90 - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE/1990).

O princípio da solidariedade é uma extensão do princípio da dignidade humana, pois ao ser solidário há uma promoção moral tanto pra o indivíduo solidário quanto para seu receptor, seja na esfera social ou familiar. Ser solidário é agir com o próximo da forma como gostaria que agissem consigo, com respeito e justiça. Na esfera familiar, tal princípio tem caráter obrigacional, cabendo a família promover o bem-estar de todos os seus entes.

1.3.3 Princípio da Igualdade Familiar e Direito à Diferença

O princípio da igualdade familiar está expresso na Constituição Federal de 1988, especificamente nas disposições que tratam das três principais situações onde a desigualdade de direitos por muito tempo se fez presente na sociedade: os cônjuges, os filhos e as entidades familiares.

O artigo 226 em seu §5º da Constituição, trata da igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, acabando definitivamente com o poder soberano exercido pelos maridos. “§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. A sociedade conjugal ora citada, compreende a igualdade de direitos e deveres não só entre os companheiros unidos através do casamento civil, mas os que se encontram em união estável (LÔBO, 2017).

Já o §6º do artigo 227, também da Constituição de 1988, trata da igualdade de direitos entre os filhos, rejeitando toda e qualquer hipótese de discriminação e desigualdades. “§ 6º 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”. Corroborando como o referido texto

constitucional, o artigo 1596 do Código Civil de 2002 tem exatamente a mesma redação, ambos consagrando o princípio da igualdade entre filhos (TARTUCE, 2013).

Vale salientar que o princípio da igualdade entre os filhos abrange ainda os filhos havidos por inseminação artificial, inclusive àqueles frutos de inseminação artificial com material genético de terceiros (heterólogo). Portanto, fica proibido toda expressão que faça distinção jurídica entre filhos, tais como “filho adulterino, filho incestuoso, filho espúrio ou filho bastardo”. Sendo ainda permitido apenas para fins didáticos o termo “filho havido fora do casamento”, embora juridicamente, este seja considerado como os que são concebidos dentro do casamento (TARTUCE, 2013).

Em se tratando das entidades familiares, como já exposto, hoje a sociedade é composta por uma diversidade de entidades familiares, fugindo dos padrões tradicionais de família pré-Constituição de 1988. Apesar das diferentes composições familiares, não se pode dar tratamento jurídico desigual, a ponto de prejudicar a dignidade dos membros que a compõem.

Entretanto, não existe nenhuma fundamentação jurídico-constitucional para distinção de direitos e deveres essenciais entre as entidades familiares e, por serem todas diferentes, também não se pode estabelecer um modelo padrão para todas ou preferencial, que desprivilegie umas em detrimento de outras.

É necessário, segundo Giddens (1993, p. 205 *apud* Lôbo, 2017, p. 60) promover a elaboração da individualidade. “Uma ordem democrática [incluindo a democratização da vida pessoal] não implica um processo genérico de “nivelar por baixo”, mas em vez disso promove a elaboração da individualidade”.

Nesse sentido, o princípio da igualdade familiar traz a ideia da defesa das famílias em suas distintas composições e características, respeitando suas peculiaridades e defendendo seus direitos.

1.3.4 Princípio da Liberdade Familiar

O Princípio da Liberdade Familiar, ou da Não intervenção, defende a ideia da autonomia de escolha ligado ao planejamento, formação, composição e fim da entidade familiar, bem como a livre escolha quanto à aquisição e administração dos

bens materiais ligados ao patrimônio familiar, sobre quais padrões de valores éticos, morais, culturais, religiosos a serem seguidos, assim como a liberdade de escolha dos modelos educacionais para formação dos filhos sem a imposição externa dos parentes, da sociedade ou do Estado. Todas essas liberdades só são permitidas desde que seja respeitada a liberdade individual de cada membro familiar, bem como suas dignidades como pessoas humanas (LÔBO, 2017).

O artigo 1513 do Código Civil de 2002 preleciona: “É defeso à qualquer pessoa de direito público ou de direito privado intervir na comunhão de vida instituída pela família”. Tal artigo é reforçado pelo 1565, § 2º deste mesmo Código e defende que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, sendo proibida a interferência por parte do poder público ou privado em relação a esse direito.

O artigo 226, § 7º, da Constituição também deixa livre o poder de decisão aos entes familiares ao proferir:

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Anterior à Constituição de 1988, todas as liberdades concernentes aos direitos de família eram restritas tanto pelo poder matrimonial como patriarcal. A mulher e os filhos menores, estavam subjugados ao poder paterno e não havia possibilidade de constituir família fora do casamento, sendo este indissolúvel, mesmo quando a vida em comum houvesse se tornado insuportável.

Apenas com o surgimento a priori, do Estatuto da Mulher Casada em 1962 e a Lei do Divórcio em 1977 (após emenda constitucional) houve uma emancipação da mulher e dos casais, sendo totalmente excluídos os impedimentos legais quanto às entidades matrimoniais, os filhos ilegítimos e a liberdade de escolha dos projetos de vida familiar com a Constituição de 1988 e todos os seus princípios basilares, como o da liberdade ora exposto (LÔBO, 2017).

O Princípio da Liberdade está intimamente ligado ao Princípio da Não Intervenção, mas este deve ser interpretado cautelosamente, pois o Estado é responsável por propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício dos direitos. Além disso, o Estado tem o dever de assegurar a assistência à família na

pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para seu desenvolvimento e proteção (TARTUCE, 2013).

O Princípio da não intervenção não pode ser enxergado como absoluto e interpretado como sendo totalmente autônomo. Devem ser respeitados os seus limites, bem como a atuação do Estado, que embora não possa agir de forma impositiva nas entidades familiares, tem sua notável participação para o desenvolvimento das mesmas, devendo o princípio da liberdade ou não intervenção ser interpretado em parceria com os demais princípios.

1.3.5 Princípio da Responsabilidade Familiar e Paternidade Responsável

A família, núcleo essencial para a formação dos indivíduos em sociedade, é consagrada no ordenamento jurídico como sendo um dos, senão o principal, “espaço dinâmico de realização existencial da pessoa humana e de integração de gerações” (LÔBO, 2017, p.65).

O artigo 226, § 7º, da Constituição Federal de 1988 fala sobre a paternidade responsável referindo-se ao planejamento familiar: “§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal (...)”, deixando implícito que a paternidade começa após o planejamento, a partir da concepção, sendo esta efetivada por meios naturais ou por meio da inseminação artificial.

A Convenção Sobre os Direitos da Criança, de 1989, ratificada em 24 de setembro de 1990, dispõe que toda criança terá direito, na medida do possível, de conhecer seus pais e ser cuidada por eles.

Já o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 27, deixa explícita a paternidade responsável, ao dispor que o reconhecimento do estado de filiação é um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo inclusive ser pleiteado contra os pais ou seus herdeiros (LEI 8.069/1990).

A Lei nº 8.560/1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, prevê que o reconhecimento dos filhos é irrevogável. É possível, através da referida legislação, as formas de reconhecimento de paternidade,

bem como a garantia da efetividade do direito de filiação e conseqüentemente, maior obrigatoriedade da paternidade responsável.

Paulo Lôbo (2017) fala sobre a responsabilidade nas relações de amor e de afeto entre pais e filhos sob o ponto de vista moral e jurídico e sua relação com a liberdade. Para ele, um pai e um filho podem não sentirem afeto algum um pelo outro e é aí onde existe a liberdade. Entretanto, o direito impõe deveres jurídicos à ambos conforme indica o artigo 229 da Constituição Federal de 1988: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Além da responsabilidade recíproca dos pais para formação dos filhos em ajudar e amparar os pais na velhice, Paulo Lôbo (2017, p. 66) defende ainda a ideia de responsabilidade dos entes que “integram as relações de parentesco do grupo familiar” na formação dos menores em desenvolvimento. Já a Constituição de 1988 atribui tal responsabilidade além da família, também à sociedade e ao Estado conforme está expresso em seu artigo 227:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

O princípio da responsabilidade familiar vai além das responsabilidades atribuídas à maternidade e à paternidade. Outros sujeitos ditos vulneráveis, além da criança e do adolescente que compõem as relações de família, merecem atenção e cuidado, como é o caso dos idosos e os deficientes físicos e mentais que por terem suas limitações, necessitam de cuidados constantes (LÔBO, 2017).

Além disso, em se tratando de responsabilidade voltada para o desenvolvimento humano, a Constituição de 1988 trata de uma responsabilidade coletiva que ultrapassa aquela cujo dever é imposto especialmente aos entes familiares. O artigo 225 impõe a todos o dever de preservar o meio ambiente:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Tal dever, segundo Paulo Lôbo (2017, p. 68), não é só do Estado, nem tampouco da sociedade como um todo, mas acima de tudo das famílias que integram a sociedade e devem garantir a continuidade de cada grupo familiar, ou seja, a continuidade de vida digna às futuras gerações. O referido autor ainda acrescenta que “não há mais qualquer dúvida de que a existência humana só será possível se incorporarmos a natureza à ética da responsabilidade”.

Nesse sentido, o princípio da responsabilidade e da paternidade responsável perpassa o ambiente da família e a função paternal, atingindo o Estado e o indivíduo em sociedade, sendo dever de ambos também promover uma sociedade justa e um meio ambiente equilibrado para que o desenvolvimento das futuras gerações esteja garantido.

1.3.6 Princípio da Afetividade

O princípio da afetividade sofreu grande influência dos valores presentes na Constituição de 1988, resultando na evolução do direito de família. Para Paulo Lôbo (2017, p. 68), “é o princípio da afetividade que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida”.

O princípio da afetividade está presente de forma implícita em vários dispositivos da Constituição, como por exemplo, quando diz em seu artigo 227, § 5º e 6º que todos os filhos são iguais, independente de sua origem ou quando trata da adoção, como escolha afetiva ou de forma explícita e implícita no Código Civil e em outras codificações.

É válido ressaltar que o afeto do qual faz referência o princípio ora estudado não se confunde com o amor. Flávio Tartuce (2012), afirma que afeto pode ter sentido positivo (neste caso envolve o amor) e sentido negativo (como o ódio por exemplo) e que pode ser encontrado em ambos os aspectos o afeto nas relações familiares.

O sistema jurídico brasileiro, cada vez mais, vem levando em consideração o afeto como forma de análise para relevância da concessão ou privação dos direitos e apesar de não haver uma codificação própria para tratar do princípio da afetividade, o

próprio senso de percepção dos juristas e a aplicação das decisões judiciais com base na afetividade, já o torna um princípio do ordenamento jurídico.

Vários exemplos da aplicabilidade jurídica do princípio da afetividade podem ser citados, como é o caso do reconhecimento da união afetiva entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar conforme decisão do Superior Tribunal Federal, em maio de 2011, no seu informativo de nº 625 (TARTUCE, 2012).

Outro exemplo, é a concessão de indenização por danos causados pelo abandono afetivo, onde houve divergências quanto ao cabimento de tal reparação por parte do Superior Tribunal de Justiça que em 2006 negou o provimento, por concluir que não caberia indenização a favor do filho frente ao pai que o abandona afetivamente e moralmente (Recurso Especial nº 757.411).

Em contrapartida, uma outra decisão do Superior Tribunal de Justiça no ano de 2012, admitiu a reparação civil por abandono afetivo, aplicando a ideia do cuidado como valor jurídico, responsabilizando os pais pela omissão quanto ao auxílio psicológico dos filhos (Recurso Especial nº1.159.242).

Nesta última decisão é notório existência do reconhecimento do afeto como princípio, assim como na decisão do Superior Tribunal de Justiça, que reconhece a parentalidade socioafetiva como nova forma de parentesco, com base no artigo 1593 do Código Civil (TARTUCE, 2012). “Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem” (Código Civil, 2002).

Para Paulo Lôbo (2017), o entendimento da família contemporânea, numa sociedade laica, como sendo ambiente de realização de afetos, diverge daquela cuja instituição familiar era divina, imutável e indissolúvel, onde o afeto era algo que estava em segundo plano.

Para o autor esse estereótipo de entidade familiar é considerado frágil, pois o que mantém a união dos indivíduos nas relações familiares desde a época citada é o afeto, embora sua importância fosse ofuscada pela ideia divina de família e que deveria seguir o modelo tradicional de família proposto pela sociedade da época.

1.3.7 Princípio da Convivência Familiar

A convivência familiar é o direito que goza todos os membros de uma família de viverem com seus entes, gerando uma relação recíproca de afetividade entre eles. É estabelecida, em tese, quando todos com membros coabitam a mesma casa, sendo esta responsável pelo desenvolvimento de uma identidade familiar própria, fazendo com que uma família tenha característica diferente de outra (LÔBO, 2017).

O princípio da convivência familiar está presente no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, em seu inciso XI, que assegura a inviolabilidade do espaço familiar. “XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

Já o Código Civil (2002) em seu artigo 1513 defende a não interferência no estilo de vida aderido por cada família: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

Quanto à questão das crianças e adolescentes filhos de pais separados, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, estabelece em seu artigo 9º, item 3, que a criança tem o direito de manter regularmente contato direto com os pais, sendo exceção apenas em caso de maior interesse da criança.

(Art. 9º) 3 – Os Estados Partes respeitam o direito da criança separada de um ou de ambos os seus pais de manter regularmente relações pessoais e contatos directos com ambos, salvo se tal se mostrar contrário ao interesse superior da criança. (CONVENÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA, 1990, P.4).

Salienta-se que o direito à convivência familiar não se limita apenas ao tradicional modelo cuja composição compreendia pai, mãe e filhos. Os conflitos de natureza jurídica devem ser analisados pelo Judiciário com vistas à diversidade das famílias em cada comunidade, de acordo com seus valores e costumes. (LÔBO, 2017)

O artigo 1589 do Código Civil, concede ao pai ou a mãe que não possui a guarda dos filhos o direito ao acesso e convivência com os mesmos. A Lei 12.398/2011, estabeleceu nova redação ao referido artigo estendendo aos avós o direito de convivência familiar com os netos (LÔBO, 2017).

Art. 1.589 O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação” (CÓDIGO CIVIL, 2002).

A Constituição Federal ampliou o direito da convivência familiar e incluiu o jovem e o idoso. O artigo 227 desta Constituição teve sua redação alterada pela Emenda Constitucional nº65, onde incluiu o jovem como titular dos mesmos direitos fundamentais que a criança e o adolescente possuem. É considerado jovem pela Lei 12.852/2013 (Estatuto da Juventude), a pessoa com idade entre 15 e 29 anos, sendo estes, portanto, detentores de direito à convivência familiar, ainda que os pais não mais possuam autoridade parental em relação aos mesmos (LÔBO, 2017).

Já a Lei 10.741/2010 (Estatuto do Idoso), define idoso a pessoa com idade superior a 60 anos e estabelece em seu artigo 3º o direito do idoso à convivência familiar, ainda que o intuito não seja de convivência sob a mesma casa, mas para fins de interação com seus familiares.

1.3.8 Princípio do Melhor Interesse da Criança

O Princípio do melhor interesse da criança tem como significado a prioridade dos interesses da criança e do adolescente por parte do Estado, da sociedade e da família no que diz respeito à elaboração e aplicação dos direitos voltados aos menores, visando sempre sua dignidade.

O referido princípio encontra amparo, assim como a maioria dos princípios do direito de família no artigo 227, caput, da Constituição de 1988, bem como nos artigos 3º e 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente conforme exposto:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

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

em condições de liberdade e de dignidade (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE,1990).

Art. 5º 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 (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE,1990).

A “absoluta prioridade” da qual fala o artigo 227, segundo Miguel Cillero Buñol (1997, p.8 *apud* LÔBO, 2017, p.74), “O princípio do melhor interesse, é de prioridade e não de exclusão dos outros direitos ou interesses”. Nesse sentido, o que o autor quer dizer é que os interesses dos pais ou do Estado devem ser considerados como sendo os únicos de relevância para a satisfação dos direitos da criança.

O artigo 3.1 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança corrobora a ideia de prioridade quando estabelece: “Todas as ações relativas às crianças, levadas à efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”.

Dessa forma, segundo Paulo Lôbo (2017, p.74), o referido princípio “não é uma recomendação ética, mas norma determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com a sociedade e com o Estado”, sendo dever destes enxergar o menor como sujeito de direitos, tutelando-os como sendo entes prioritários.

CAPÍTULO II

2. TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL: PRINCIPAIS PONTOS

Para que haja equilíbrio nas relações sociais é necessário que os indivíduos que a compõem sejam regidos por regras jurídicas presentes no ordenamento jurídico brasileiro. Tais regras garantem àquele que tenha seu direito prejudicado por um terceiro sujeito, o direito a ser reparado em face da lesão sofrida.

Atualmente o instituto da Responsabilidade Civil vem se expandindo para além da relação dano-reparação e torna-se um mecanismo que permite ao indivíduo impedir que o dano venha a se efetivar, ou seja, a chamada “tutela inibitória”.

Segundo o artigo 159 do Código Civil de 1916, ora ab-rogado, ato ilícito é definido como toda ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, que violar direito, ou causar prejuízo a outrem, devendo aquele que o praticou ser obrigado a reparar.

Já o Código Civil de 2002 confirma a definição de ato ilícito acima citado ao dispor em seu artigo 927, que “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

O ato ilícito pode ser compreendido como sendo omissivo ou comissivo. Entende-se por ato ilícito omissivo aquele que é gerado mesmo quando o agente, tendo o dever legal de agir para evitar o dano, não o faz. Já o ato ilícito comissivo, é a ação propositada do agente em cometer o ato danoso, havendo, portanto, uma ação propriamente dita (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018).

Corroborando com tal definição o autor Carlos Alberto Bittar (*apud* Santos, 2006) ao prelecionar “...ato ilícito é o procedimento, comissivo (ação) ou omissivo (omissão, ou abstenção), desconforme à ordem jurídica, que causa lesão a outrem, de cunho moral ou patrimonial”.

Dessa forma, qualquer indivíduo que venha ser prejudicado por um ato ilícito estará amparado pelo ordenamento jurídico e terá o direito de buscar a tutela jurisdicional para que tenha seu dano reparado a partir de uma indenização.

2.1 CONTEXTO HISTÓRICO E O MODELO DUALISTA: CULPA E RISCO

O conceito de justiça que regeu a humanidade desde as primeiras civilizações baseava-se no pensamento de que os danos causados pela violação contratual ou pelo desrespeito às leis deveria ser incumbido ao ofensor a obrigação de indenizar a vítima. Embora tais obrigações ainda vigorem no Direito atual, o dever de indenizar nem sempre atingia os bens do devedor, assim como hoje se dá.

Nos primórdios os povos costumavam resolver os conflitos entre si, de modo que o mal era compensado pela vingança. Não havia a ideia de reparação, mas sim de retribuir o mal sofrido com o mesmo mal. Nesse diapasão, a Lei de Talião “Olho por olho, dente por dente”, transmitiu ao Direito Romano clássico a concepção de que o credor tinha o direito de exigir corporalmente do devedor a satisfação da ofensa à obrigação contratual ou a lesão a preceito legal (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018).

A posteriori com a intervenção do Estado, proibiu-se que a justiça fosse feita com as próprias mãos e a reparação de caráter pecuniário torna-se obrigatória. O Estado passa a estipular o valor da reparação de acordo com o dano. Nesse contexto, surgiu a Lei das Doze Tábuas concebendo a possibilidade de composição entre a vítima e o ofensor. Aqui, a vítima receberia a seu critério e a título de pena, uma importância em dinheiro ou outros bens do ofensor (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018).

Outro marco na evolução da história da responsabilidade civil se deu com o surgimento da *Lex Aquilia*, que inseriu o elemento culpa como sendo essencial para a responsabilidade civil aquiliana, onde a concepção de pena abre espaço para a ideia de reparação propriamente dita pelo dano sofrido. Foi incorporada ao Código Napoleônico e influenciou outras legislações, inclusive o Código Civil Brasileiro de 1916 (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018).

Como a culpa não conseguia abranger todos os casos concretos para elemento consumidor do dano, visto que em alguns casos não há como efetivamente se comprovar a culpa, esta passou a ter seu conceito ampliado e dentro da responsabilidade civil e passou-se a elencar jurisprudencialmente outras soluções, com base em novas teorias dogmáticas que defendem a reparação por danos decorrentes do fato em si ou do risco. Tais teorias já ganharam amparo nas

legislações modernas, inclusive na legislação presente no Código Civil Brasileiro atual, sem deixar totalmente de lado a ideia de culpa originalmente criada (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018).

Diante de tais teorias a responsabilidade civil é classificada quanto ao seu fundamento como responsabilidade civil subjetiva e objetiva.

A responsabilidade civil subjetiva caracteriza-se pela imprescindível comprovação da culpa, na qual o ônus da prova cabe à vítima. Já a responsabilidade civil objetiva tem fundamento na teoria do risco, quando o ato danoso implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Assim alude o artigo 927 e seu parágrafo único do Código Civil de 2002:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO 2002).

Além da classificação acima citada, que fundamentará a análise do cabimento da indenização por abandono afetivo paterno filial, é importante apresentar as demais classificações da responsabilidade civil para demonstrar que ela está presente em todas as esferas da vida cível.

Uma outra classificação diz respeito aos agentes que envolvem a responsabilidade civil, sendo classificada como direta e indireta. Na responsabilidade civil direta, o ato ilícito é praticado pelo próprio agente e na indireta, o ato ilícito é praticado por terceiro como qual o agente tem vínculo legal de responsabilidade (GLÓRIA, 2011).

Por último a responsabilidade civil é classificada quanto ao seu fato gerador, subdividindo-se em responsabilidade contratual e extracontratual ou aquiliana.

A responsabilidade civil contratual ocorre quando uma das partes contratantes descumpre de forma total ou parcial o contrato, sendo tal descumprimento o ilícito contratual. Neste caso, a culpa é em regra presumida, cabendo a vítima provar apenas que o contrato foi descumprido e ao inadimplente provar a inexistência de sua culpa.

A responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, por sua vez, é a violação direta de uma norma legal, aqui viola-se a obrigação de não causar dano a outrem e

o ônus da prova cabe à vítima, não exigindo que haja relação jurídica anterior entre as partes, como ocorre na relação contratual a qual depende do contrato.

2.2 FINALIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil, assim como o direito penal, surgiu como uma forma de responsabilização à violação dos bens jurídicos. Enquanto o Direito Penal visa à prevenção e repreensão aos que cometem os ilícitos penais contra os bens jurídicos, a Responsabilidade Civil busca a reparação dos danos causados pelos agentes.

A responsabilidade civil tem a função de promover o equilíbrio social de forma conscientizadora na medida que repreende o agente ofensor e lhes aplica uma sanção reparadora para com a vítima. Segundo Pablo GAGLIANO e PAMPLONA FILHO Filho (2018), a responsabilidade civil desenvolve a consciência de dever social, onde os indivíduos não devem fazer aos outros aquilo que não gostariam que lhes fizesse. Para os referidos autores a reparação nos moldes legais possui um sentido tríplice de reparar, punir e educar.

Nesse sentido, a responsabilidade civil possui três funções, compensar a vítima pelo dano sofrido; punir o agente ofensor e educar a sociedade para que não haja a prática de condutas lesivas.

A primeira função reparadora tem o objetivo principal de retornar as coisas ao seu *status quo ante*, onde é repostado o bem jurídico perdido e, caso não haja esta possibilidade, é imposto o pagamento de um *quantum* indenizatório, seja no valor do bem material perdido ou compensatório do direito lesionado.

A segunda função punitiva do ofensor não é prioritariamente a de punir no sentido estrito da palavra, visto que quando há a possibilidade de restituir a coisa ao seu *status quo ante* a punição se torna desnecessária, sendo o real objetivo da punição, persuadir o agente ofensor a não mais lesionar.

A função educativa é atingida quando a ilegalidade das condutas danosas não é admitida, fazendo com que a sociedade não as cometa sob pena de reparação ou

punição, atingindo tal objetivo pela via da conscientização, fazendo com que o equilíbrio e a segurança jurídica sejam restabelecidos.

2.3 NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO

A responsabilidade, surge de início, a partir da violação do equilíbrio social, que acontece pela prática de atos ilícitos, tanto na esfera civil como na penal. Mas, pode surgir como forma de imposição legal para que seja cumprido um dever jurídico.

A consequência dos atos ilícitos que violam os deveres jurídicos é a aplicação de sanções, podendo esta ser definida por Pablo GAGLIANO e Rodolfo PAMPLONA FILHO Filho (2018, p.906) como “consequência lógico-jurídica da prática de um ato ilícito” e “a natureza jurídica da responsabilidade, seja civil, seja criminal, somente pode ser sancionadora”.

Em relação a responsabilidade civil originada por imposição legal de uma norma expressa, onde os danos causados por sua violação já eram previsíveis, os autores acima citados defendem que a natureza jurídica da responsabilidade civil, neste caso, também será sancionadora independente de sua aplicação.

2.4 ELEMENTOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Para que haja a responsabilização do ofensor nos casos de responsabilidade por abandono afetivo, assim como nos demais tipos de responsabilidade civil, é necessária a presença de alguns elementos que sem eles não haveria a configuração da responsabilidade do ofensor. Quais sejam: A conduta humana, o dano, o nexo de causalidade e a culpa.

2.4.1 A conduta humana

Para que haja a ocorrência da prática do ato ilícito, é necessário a presença da conduta humana, esta é na verdade o fato gerador da responsabilidade civil. Nesse sentido, Sílvio de Salvo Venosa (*apud* GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2018) preleciona:

O ato de vontade, contudo, no campo da responsabilidade deve revestir-se de ilicitude. Melhor diremos que na ilicitude há, geralmente, uma cadeia de atos ilícitos, uma conduta culposa. Raramente, a ilicitude ocorrerá com um único ato. O ato ilícito traduz-se em um comportamento voluntário que transgride um dever (VENOSA *apud* GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2018, p.916).

Segundo Pablo GAGLIANO e Rodolfo PAMPLONA FILHO Filho (2018), não há responsabilização por danos causados ao bem jurídico sem que seja causado pela conduta humana, a exemplo pode ser citado o dano causado pela força da natureza, onde não se pode falar em responsabilidade civil, pois o agente causador do dano não é humano.

Vale salientar que a conduta humana para que seja passível de responsabilidade civil deve ocorrer de forma voluntária, seja de forma positiva quando o agente pratica o ato ilícito, seja de forma negativa, quando o agente age pela via da omissão, podendo evitar o ato ilícito e ainda assim não o faz, mesmo sabendo que irá gerar um dano ou prejuízo.

O atual Código Civil Brasileiro reconhece, além da responsabilidade civil direta, decorrente de ato próprio, outras espécies de responsabilidade civil ditas indiretas, aquelas causadas por atos de terceiros ou por fato do animal ou da coisa.

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia (CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO 2002).

A responsabilidade civil por fato do animal refere-se aos danos ou prejuízos causados por um animal cujo dono, terá a obrigação de ressarcir ou reparar os danos por ele causados, conforme alude o artigo 936 do Código Civil Brasileiro vigente “O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior”.

Quanto à responsabilidade civil por fato ou coisa, esta acontece mediante situações onde a omissão em relação aos deveres jurídicos sob tutela, vigilância ou pela má escolha de representantes, onde a responsabilidade é imposta por normas legais (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018).

O referido conceito de responsabilidade encontra fundamento nos artigos 937 e 938 do Código Civil atual.

Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta; Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido (CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO 2002).

Apesar da maioria dos autores atribuírem a ilicitude à conduta humana, outros como Pablo GAGLIANO e Rodolfo PAMPLONA FILHO Filho (2018) defendem a ideia de que nem toda conduta humana advém de um ato ilícito e fundamentam esta ideia com base nos artigos 188, II, 929 e 930 do Código Civil atual:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo (CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO 2002).

Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram (CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO 2002).

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado (CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO 2002).

Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I) (CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO 2002).

Dessa forma, os atos acima citados, apesar de serem praticados pela conduta humana, têm um propósito maior, a defesa de algum direito mediante perigo iminente e são compreendidos como excludentes de ilicitude civil.

2.4.2 Dano

O dano é elemento indispensável para a caracterização da responsabilidade civil. Sem ele não se pode falar no dever de reparação ou indenização, pois se assim ocorresse estaria presente o enriquecimento ilícito e injusto. Sérgio Cavalieri Filho (*apud* GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018) mostra a ligação entre o dano e a responsabilidade civil em sua fala:

O dano é sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano (...) (CAVALIERI *apud* GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p.920).

Nesse sentido, o dano pode ser conceituado como sendo “lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não –, causado por ação ou omissão do sujeito infrator” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p.921).

Para que o dano seja efetivamente reparado normalmente através de indenização, é necessário o preenchimento de alguns requisitos, quais sejam: a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica; certeza do dano e subsistência do dano.

Só pode considerar dano o prejuízo a um bem jurídico tutelado por um sujeito de direitos, seja de natureza material ou imaterial. A comprovação do dano é necessária para sua reparação, visto que não se pode exigir uma indenização

justificada em possíveis situações hipotéticas e abstratas. Mesmo no caso de danos imateriais, é necessário a comprovação do dano, como nos casos de direito personalíssimo, onde é imprescindível a apresentação de critérios que mensurem pecuniariamente a reparação do dano (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018).

Em relação à subsistência do dano, tal requisito determina que não é possível a indenização de um dano já reparado, é preciso que no momento de sua exigência em juízo ainda exista a presença do dano. Apenas nos casos em que o dano foi reparado pelo próprio lesionado é que ainda se pode exigir a reparação ou indenização (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018).

Sobre dano, é importante ressaltar as espécies existentes passíveis de indenização. O Direito Civil Brasileiro classifica as espécies de dano como patrimonial ou material e moral.

O dano material é aquele refletido de forma concreta, visível, causado aos bens, relacionado à pecúnia. Pode ser dividido em dano emergente e lucros cessantes. O dano emergente é aquele onde a vítima tem seu bem deteriorado, extraviado, perdido. Em contrapartida, os lucros cessantes correspondem ao lucro que se deixou de ganhar em virtude do dano. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018).

Já o dano moral é aquele cujo os prejuízos causados à vítima são de cunho personalíssimo. São danos relacionados aos direitos voltados à personalidade, à vida e à integridade física, psíquica e moral, onde seu conteúdo não é econômico.

Corroborando para tal entendimento Paulo Luiz Netto Lôbo (*apud* GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 925) quando diz: “não há outras hipóteses de danos morais além das violações aos direitos da personalidade”.

Além dos danos patrimoniais e morais existem outras modalidades de danos que ensejam a responsabilidade civil, trata-se do dano reflexo ou em ricochete e dos danos coletivos, difusos e a interesses individuais homogêneos.

O dano reflexo ou em ricochete tem sua origem no direito francês e consiste no prejuízo causado à pessoa ligada diretamente à vítima direta do ato danoso. O dano reflexo, para que seja passível de reparação, assim como os demais, deve ser certo e de existência comprovada (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018).

Os danos ditos coletivos, difusos e individuais homogêneos são aqueles amparados pelo Código de Defesa do Consumidor, os quais atingem um universo coletivo, mas não se limitam apenas às relações de consumo e podem ter o direito tutelado individualmente, não apenas através de ação coletiva.

Assim alude o artigo 81 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum (LEI 8.078/90).

Quanto às formas de reparação dos danos, existem duas formas, uma relacionada aos danos materiais ou patrimoniais, que é aquela no qual é feita a reposição da coisa de forma natural e ela volta ao seu estado antes do fato danoso. Quando isto não é possível, substitui-se o bem por uma prestação pecuniária de caráter compensatório proporcional ao seu valor (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018).

Já a reparação dos danos extrapatrimoniais ou morais, diferente do que acontece com a reparação dos danos materiais, não há possibilidade de restituir a coisa ao seu estado anterior, visto que uma vez atingida a honra de alguém, esta não poderá ser restituída ao seu estado anterior (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018). A reparação por dano moral consiste no pagamento de uma soma em pecúnia à vítima como forma de compensá-lo pelo dano sofrido, com o objetivo de pelo menos amenizar as consequências do dano sofrido. Nesse sentido, pode-se afirmar que os casos de reparação por dano moral têm caráter compensatório e não indenizatório.

2.4.3 Nexa de causalidade

O nexa de causalidade é um dos instrumentos de grande relevância para a análise da responsabilidade civil, pois é ela o elo de ligação entre o resultado danoso e a conduta do agente infrator que lhe deu causa, concluindo pela personalidade jurídica do mesmo.

Existem três teorias explicativas do nexa de causalidade, a teoria da equivalência de condições; a teoria da causalidade adequada e a teoria da causalidade direta ou imediata, onde há uma interrupção do nexa causal.

A teoria da equivalência de condições surgiu na metade do século XIX pelo alemão Von Buri e defende a ideia de que tudo o que concorre para o evento danoso será considerado causa, ou seja, todo o antecedente que venha a contribuir para o evento danoso de forma direta ou indireta. Tal teoria não foi aderida pelo Código Civil Brasileiro em virtude da abrangência do conceito de causa, mas pode ser vista no Direito Penal em seu artigo 13, *caput*: “O resultado, de que se depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 942).

Quanto a teoria da causalidade adequada, esta também foi criada por um alemão, o Von Kries. Aqui, o autor em contrapartida à teoria anterior não considera a causa como sendo todo e qualquer evento antecedente ao fato danoso. Para ele, nem todas as condições serão causa, somente aquela mais apropriada para produzir o evento. O fator abstração para esta teoria tem papel de destaque, pois para ela, quando as condutas ilícitas provocadas em abstrato não forem tendenciosas para produzir um resultado, não pode ser considerado como sendo a causa real, pois essa não seria a mais adequada (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018).

A teoria da causalidade direta ou imediata, denominada também como teoria da interrupção do nexa causal ou teoria da causalidade necessária foi desenvolvida no Brasil por Agostinho Alvim. Nesta teoria, a causa seria o fato que antecedeu o resultado danoso de forma superveniente a um fato primeiro, que estivesse ligado necessariamente à ele como uma consequência direta e imediata (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018).

Segue exemplo:

Caio é ferido por Tício (lesão corporal), em uma discussão após a final do campeonato de futebol. Caio, então, é socorrido por seu amigo Pedro, que dirige, velozmente, para o hospital da cidade. No trajeto o veículo capota e Caio falece (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p.946).

Neste caso, segundo a teoria da causalidade direta ou imediata, Tício não responderá pela morte de Caio e sim Pedro, porque embora o ilícito cometido por Tício fosse o fato originário ensejador do dano, o acidente foi um fato superveniente causador direto e imediato da morte de Caio.

Existe um impasse doutrinário sobre qual teoria do nexo de causalidade é utilizada pelo Código Civil Brasileiro. Uma parcela respeitável de doutrinadores nacionais e estrangeiros utilizam a teoria da causalidade adequada, por achá-la mais satisfatória para o entendimento da responsabilidade civil. No Brasil, pode-se citar o doutrinador Cavalieri Filho adepto desta teoria (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018).

Todavia, uma outra parcela entende ser a teoria da causalidade direta ou imediata ser a refletida no atual Código Civil. Pablo GAGLIANO e PAMPLONA FILHO Filho, são exemplos de autores que têm tal entendimento e fundamentam seu pensamento no artigo 403 do Código Civil Brasileiro 2002.

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual (CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO 2002).

Outros doutrinadores como Carlos Roberto Gonçalves e Gustavo Trepedino compartilham do mesmo entendimento.

(...) das várias teorias sobre o nexo causal, o nosso Código adotou indiscutivelmente, a do dano direto e imediato, como está expresso no artigo 403; e das várias escolas que explicam o dano direto e imediato, a mais autorizada é a que se reporta à consequência necessária (GONÇALVES *apud* GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p.948).

(...) Por todas essas circunstâncias pode-se considerar como equivalentes, no direito brasileiro, as posições doutrinárias que, com base no artigo 1060 do Código Civil Brasileiro, autodenominando-se ora de teoria da interrupção do nexo causal (Supremo Tribunal Federal), ora de teoria da causalidade adequada (STJ e TJRJ), exigem a causalidade necessária entre a causa e o efeito danoso para o estabelecimento da responsabilidade civil (TREPEDINO *apud* GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p.948).

Portanto, de acordo com as citações acima fica claro que grande parte da doutrina e tribunais brasileiros tem como referência para análise da responsabilidade civil a teoria da causalidade direta e imediata baseada no Código Civil Brasileiro, embora deva reconhecer que em algumas situações a jurisprudência ache pertinente o uso da teoria da causalidade adequada como sendo a mais eficaz.

2.4.4 O papel da culpa na responsabilidade civil

O elemento culpa, caracterizado como parte integrante da responsabilidade civil teve origem no direito romano na Lex Aquilia, mas ganhou proporção no Código Civil francês, influenciando todas as legislações no período moderno.

A culpa é alvo de debates doutrinários quanto ao seu conceito. Para alguns, ela é tida no sentido estrito da palavra como um erro de conduta moralmente imputável ao agente. Para outros, a culpa seria a violação de uma norma preexistente marcada pelo dolo.

Apesar da dificuldade em conceituar a culpa, os autores Pablo GAGLIANO e Rodolfo PAMPLONA FILHO a definiram cautelosamente, levando em consideração a violação da norma e o dolo como parte integrante, acrescentando-lhes a ação culposa.

Em nosso entendimento, portanto, a culpa (em sentido amplo) deriva da inobservância de um dever de conduta, previamente imposto pela ordem jurídica, em atenção à paz social. Se esta violação é proposital, atuou o agente com dolo; se decorreu de negligência, imprudência ou imperícia, a atuação é apenas culposa, em sentido estrito (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p.967).

O Código Civil de 1916, ora revogado, sob influência do direito francês, baseado na teoria subjetivista, atribuía à culpa papel indispensável da responsabilidade civil conforme alude o seu artigo 159 “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”

Já o Código Civil de 2002, baseou-se na teoria objetivista, consagrando a teoria do risco, e defende a ideia de reparação independente de culpa do agente, conforme seu artigo 927 e parágrafo único:

Aquele que por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo.

Parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO 2002).

A inserção da teoria objetivista e da teoria do risco foi fundamental para a estruturação da responsabilidade civil, uma vez que afasta a culpa como elemento principal e esta deixa de ser vista como um obstáculo para a reparação de danos.

Entretanto, vale salientar que no caso da responsabilidade civil por abandono afetivo paterno-filial, a culpa não é objetiva e precisa ser provada, cabendo o ônus da prova a quem está sendo imputado o dano. Já ao alegante, cabe-lhe provar a existência do dano.

CAPÍTULO III

3. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO PATERNO-FILIAL

O capítulo anterior apresenta o instituto da responsabilidade civil e a define como sendo a responsabilização de um agente em face de outro por ter-lhe causado dano ou prejuízo, havendo um nexo de causalidade entre a conduta ilícita do agente e o dano causado. Mostrou-se ainda, os tipos de responsabilidade civil como sendo objetiva e subjetiva e a presença do elemento culpa, na qual estaria presente na responsabilidade subjetiva, onde o ônus de sua prova cabia a vítima, deixando de existir como elemento definidor da reparação na responsabilidade civil objetiva, onde a culpa passa a ser presumida, invertendo-se o ônus da prova ao agente.

A responsabilidade civil por abandono afetivo paterno-filial nada mais é que a responsabilização dos pais em face de sua prole por ter-lhe causado algum dano.

O artigo 226 da Constituição que trata do princípio da paternidade responsável, não diz respeito apenas ao cumprimento das obrigações materiais, mas também as de cunho moral e psicológico, sendo possível, nestes casos, a pretensão à reparação em caso de descumprimento, visto que se trata de dever jurídico. Outros dispositivos da Constituição que tratam dos direitos da criança e do adolescente deixam explícito as obrigações paternas, a exemplo do artigo 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”.

Ainda sobre a paternidade responsável o artigo 1634 do atual Código Civil fala da competência de ambos os pais em assegurar a criação e educação dos filhos, mesmo em caso de separação destes, onde os deveres de assistência moral e afetiva não são compensados com pensão alimentícia.

Segundo Paulo Lôbo (2017), a reparação por abandono afetivo atende a duas finalidades, uma de cunho patrimonial, relacionada às despesas com educação escolar e assistência material até que os filhos atinjam a maioridade ou possa, por si só suprir tais necessidades e outra de caráter extrapatrimonial, quando há a violação dos deveres morais e afetivos necessários à criação. O afastamento ou ausência voluntária dos pais em relação aos filhos causam podem vir a comprometer seu desenvolvimento e à sua integridade psíquica, mesmo quando a responsabilidade material é cumprida.

Entretanto, vale salientar que a reparação por abandono afetivo não é uma responsabilidade objetiva, pois depende do fator culpa a quem se impugna o abandono afetivo. Sabe-se que existem fatores como a postura hostil do outro genitor após separação conjugal, onde por extensão, acabam afastando os filhos, quando não ocorre a alienação parental.

Apesar de depender da existência da culpa para que haja a reparação por abandono afetivo, o ônus da prova compete a quem foi imputado o inadimplemento da obrigação. Por outro lado, é necessário, por parte do alegante, que este apresente prova do dano, visto que este não é presumido e assim como a culpa é elemento indispensável da reparação.

Quanto ao prazo prescricional para pleitear judicialmente a reparação por abandono afetivo, o STJ (Resp 1.298.576) decidiu que começa a partir da maioridade do filho. Vale salientar que o prazo prescricional para pleitear unicamente a reparação por danos materiais é de três anos, já a extrapatrimonial, cujo os danos morais dizem respeito aos direitos de personalidade e a lesão é irreparável são, portanto, imprescritíveis e não tem natureza indenizatória, mas compensatória.

3.1 AFETIVIDADE E O ABANDONO AFETIVO

A afetividade ganhou papel de destaque no direito pátrio, principalmente no direito de família. O afeto, fator que rege as relações entre os indivíduos vem justificando decisões judiciais importantes como por exemplo a concessão do casamento entre pessoas do mesmo sexo, assim como a inclusão do nome do pai socioafetivo no registro de nascimento.

A afetividade, segundo Flávio Tartuce (2012) é a interação entre os indivíduos, é a ligação de uns com outros, podendo esta ter carga positiva ou negativa e estão presentes nas relações familiares.

Na relação paterno filial, a afetividade positiva se mostra presente na igualdade de tratamento entre filhos independente se estes são fruto de relação conjugal ou não, assim como na igualdade de tratamento entre filhos biológicos ou adotivos.

O direito a convivência familiar é um dos preceitos que servem de base da afetividade. Nesse sentido, o abandono afetivo é a quebra ou retirada desse direito, gerador de danos à prole e passível de uma maior apreciação por parte do judiciário.

O abandono de menores no sentido literal da palavra é tipificado como crime no Código Penal Brasileiro e assim enuncia “Art. 133 - Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono” (Código Penal Brasileiro).

Nesse sentido, faz-se necessário os seguintes questionamentos: O menor quando sofre abandono afetivo é capaz de defender-se dos riscos que o efeito do abandono o trará? Não seria o abandono afetivo tão danoso quanto o abandono tipificado no código penal?

Tais questionamentos surgem em virtude de o abandono afetivo ainda ser alvo de discussões nos tribunais e não ser visto como uma violação dos direitos da criança e do adolescente passível de reparação, como é no Direito Penal.

Se o abandono tipificado como crime conforme previsto no artigo 133 do Código Penal traz riscos externos tais como vulnerabilidade à acidentes, raptos, sequestros e atentado à vida do menor, o abandono afetivo traz riscos de danos que comprometem o desenvolvimento psicossocial do indivíduo, muitas vezes de forma irreversível, os quais serão demonstrados no tópico seguinte.

3.2 PSICANÁLISE E DIREITO: DEMONSTRAÇÃO DO DANO JURÍDICO PELOS ATOS DE ABANDONO AFETIVO E A INPORTÂNCIA DA INTERDISCIPLINARIDADE

O bem jurídico tutelado na reparação por abandono afetivo é a integridade psíquica e emocional do menor, bem como o desenvolvimento de sua personalidade, afastando traumas e frustrações que porventura possam lhes causar alguma patologia. Tal valoração parte do princípio da dignidade humana, pela função e deveres que são inerentes ao poder familiar e pelo princípio do melhor interesse da criança.

Nesse sentido, a interdisciplinaridade com profissionais habilitados e especializados na área de saúde, em especial da psicanálise se faz necessário e tem

real importância para o reconhecimento dos danos à personalidade do menor e constatação das consequências do abandono afetivo.

Entretanto, o exercício da interdisciplinaridade ainda é motivo de resistência para os profissionais do direito que acham por bem não fazerem essa interação, pois equivocadamente acham que o direito possui um caráter autônomo e subestimam a importância das demais ciências, quando estas na verdade são imprescindíveis para tomada de decisões mais justas e embasadas por parte dos juristas, principalmente na área do direito de família quando se trata de questões relacionadas ao direito do menor onde torna-se difícil operar sem o auxílio de ciências adequadas, comprometendo dessa forma, a eficácia das decisões judiciais.

Tal visão é confirmada pelo autor Fernando Dias Andrade:

A noção de interdisciplinaridade, em si mesma, é um tanto antipática para os operadores do direito, porque envolve saírem do seu campo próprio, do seu espaço autônomo, e tanto experimentarem outros modos de ver quanto por vezes – o que lhes é humilhante – se sujeitarem à autoridade de outras metodologias ou ciências. A interdisciplinaridade é vista com horror pelo jurista, uma sensação que, no Brasil – terra de pouca discussão entre diferentes campos do saber –, ainda pode demorar muito tempo a se modificar. No que depender dos juristas, talvez não se modifique nunca; mas, no que depender dos pensadores do direito – que, em função dos seus fins, não precisam se horrorizar –, a interdisciplinaridade é uma prática imprescindível (DIAS, 2005, p.02).

O exercício da interdisciplinaridade, através da utilização dos conceitos da psicanálise traz a possibilidade de entendimento do conceito de personalidade, bem como o conhecimento dos distúrbios e patologias que dela fazem parte. Entretanto, o conceito de personalidade também pode ser compreendido pela visão de outros ramos da ciência como o da filosofia por exemplo.

Na perspectiva da psicanalista e civilista Giselle Câmara Groeninga, personalidade é “(...) condição ou maneira de ser da pessoa. É a organização mais estável, que a pessoa imprime à multiplicidade de relações que a constituem. O aspecto físico e os psíquicos, como a vontade, a emoção e a inteligência são aspectos da personalidade” (BIASUZ, 2012, p.241).

Já na concepção do filósofo italiano Nicola Abagnano a personalidade é,

“Ou ainda mais especificamente, a organização mais ou menos estável e duradora do caráter, do temperamento, do intelecto e do físico de uma pessoa: organização que determina sua adaptação total ao ambiente. (...)” (BIASUZ, 2012, p.241).

Ambos os conceitos são de extrema relevância para a análise dos danos à personalidade do indivíduo cujo diálogo sem as ciências complementares não seria possível.

Sobre psicanálise Giselle Câmara Groeninga diz

A psicanálise nos mostra que é entre o sujeito e o outro que se forma nossa objetividade e subjetividade, e que há muito mais entre o sujeito e o outro do que sonha nossa vã objetividade. (...) A psicanálise pode nos ajudar a compreender o sentimento de culpa, que é altamente subjetivo, e o grande poder que exerce sobre nós. Ele representa um ponto no qual as emoções podem inadvertidamente penetrar a racionalidade, e desta forma o objetivo e o subjetivo tendem a se confundir. Fundamental a interface da psicanálise e direito, para ampliarmos nossa consciência, inclusive de suas limitações, e nos assenhorearmos mais da responsabilidade (CÂMARA *apud* BIASUZ, 2012).

A psicanálise tornou-se aliada do direito de família, em especial nos casos que tratam dos direitos do menor, como um mecanismo de comprovação científica dos danos que um indivíduo pode vir a sofrer a partir da ausência da figura paterna, principalmente quando essa ausência é proposital, acompanhada de desprezo e humilhação.

A psicanalista Lenita Pacheco Lemos Duarte em seu livro intitulado “A Guarda dos Filhos na Família em Litígio” faz uma interlocução da psicanálise com o Direito e apresenta o relato de um caso no qual ela denomina “História do Espantalho” onde mostra através de um diagnóstico psicológico a relação do abandono paterno com os danos por ele ocasionados.

Resumidamente, a “História do Espantalho” relata o caso de uma mãe que separada de seu cônjuge, permite a visitação livre do mesmo a filha, que tem toda a liberdade de busca-la para tê-la em sua companhia sempre que quiser, independente

das datas estabelecidas em juízo a título de visitas. Entretanto, apesar da disponibilidade, o pai em diversas ocasiões, marca datas e horários pra buscar a filha e não aparece e em outras vezes desaparece por longos períodos sem contatar ou dar notícias a filha, fazendo com a mesma se sinta abandonada e rejeitada, ocasionando o desenvolvimento de vários sintomas.

A psicanalista que a companhia menina de apenas 6 anos relata que ela fica horas ininterruptas à espera do pai, que quando não adia, desmarca o compromisso com a menina sem avisá-la previamente ou justificar sua falta. Diante da expectativa frustrada de ver o pai, a criança entra num estado de intensa angústia e desenvolve uma dermatite atópica e alergia passando a se coçar compulsivamente, provocando feridas por todo o corpo. A psicanalista relata que quando iniciou a psicanálise com a menina, ela apresentava com uma imagem desvalorizada e depreciativa de si mesmo, a ponto de desenhar um espantalho e afirmar que este era ela: “Este sou eu. Sabe para que serve? Para espantar as pessoas”. Além disso ela fazia comentários do tipo: “Eu não posso esperar nada do meu pai, ele não liga pra mim, mas também não posso desistir”. Nas festas da menina, os avós paternos se fazem presentes, mas o pai não, onde ela se revolta e se expressa: “Estou cansada disso, vou falar com ele”. Depois ela muda de ideia e diz a mãe: Mãe, resolvi não falar nada com meu pai sobre aquele assunto... Achei melhor não falar nada do passado pra não estragar os poucos momentos felizes que tenho com ele” (BIASUZ, 2012, p.243, 244).

A despeito do caso acima resumidamente narrado, a psicanalista faz suas considerações teóricas no âmbito da psicanálise. Assim diagnostica:

(...) Observamos na sintomatologia desse caso que se trata de um sujeito histérico, que apresenta fenômenos psicossomáticos (FPS).

(...) Nesse caso foi possível observar a relação entre os sintomas da criança e a situação de conflito entre seus pais (...) (BIASUZ, 2012).

Fica claro a correspondência do abandono do pai e os problemas psíquicos e de saúde pelos quais sofre a criança. Os sintomas de angustia frente a postura de descaso do pai, a auto-imagem desvalorizada por ela descrita ao desenhar e nomear-se como um espantalho e a dermatite atópica como fruto da somatização desses sentimentos deixa claro a gravidade das consequências do abandono afetivo na vida de uma criança e, que pode perdurar até a vida adulta quando não tratado.

Esse foi só um caso escolhido para demonstração dos danos decorrentes do abandono afetivo paterno-filial, dentre outros tratados pela psicanálise e outros tantos que nunca foram ou serão.

Vale salientar que o caso acima descrito mostra a história de uma criança que ainda mantinha contato com o pai, apesar do pouco convívio e dos encontros frustrados. Diante disso, mensura-se a dimensão do dano daqueles que sequer tem a oportunidade de ter esses encontros frustrados, ou quando o tem se baseiam em momentos de agressões verbais ou desprezo pelo fato do genitor estar com o filho mediante imposição de terceiros e não por de fato dispor de afeto, sendo talvez mais grave ou de mesma proporção, os danos daqueles que nunca conheceram seus pais simplesmente pelo fato destes não ter o mínimo interesse pelo filho.

Na verdade, pode-se afirmar categoricamente, que em todas essas formas de abandono afetivo paterno filial existe um dano que mais ou menos gravoso aos olhos de quem os analisa, para o filho abandonado torna-se imensurável.

Tais danos podem ser percebidos através do comportamento na escola, como baixo rendimento escolar, diminuição da frequência, dificuldade de relacionamento com os colegas, falta de interesse, dentre tantos outros, todos eles reflexos de insegurança, baixa-autoestima e na pior das hipóteses, da depressão ocasionada pela falta da presença paterna. (DAMIANI; COLOSSI, 2015)

O psicanalista Sigmund Freud, em um de seus trabalhos intitulado “Leonardo da Vinci e uma lembrança da sua infância, alude:

Na maioria dos seres humanos, tanto hoje como nos tempos primitivos, a necessidade de se apoiar numa autoridade de qualquer espécie é tão imperativa que seu mundo desmorona se essa autoridade é ameaçada” (FREUD, 1996).

A psicanálise nesse processo de constatação do dano, traz a importância da família para a formação da personalidade e de como o afeto e os valores ou a falta destes refletem positivamente ou negativamente para a formação do indivíduo. Segue as palavras de Giselle Câmara Groeninga:

A psicanálise tem demonstrado a importância da pertinência a uma família e da convivência para a constituição do sujeito desde a mais tenra idade. A personalidade desenvolve-se por meio de exemplos

significativos - as identificações são resultado destas experiências emocionais com os adultos, pais ou substitutos. Como disse Freud, o ego é um precipitado de identificações. (...) É também na família que se desenvolve fundamentalmente a capacidade ética, de empatia, e os valores morais em maior ou menor sintonia como resto da personalidade” (BIASUZ, 2012).

Sobre a importância e necessidade do afeto, diz a mesma autora:

O amor é condição para entender o outro e a si, respeitar a dignidade, e desenvolver uma personalidade saudável. Assim, é na interação com o outro, inicialmente na família, por meio do amor, que se desenvolve na personalidade as qualidades eminentemente humanas de pensamento, auto-reflexão e empatia (BIASUZ, 2012, p. 245, 246).

A Psicanálise funciona como um importante instrumento de análise dos sentimentos profundamente escondidos no inconsciente do indivíduo que sofre com o abandono afetivo e os traz à tona, possibilitando o entendimento da relação entre suas vivências e seu comportamento, e no caso da reparação civil por abandono afetivo, servindo como meio de prova do dano.

3.3 PRESSUPOSTOS PARA O RECONHECIMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO PATERNO-FILIAL

No capítulo anterior foi analisado os elementos que compõem a responsabilidade civil, os quais estão presentes de forma unânime nas doutrinas nacional e estrangeira como sendo os elementos que num primeiro momento, configuram a responsabilidade civil, quais sejam, a conduta humana, ato ilícito, dano, e nexos de causalidade.

No caso do abandono afetivo, numa primeira análise é necessário a presença de outros elementos, como a existência de um fato antijurídico, que seja imputável a alguém, que tenha produzido danos, que tais danos possam ser juridicamente considerados como causados pelo ato ou fato praticado; e como condição suplementar, que o dano esteja contido no âmbito da função de proteção assinada (BIASUZ, 2012).

Tais elementos são de extrema importância na análise dos casos concretos para identificar se os mesmos configuram abandono afetivo passível de reparação ou não.

O fato antijurídico presente no abandono afetivo paterno-filial diz respeito a conduta omissiva por parte do pai que priva o filho de sua convivência, afastando-se voluntariamente de forma física e emocional do filho ou comissiva quando o pai apesar de não ser ausente tem atitudes de desprezo, indiferença, rejeição e humilhação, onde em ambos os casos é gerado abandono ou desamparo moral, afetivo e psíquico.

O abandono é tido como antijurídico, pois parte da inobservância dos dispositivos de lei brasileira que evidenciam a existência do direito-dever dos pais de cuidar e proteger seus filhos em todos os aspectos, físico, moral, afetivo e psíquico.

No que tange ao fato de que possa ser imputado a alguém, trata-se no abandono afetivo paterno-filial da pessoa do pai seja biológico, adotivo ou terceiro que teve a guarda formalizada judicialmente para desempenhar tal função, pois subentende-se que a assumiu voluntariamente, independente das circunstâncias, assumindo o papel de genitor com o dever de cuidar e educar conforme determina a lei.

Quanto a exigência de que o abandono tenha causado danos, trata-se de elemento indispensável para pleitear a indenização por abandono afetivo paterno-filial, visto que é a prova cabal do ato ilícito praticado e antijurídico provocado pelo genitor.

Tais danos envolvem prejuízos na formação de sua personalidade. Estes danos são mais ainda mais gravosos quando se dão na fase de desenvolvimento da personalidade quando a criança necessita de exemplos de comportamento e afeto para que sirvam de direção e segurança para seu pleno desenvolvimento, conforme foi visto no tópico anterior.

Quando se fala na condição de que o dano possa ser juridicamente considerado como sendo causado pelo ato ou fato praticado, refere-se ao nexos de causalidade entre a conduta do genitor e os danos causados à prole. É necessário que estes danos estejam diretamente ligados à conduta omissiva ou comissiva do genitor.

Em relação a última condição para que haja a reparação civil por abandono afetivo paterno-filial, no qual exige-se que o dano esteja contido no âmbito da função assinada. Significa dizer, que o dano sofrido pelo menor deve ser o objeto tutelado

pelo ordenamento jurídico, através de dispositivos como o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Convenção dos Direitos da Criança, o Código Civil, que versa sobre os deveres inerentes ao poder familiar, o Direito de Família e seus princípios, bem como a própria Constituição Federal que estabelece como sendo um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana como princípio maior.

3.3.1 Condições para imputação da responsabilidade civil por abandono afetivo paterno-filial

Apesar dos pressupostos acima citados para o reconhecimento da responsabilidade civil por abandono afetivo, existem algumas condições para que haja sua imputação, as quais são apontadas pela autora Aline Biasuz e que serão ora apresentadas.

A primeira condição diz respeito ao sujeito passivo da demanda que pode ser tanto o pai biológico ou adotivo, o pai registral que é aquele que publicamente registra a criança com seu sobrenome e assume o papel de pai ou um terceiro que detenha formalmente a guarda da criança (BIASUZ, 2012).

A autora faz um questionamento quanto ao cabimento da demanda ao terceiro que detém formalmente a guarda da criança. Ela atenta para as condições pelas quais essa guarda foi concedida, se por vontade do guardião ou se imposta pelo judiciário e defende a ideia que em caso de imposição do judiciário, o guardião não deve ser demandado sem uma análise das circunstâncias que o levaram a exercer o papel de pai (BIASUZ, 2012).

Outra condição é o reconhecimento da paternidade ou do encargo de guardião, através da certidão de nascimento ou do termo judicial. Pois não poderá responder pelo abandono afetivo o pai que não tinha ciência da existência do filho.

A certidão de nascimento apesar de ser documento de identificação da criança e de seus genitores, não afasta a possibilidade de reparação por dano afetivo daquele genitor que, apesar de não ter reconhecido formalmente a paternidade, tem consciência de sua função de pai e a exerce publicamente diante da sociedade. Caso

este pai deixe de ter convívio com o filho e assuma uma postura omissiva ou comissiva de atos de abandono e desprezo poderá ser demandado judicialmente (BIASUZ, 2012).

Em relação aos pais socioafetivos a autora Aline Biasuz, abre o seguinte questionamento “O pai socioafetivo pode responder por abandono afetivo? A autora responde que num primeiro momento a resposta é sim, visto que o pai socioafetivo desenvolve com a criança laços de afetividade, criando uma espécie de parentesco (BIASUZ, 2012, p.223).

Entretanto, segundo ela, é necessário que esse pai afetivo tenha formalizado seu vínculo paterno através do registro de nascimento da criança onde deverá conter o nome do pai socioafetivo.

Por outro lado, é necessário pensar sobre o “padrasto” que não assumiu formalmente a função de pai, tem relação de amor e afeto com a criança e convive com ela por anos. Caso haja a separação entre o padrasto e a mãe, este poderá ser demandado por abandono afetivo se assim o fizer ou quem deve ser demandado é o pai biológico?

Segundo a autora, o fato de existir uma figura paterna na vida do filho, neste caso, o padrasto, pode configurar-se como um excludente de responsabilidade para o pai biológico. Para tanto, é necessário nesses casos, prova pericial para saber se existem danos e qual a sua origem (BIASUZ, 2012).

Outra condição para demandar o pai por abandono afetivo é que ele não resida com a família. A possibilidade de haver abandono afetivo dentro do próprio lar é real, entretanto, a demonstração da omissão ou comissão quanto aos fatos que geram a situação de abandono é de grande dificuldade. Daí a impossibilidade de requerer ação de indenização em desfavor desse pai.

A existência de uma pessoa na vida da criança que assuma a figura paterna é uma excludente de responsabilidade para o pai biológico. Isto porque, o dano ocorre em virtude da perda ou ausência de alguém que era um paradigma pra criança, da direção e desenvolvimento da personalidade da mesma.

Portanto, para demandar o pai por abandono, é necessário que não haja alguém que tenha assumido o tal encargo, pois se a lacuna afetiva deixada pelo pai

biológico é preenchida por uma terceira pessoa que evita o dano, não há sentido em ingressar com a demanda.

Por outro lado, se esta pessoa apesar de conviver com a criança, não supriu afetivamente as lacunas deixadas pelo pai biológico e, pelo contrário, deixou mais evidente essa ausência pelo fato de ser indiferente quanto à sua educação e afeto, o pai biológico poderá ser demandado.

Os danos causados pelo abandono afetivo paterno-filial, tais como as psicopatias, distúrbios emocionais, falhas de personalidade, devem obrigatoriamente, ser demonstrados e comprovados através de diversas formas. Provas periciais, testemunhais, documentais ou por meio de depoimentos, assim como através de provas emprestadas de outros processos, como execuções de alimentos, de visitas, ação de tutela inibitória para prevenção de danos, entre outros (BIASUZ, 2012).

Todos esses meios de prova, seja a mais técnica como a prova pericial, através de laudo psicológico, seja a mais frágil como a testemunhal, tem a intenção de apresentar o quadro de angústia e humilhação sofrida pela vítima do abandono afetivo.

Ainda dentro do contexto, é importante deixar demonstrado que não houve impedimento ou obstáculo imposto por terceiros para que a relação afetiva pudesse se dar plenamente, visto que eximiria a culpa do pai, que foi impedido de se relacionar com a criança.

Assim como deve ser averiguado se o pai tentou contra tais impedimentos. Deve-se analisar se apesar dos obstáculos a ele impostos, buscou-se transpô-los ou se os utilizou como argumento para eximir-se de sua responsabilidade, aceitando de forma pacífica o distanciamento de convivência.

Vale salientar que o termo de guarda compartilhada não o exime de ser sujeito passivo em processo de reparação por abandono afetivo paterno-filial, desde que seja demonstrado a omissão e inercia do pai perante a determinação judicial.

Muitas vezes os pais aceitam a guarda compartilhada como forma de se eximir de obrigações futuras e dessa forma, ignoram os fundamentos da guarda compartilhada e permanecem omissos e ausentes.

Por fim, é necessário pontuar quais as situações cotidianas de desprezo, rejeição, apatia, humilhação, descaso, falta de zelo e negligência ao menor para que sejam cabíveis de gerar indenização por abandono afetivo.

Conforme visto acima, não são todos os atos de aparente abandono que geram indenização, tais atos devem gerar danos ao menor, resultando em sequelas psicossomáticas e emocionais que afetem a personalidade.

Para tanto, devem ser demonstrados reiterados atos omissivos como não cumprimento das visitas, falta de comunicação, não honrar com os compromissos marcados sem previamente desmarcá-los e deixar a criança esperando, não se fazer presente nos eventos escolares, bem como em datas comemorativas como aniversário, não ficar com a criança no período das férias, não presenteá-la nunca ou tratá-la com desigualdade perante irmãos de outros relacionamentos ou dá-se por esquecido da existência da criança, desaparecendo por anos sem ao menos entrar em contato.

Deve também ser demonstrado atos comissivos de quando se faz presente, mas que trata a criança com humilhação, denigre sua imagem, o deprecia, destruindo a auto estima, bem como a possibilidade de criação de um elo emocional e afetivo com a criança.

3.3.2 Função da responsabilidade civil por abandono afetivo

A violação dos bens jurídicos pode gerar responsabilidade tanto na esfera penal quanto na cível, na qual a responsabilidade penal cuida da prevenção e repreensão pelo Estado e na cível, ocupa-se em reparar o dano injusto sofrido pela vítima. (BIASUZ, 2012)

Parte da doutrina moderna entende que cabe a reparação do dano injusto sofrido pela vítima é função da responsabilidade civil, conforme expõe Eugênio Facchini Neto (apud Biasuz, 2012, p.266) “A função originária e primordial da responsabilidade é a reparatória (de danos materiais) ou compensatória (de danos extrapatrimoniais)”.

No caso do abandono afetivo, o dever de reparar surge a partir da violação dos direitos da criança e do adolescente tutelado em vários dispositivos do ordenamento jurídico, a começar pela Constituição que determina que os princípios da paternidade responsável, da convivência familiar e, principalmente, da dignidade da pessoa humana devem ser preservados.

A partir do momento que o pai comete o ato ilícito do abandono afetivo há a necessidade de reparação pelo dano por ele causado, assim como ocorre em outras esferas cíveis. Quando não ocorre, têm-se um direito sem uso e a imperatividade da impunidade.

A maioria dos questionamentos que envolvem o cabimento da indenização por abandono afetivo está presente no fato de que muitos consideram que a indenização não fará com que o pai ame o filho, vez que não se pode valorar o preço do amor.

Entretanto, a indenização em casos de abandono afetivo não tem o objetivo de obrigar o pai a amar o filho, mas de expor ao mesmo, a dimensão dos prejuízos causados por ele, bem como de tutelar os direitos do menor, atribuindo assim outras funções a indenização.

Existem no Brasil três tendências doutrinárias que atribuem a reparação civil três funções: “a) a compensação/satisfação do ofendido; b) punição do ofensor; c) tanto a satisfação do ofendido quanto a punição do ofensor” (BIASUZ, 2012, p.268, 269).

Quanto a reparação civil por abandono afetivo não há que se falar em punição, pois o instituto da responsabilidade civil por abandono afetivo tem o intuito de reparar o dano injusto, dando à indenização um valor compensatório e não punitivo.

Nesse sentido, não se admite a justificativa de “punir” o pai pelo abandono do filho com a perda do poder familiar, pois em nada estaria compensando o filho pelos danos sofridos pelo abandono. Pelo contrário, estaria favorecendo o pai, lhe premiando, já que a sua ausência já se fazia antes da imposição judicial.

3.3 POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS

Há algum tempo a indenização por abandono paterno-filial vem sendo tema polêmico de discussão nos tribunais, que vem com frequência proferindo decisões quanto ao cabimento da responsabilização dos pais em virtude do abandono.

Apesar de já haver discussão por parte dos tribunais, o Supremo Tribunal Federal ainda não fez nenhuma apreciação quanto esta matéria, o que deixa claro a necessidade de amadurecimento do estudo da responsabilidade civil por abandono afetivo para que se torne uma jurisprudência concreta.

Tal abordagem é corriqueira em vários locais no Brasil e em várias decisões reconhecem a possibilidade jurídica da reparação por abandono afetivo, assim como outras decisões acatam por desconsiderar tal possibilidade em virtude do caráter polêmico da matéria.

A exemplo de tribunais que estiveram no impasse quanto às decisões sobre a referida matéria, bem como a maior incidência de casos, destacam-se Rio Grande do Sul, Minas Gerais e São Paulo (CARVALHO, 2015).

Seguem os julgados ora citados:

Apelação Cível nº 70021427695: APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO DANOS MATERIAIS E MORAIS. ABANDONO DO FILHO. FALTA DE AMPARO AFETIVO E MATERIAL POR PARTE DO PAI. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDIMENSIONAMENTO. A responsabilidade civil, no Direito de Família, é subjetiva. O dever de indenizar decorre do agir doloso ou culposos do agente. No caso, restando caracterizada a conduta ilícita do pai em relação ao filho, bem como o nexo de causalidade e o dano, cabe indenização por danos materiais e morais. Nas demandas condenatórias, a verba honorária deve incidir sobre o valor da condenação. Inteligência do art. 20, §3º, do CPC. RECURSO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO. APELAÇÃO DO REQUERIDO IMPROVIDO.” (grifo meu) (BRASIL, TJRS, 8ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70021427695, Relator Des. Claudir Fidélis Faccenda, julgado em 29/11/2007).

Apelação Cível nº 408.550-5: 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. (grifo nosso) (BRASIL, TJMG, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 408.550-5, Relator Juiz Unias Silva, julgado em 01/04/2004).

REsp nº 1.159.242/SP: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO.COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.1.Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados 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.” (BRASIL, STJ, REsp nº 1159242/SP, Ministra Relatora Nancy Andrichi, julgado em 24/04/2012).

A negativa de concessão das indenizações por abandono afetivo paterno filial era unânime na jurisprudência do STJ, pois desconsiderava a possibilidade de monetarização do afeto e discordava da ideia de atribuir valor ao fato do pai ter que amar o filho. Entretanto, em 2012 o Superior Tribunal de Justiça trouxe um novo entendimento quanto a matéria, quebrando a ideia já consolidada de negativa à

propositura da indenização por abandono afetivo paterno-filial, trazendo novos horizontes para o ordenamento jurídico brasileiro (CARVALHO, 2015).

4.4 PROJETOS DE LEI

Além das jurisprudências e julgados acerca do cabimento da indenização por abandono afetivo paterno-filial, há a propositura de dois projetos de lei que tratam do assunto, tramitando um na Câmara de Deputados (PL nº4.294/08) e outro no Senado Federal (PL nº700/07). Ambos preveem a possibilidade de ser aplicado o instituto da indenização por dano moral nos casos de abandono sofrido pelos filhos.

O primeiro projeto lançado foi o de nº700/07, do Senado, o qual foi proposto pelo Senador Marcelo Crivella e encontra-se em tramitação junto a Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (PL 700/07).

Tal projeto prevê a responsabilidade civil em razão do abandono sofrido tanto pelos filhos em relação aos pais, quanto em face dos pais idosos abandonados pelos filhos (PL 700/07).

Com relação ao abandono paterno, o projeto defende a responsabilidade parental e justifica a propositura do projeto com base nos princípios do melhor interesse da criança e nos artigos de leis. Além disso, prevê a caracterização do abandono afetivo como ato ilícito e define a assistência afetiva dada pelos pais aos filhos menores de 18 anos como sendo imprescindível como direcionamento das escolhas que fará na vida (PL 700/07).

Neste projeto, propõe-se também a alteração de alguns dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, já aprovada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CJC) em abril de 2010, o qual prevê o dever de reparar por parte dos pais caso deixem de prestar assistência afetiva aos filhos. Além disso, estabelece aos pais que não têm a guarda dos filhos que estes ajam de forma fiscalizadora na educação e cuidado que é dado pelo guardião da criança (PL 700/07).

Já o projeto de lei da Câmara nº 4294/08, do deputado Carlos Bezerra, propõe que os pais que abandonam afetivamente os filhos, respondam pela indenização por danos morais aos mesmos. Tal proposta altera o Código Civil, bem como o Estatuto

do Idoso pois prevê esse direito também aos pais abandonados pelos filhos (PL 4294/08).

Resta claro que, apesar do instituto da reparação civil nos casos de abandono afetivo ainda não ser legitimado em lei, as decisões dos julgados que concederam a indenização, bem como os projetos de lei acima demonstrados, refletem a existência de uma preocupação quanto a gravidade do dano provocado pelo abandono e a pertinência de sua reparação, o que representa um avanço para o ordenamento jurídico brasileiro.

CONCLUSÃO

O Direito de Família e seus princípios mostram a importância da Família para o desenvolvimento do indivíduo. É no seio da família, nas relações de afeto ali existentes, bem como nos valores repassados pelos genitores ou por aqueles que exerçam esta função que são formados os indivíduos da sociedade.

É dever dos pais primeiramente promover o pleno desenvolvimento dos filhos e quando isso não acontece, está se infringindo vários dispositivos do ordenamento pátrio e é a partir daí que o Estado deve assumir seu papel como garantidor dos direitos do menor.

Não se pode relativizar, portanto, as atitudes de abandono e desprezo de um pai, justificando que o pai não é obrigado a amar seu filho ou que o amor não se quantifica com dinheiro. Evidentemente que não se pode comprar amor com dinheiro. Esses são jargões sensacionalistas que refletem a ignorância quanto ao tema e promove um pensamento preconceituoso na população alheia ao assunto.

Como foi reiteradamente falado ao longo do trabalho, afeto e amor não se confundem, o afeto é espécie do qual o amor é gênero. Não se fala em amar, mas em afetividade, no elo que une as pessoas nas mais diferentes entidades familiares. Nesse sentido, a afetividade pode ser traduzida de diversas formas, tais como o cuidado, proteção ou mesmo em apoio moral.

As pessoas costumam sentir afeto não só por outras pessoas, mas por animais de estimação e objetos materiais. Portanto, exigir que um pai dê afeto ao filho que ele trouxe ao mundo não é algo que está além de suas possibilidades, pelo contrário, é seu dever e sua responsabilidade garantir o pleno desenvolvimento de seu filho.

Então porque ainda existem impasses quanto ao cabimento de indenização por abandono afetivo se a próprio instituto da responsabilidade civil identifica todos os elementos que a compõem no abandono afetivo (ato ilícito, dano, culpa e nexo causal)?

Abandono afetivo é ato ilícito em responsabilidade civil, pois atenta contra vários dispositivos legais, que vão desde a Constituição e seus princípios, perpassam o Código Civil, Estatutos e Convenções de proteção aos direitos do menor até chegar no Direito de Família. Causador de danos, muitas vezes irreversíveis e definitivamente irreparáveis, daí natureza compensatória e não reparatória da responsabilidade civil

nos casos de abandono afetivo paterno-filial. O elemento subjetivo culpa está presente nas análises dos casos de abandono e que, em algumas vezes pode ser possível, mediante prova, a sua exclusão. Quanto ao nexos causal, este também é elemento presente nas análises de abandono afetivo, pois atesta se existe relação entre o ato danoso e o prejuízo.

É importante ainda, atentar para a importância da interdisciplinaridade e o conhecimento de outras ciências como aliada para que os possíveis atos de abandono sejam analisados de forma técnica e a imputação da responsabilidade civil por abandono afetivo paterno-filial seja imputada ao genitor de forma justa.

Apesar dos avanços quanto ao entendimento do cabimento das indenizações por abandono afetivo, ainda há muito que se fazer, é necessário tornar o afeto um bem jurídico. É necessário um olhar atento da justiça para como as famílias estão formando os indivíduos que serão o futuro da sociedade. A justiça não pode ser omissa e negligente ao sofrimento de uma criança e deixar que a irresponsabilidade paterna reine perante aos danos causados ao menor, retirando-lhe sua dignidade.

Nesse sentido, a indenização por abandono afetivo paterno-filial deve ser admitida, não tendo como prioridade a punição do pai, pois esta se dará como consequência. O objetivo principal é assegurar ao menor que seus direitos não sejam violados, e quando os forem, ter a certeza que a justiça sairá em defesa deles, bem como servir de paradigma para que os casos de abandono afetivo sejam dirimidos.

REFERÊNCIAS

BIASUZ, Aline. **Abandono Afetivo**: Valorização Jurídica do Afeto nas Relações Paterno-Filiais. Curitiba: Juruá, 2012.

BRASIL, **Apelação Cível n. 408.550-5**. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/7608/9/TJMG%20Apela%C3%A7%C3%A3o%2010720090527279001.pdf> Acesso em 19/04/2018.

BRASIL, **Código Civil Brasileiro/2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm Acesso em 21/09/18.

BRASIL, **Decreto 99.710/1990** (Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm Acesso em 24/09/2018.

BRASIL, Lei 8069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm Acesso em: 19/09/2018.

BRASIL, **Lei nº 8.560** (Investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento), de 29 de dezembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8560.htm Acesso em 24/09/2018

BRASIL, STJ. **Recurso Especial 757.411/MG**. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/4645> Acesso em 18/04/2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça STJ – Recurso Especial: **Resp: 757411 MG 2005/0085464-3, 2005**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7169991/recurso-especial-resp-757411-mg-2005-0085464-3> Acesso em 26/09/2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça STJ – Recurso Especial: **Resp: 757411 MG 2005/0085464-3 Rel. e Voto, 2012**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7169991/recurso-especial-resp-757411-mg-2005-0085464-3-stj/relatorio-e-voto-12899600?ref=juris-tabs>

BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 19/09/2018.

BRASIL, **Código Penal Brasileiro**. Decretado em 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm Acesso em: 10/11/2018.

BRASIL, Senado Federal: **Projeto de Lei nº 700/07**. Publicado em 07/12/2007. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4002505&ts=1543083135774&disposition=inline> Acesso em: 27/11/2018.

BRASIL, Câmara dos Deputados: **Projeto de Lei nº 4.294/08**. Publicado em 12/11/2008. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415684>
Acesso em: 19/09/2018.

CARVALHO, Marcela Lemos. **Responsabilidade Civil por Abandono Paterno Filial**. Jusbrasil, 2015. Disponível em: <https://celalcarvalho.jusbrasil.com.br/artigos/182900111/responsabilidade-civil-por-abandono-paterno-filial> Acesso em 13/09/2018.

CASTILHO, Auriluce Pereira; BORGES, Nara Rúbia Martins; PEREIRA, Vânia Tanús. (orgs.). **Manual de metodologia científica**. 2ªed. Itumbiara: ILES/UBRA, 2014.

COSTA, Dilvanir José. **A família nas Constituições**, 2006. Disponível em: https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:-pvM4vcPp_0J:https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/1455/1384+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br Acesso em: 13/09/2018

DAMIANI, Camila Ceron; COLOSSI, Patrícia Manozzo. **A ausência física e afetiva do pai na percepção dos filhos adultos**. Pensando fam. [online]. 2015, vol.19, n.2, pp. 86-101. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-494X2015000200008&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 18/04/ 2018.

DELLANI, Diorgenes André. **Princípios do Direito de Família**. Jusbrasil. Jaguará do Sul, 2013. Disponível em: <https://diorgenes.jusbrasil.com.br/artigos/112183566/principios-do-direito-de-familia> .> Acesso em:18/09/2018.

DIAS, Fernando. **Poder familiar e afeto numa perspectiva espinosana**. IBDFAM, 2005. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/img/congressos/anais/15.pdf> Acesso em: 29/11/2018.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado: 14ª ed. rev. e atual.** – São Paulo: Saraiva, 2009.

FONSECA, João José Saraiva. **Metodologia da Pesquisa Científica**. Fortaleza: UECE, 2002.

FREUD, Sigmund. **Leonardo da Vinci e uma lembrança da sua infância**. In: FREUD, Sigmund. **Obras psicológicas completas**. Rio de Janeiro: Imago, 1996, XI.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil: volume único**. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOLDENBERG, Mirian. **A arte de pesquisar: Como fazer pesquisa qualitativa em ciências sociais**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2011.

GLÓRIA, Afonso de Jesus. **Espécies de Responsabilidade Civil**. Jurisway, 2011. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5910 Acesso em: 27/10/2018.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 1986.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias** – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MOTA, Tércio de Sousa; ROCHA, Rafaela Ferreira; MOTA, Gabriela Brasileiro Campos. **Família – Considerações gerais e historicidade no âmbito jurídico. Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 2011. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8845&n_link=revista_artigos_leitura Acesso em: 13/09/2018.

[NOBRE, Rodrigo Igor Rocha de Souza. Conceito e Evolução do Direito de Família. Web Artigos, 2014. Disponível em: https://www.webartigos.com/artigos/conceito-e-evolucao-do-direito-de-familia/122592/ Acesso em: 13/09/2018.](https://www.webartigos.com/artigos/conceito-e-evolucao-do-direito-de-familia/122592/)

SANTOS, Herez. **O ato ilícito no Código Civil**. Boletim Jurídico, 2006. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/1373/o-ato-ilicito-codigo-civil> Acesso em: 23/10/2018.

TARTUCE, Flávio. **Da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência brasileira**. Migalhas. 26 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104.MI262537.61044-Da+indenizacao+por+abandono+afetivo+na+mais+recente+jurisprudencia> Acesso em: 18/04/2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil V: Direito de Família/SIMÃO, José Fernando/ José Fernandes Simão**. – 8. ed. rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

TARTUCE, Flávio. **O Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Jusbrasil, 2012. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia> Acesso em: 26/09/2018.