

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE DIREITO

MAIARA SANTANA ZERBINI

**OS CONTORNOS JURÍDICOS DA RESPONSABILIDADE AFETIVA
POR NEGATIVA DE AFETIVIDADE PARENTAL**

MARÍLIA
2014

MAIARA SANTANA ZERBINI

OS CONTORNOS JURÍDICOS DA RESPONSABILIDADE AFETIVA POR
NEGATIVA DE AFETIVIDADE PARENTAL

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Aline Storer

MARÍLIA
2014

ZERBINI, Maiara Santana.

Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva por negativa de afetividade parental/ Maiara Santana Zerbini; Orientadora: Profa. Aline Storer. Marília, SP: [s. n], 2014.

67 f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2014.

1. Responsabilidade Afetiva 2. Afetividade Parental 3.Família

CDD: 342.151



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito

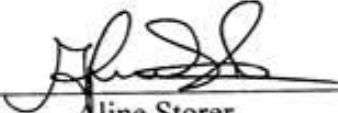
Maiara Santana Zerbini

RA: 46124-5


Os Contornos Jurídicos da Responsabilidade Afetiva Por Negativa de Afetividade Parental

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 9,5

ORIENTADOR(A): 
Aline Storer

1º EXAMINADOR(A): 
Luciano Henrique Diniz Ramires

2º EXAMINADOR(A): 
Josue Justino do Rio

Marília, 28 de novembro de 2014.

*Para minha mãe Sara,
Em razão do seu amor, esforço e dedicação na
minha vida. Obrigado!*

AGRADECIMENTO

É difícil agradecer a todas as pessoas que fizeram ou fazem parte da minha vida, por isso primeiramente agradeço a todos de coração.

Dediquei este trabalho a minha mãe Iara Santana, aproveito também para agradecer, por todo o seu amor e dedicação, sem você e Deus, nada mais seria possível.

Levarei comigo a ideia de que sortudos são aqueles que têm alguém para chamar de mãe, independente da forma como esse laço seja constituído, pois mãe é amparo, sabedoria, afeto e amor, é a amiga mais verdadeira de todas. Eu me considero uma pessoa de muita sorte, pois, além de ter uma mãe que desenvolveu o seu papel com excelência, Deus me concedeu uma mãe que foi mãe e pai.

Agradeço ao meu irmão João Rodrigo Santana Gomes, meu exemplo, que esteve ao meu lado em todos os momentos, me apoiando e me incentivando. Por você o meu coração carrega o agradecimento de uma filha a um pai.

Agradeço a Mariliza Ramos Garcia Santana, minha “*JurisConsult*”, que me auxiliou sempre que necessário, com sua inteligência e paciência.

Agradeço ao Hernani Castilho de Moraes, namorado e amigo, que esteve ao meu lado não só em dias de alegrias, mas nos dias amargos dessa caminhada.

Agradeço a minha querida orientadora Aline Storer, por toda a dedicação e paciência, como profissional e pessoa, a qual me espelho.

Agradeço, também, ao Guilherme Domingos de Luca, o qual me auxiliou e compartilhou comigo uma parte de sua indiscutível inteligência, não somente no presente trabalho, mas em muitos outros.

Agradeço as integrantes do Apto. 12, Mariana Tanganeli e Alessandra Noronha, amigas, das quais tive o prazer de conviver nos meus últimos anos de faculdade.

Aos meus amigos e colegas de sala e com certeza futuros excelentes profissionais. Em especial ao meu amigo Matheus Freschi França, que tornou minha caminhada mais leve e divertida. Sua amizade em minha vida é fundamental.

A minha querida amiga e ex-chefe Anelisa Rodrigues, a qual admiro muito, por me transmitir todo o seu conhecimento e apoio.

E finalmente agradeço a Deus, por me proporcionar estes agradecimentos à todos que tornaram a minha vida mais afetuosa, além de ter me dado uma família maravilhosa e amigos. Deus que a mim atribuiu alma e missões pelas quais já sabia que eu iria batalhar e vencer, agradecer é pouco. Por isso, lutar, conquistar, vencer e até mesmo cair e perder, e o principal, viver é o modo de agradecer sempre.

O afeto merece ser visto como uma realidade digna de tutela.

Maria Berenice Dias.

ZERBINI, Maiara Santana. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva por negativa de afetividade parental** 2014. 67f. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha, Marília, 20014.

RESUMO

O abandono afetivo, conforme será suscitado, está ligado a ideia de ausência de participação dos pais no desenvolvimento da prole, no que diz respeito a necessidade de se oferecer afeto, diferindo-se do abandono material, que está ligado a ausência de participação dos pais, no que diz respeito as questões econômicas que envolvem o desenvolvimento do menor. Analisará ainda a responsabilidade afetiva, e as consequências de sua omissão, assim como eventual cabimento de reparação por via judicial. Nessa ótica, será levantado os chamados pressupostos jurídicos acerca do dever de indenizar, em razão do abandono afetivo, juntamente em face do dano, da culpa e do nexo de causalidade, para poder traçar comentários acerca da indisponibilidade da paternidade, em face da jurisprudência atual. O objetivo principal da análise consiste em responder o seguinte questionamento: Quais são as formas de proteção dos filhos contra o abandono afetivo? Para responder o questionamento, segundo as bases lógicas de investigação científica, a pesquisa se baseou no método dedutivo, onde se pautou na análise de premissas já existentes, para se chegar na conclusão esperada. Quanto aos procedimentos técnicos, o trabalho baseou-se na análise de doutrinas clássicas do Direito de Família, tais como Maria Helena Diniz, Maria Berenice Dias, bem como na compreensão de artigos científicos, jurisprudências recentes, demais doutrinas e obras relacionadas ao tema proposto. O trabalho se dividiu em três capítulos, sendo abordado no primeiro, a família no seu contexto jurídico de afeto, bem como principais princípios e sua função humanizadora. No segundo capítulo verificou-se acerca da negativa de afeto na relação paterno e materna, definindo o que é afeto, e suas consequências na ocasião do surgimento do abandono afetivo. Por fim, no terceiro e último capítulo, buscou analisar a responsabilidade afetiva.

Palavras-chave: Responsabilidade Afetiva. Afetividade Parental. Família.

ZERBINI, Maiara Santana. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva por negativa de afetividade parental** 2014. 67f. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha, Marília, 20014.

ABSTRACT

The emotional abandonment, as will be raised, is on the idea of lack of parental involvement in offspring development regarding the need to provide affection, if differing from the material abandonment, which is linked to lack of parental involvement, regarding the economic issues surrounding the development of the child. Also examine the affective responsibility, and the consequences of his omission, as well as possible pertinence repair judicially. From this standpoint, will be raised so called legal assumptions about the duty to indemnify, because the emotional abandonment, together in the face of harm, guilt and causality, in order to draw comments about the unavailability of parenthood in the face of current jurisprudence. The main objective of the analysis is to answer the following question: What are the ways of protecting children against emotional abandonment? To answer the question, according to the rationale of scientific research, the research was based on the deductive method, which was based on the analysis of existing premises to arrive at the conclusion esperada. Quanto the technical procedures, the work was based on the analysis classical tenets of family law, such as Maria Helena Diniz, Maria Berenice Dias and understanding of scientific articles, recent jurisprudence, doctrines and other works related to the proposed topic. The work is divided into three chapters, the first being approached, the family in its legal context of affection, as well as its main principles and humanizing function. In the second chapter we found about the negative affect of the paternal and maternal relationship, defining what is affection, and their consequences at the time of the emergence of emotional abandonment. Finally, the third and final chapter, sought to analyze the emotional responsibility.

Keywords: Affective Responsibility. Parental affection. Family.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC: Código Civil

CF: Constituição Federal

CF/88: Constituição Federal promulgada em 1988

CPC: Código de Processo Civil

ONU: Organização das Nações Unidas

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1 – A FAMÍLIA NO CONTEXTO JURÍDICO DO AFETO.....	12
1.1 Esboço Histórico	12
1.2 Conceito de direito de família	16
1.3 Objetivo do direito de família.....	22
1.4 Princípios do direito de família no ordenamento jurídico brasileiro	24
1.4.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	25
1.4.2 Princípio da Liberdade	26
1.4.3 Princípio da Igualdade	27
1.4.4 Princípio da afetividade	28
1.4.5 Princípio do pluralismo das entidades familiares	29
1.4.6 Princípio da consagração do poder familiar	30
1.4.7 Princípio da entidade familiar.....	31
1.4.8 Princípio da solidariedade	32
1.5 A humanização do direito de família: paternidade, o afeto e a constituição da dignidade da pessoa humana	33
CAPÍTULO 2 – A NEGATIVA DE AFETO NA RELAÇÃO PATERNO-MATERNA	36
2.1 O afeto e a função parental	36
2.2 Pais presentes, dissolução da sociedade conjugal	39
2.3 Do Abandono afetivo e sua configuração	42
2.4 O desconhecimento da prole e o abandono afetivo	45
CAPÍTULO 3 – RESPONSABILIDADE AFETIVA	49
3.1 Pressupostos jurídicos do dever de indenizar em decorrência do abandono afetivo.....	49
3.1.1 Dano	51
3.1.2 Culpa.....	53
3.1.3 Nexo de Causalidade	55
3.2 A paternidade e sua indisponibilidade	56
CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS	62

INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, o sentimento de afeto tem se tornado objeto de inúmeras discussões no âmbito do Direito de Família.

Recentes decisões tem trazido a tona questões polêmicas que envolvem o dever dos pais em acompanhar os filhos no seu desenvolvimento e vida psicológica.

Nesse entorno, objetiva-se com o presente estudo entender quais são os contornos jurídicos acerca da responsabilidade afetiva, e quando ela ocorre por negativa de afetividade parental, quais são suas consequências.

Para tanto, primeiramente será necessário apresentar, a análise histórica acerca da família, entendendo este instituto tão fundamental no desenvolvimento humano e os modos de sua constituição.

Conforme será apontado, no passado, estas famílias se iniciavam por meio de casamento religioso, onde mais se pareciam com contratos particulares entre as famílias dos cônjuges, pois, na maioria das vezes o casamento era “arranjado”, sem considerar a vontade do casal. Os pais da noiva e do noivo acordavam entre si, demonstrando uma enorme submissão da mulher e de seus filhos em face do homem, sendo inclusive regulado pelo Código Civil de 1916, essa posição de inferioridade, caracterizando-se como sendo o pátrio poder.

Estes fatos mencionados contribuía bastante para relações extraconjugais, e até mesmo para o término do casamento, que era visto pela sociedade, como algo que deveria ser recriminado.

Por outro lado, com a evolução da sociedade e a promulgação da atual Constituição Federal, inúmeras foram as mudanças ocorridas no âmbito do Direito de Família, que deu força para uma reestruturação do Código Civil, que aconteceu no ano de 2002.

Tais modificações, de acordo com o que será abordado, visou proteger todos os membros da entidade familiar de forma igualitária, deixando-o que apenas o pai possuísse domínio sobre o filho, e todo o tipo de família fosse aceito e preservada.

Diante desse cenário, será compreendido que as evoluções sociais e normativas contribuía para que houvesse uma proteção efetiva tanto para a mulher, como aos filhos da relação familiar.

Ademais, de acordo com a análise, será notado que a família consiste no conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, estendendo sua eficácia de forma ampla ou

restrita, de acordo com as legislações, possuindo importância em razão de regular as relações existentes dos diversos membros e as influências que exercem sobre as pessoas e bens. Trata-se de uma relevância que não se deve questionar, possuindo importância social, ética e histórica.

A partir dessas exposições, o trabalho apresentará ainda a análise do objeto do direito de família, que de forma preliminar nota-se tratar de tutelar as relações consanguíneas, bem como apresentará os principais princípios que norteiam a aplicação da norma, tais como os princípios da dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, afetividade, pluralismo de entidades familiares, consagração do poder familiar, entidade e solidariedade, para que assim, possa ser traçado o que é o caráter humanizador desse ramo jurídico.

Logo após a apresentação dessas informações, o estudo parte-se para a análise da negativa de afeto nas relações paterno e materna. Para tanto, deve-se compreender as questões que envolvem o afeto e a função parental.

Há que se considerar que o afeto relaciona-se às questões que envolvem os sentimentos reproduzidos de carinho, cuidado, e até mesmo o respeito que se tem por alguém de proximidade elevada ou até mesmo uma pessoa querida e conhecida. Trata-se de um estado psicológico, onde por meio dele contribui para que o ser humano possa demonstrar e expressar as emoções e os sentimentos que tem em face de outra pessoa, onde a afetividade se aproxima da ideia de contato humano, sendo importante no desenvolvimento humano, razão pela qual se mostra como sendo um direito tanto dos filhos, como também dos pais.

Outro ponto que será abordado, tendo em vista as questões que envolvem o afeto, refere-se aos efeitos que a dissolução da sociedade conjugal ocasiona aos filhos, bem como os efeitos que conseqüentemente reproduzem no vínculo familiar, o que pode ocasionar no chamado abandono afetivo.

O abandono afetivo, conforme será suscitado, está ligado a ideia de ausência de participação dos pais no desenvolvimento da prole, no que diz respeito a necessidade de se oferecer afeto, diferindo-se do abandono material, que está ligado a ausência de participação dos pais, no que diz respeito as questões econômicas que envolvem o desenvolvimento do menor.

Acerca dos efeitos que isso reproduz na vida dos filhos, o trabalho partirá também, para o estudo acerca da chamada responsabilidade afetiva, que demonstra em suma, as conseqüências que ocorrem na vida de quem sofrem, e até mesmo de quem causa.

Muitos falam que as questões que envolvem o abandono afetivo é passível de reparação econômica, indenização moral pelo transtorno eventualmente causado.

Nessa ótica, será levantado os chamados pressupostos jurídicos acerca do dever de indenizar, em razão do abandono afetivo, juntamente em face do dano, da culpa e do nexo de causalidade, para poder traçar comentários acerca da indisponibilidade da paternidade, em face da jurisprudência atual.

O objetivo principal da análise consiste em responder o seguinte questionamento: Quais são as formas de proteção dos filhos contra o abandono afetivo?

Para responder o questionamento, segundo as bases lógicas de investigação científica, a pesquisa se baseou no método dedutivo, onde se pautou na análise de premissas já existentes, para se chegar na conclusão esperada.

Quanto aos procedimentos técnicos, o trabalho baseou-se na análise de doutrinas clássicas do Direito de Família, tais como Maria Helena Diniz, Maria Berenice Dias, bem como na compreensão de artigos científicos, jurisprudências recentes, demais doutrinas e obras relacionadas ao tema proposto.

CAPÍTULO 1 – A FAMÍLIA NO CONTEXTO JURÍDICO DO AFETO

1.1 Esboço histórico

Desde o início da humanidade a família já existia, porém não era regulamentada. As pessoas viviam de acordo com os seus costumes e valores de cada época, onde por muito tempo as famílias eram originadas pelas relações sexuais entre pais e filhos ou irmãs e irmãos, porém não se falavam em incestos.

Ainda existiam os numerosos grupos de homens e mulheres que se pertenciam reciprocamente, não se falava em ciúmes. Sem contar a existência da poligamia, como algo natural na sociedade.

O ser humano sempre demonstrou a necessidade de se relacionar e de viver em grupo, viver em comunidade. Não há vida sem desenvolver relações entre seus semelhantes. É dessa necessidade de viver em conjunto que surgiram as famílias.

Em relação à família brasileira, deve-se entender a forte influência de Portugal, em razão das normas, cultura e religiosidade.

É de conhecimento social e cultural que o Brasil tem sua história interligada a Portugal. A influência se dá ao fato de que o Brasil fora colônia de Portugal por mais de dez anos e após esse período, já em meados do século XIX houve uma imigração considerável dos portugueses para as terras brasileiras.

Em 1822, ano em que marcou a independência do Brasil, estavam vigentes as Ordenações Filipinas, também chamadas de código Filipino. Segundo GONÇALVES (2011, p. 32) “As Ordenações Filipinas foram a principal fonte e traziam a forte influência do aludido direito, que atingiu o direito pátrio”.

No âmbito familiar, vale destacar ao presente estudo que, a formação familiar de Portugal influenciou veementemente a formação das famílias brasileiras.

As famílias se iniciavam por meio de casamento religioso, onde mais se pareciam com contratos particulares entre as famílias dos cônjuges, pois, na maioria das vezes o casamento era “arranjado”, sem considerar a vontade do casal. Os pais da noiva e do noivo acordavam entre si. Aqui, já se pode ver quão era a submissão da mulher e dos filhos para com seus pais.

Assim, nesse contexto histórico, o instituto familiar era formado pela predominância da família patriarcal, que se entende por aquele que comanda tudo. O pai possuía o poder de

Chefe de família, era ele quem ditava as regras no âmbito familiar, coordenava a família, cabendo à mulher e aos filhos obedecê-lo.

Não é preciso deter de conhecimento aprofundado para notar que, a mulher se encontrava submissa por toda a sua vida, se não sob a submissão de seu pai, pela submissão do marido.

Na condição de filho, a ele apenas cabia à obediência aos pais, sem levar em conta suas escolhas e ideias, isso sem falar quando a prole não era fruto da relação matrimonial, pois, a este apenas caberia o descaso e o não reconhecimento, nem de seu pai, nem da sociedade ou mesmo pela lei.

Na época não se imaginava a ideia de dignidade da pessoa humana e por consequência direitos fundamentais, como a igualdade e a liberdade. O divórcio, a igualdade entre os companheiros/cônjuges, as famílias monoparentais e uniões homoafetiva, nem mesmo eram cogitadas.

O Código Civil de 1916, regulamentou a relação que existia naquela época, de acordo com os costumes locais, que tinha na figura do homem o chefe da família, por exemplo.

Para o Código Civil de 1916, também conhecido como Código de Beviláqua, existia apenas a família legítima, constituída pelo casamento. Todas as relações obtidas fora do casamento eram por ele ignoradas, além de deixar claro que o homem quem era o verdadeiro chefe da família, devendo a sociedade viver neste que era considerado o padrão.

Muitos eram os fatores que contribuía para que existisse uma família fora do casamento, porém, dois fatores foram os principais, um era o casamento religioso sem efeito no civil e o outro era a proibição de casamento por pessoas desquitadas.

Neste sentido, explica o professor Silvio Rodrigues (2002, p. 10):

O primeiro desses fatores era o recurso ao casamento religioso, com exclusão do civil. Apesar dos esforços do legislador, numerosíssimos eram os casais, principalmente nos centros mais atrasados deste país, que de boa-fé uniam somente pelo casamento religioso, sem o fazerem civilmente. Tais uniões, aos olhos da lei, eram meros concubinatos. É verdade que o legislador constitucional, ao depois, os qualificou de entidades familiares. O segundo fator, esse felizmente ultrapassado, era a inexistência do divórcio a vínculo, no Brasil. Até 1977 o casamento, neste país, era indissolúvel, por força de um dispositivo constitucional. Assim sendo, parece inegável que a indissolubilidade do casamento constituía elemento que contribuía para a difusão do concubinato, pois pessoas separadas de corpos, ou desquitadas, ainda no esplendor da juventude, não raro procuravam outra união duradoura. Como a lei lhes barrava o caminho do novo casamento, essa ligação se cimentava fora da lei.

Desta forma, foi crescendo cada vez mais o número de relações concubinárias e a legislação ficou desatualizada para realidade da época. Assim, era insustentável não renovar o ordenamento jurídico, pois nada adiantaria deixar a chamada família ilegítima à margem do Direito de Família.

Com o decorrer do tempo e a que segue a necessidade de adaptação e modernização, tornou-se necessário uma independência jurídica, para que o Direito brasileiro se adaptasse ao seu povo, entra em vigência o Código Civil de 1916.

Com a vigência do referido Código, não houve mudança relevante sobre as famílias, continuaram regidas pelo pátrio poder, onde o homem encontrava-se como chefe da família, sendo a mulher e os filhos submissos. Não se considerava relações extraconjugais e nem mesmo filhos havidos fora do casamento, embora socialmente tais relações fossem um fato.

Em relação ao Código Civil de 1916, VENOSA diz:

Basta dizer, apenas como introito, que esse Código, entrando em vigor no século XX, mas com todas as ideias ancoradas no século anterior, em momento algum preocupou-se com os direitos da filiação havida fora do casamento e com as uniões sem matrimônio, em um Brasil cuja maioria da população encontra-se nessa situação. Era um código tecnicamente muito bem feito, mas nascera socialmente defasado (VENOSA, 2011, p.6).

O Código Civil de 1916, fora muito bem escrito, embora na prática não atendeu a realidade das famílias brasileiras. Era notório que o Código de 1916 já nascera morto.

Quanto ao processo de renovação do Código Civil, se deu por etapas, começando por leis esparsas como, por exemplo, a Lei n.º 4.121 de 27 de agosto de 1962 que dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada e altera para melhor sua posição dentro do matrimônio, e a Lei n. 6.515 de 26 de dezembro de 1977 que instituiu o divórcio e assim regularizou a situação jurídica dos descasados.

Em razão dessa necessidade de adequação da lei para com a sociedade surge em 1988 a promulgação da Constituição Federal, a qual apresentou uma nova ordem de valores.

Segundo VENOSA (2011, p.7) “A Constituição de 1988 representou, sem dúvida, o grande divisor de águas do direito privado, especialmente, mas não exclusivamente, nas normas do direito de família”.

Entendeu o ser humano em sua essência, em sua dignidade, liberdade e respeito, não existindo distinção entre homem e mulher, trazendo assim, a igualdade entre os indivíduos independente da identidade de gênero; liberdades e proteção às mulheres; reconhecimento de união estável; igualdade entre os filhos.

O atual texto constitucional trouxe equilíbrio a uma sociedade que já não se adequava mais, ao modelo de família patriarcal do século XIX e XX (pai, chefe do poder de família, mãe e filhos subordinados). Compreendeu-se o instituto familiar por um conjunto de indivíduos unidos por laços de afeto, e com o objetivo de comunhão de vidas, desempenhando função social no direito brasileiro e no contexto social.

As mudanças instituídas pela Constituição Federal foram a base para a reestruturação do Direito Civil que cominou no Código Civil de 2002 e de acordo com os valores da Constituição Federal remodelou também o conceito de família.

Entretanto a Constituição Federal de 1988, artigo 226, § 3º, foi a principal responsável para adequar a legislação com a nova realidade, reconhecendo a União Estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, bem como, a família monoparental.

Neste sentido, Euclides de Oliveira e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka apontam os principais aspectos da mudança trazida pela Constituição Federal de 1988 no artigo 226 e seus parágrafos:

Mas a principal mudança, que se pode dizer revolucionária, veio com a Constituição de Federal de 1988, alargando o conceito de família e passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros, sejam os partícipes dessa união como também os seus descendentes. Seus pontos essenciais constam no artigo 226 e seus incisos, assim resumidos: a) proteção à família constituída: a) pelo casamento civil, b) pelo casamento religioso com efeitos civis, c) pela união estável entre o homem e a mulher e d) pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes; b) ampliação das formas de dissolução do casamento, ao estabelecer facilidades para o divórcio; c) proclamação da plena igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher na vivência conjugal; d) consagração da igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações (OLIVEIRA, 2014)

Esses foram os pontos principais para formar a base que motivou o surgimento de outras leis que regulamentam o direito já protegido pelo Estado.

Em 1992, a Lei n.º 8.560 de 29 de dezembro abordou sobre a investigação de paternidade e o registro de nascimento de filhos havidos fora do casamento. Em 1994, a Lei n.º 8.971 de 29 de dezembro deu o direito de alimentos e sucessões aos companheiros que comprovassem estar juntos há mais de 5 (cinco) anos ou tivesse filhos em comum.

Em 1996 a Lei n.º 9.278 de 10 de maio ampliou o conceito de União Estável, pois determina que qualquer relação de convivência entre um homem e uma mulher, duradoura, pública e contínua, estabelecida com a finalidade de constituir uma família, independente de filhos em comum, seja reconhecida como entidade familiar.

Atualmente, em conjunto com a Constituição Federal de 1988, prevalece o que foi estabelecido em 1996 para a definição da família constituída por União Estável.

Conforme observado, com o tempo o conceito de família foi deixado de lado, de modo que as mulheres contribuíssem para tais transformações:

Elemento que contribuiu para a mudança da concepção familiar no século XVIII foi a incursão feminina que teve o condão de desnaturar a soberania patriarcal. Após a Revolução Francesa e respeitando os ditames da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o casamento sofreu transformação ao passo em que perdeu sua conotação divina e se tornou um contrato firmado entre homem e mulher; com a adoção do divórcio, persiste enquanto apoiado no amor (DINIZ, 2009, p.845).

De qualquer forma, mesmo que mude toda a história e todos os costumes, a família sempre será a base de todo ser humano, o lugar onde pode se encontrar educação e aprender valores para conviver em sociedade.

Não importa a maneira como a família será constituída o que importa na realidade será a harmonia entre as pessoas que estarão nesta entidade familiar, onde o amor e a felicidade de cada ente seja o anseio de todos.

1.2 Conceito de direito de família

Inicia-se o presente trabalho com o objetivo de definir o que é família. Trata-se de uma instituição básica na história humana, onde muitos são os conceitos que os definem. Em sentido lato, a hermenêutica jurídica tem se posicionado no sentido de que a família é todos aqueles que descenderem de um ancestral comum e em sentido estrito consideram apenas pais e filhos.

O Dicionário da Língua Portuguesa assim o define:

Fa.mí.li:a sf. 1. Pessoas aparentadas que vivem, ger., na mesma casa, particularmente o pai, a mãe e os filhos. 2. Pessoas do mesmo sangue. 3. Origem, ascendência. 4. Art. Gráf. O conjunto de caracteres ou dos tipos com o mesmo desenho básico. 5. Biol. Reunião de gêneros [v. gênero (5)]. Família elementar ou família nuclear. Antrop. A que é constituída pelo casal e seus filhos (FERREIRA, 2004, p.396).

Nesse sentido, a ideia básica de família se baseia no entendimento de reunião de pessoas que se ligam mediante uma particularidade, seja por uma linha de ascendência ou até mesmo por afetividade. Por sua vez, indo além, a literatura jurídica entende haver esta ligação

mediante regimento por uma determinada legislação conforme a definição do ilustre Clóvis Beviláqua (1976, p. 16), a seguir abalizada:

No direito moderno, família é o conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restritamente, segundo as várias legislações. Outras vezes, porém, designam-se, por família, somente os cônjuges e a respectiva progênie.

No campo da legislação, para o antigo Código Civil de 1916 apenas o casamento dava origem ao Direito de Família, chamada de família legítima, assim, Washington de Barros Monteiro apud Clóvis (2004, p. 3):

Definição e conteúdo – Direito de família, segundo a definição de Clóvis, é o complexo dos princípios que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela, curatela e da ausência.

Porém, desde 1988, a Constituição Federal garante a proteção da família pelo Estado e tendo em vista a evolução natural dos costumes, entende-se por família não apenas o casamento como também a união estável e a família monoparental.

Ainda, podemos nos basear na legislação vigente que estabelece o vínculo de parentesco sendo natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

É evidente que o Estado queira proteger a família, pois esta desenvolve um papel fundamental para a formação de uma sociedade organizada.

Neste sentido é o entendimento de Maria Berenice Dias (2009, p. 141):

[...] Exime-se o poder público de seus deveres sociais, delegando-os à família, sem garantir ou repassar recursos para o desempenho desses misteres. Inconscientemente, o constituinte vale-se da ideologia da família para, assim, desonerar o Estado – ou pelo menos compartilhar o ônus – de certas funções públicas e deveres sociais, para cujo desempenho e adimplemento a grande maioria das famílias brasileiras não tem recursos econômicos, nem outras condições.

Assim, reconhecendo a União Estável como uma entidade familiar, a companheira, por exemplo, terá direito à assistência do companheiro, eximindo o Estado desta obrigação.

Uma das principais características do Direito de Família é o seu caráter personalíssimo, esses direitos são irrenunciáveis, intransferíveis e intransmissíveis por

herança. O titular deste direito não pode transmiti-lo a alguém, assim, ninguém pode renunciar sua condição de filho ou o direito de pedir alimentos.

Esses direitos, tais como o casamento, as relações de parentesco, a união estável, a tutela e a curatela não possuem o intuito econômico, são apenas pessoais. Somente o regime de bens tem natureza patrimonial.

Quando se fala em Direito de Família entramos em uma grande discussão sobre o seu caráter público ou privado. Muitos autores acreditam que ele seja um direito do ramo do direito público, pois suas regras e formalidades são cumpridas, obrigatoriamente, de acordo com a legislação vigente, independentemente da vontade das partes.

Neste sentido é o entendimento de Silvio Rodrigues (2002, p. 12):

O interesse do Estado pela família faz com que o ramo do direito que disciplina as relações jurídicas que se constituem dentro dela se situe mais perto do direito público que do direito privado. Dentro do direito de família o interesse do Estado é maior do que o individual. Por isso, as normas de direito de família são, quase todas, de ordem pública, insuscetíveis, portanto, de serem derogadas pela convenção de particulares.

Entretanto, não se pode esquecer que essas normas são cumpridas somente quando são provocadas pelas partes, assim o Estado não está impondo absolutamente nada, o que faz muitos autores acreditarem se tratar do ramo do Direito Privado.

Assim, Washington de Barros Monteiro nos ensina (2004, p. 5):

A propósito, sustenta RUGGIERO que o direito de família se destaca nitidamente das restantes partes do direito privado e tende para o direito público. Que venha a se tornar futuramente direito público é algo que se não pode afirmar, mas que sobressai no direito privado é fato que não pode ser posto em dúvida.

Apesar de estar no ramo do Direito Privado, suas normas, impostas pelo Estado, terão que ser cumpridas rigorosamente para que não corra o risco de algum ato ser anulado por ausência dos requisitos legais.

Ainda existia uma outra discussão para saber se a família tinha ou não personalidade jurídica, porém já é pacífico o entendimento que ela não a possui, tendo em vista que a legislação é taxativa ao delimitar quem tem personalidade jurídica e, por sua vez, esta não incluiu a família.

Cabe ressaltar que o Direito de Família compreende direitos e deveres. Assim como todos os outros ramos do Direito, tudo que gera um direito a alguém, necessariamente, gera

um dever ao outro. Por exemplo, o dever de o marido ser fiel, também é um direito da esposa ter a fidelidade no matrimônio, a recíproca também é verdadeira.

O Direito de Família é de suma importância para todo o ordenamento jurídico, pois está interligado com todos os ramos do Direito, ele também reside na regulação das relações que possam existir.

A importância do estudo do direito de família reside na necessidade de regular as relações existentes diversos membros e as influências que exercem sobre as pessoas e bens. Sua relevância inquestionável social, ética e histórica diferenciam o direito de família dos demais ramos do direito (LEITE, 2012).

No Direito Previdenciário podemos destacar a pensão por morte do segurado ao cônjuge, companheiro ou dependente.

No Direito das Obrigações está em conjuntos com as normas sobre doações, venda de ascendente e descendente, reparação de dano, bem como na continuidade da locação de bem imóvel residencial.

No Direito Penal sua atuação é expressa nos artigos em que se refere aos delitos contra casamento, ao estado de filiação, a assistência familiar, ao poder familiar, a tutela e a curatela.

No Direito Processual a influência está na matéria de impedimento e suspeição de juízes e serventuários em razão do parentesco com as partes litigantes, nos impedimentos de testemunhas, na remição na execução, na impenhorabilidade de pequena propriedade rural, bem como, na impenhorabilidade do bem de família.

No Direito Fiscal está marcado pelas deduções realizadas nos impostos a serem arrecadados em relação aos encargos da família.

Já no Direito Eleitoral as relações familiares atingem diretamente a questão de inelegibilidades, assim como no Direito Administrativo são causas de licença e benefícios.

Portanto, como já exemplificado, é de suma importância o ramo do Direito de Família para todo ordenamento jurídico, visto que todas as pessoas emergem-se de uma relação familiar.

GONÇALVES exemplifica a importância da família, quando diz:

(...) a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Em qualquer aspecto é considerada, aparece a família como instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado. (GONÇALVES, 2011, p. 17).

A estrutura familiar além de ser importante para indivíduo desenvolver-se, é fundamental para o Estado e a sociedade em sua estrutura e equilíbrio. Interfere nos fatos sociais, econômicos e culturais.

A proteção da família cabe aos indivíduos que a compõe, a sociedade em geral e ao Estado de forma indireta. Assim, menciona a nossa Constituição Federal, artigos 226 e 227.

Pode-se observar na Declaração de Direitos Humanos em seu artigo XVI, 3º, que a família é considerada um núcleo natural e fundamental da sociedade e assim, tem o direito a proteção da sociedade e do Estado.

Em razão dessa importância social é que muitos doutrinadores apontam o Direito de família, esfera do direito privado, que mais versa sobre direito público.

A família não é uma entidade estática, as relações sociais se transformam com o decorrer do tempo e das mudanças individuais. O antigo conceito de família, como sendo pessoas unidas por laços sanguíneos, que estão subordinadas ao poder patriarcal, formada por um pai, uma mãe e seus filhos, já não exaure o modelo familiar das relações atuais.

Surge com a Constituição de 1988, a axiologia constitucional e a recepção de relações familiares amplas, rompe-se com o modelo único até então conhecido e o ordenamento jurídico brasileiro indica novos elementos que estruturam as relações familiares.

A luz do esclarecimento de Carlos Roberto Gonçalves, que diz:

O Código Civil de 1916 e as leis posteriores, vigentes no século passado, regulavam a família constituída unicamente pelo casamento, de modelo patriarcal e hierarquizada, ao passo que o moderno enfoque pelo qual é identificada tem indicado novos elementos que compõem as relações familiares, destacando-se os vínculos afetivos que norteiam a sua formação. (GONÇALVES, 2011, p. 16).

O texto constitucional de 1988 e conseqüentemente o código civil de 2002, trouxe como base das relações o afeto, elemento fundamental entre os laços familiares nos dias de hoje.

A ideia de que o afeto tem caráter indispensável entre as relações, evidenciou-se como modelo de família o reconhecimento da união estável, onde os integrantes se unem por laços de afetividade, o principal fundamental para a caracterização de união estável. Nesse contexto, apontavam os primeiros passos a mudança das bases de fundamentação dos princípios que regem a família, culminando por remodelar seu conceito.

Assim, Maria Helena Diniz destaca:

Família no sentido amplo são todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos. No sentido restrito é o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole (DINIZ, 2007, p. 09).

A questão principal, para conceituar família considerando o afeto, é entender que este possui valor jurídico, deve ser considerado fundamental nas relações familiares.

Assim, devemos considerar as novas formações e tipos de famílias, sendo a família tradicional, composta por pai, mãe, e grande quantidade de filhos; a família nuclear, sendo pai, mãe e poucos filhos; e a pós-moderna, também conhecida como monoparental, podendo ser formada por um dos pais e seus filhos, o que importa aqui é relação de afinidade e afeto.

Porquanto, o conceito de família não deve ser visto de forma singular e restrita, deve ser entendido de forma ampla, englobando os seres como um todo, respeitando a sua igualdade, dignidade e sua liberdade de escolha. Escolha por quem considerar e a quem lhe passe o melhor sentido de afeto e afinidade, de cuidados e respeito entre os indivíduos que a compõe, a família ultrapassa os laços biológicos e se encontra inserida no íntimo do próprio indivíduo.

Diante disso, percebe-se que quando o indivíduo se encontra inserido em uma família, independente do tipo de família, tem-se a certeza que este será um sujeito de direitos e deveres. O Direito de família aparece para regulamentar esses deveres e direitos, para tratar de todas as relações entre os indivíduos do conjunto familiar, seja entre cônjuges, companheiros, descendentes e seus ascendentes. Cada indivíduo irá desempenhar um papel no âmbito familiar.

Conforme a sua finalidade ou seu objetivo, as normas do direito de família ora regulamentam as relações pessoais entre os cônjuges, ou entre os ascendentes e os descendentes ou entre parentes fora da linha reta; ora disciplinam as relações patrimoniais que se desenvolvem no seio da família, compreendendo as que se passam entre cônjuges, entre pais e filhos, entre tutor e pupilo; ora finalmente assumem a direção das relações assistenciais, e novamente têm em vista os cônjuges entre si, os filhos perante os pais, o tutelado em face do tutor, o interdito diante do seu curador. Relações pessoais, patrimoniais e assistenciais são, portanto, os três setores em que o direito de família atua. (GONÇALVES, 2011, p. 19).

Assim, pode-se notar que o Direito de família tem o papel de regulamentação nas relações entre as pessoas, cônjuges, ascendentes, descendentes, parentes, etc. Cabe a ele regular as relações entre ascendentes e descendentes, disciplinar as relações que envolvem os interesses familiares, assim como direcionar as relações que ocorrem com no seio da própria residência.

1.3 Objeto do Direito de Família

Antes de adentrar à análise do direito de família, insta expor primeiramente o objeto da família, em face do ordenamento jurídico vigente, atrelado com a moral.

A família tem por objetivo funções que vai muito além da reprodução da espécie, criação dos filhos e de oferecimento de cultura, ela também é responsável pela socialização das pessoas na comunidade.

No entanto, a família, segundo estudos da FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, passou a assumir outras funções, para além da reprodução da espécie, a criação e socialização dos filhos e a transmissão do patrimônio cultural, tais como a função econômica, a de conferir status e classificação social de seus membros, a função recreativa, a de assistência e a função de solidariedade. Também, em relação à família extensa de outrora, passou a ser afirmada a família nuclear como a grande responsável da socialização dos filhos e da estabilidade emocional e mental das personalidades adultas, muito em virtude da livre escolha dos parceiros, do maior número de divórcios, da maior mobilidade residencial, do enfraquecimento dos laços de parentesco, da emancipação da mulher, entre outros. A família nuclear, continuam, constitui uma adaptação especializada que acentua valores de desempenho, mobilidade social e solidariedade, em contraposição aos valores da família tradicional extensa que acentuava a permanência, a estabilidade e a continuidade através do nome, da profissão e da herança. A tendência, porém, segundo esses estudos, é considerar essa família nuclear não como uma mera relação de indivíduos, mas como um sistema de papéis (ALBERNAZ; MARQUES, 2009, p. 10403).

Ademais, é de se destacar que a família nos dias atuais tem a função de oferecer valores morais e éticos aos seus membros, de modo que possa ser posto em prática em toda a sociedade.

No que se refere ao estudo do objeto do direito de família, verifica-se que tal ramo do direito civil tem por objetivo principal a tutela da família.

Dentro do abalizado campo de estudo do direito, percebe-se que há normas que dispõem acerca da tutela de menores em face da relação para com seus genitores, curatela, parentesco, e demais vínculos que possa existir.

Por decisão de Clóvis do Couto e Silva, jurista gaúcho, membro da Comissão de 1975 e encarregado da organização e elaboração do Direito de Família no Código Civil vigente, o Direito de Família se dividiu em quatro títulos.

Assim, a partir de 2002, sua organização ficou da seguinte forma: Direito Pessoal, incluindo o CASAMENTO e as relações de parentesco; o Direito Patrimonial, que se

relaciona ao regime de bens entre cônjuges, usufruto e administração dos bens de filhos menores, alimentos e bem de família; UNIÃO ESTÁVEL; e Tutela e Curatela.

É certo também que a ausência, matéria esta estudada no Direito Civil, não é modalidade do direito de família, já que há disposições próprias expressas na norma de direito privado (BRASIL, 2002).

O Direito de família compreende no estudo de todos os indivíduos que possuem relações em decorrência de vínculos de consanguinidade ou até mesmo por afinidades, como é o caso de estranhos, assim como acontece no caso de estranhos.

A partir de uma interpretação extensiva, observa-se que o direito de família compreende em tutelar todas as relações de cônjuges, ascendentes, descendentes, parentescos em linha reta, colateral, afins ou os naturais. Restritivamente, este mesmo ramo do direito é responsável em regular unicamente as relações dos cônjuges, conviventes e sua prole. Ademais, conforme se mencionou, a família constitui a base estrutural de uma pessoa, sendo importante dentro das bases do Estado, sendo considerado para alguns autores, como o núcleo essencial para a organização da sociedade, bem como uma instituição sagrada e que merece proteção.

1.4 Princípios do direito de família no ordenamento jurídico brasileiro

Os princípios no direito tem o papel de direção, está diretamente vinculado a situação fática e possui força normativa. Percebe-se que diferente das normas, que são aplicadas por meio de submissão, os princípios são aplicados por meio da ponderação, que leva a um sentido amplo para o equilíbrio da razão. Assim, “os princípios, nesta perspectiva, são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade”. (BONAVIDES, 2002, p. 228)

Os princípios, sustido por sua força normativa, amparam as decisões e entendimentos no âmbito jurídico.

O próprio texto constitucional tem o seu conteúdo embasado em vários princípios, como por exemplo, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, tratando-se de um princípio fundamental.

Os princípios trazem valores predominantes à sociedade, pois, está vinculado direta e indiretamente as relações da mesma. Assim, importante é que todos os princípios sejam

observados. A violação de um princípio representa a desarmonização de todo o sistema jurídico.

Os princípios são normas jurídicas que se distinguem das regras não só porque tem alto grau de generalidade, mas também por serem mandatos de otimização. Possuem um colorido axiológico mais acentuado do que as regras, desvelando mais nitidamente os valores jurídicos e políticos que condensam. Devem ter conteúdo de validade universal. Consagram valores generalizantes e servem para balizar todas as regras, as quais não podem afrontar as diretrizes contidas nos princípios (DIAS, 2009, p. 57).

Em especial no Direito de Família, os princípios regulamentam as relações do convívio familiar, buscando a melhor convivência, desenvolvimento e bem-estar dos indivíduos que a compõe.

Pode-se destacar a priori o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual está presente em qualquer esfera jurisdicional, em razão de sua importância está previsto no 1º artigo, inciso III da Constituição Federal; em consequência temos o princípio da liberdade; igualdade; princípio do pluralismo das entidades familiares; consagração do poder familiar; “ratio” do matrimônio e da união estável e, por fim, mas, não menos importante, o princípio da afetividade e da solidariedade.

1.4.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana, está proclamado no texto constitucional, em seu artigo 1º, inciso III, tem importância indiscutível, é considerado como princípio matriz, base dos direitos fundamentais.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...] III - a dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana é encontrado em todas as relações jurídicas. Não se pode delimitar em palavras a extensão desse princípio, difícil é dar-lhe um conceito absoluto. Assim, como aponta Dias, Maria Berenice (citação da citação) “Sua essência é difícil de ser capturada em palavras, mas incide sobre uma infinidade de situações que dificilmente se podem elencar de antemão”. (Manual de Direito de Família, 2009, p. 61).

O direito de família está diretamente ligado ao ser humano, pois, este compõe o conjunto familiar. Gonçalves diz que, “o direito de família é o mais humano de todos os

ramos do direito” (2011, p. 22). Ao falar do indivíduo e suas relações, tem-se por base em qualquer esfera do direito e, principalmente no direito de família o princípio da dignidade da pessoa humana, que apesar de previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, é sempre reafirmado em diversos pontos do Ordenamento Jurídico, conforme segue alguns abaixo:

A Constituição Federal disciplina:

Art. 226 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
[...] omissis [...] §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. Regulamento.

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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

O princípio da dignidade da pessoa humana deve ser entendido como a base que compõe todos os demais princípios e normas, a dignidade é algo que cada indivíduo carrega consigo, é ser digno ao direito à vida, liberdade, igualdade, ser respeitado em sua essência, ter direito ao mínimo existencial, sendo sujeito de direitos e deveres.

Esse princípio quando aplicado no Direito de Família regulamenta todo o desenvolvimento do âmbito familiar e de seus indivíduos, representa o núcleo para o desenvolvimento da personalidade. Maria Helena aponta o princípio da dignidade da pessoa humana como sendo “a garantia do pleno desenvolvimento dos membros da comunidade familiar”. (2002, p. 25).

Nessa mesma linha de raciocínio:

A milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos. (GONÇALVES, 2011, p. 22)

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana tem como principal objetivo garantir o pleno desenvolvimento do conjunto familiar de forma digna, observando sempre o respeito, a igualdade, a união, confiança, a intenção de constituição de família, o afeto, o

cumprimento dos deveres de cada indivíduo e o exercício de seus direitos, formando assim, indivíduos aptos à convivência não só em âmbito familiar mas, prontos para a vida em sociedade. Há que se ressaltar que o princípio em destaque se aplica em todas as áreas do Direito.

1.4.2 Princípio da Liberdade

O Princípio à Liberdade está consagrado no artigo 5º da Constituição Federal, que garante a liberdade a todos os brasileiros e aos estrangeiros residentes no país.

O texto constitucional trata-se de norma de premissa maior, onde as demais se adequam ao seu conteúdo. Com o Código Civil não fora diferente e, especialmente no âmbito familiar, que adequou todos os dispositivos em razão da liberdade garantida ao indivíduo.

O princípio da liberdade, representa a autonomia familiar, constituindo o livre planejamento, e desta forma, a livre escolha do arranjo familiar, não sendo mais necessário que a formação familiar seja por meio de pai, mãe e seus filhos. Tem-se como exemplo a entidade familiar monoparental, cada vez mais frequente, formada por um dos pais e seus filhos.

Em razão do princípio da liberdade podemos citar também, a livre escolha matrimonial do regime de bens, a forma como dispor do patrimônio familiar e a liberdade de formação da prole, em caráter educacional, religioso e cultural.

Assim, em razão da liberdade no âmbito familiar, Maria Berenice aponta um trecho de Fabíola Albuquerque:

A liberdade floresceu na relação familiar e redimensionou o conteúdo da autoridade parental ao consagrar os laços de solidariedade entre pais e filhos, bem como a igualdade entre os cônjuges no exercício conjunto do poder familiar voltada ao melhor interesse do filho. (2009, p. 63)

Importante observar que aos filhos, ou seja, a criança e ao adolescente também se encontra previsão legal em razão do direito à liberdade. A Constituição Federal deixa claro em seu artigo 227, que é dever da família e da sociedade assegurar a criança à liberdade, sendo ele também, sujeito de direitos e deveres, em plena formação de sua personalidade e livre para expor suas vontades e pensamentos.

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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010) (BRASIL, 1988).

O princípio da liberdade vem contribuir para a interação familiar, sendo fundamental e indisponível para o exercício regular da entidade familiar. Proporciona ao indivíduo a liberdade de escolhas, constituindo a sua personalidade e desenvoltura social, sendo essa liberdade configurada também em igualdade.

1.4.3 Princípio da Igualdade

Esse princípio coloca fim ao antigo poder patriarcal, devendo as decisões no âmbito da família ser definidas em comum acordo entre os integrantes. Essa igualdade está embasada no texto Constitucional, que aponta os direitos e deveres da relação conjugal, devendo estes serem desempenhados de forma igual pelo homem e pela mulher.

Assim, a responsabilidade do poder familiar se apresenta de forma igual entre os cônjuges ou companheiros, não havendo qualquer forma de distinção entre eles.

DINIZ, 2002, p. 20, traz a luz o seguinte entendimento: “Os cônjuges devem exercer conjuntamente os direitos e deveres relativos à sociedade conjugal, não podendo um cercear o exercício do outro” (DINIZ, 2010, p. 20).

Certo é dizer que a ideia de subordinação da mulher em relação ao homem não existe mais, devendo esta relação ser edificada por decisões conjuntas, que visem o melhor interesse do casal e dos filhos.

Ainda a respeito do princípio da igualdade, é livre ao casal a escolha do planejamento familiar, não podendo o Estado ou qualquer outro tipo de instituição, privada ou pública, interferir em suas decisões. Ao Estado caberá somente fornecer os recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito (Artigo 1.565 CC).

O princípio da igualdade se aplica também a prole, ainda que esse princípio deva fazer parte de todos os membros da família, importante é destacar que ele veda qualquer forma de discriminação entre os filhos havidos ou não da relação conjugal ou por adoção (artigo 227 §6º CF e 1.596 a 1629 CC).

Por fim, deve-se entender que igualdade exercida pelos cônjuges ou companheiros, que em comum consenso decidem pela formação familiar, compartilha dos cuidados com os filhos, exercidos com mútua colaboração, respaldada de solidariedade e respeitando as diferenças, irá resultar em uma formação justa.

1.4.4 Princípio da afetividade

Dentro da análise do direito de família, percebe-se que o afeto é importante instrumento que contribui para que haja ligação nos vínculos familiares. Nesse sentido, o afeto exerce papel fundamental para a manutenção da instituição familiar.

Vale ressaltar que na atual Constituição Federal, não há uma regulamentação jurídica acerca do afeto, mas há que se falar que se trata de um direito ligado a personalidade do homem:

O afeto compõe o aparato moral do indivíduo e das relações interpessoais, e é um elemento indispensável na busca por felicidade, e desconsiderá-lo, ou pior ainda, não conferir-lhe a devida tutela jurídica, é por via direta ou indireta, violar a dignidade humana (RODRIGUES, 2013).

Dentro desse contexto, tem-se que as relações familiares devem ser pautadas de afeto e respeito, sendo este um elemento indispensável para o desenvolvimento dos filhos e até mesmo para se alcançar a plena felicidade. Trata-se de um direito personalíssimo e que deve ser protegido.

É certo que o Estado pode entender que o afeto é o instrumento basilar nas relações familiares, mas não pode impô-lo e nem colocar condições que interfira nessa relação. Trata-se de um elemento indispensável, mas que não há meio de obrigar a exercê-lo.

Espera-se ao menos nas relações de Direito de Família, que mesmo nos casos onde os pais não possuem ligações com os filhos, que ao menos os acompanhe nas relações ligadas ao desenvolvimento.

Decerto o princípio da afetividade, entendido este como o mandamento axiológico fundado no sentimento protetor da ternura, da dedicação tutorial e das paixões naturais, não possui previsão legal específica na legislação pátria. Sua extração é feita de diversos outros princípios, como o da proteção integral e o da dignidade da pessoa humana, este também fundamento da República Federativa do Brasil (SOUZA, 2008).

Nesse sentido, tem-se que o princípio da afetividade esta ligado aos sentimentos de ternura que se espera consagrar nas relações familiares, tuteladas pelo Direito de Família.

Em suma, ela visa também garantir a proteção da dignidade da pessoa humana, fundamento este da República Federativa do Brasil.

1.4.5 Princípio do pluralismo das entidades familiares

Esse princípio traz o real entendimento da entidade familiar nos dias de hoje, não importando a sua forma de constituição e sim, a intenção de formar uma família.

O princípio do pluralismo das entidades familiares expõe os tipos de formação de família, entre elas, as famílias constituídas por união matrimonial ou extramatrimonial; por famílias formadas por um dos genitores e seus filhos, conhecidas como monoparental ou entre as diversas combinações que possam existir. A importância está no sentimento de afeto, confiança, solidariedade e respeito inseridos no indivíduo, está na intenção de constituir uma família.

Esse princípio de forma implícita traz a ideia de que em se tratando do ser humano, não há fórmulas e resultados exatos, deve-se entender que o ser humano muda constantemente e em especial no âmbito familiar.

Os arranjos e combinações podem ser inúmeras e diversas vezes modificados, de acordo com a influência das culturas, crenças, estilos de vida, entendimento social e com o próprio tempo. A mudança faz parte da essência do ser humano, cabendo a ele o direito de ter preservada a sua dignidade, sua liberdade, para tomar suas decisões ao que melhor lhe convém, respeitando e sendo respeitado de maneira igual, podendo planejar a sua formação familiar ao seu entendimento.

Assim, tanto a legislação como o judiciário, fica o dever de evoluir e se adaptar ao indivíduo e a sociedade a qual ele faz parte. ALQUERQUE FILHO, diz que “o princípio do pluralismo das entidades familiares é encarado como o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares”. (2001, p. 59).

O reconhecimento das diversas entidades familiar pelo Estado tem relevante importância para que o direito não se faça omissivo a nenhum indivíduo, estando amparados pelo judiciário e podendo recorrer a ele quando entender necessário.

1.4.6 Princípio da consagração do poder familiar

O poder familiar na antiguidade era estendido apenas ao chefe de família, chamado de *pater* poder. Esse papel era desenvolvido pelo marido, o qual decidia sobre todos os assuntos relacionados à mulher e aos filhos (NOGUEIRA, 2013).

Nos tempos atuais, a partir do advento da atual Constituição, esse poder é exercido por ambos os cônjuges ou companheiros e sempre visando pelo melhor desenvolvimento da criança ou do adolescente. Esse entendimento está descrito no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990, em seu artigo 21, que diz:

Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Em razão desse princípio direcionado aos que exercem o poder familiar, cabe a responsabilidade do melhor desenvolvimento do indivíduo em formação, ou seja, cabe ao pai e mãe ou responsáveis que se encontram em posse do poder familiar, a responsabilidade dos cuidados, do amparo, da dedicação aos filhos, para que estes cresçam com dignidade e assim, formem seu caráter e personalidade, prontos para exercer a vida adulta.

O poder familiar é revestido de uma responsabilidade, não sendo uma faculdade e sim, um dever. DINIZ exemplifica, chamando o poder familiar de “poder-dever”(2002, p. 21).

No Código Civil brasileiro, o poder familiar encontra-se consagrado nos artigos 1630 a 1638. Faz parte do poder familiar:

Aos cônjuges ou companheiros, desempenhar de forma igual o exercício do poder familiar, ficando os filhos menores sujeitos à esse poder. Na falta de acordo entre eles, poderão recorrer ao judiciário, onde o juiz decidirá pelo que entender ser melhor ao menor.

O poder familiar não se perderá em razão do divórcio, pois ele é constituído por meio de filiação e paternidade, entendimento esse que, se encontra consagrado no artigo 1.636 do Código Civil brasileiro.

Art 1.636 O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.

A partir do exposto, nota-se que a guarda compartilhada será preferencial. Existindo também, a guarda unilateral, que será atribuída a um dos pais, nos termos da Lei nº 11.698/2008.

Aos filhos, caberá o dever de respeitar seus pais, prestar obediência, e os serviços inerentes a sua idade e condição, artigo 1.634 C.C.

Por fim, o poder familiar somente será extinto pelos meios descritos no artigo 1.635 C.C., sendo eles, morte dos pais ou do filho, pela emancipação, maior idade, adoção e por decisão judicial. Atribuindo assim, caráter indisponível e imprescritível ao poder de familiar.

1.4.7 Princípio da entidade familiar

O princípio da entidade familiar ou da “*ratio*” do matrimônio e da união estável traz definitivamente a ideia de que a afetividade é pressuposto das relações humanas e hoje integra o sistema normativo como um valor juridicamente tutelado.

O afeto sem dúvidas é a principal característica em um relacionamento, seja quando falamos em casamento ou união estável. Todos os indivíduos são livres para que exerçam suas vontades e assim, cada qual irá se relacionar tendo como base o afeto e a afinidade encontrada em outro ser semelhante (SOBRAL, 2010).

A necessidade se faz clara, sendo a partir do afeto que o casal irá desenvolver seu companheirismo, a confiança, a solidariedade e a vida plena em comunhão.

O rompimento desse afeto, imediatamente dá ensejo ao rompimento dos laços conjugais ou da união estável. Basta que, um dos indivíduos que façam parte do relacionamento sinta que não mais possua esse sentimento, para requerer a separação judicial e o divórcio.

Ainda, o referido princípio traz como determinante a comunhão plena de vida, elencada o artigo 1.511 do Código Civil, que se dá por meio da convivência, dedicação, a própria comunhão, e ao sentido da palavra, que se refere a desenvolver algo de forma conjunta. É a dedicação do casal um para com o outro (BRASIL, 2002).

Na falta de um dos indivíduos que compõe determinada relação e, entende-se essa falta em razão da não realização de seus deveres como companheiro(a), para com o outro, ensejando também motivos para a dissolução do casamento ou união estável. Essa dissolução ocorrerá de acordo com os dispositivos que regulamentam a dissolução do casamento e união estável, que se encontram elencados nos artigos 1.511 e 1.571 a 1.582 do Código Civil (BRASIL, 2011).

Por fim, entende-se que já no relacionamento conjugal o afeto se apresenta em caráter de suma importância. O princípio da “*ratio*” do matrimônio e união estável, traz de forma clara, colocando o afeto e a comunhão plena de vida como base e edificação para um relacionamento

1.4.8 Princípio da solidariedade

O princípio da solidariedade é autoexplicativo. A ideia de solidariedade com o próximo se dá da mesma forma quando colocada no âmbito familiar.

Solidariedade, como coloca Maria Berenice Dias, “é o que cada um deve ao outro” (2009, p. 66), isto é, o indivíduo em conjunto com seu semelhante, deve estabelecer uma relação de igualdade e reciprocidade.

Essa reciprocidade emanada da solidariedade pode ser encontrada em diversos pontos da legislação brasileira, os que constam na Constituição Federal entre outros são, o dever de assistência aos filhos e conseqüentemente ao idoso, dos filhos para com os pais, a Constituição ainda assegura uma sociedade fraterna, ou seja, moldada pela solidariedade.

Ademais, no âmbito da família, encontramos o princípio da solidariedade consagrado sobre o casamento, quando este instituto estabelece a plena comunhão de vida, e no que diz respeito aos filhos, o direito a igualdade entre os eles, assim como, o dever de receber alimentos.

A solidariedade no âmbito familiar implica na dignidade do ser, para que os indivíduos se relacionem com igualdade e respeito, gerando os laços de afeto. Em razão disso, o princípio da solidariedade tem como objetivo assegurar o afeto entre os indivíduos que compõe a família, bem como a ajuda mútua.

1.5 A humanização do Direito de Família: paternidade, o afeto e a constituição da dignidade da pessoa humana

A priori, quando se fala em humanização do Direito, independente da esfera em que se encontre, seja no direito trabalhista, penal, civil, entre outros, questiona-se o que de fato é a humanização, qual o seu real conceito. Assim, busca-se entender se seria algo abstrato, de entendimento pessoal ou até mesmo de entendimento social.

A humanização e o entendimento acerca da ideia de ser “humano” aponta para o estudo da melhor parte da essência do ser. É ser aquela combinação que nos difere de qualquer outro ser vivo, a bela combinação entre o racional e o emocional e a partir disso, entender seus semelhantes, auxiliar o próximo e respeitá-lo, é ser compreensível com as diferenças, ser humilde, independente de cargo ou *status* social em que se encontre (SILVA, 2014).

Nesse sentido, não caberá apenas um olhar positivista do direito.

Com base na Teoria do Direito¹, em que se entende que a norma deve ser aplicada de maneira rígida e objetiva, sem considerar a possibilidade de ampliá-la ao caso concreto, sem entender que estamos nos referindo ao ser humano, que não pode ser entendido como absoluto e muito menos como objeto, do qual se tem o molde.

Caso fosse possível, não seria necessário um intermediador humano, poderiam ser substituídos por máquinas, as quais aplicariam as normas de forma concreta, sem a análise caso a caso. Humanizar significa colocar o ser humano como centro valorativo dentro do sistema jurídico.

E assim, conclui-se que a necessidade da humanização do direito é imprescindível para o ser humano.

Deve ser estendida à vida em sociedade, à relação do Estado com o indivíduo, a relação entre o empregado e o empregador, até mesmo com o agente da conduta criminosa e principalmente é humanizar nas relações do âmbito familiar, pois trata-se da esfera mais humana do direito.

Observando as palavras de Francisco Amaral:

Direito é uma ordem de comportamento e organização social que se modela em um projeto político-filosófico, cuja finalidade é realizar ideias básicas que formam a ética da comunidade e que, por isso mesmo, se chamam de valores (2003, p. 66).

Portanto, tem-se que o direito se refere a um comportamento e modo de organização no ambiente social, e que está ligado ao cumprimento dos valores éticos e sociais, onde a preocupação com o coletivo deve ser observada, assim como cumprida por qualquer pessoa que seja.

Entende-se que o direito tem por finalidade formular as diretrizes de acordo com a ética da sociedade atual. humanização do direito se faz necessária para que ele seja eficaz em atender.

Neste aspecto, dentro da visão humanística do Direito, em especial na efetivação do Direito de Família, nota-se que a paternidade, o afeto são elementos que constituem a

¹ Trata-se dos princípios e diretrizes que seriam comuns a todos os ramos do Direito. Constitui-se também como ramo das ciências jurídicas que busca analisar o Direito como um todo unificado e comum, aplicando a estes princípios gerais, os chamados Princípios Gerais de Direito. Seu objetivo, é portanto, encontrar fórmulas que possam ser utilizadas em todas as áreas do Direito, bem como estudar os melhores meios de resolução de casos concretos. Isto vai levar a uma abordagem que mescla direito positivo (as regras, a letra da lei, bruta e seca) e a ciência do direito (o estudo das regras aplicadas a conceitos éticos e filosóficos, bem como utilizações práticas). (SANTIAGO, 2014).

dignidade da pessoa humana, e consecutivamente contribuem para a real existência da humanização jurídica que se busca no cenário social.

É certo que os institutos de Direito de Família exercem importante papel no favorecimento do desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, prevista na Constituição Federal, e estes devem ser tutelados.

O desenvolvimento humano está atrelado ao afeto e o sentimento afetivo desenvolvido no âmbito do ceio familiar. Não se restam dúvidas que o direito de família deve ser entendido como elemento necessário para a constituição da dignidade da pessoa humana, e consecutivamente no fortalecimento dos laços paterno e também materno, evitando-se a quebra do vínculo familiar.

No capítulo seguinte, será discorrida a questão da negativa de afeto nas relações paterno e materna.

CAPÍTULO 2 – A NEGATIVA DE AFETO NA RELAÇÃO PATERNO-MATERNA

2.1 O afeto e a função parental

O afeto está intimamente ligado às questões de relação que reproduzem o carinho, cuidado, e até mesmo o respeito que se tem por alguém de proximidade elevada ou até mesmo uma pessoa querida e conhecida.

Trata-se de um estado psicológico, onde por meio dele contribui para que o ser humano possa demonstrar e expressar as emoções e os sentimentos que tem em face de outra pessoa.

Os laços de amizade também podem ser considerados como afetividade, visto que neste caso há a ausência de características e desejos sexuais/ carnais.

Para o dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, a palavra afeto significa “disposição de alma, sentimento. / Amizade, simpatia: nutria por mim um grande afeto. / Psicologia Aquilo que age sobre um ser: a sensação é um afeto elementar”.

Dentre as inúmeras definições de afeto, percebe-se que se refere ao conhecimento advindo da vivência, e não se limita apenas aos contatos físicos, e sim diante da interação e interligação que ocorre entre as partes envolvidas:

A afetividade também é concebida como o conhecimento construído através da vivência, não se restringindo ao contato físico, mas à interação que se estabelece entre as partes envolvidas, na qual todos os atos comunicativos, por demonstrarem comportamentos, intenções, crenças, valores, sentimentos e desejos, afetam as relações e, conseqüentemente, o processo de aprendizagem (UFMS, 2014).

Assim, é possível de perceber que o conceito de afetividade esta diretamente ligado a interação humana. O relacionamento é o causador expresso de qualquer forma de criação de afeto que possa existir.

Conforme demonstrado no capítulo anterior, a afetividade é de tamanha importância, que no estudo do direito de família acarretou na recepção valorativa por meio de uma norma privilegiada na existência de um próprio princípio, que discorrido significa que:

O princípio da afetividade aborda, em seu sentido geral, a transformação do direito mostrando-se uma forma apazível em diversos meios de expressão da família, abordados ou não pelo sistema jurídico codificado, possuindo em seu ponto de vista uma atual cultura jurídica, permitindo o sistema de

protecionismo estatal de todas as comunidades familiares, repersonalizando os sistemas sociais, e assim dando enfoque no que diz respeito ao afeto atribuindo uma ênfase maior no que isto representa (PONTES, 2014).

Percebe-se que a afetividade é de extrema importância para as relações existentes. Não seria diferente dentro do âmbito de aplicação do Direito de Família. Mesmo não objetivando referida discussão, tendo em vista não se tratar do objeto central do estudo, aponta-se que correntes de estudos entendem que o afeto é também diferente do amor, já que o primeiro é uma interação entre as pessoas, e o amor envolve outros tipos de cargas e sentimentos.

De início, para os devidos fins de delimitação conceitual, deve ficar claro que o afeto não se confunde necessariamente com o amor. Afeto quer dizer interação ou ligação entre pessoas, podendo ter carga positiva ou negativa. O afeto positivo, por excelência, é o amor; o negativo é o ódio. Obviamente, ambas as cargas estão presentes nas relações familiares (TARTUCE, 2014).

A aplicação do Direito de Família nos mostra que ela é um espaço regido de inúmeras formas de sentimentos, em especial no que se refere ao afeto.

Desse modo, o afeto passa a se tornar o meio essencial para a vida, e fundamental para que haja a família como uma instituição.

A Constituição Federal em vigor entende que o afeto se refere a um valor jurídico que esta atrelada a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988). Assim, não se restam dúvidas que o afeto é um valor fundamental e essencial.

A Constituição Federal brasileira não regula a família dentro de moldes petrificados por antigas práticas, numa reprodução secular de estruturas familiares impostas pela tradição (família patriarcal e matrimonializada). O constituinte, como lhe competia, foi muito pragmático e auscultando a realidade social ao redor (costumes, anseios e práticas cotidianas) expandiu o raio de abrangência da família do determinismo biológico para o eixo afetivo. Ao reconhecer a união estável como entidade familiar e dotar-lhe de proteção jurídica nos mesmos moldes do casamento, por exemplo, deixa claro para os seus intérpretes que o afeto, e não apenas a vontade estampada num contrato solene, é o elemento constitutivo da instituição (ou entidade) família. Da mesma forma, vemos que a parentalidade socioafetiva, baseada na posse de estado de filho, é uma nova forma de parentesco civil refletindo uma desbiologização da família (RODRIGUES, 2013).

Conforme bem denotado, a Constituição Brasileira busca tutelar as relações familiares, a partir dos novos modelos familiares existentes. Ou seja, não se pode engessar as normas de direito de família, ora que elas devem se adaptar de acordo com as transformações

que acontecem na sociedade. Assim, o afeto deve prevalecer em face das normas jurídicas, que não devem ser engessadas.

Portanto, não se restam dúvidas de que o Direito de Família deve se transformar ao longo do tempo, não se aceitando normas “travadas e engessadas”, visto que a afetividade deve prevalecer sempre.

A partir desta linha de entendimento, há que se apontar para o reconhecimento legal acerca da proteção do Estado com a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes, nos termos do artigo 226, §4º da Constituição Brasileira.

Aliás, o artigo 226 da CF, na sua íntegra, traz o entendimento de que a afetividade é o principal elemento para a constituição de uma família, e conseqüentemente se garante a dignidade da pessoa humana.

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

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

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

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

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

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (BRASIL, 1998).

Percebe-se que as normas de direito de família são pautadas de regras que visam efetivar o afeto. Porém, o Estado não poderá criar condições para manter uma família, e sim interferir na realidade social e no novo contexto histórico existente.

A partir destes entendimentos legislativos, desdobra-se a importância das funções parentais nos novos modelos familiares.

Nos dias atuais, a função parental pode ser exercida por qualquer membro, seja eles o pai, mãe, tio, tia, avó, avô. Assim, compartilham-se tais responsabilidades todos os membros familiares, pois família é a entidade compreendida por como sendo o núcleo onde os membros que a integram compartilham comunhão pleno de vida, unidos por laços de afeto.

A presença do pai e da mãe não garante o desempenho da função paterna e materna. Por outro lado, há famílias "monoparentais"² nas quais a mãe vive sozinha com os filhos e as funções estão instaladas, via desejo materno (VITORELLO, 2011).

Dada a citação, percebe-se que no novo modelo de família, reconhecida pelo Estado de Direito, permite que pessoas que não seja o pai ou mãe, possam ser considerados como aquele que cria e acompanha o desenvolvimento do menor.

2.2 Pais presentes, dissolução da sociedade conjugal

Percebe-se ao longo do estudo, que o afeto é uma das principais causas que contribui para o melhor desenvolvimento da criança e do adolescente. Há quem entenda que a afetividade não se baseia apenas nas questões que envolvem os sentimentos interiores e até mesmo exteriores do homem:

a afetividade não se restringe somente as emoções e sentimentos, pois engloba também as tendências e as vontades da criança, ou seja, a afetividade assim como toda conduta visa a adaptação, pois o desequilíbrio reflete em uma impressão afetiva particular e a consciência de uma necessidade. (OLIVEIRA, 2014)

Ademais, há que se perceber que algumas áreas do conhecimento humano, tais como a psiquiatria, a pedagogia, bem como os demais campos do conhecimento humano, apontam expressamente para a corrente de entendimento de que a ausência dos pais pode comprometer a saúde emocional dos filhos.

Percebe-se que nos dias atuais, a legislação tem entendido que além de se reconhecer a paternidade sobre os filhos, é dever também dos pais em participar do processo de desenvolvimento, onde a sua ausência pode desencadear uma irreparável perda da referência familiar.

Muitos entendem que não basta apenas ser pai no sentido patrimonial e financeiro. Ser pai (leia-se pai ou mãe), entende-se também em ser atuante na vida da prole, estando do lado do menor em todos os momentos por ele vivido.

Não basta ser pai, tem que participar. O termo é bastante conhecido, e as dificuldades para fazê-lo se tornar realidade também. A rotina diária ou a forma como a estrutura familiar está organizada exige que os pais encarem como desafio o que deveria ser uma obrigação: tornar-se presente na vida dos filhos. A ausência se transforma em culpa, para os pais que não

conseguem dar atenção à prole, e em traumas para os filhos, que se sentem sozinhos e até rejeitados pelos pais (VALE, 2014).

Muitas vezes, o término de um relacionamento entre pais, sempre foi responsável em gerar inúmeros traumas ao menor.

Do mesmo modo, compreende-se que o término de um matrimônio era motivo para inúmeros julgamentos e reprovação de toda a sociedade, já que era tido como um ato contra os bons costumes e as crenças religiosas.

Na Bíblia Cristã, há diversas passagens que condena o fim de um matrimônio. Destaca-se a seguir: "Todo o que abandonar sua mulher e casar com outra, comete adultério; e quem se casar com a mulher rejeitada, comete adultério também" (BÍBLIA, 2006, p. 1370).

Com a evolução da sociedade, onde surgiram diversas tecnologias, o modo de viver em sociedade, juntamente com os comportamentos humanos individuais e coletivos, contribuíram para a ideia de que término de uma união deixasse de ser visto como algo recriminado, e passasse a ser compreendido e habitual perante as pessoas.

O término dos relacionamentos tem se tornado algo tão habitual, que para se ter uma ideia, em 2012, o IBGE apontou que foram registrados no Brasil o número de 341.600 divórcios concedidos em primeira instâncias, sem recursos ou por escrituras extrajudiciais, segundo levantamentos aferidos pelo IBGE (BRASIL, 2012).

Diante das considerações apresentadas, nota-se que mesmo não se tratando de uma questão social, a ruptura do vínculo conjugal ocorre em razão de inúmeros motivos, onde a ausência de valores básicos humanos, tais como a paciência e tolerância dificulta a manutenção da união e enfraquece vínculos afetivos, conforme discorrido no item anterior, levando ao término da União.

Entretanto, há que se apontar que o rompimento da relação conjugal entre os pais, não deve se refletir na relação existente destes com os filhos, e sim se limitar nos contornos conjugais.

Nesse aspecto, mesmo havendo a separação dos pais, deve-se preservar a manutenção do vínculo de afeto, preservar a instituição familiar, em que se espera uma convivência harmoniosa dentro da mesma habitação, ou de modo que o filho possa ter todo o acompanhamento psicológico de ambos os pais, o que não se espera em situações que se rompem a convivência.

É certo que quando se há acompanhamento dos pais na criação e em todo o desenvolvimento dos filhos menores e adolescentes, muitos problemas e conflitos acabam

sendo cessados, onde assim, a relação entre ambos os genitores se tornam problemática, gerando um quadro de inúmeras brigas e até mesmo em disputas de vantagens, deixando os interesses dos filhos menores de lado, e afastando as chances de se solucionar a problemática e terminar em acordo.

Percebe-se que o final de uma relação não constitui o fim da autoridade dos pais sobre os filhos, já que a mesma não se extingue.

O que de fato ocorre, é apenas a alteração das práticas dos pais sobre os filhos. Acontecendo o rompimento de forma conturbada, muitos são os reflexos e consequências psicológicas que poderão ser desencadeados nos filhos, principalmente nos casos em que estes são utilizados como instrumento de negociação, o que acaba atrapalhando veemente o exercício do poder familiar.

A utilização do menor como centro dos problemas conjugais e a exposição daquele, a sentimentos de vingança, deixa-o refém das mais violentas formas de alienação. Na verdade, a vulnerabilidade emocional dos pais e sua incapacidade de proteger os filhos dos problemas conjugais, acaba por ocasionar também a desestruturação emocional de sua prole (MONTEIRO, 2011, p.03).

Os conflitos emocionais decorrem da busca pela tutela jurisdicional que é oferecida pelo Estado, através do Judiciário, e que em muitos casos, é fonte de uma batalha incansável, onde cada parte tenta demonstrar que é melhor na criação de seus filhos, e que o outro não é um bom genitor, esquecendo-se que o que está sendo discutido é a vida de um menor que possui sentimentos, e que na maioria das vezes está presente e entendendo toda a problemática suscitada. Em razão da “guerra então declarada”, muitas vezes o menor deixa de respeitar o genitor pelo qual não habita.

Considera que a criança está sendo alienada, a partir do momento em que expõe sentimentos negativos em relação ao genitor ausente, sem razão alguma:

Para identificar uma criança alienada, é mostrado como o genitor alienador confia a seu filho seus sentimentos negativos e às más experiências vividas com o genitor ausente. Dessa forma, o filho vai absorvendo toda a negatividade que o alienador coloca no alienado, levando-o a sentir-se no dever de proteger, não o alienado, mas, curiosamente, o alienador, criando uma ligação psicopatológica similar a uma “*folie a deux*”. Forma-se a dupla contra o alienado, uma aliança baseada não em aspectos saudáveis da personalidade, mas na necessidade de dar corpo ao vazio (PODEVYN, 2001).

Esse sentimento é conhecido também como “alienação parental”, onde a criança começa a odiar um de seus pais, sem justificativa alguma. Não se restam dúvidas que tem se

tornado cada vez mais comum às situações onde o detentor da guarda tenta se vingar do antigo cônjuge, refletindo este sentimento em sua prole. Nesses casos, o menor se torna um instrumento de agressão.

Diante de tais situações apontadas, percebe-se que o genitor causador dessa alienação parental, age de forma sutil ao público, praticando dentro de sua residência e longe de qualquer testemunha que possa ser utilizada numa ação judicial. Ou seja, ele age longe dos olhos da sociedade.

Nos casos mais graves, desenvolve-se no imaginário infantil uma situação praticada pelo genitor ausente. Ou seja, o genitor que está presente, cria na imaginação da criança uma ideia de um fato nunca praticado pelo outro genitor ausente.

Buscando que os conflitos se extinguem, o direito inseriu no seu rol de previsões a possibilidade de guarda conjunta, havendo divisão das responsabilidades, e reaproximação dos genitores em face de suas proles, de modo que o maior interesse da criança e do adolescente seja preservado.

Em outros casos, diante da separação dos pais, percebe-se que essa relação acaba se tornando um problema, onde pais abandonam os filhos, bem como em outros casos, os filhos também acabam abandonando os pais.

Trata-se do chamado instituto do abandono afetivo, que a seguir será estudado com maior destaque.

2.3 Do Abandono afetivo e sua configuração

Conforme tratado no item anterior do presente trabalho de conclusão de curso, o abandono afetivo esta intimamente ligado ao término da relação dos pais, que muitas vezes ocorre de forma conturbada, gerando consequências traumáticas para os menores que estão sob sua proteção.

Em casos mais graves, há absoluto rompimento dos laços de afetividade existente entre pais e filhos.

Nesse sentido, o abandono afetivo tem se posicionado como uma das causas mais comuns no momento do término da sociedade entre os cônjuges, de acordo com o levantado no item anterior.

Entretanto, para que seja possível apresentar uma definição clara do que venha a ser o abandono afetivo, deve-se primeiramente entender a importância do afeto, também já

tratado, dentro do instituto da família, assim como deve ser destacado os efeitos que a ausência de participação efetiva dos pais pode ocasionar na vida e desenvolvimento do menor, fruto desse relacionamento rompido.

A partir da vigência da atual Constituição Federal, que se encontra promulgada desde o ano de 1988, a família se tornou uma condição fundamental para a existência dos seus próprios membros, de modo que o afeto também se tornou altamente importante nas relações entre os membros, tanto com os pais, como também nos irmãos.

É certo que ao longo da vida, é muito comum se ouvir a celebre frase, de que “pai é quem cria”.

Para alguns estudos, essa frase faz realmente sentido, uma vez que para a criança que se encontra em desenvolvimento, quanto aos pais, “são aqueles com que ela tem relações de sentimento, aqueles que se entregam ao seu bem, satisfazendo suas necessidades de carinho, alimentação, cuidado e atenção (NOGUEIRA, 2001, p. 86).”

É certo que a criança necessita da participação ativa dos pais, e precisam que este estejam de forma contínua no seu desenvolvimento, de modo que haja inclusive uma convivência familiar, acarretando num desenvolvimento saudável e feliz.

Por outro lado, cumpre ressaltar que o afeto que se espera dos pais não se confunde com o simples fato de estar com a guarda ou não. Essa convivência que se espera dos pais, é entendida como um direito fundamental, inerente a personalidade humana, portanto que deve ser respeitado e cumprido.

Ainda dentro dessa análise, percebe-se que o afeto está ligado a atividades simples, que se demonstram no dia-a-dia. Trata-se da arte de amar ao próximo, conforme cita o celebre autor, Zygmunt BAUMAN, no livro chamado de “Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos”:

Amar o próximo como a si mesmo" coloca o amor-próprio como um dado indiscutível, como algo que sempre esteve ali. O amor-próprio é uma questão de sobrevivência, e a sobrevivência não precisa de mandamentos, já que outras criaturas (não-humanas) passam muito bem sem eles, obrigado. Amar o próximo como se ama a si mesmo torna a sobrevivência humana diferente daquela de qualquer outra criatura viva. Sem a extensão/transcendência do amor-próprio, o prolongamento da vida física, corpórea, ainda não é, por si mesmo, uma sobrevivência humana — não é o tipo de sobrevivência que separa os seres humanos das feras (e, não se esqueçam, dos anjos). O preceito do amor ao próximo desafia e interpela os instintos estabelecidos pela natureza, mas também o significado da sobrevivência por ela instituído, assim como o do amor-próprio que o protege (2004, p. 46).

Nota-se que a arte de amar é uma característica que se espera dos genitores em face da prole. Por outro lado, também se espera essa reciprocidade, muito embora entende-se tratar de um sentimento subjetivo.

Além disso, alguns autores entendem que a convivência familiar decorre das relações existentes entre as partes, de modo que cabe aos pais também proporcionar atenção aos filhos, principalmente quando há uma ocasião pra isso. Por exemplo no dia do aniversário da criança, mesmo não habitando no mesmo teto do pai, essa na maioria das vezes aguarda uma ligação, uma lembrança, ou qualquer tipo de atenção. Portanto, há que se apontar que a “convivência familiar não implica em coabitação, mas no dever que o pai tem de continuar presente na vida do filho não apenas fisicamente, mas também moralmente e emocionalmente (MACHADO, 2012)”.

Esse abandono afetivo é o grande responsável pelo chamado desajuste familiar e social.

Vale ressaltar que o abandono afetivo não se confunde com o abandono material. No primeiro caso, o abandono afetivo está ligado a ausência de participação dos pais no desenvolvimento da prole, no que diz respeito a necessidade de se oferecer afeto. Já o abandono material, está ligado a ausência de participação dos pais, no que diz respeito as questões econômicas que envolvem o desenvolvimento do menor.

É certo que ambas as formas de abandono acima mencionada possuem uma gravidade ímpar, mas deve-se destacar a questão que envolve o abando afetivo, como algo de extrema relevância:

O abandono afetivo é tão prejudicial quanto o abandono material. Ou mais. A carência material pode ser superada com muito trabalho, muita dedicação do genitor que preserve a guarda do infante, mas a carência de afeto corrói princípios, se estes não estão seguramente distintos na percepção da criança. É o afeto que delinea o caráter e, como é passível de entendimento coletivo, é a família estruturada que representa a base da sociedade. É comumente a falta de estrutura que conduz os homens aos desatinos criminosos, ao desequilíbrio social. Não que seja de extrema importância manter os pais dentro de casa, ou obrigá-los a amar ou a ter envolvimento afetivo contra sua própria natureza, mas é de fundamental valoração a manutenção dos vínculos com os filhos e a sua ausência pode desencadear prejuízos muitas vezes irreparáveis ao ser humano em constituição (COSTA, 2011).

Conforme acima mencionado, reitera-se que o abandono afetivo é algo extremamente gravoso na vida do menor. Não são apenas os prejuízos financeiros que prejudicam a vida do menor. A carência, que acontece a partir da ausência de afeto traz inúmeros transtornos.

Cabe aos pais do menor criar, trabalhar e manter esse elo, de modo que a família estruturada é de extrema necessidade. Essa família estruturada não se refere a pais casados, ou financeiramente estáveis, mas sim nos casos em que mesmo separados, os pais são capazes de oferecer o carinho e atenção necessária ao menor.

Diante dessas considerações aqui levantadas, tem se notado que o abandono afetivo se refere também a atitude omissiva atribuída ao pai, quando este tem deveres de ordem moral em razão do poder familiar que exerce sobre o filho, “dentre os quais se destacam os deveres de prestar assistência moral, educação, atenção, carinho, afeto e orientação à prole (MACHADO, 2012)”.

Indo além, há que se ressaltar que mesmo nos casos onde os filhos habitam com os pais, pode haver casos em que há o abandono afetivo por parte dos pais. Trata-se de situações onde os pais não dão atenção por filhos dentro da própria residência, e que também gera inúmeros transtornos ao menor.

Percebe-se que o abandono afetivo é um mal que deve ser combatido indubitavelmente. Trata-se de uma omissão gerada pelos pais, que reflete diretamente na vida de um menor, que muitas vezes sequer tem relação com os problemas que ocasionaram tal atitude.

2.4 O desconhecimento da prole e o abandono afetivo

Além do mencionado no tópico anterior, percebe-se que em algumas situações, há o desconhecimento da prole acerca do abandono afetivo.

Nessa situação, há casos onde o pai, na maioria das vezes, não tem conhecimento dos filhos que possui, o que o desobriga de qualquer tipo de relação que pode vir contrair, bem como o inibe de praticar afeto por alguém que sequer sabe que existe, quanto mais que é seu filho.

Há que considera, nessas situações, na postura omissiva do pai em relação aos seus filhos. Porém, há quem discorda, visto que não se pode falar em omissão de uma criança ou adolescente que sequer sabe que existe.

É pacífico o entendimento de que sabendo da existência da prole, uma vez omissivo, cabe indenização por abandono afetivo. Nestes casos, a omissão emanada do pai, é causa inclusive de danos morais, devendo haver ressarcimento em dinheiro.

Aponta-se inclusive para o entendimento do STJ (REsp 757.411/MG, 4ª Turma, j. 29/11/2005, relator Ministro Fernando Gonçalves), que entendeu que o afeto e consecutivamente a afetividade não se configura como um dever jurídico, mas a doutrina tem entendido que a lei não exige o amor dos pais em face dos filhos, mas entende que eles devem se comportar como se ao menos amassa, de modo que devem criar, educar e sustentar, não se tratando de uma responsabilidade facultativa (MORAES, 2005, p. 57).

A Constituição Federal Brasileira imputou por meio do artigo 227, os deveres jurídicos do genitor, tais como à vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade, convivência familiar, convivência comunitária, além de se evitar a negligência, discriminação, exploração, crueldade e opressão. Por sua vez, a redação do artigo 229 diz que os pais tem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores (BRASIL, 1988).

O direito positivo, em especial a Constituição Federal e também o ECA, e demais normas infraconstitucionais, regulam o dever dos pais em dar assistência material aos filhos e também em proteger moralmente. Se não bastasse a proteção material, a proteção moral e afetiva também são necessárias.

A legislação tem responsabilizado o pai que não ama o seu filho, não só o descumprimento de ordem moral, mas também o de ordem legal. Mesmo estando ausente o sentimento de amor, ele possui o compromisso zelo, afeto e cuidado, da mesma forma que se tem o dever de alimentar o menor:

EMENTA - 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 (Tribunal de Alçada de Minas Gerais, 7ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 408.555-5. Decisão de 01/04/2004. Relator Unias Silva) (MINAS GERAIS, 2004).

Diante do exposto, percebe-se que a indenização moral é devida nas situações onde pai sequer assume a responsabilidade de alimentos, quanto menos de afeto. Se existe o reconhecimento da paternidade, presume-se o dano moral em razão do abandono afetivo.

Por outro lado, importante mencionar os casos onde os pais não possuem sequer o conhecimento dos filhos. Conforme mencionado no início do tópico, há quem entenda que mesmo não sabendo na existência de um filho, cabe responsabilização dos pais.

Porém, importante demonstrar que a responsabilização, muitas vezes, é devida ao genitor ou genitora que omitiu sobre a existência do outro ascendente do menor, visto que a privação desse sentimento partiu dele.

Nesses casos não há como imputar responsabilidade a ele, se essa omissão foi ocasionada pela genitora, devendo ela arcar com as consequências jurídicas (DIAS, 2010, p. 454). Há quem defende que nesses casos, a indenização é devida até o pai, que foi privado de seu filho (DIAS, 2010, p. 454).

Em muitos casos, a genitora resolve por si só em criar e cuidar dos filhos de maneira independente. “A responsabilidade pelo abandono afetivo pode ser atribuída à mãe, quando esta opta por assumir de forma independente os deveres de criação e cuidado com o filho, negando-lhe ou ocultando-lhe a identidade paterna”. (SCHUH, 2006, p.70)

Ressalta-se que nesses casos, o genitor participa do processo de procriação, obviamente, mas não sabe da superveniência da prole, em razão de própria deliberação da genitora.

Responsabilidade civil. família. apelação em ação de compensação por danos morais. abandono afetivo. possibilidade excepcionalmente. necessidade de demonstração de elementos atentatórios ao direito da personalidade. não configuração de conduta do genitor contrária ao ordenamento jurídico. improcedência. 1.a compensação por danos morais em razão de abandono afetivo é possível, em que pese exista considerável resistência da jurisprudência pátria, mas é hipótese excepcional. 2.na espécie, o réu descobriu a existência de seu filho apenas 20 anos após o nascimento deste, sendo que aquele morava na Rússia em razão de serviço público. 3.a conduta do genitor apta a dar azo à "reparação" de direito da personalidade deve conter negativa insistente e deliberada de aceitar o filho, além do desprezo com relação a sua pessoa. 4.não se vislumbram tais requisitos se o pai, tanto por desconhecimento desta condição, quanto por contingências profissionais, aceitou a paternidade sem contestar, mas não pôde ter contato mais próximo com seu filho, mormente tendo em vista jamais ter a genitora o procurado para exigir participação na criação da criança ou ao menos dizer que estava grávida. 5. recurso conhecido e desprovido. (TJ-DF - APL: 780843120098070001 DF 0078084-31.2009.807.0001, Relator: J.J. COSTA CARVALHO, Data de Julgamento: 13/04/2011, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: 27/04/2011, DJ-e Pág. 75) (BRASÍLIA, 2011).

Conforme demonstra o recente julgado, se o pai não sabe da existência do filho, ele não poderá ser punido, ora que não houve não aceitação da prole. Se caracterizado que houve tentativa da genitora em procurar o pai, e esse se recusou, não se restam dúvidas que o dano moral estará consumado.

Há que se apontar que mesmo há quem considere que o pai, em razão de ter procriado, assumir certas responsabilidades, posiciona-se no sentido de ser impossível a punição cível pela ausência de afeto na relação paterno e filho, se sequer conhecia seu descendente.

Diante do exposto, percebe-se que independente da situação, não se deve aceitar que os filhos sejam privados de conhecer os pais, do mesmo sentido que os pais não devem ser privados de conviver harmoniosamente com sua prole.

CAPÍTULO 3 – RESPONSABILIDADE AFETIVA

No capítulo em questão, serão tratadas as questões que envolvem a responsabilidade afetiva.

Para tanto, será analisado os pressupostos jurídicos do dever de indenizar em decorrência do abandono afetivo, o dano, a culpa, a questão do nexo de causalidade, a indisponibilidade da paternidade, fechando o estudo com as questões de possibilidade de configuração do dano por negativa de afetividade paterna e também materna.

3.1 Pressupostos jurídicos do dever de indenizar em decorrência do abandono afetivo

Nos capítulos anteriores, tratou-se da questão do abandono afetivo, e inclusive mencionou os casos onde há possibilidade de reparação pecuniária em razão dessa prática efetuada pelo pai ou até mesmo a mãe.

Essa questão que envolve indenização é matéria posicionada pelo Superior Tribunal de Justiça, e que merece ampla análise, tendo em vista que para se entender a questão que envolve tal instituto, deve-se expor acerca da responsabilidade civil e sua teoria dentro do código de 2002.

Percebe-se desde logo, que o dano afetivo equipara-se na sua essência ao dano moral, onde só haverá caracterização da obrigação do pai em reparar os danos, se presente todos os requisitos exigidos para qualquer ação dessa mesma natureza jurídica.

Para se analisar as questões que envolvem a responsabilidade civil, deve-se também atentar-se à compreensão acerca da responsabilidade civil objetiva e subjetiva.

Primeiramente, aponta-se acerca do entendimento do conceito de responsabilidade civil, conforme a seguir:

É uma aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar um dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão do ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou simples imposição legal. (DINIZ, 2003 p.36)

Destaca-se ainda, outra definição:

Em princípio toda atividade que acarreta um prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar. Haverá, por vezes, excludentes, que impedem a indenização, como veremos. O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoal, natural ou jurídica, deva arcar

com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. Desse modo o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar. Os princípios da responsabilidade civil buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado. Um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social. (VENOSA, 2009, p.1)

Diante de tais considerações, percebe-se que a responsabilidade civil tem o escopo de tornar a situação da pessoa que foi lesada parecida ou igual à situação anterior do dano. Assim, ela é utilizada como meio de reparar essa situação por meio do patrimônio do causador ou responsável. Ela possui o cunho compensatório em relação a vítima e um cunho pedagógico punitivo em relação ao causador.

No âmbito do Direito de Família, em especial no que se refere ao direito ao afeto, a responsabilidade civil busca indenizar o menor que foi privado do seu direito do afeto pelo genitor.

Além disso, a responsabilidade civil poderá ser objetiva ou subjetiva.

A responsabilidade civil objetiva também conhecida como teoria do risco é entendida como responsabilidade sem culpa. O artigo 927 parágrafo único do código civil de 2002 dispõe sobre a responsabilidade objetiva, ele diz que:

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 (BRASIL, 2002).

Nesse diapasão Silvio Salvo Venosa diz que:

Ao se analisar a teoria do risco, mais exatamente do chamado risco criado, nesta fase de responsabilidade civil pós modernidade, o que se leva em conta é a potencialidade de ocasionar danos; a atividade ou conduta do agente que resulta por si só na exposição a um perigo (...) Leva-se em conta o perigo da atividade do causador do dano por sua natureza e pela natureza dos meios adotados. (VENOSA, 2009, p.9)

Ao se consolidar a teoria do risco surgiram várias correntes como propostas de demarcações sobre os seus limites, no entanto, todas sobre o ponto principal que é a reparação do dano, tão somente pela presença do risco, independente de culpa do genitor, já que o presente estudo se refere ao abandono afetivo. A modalidade mais aceita é a teoria do risco criado, onde a reparação é devida simplesmente pela criação do risco.

Vale dizer que, com o surgimento da responsabilidade objetiva, a responsabilidade subjetiva não deixou de ser aplicada, esta será aplicada quando a culpa do infrator ficar demonstrada, hipótese em que ficará mais fácil o êxito do lesado em obter suas pretensões de reparação ao dano sofrido. (OLIVEIRA, 2011, p.109).

Assim, para que exista na responsabilidade subjetiva a indenização devem existir três requisitos: Dano, nexo de causalidade e culpa.

3.1.1 Dano

O dano se apresenta como um elemento necessário para configurar a responsabilidade civil.

Assim, não há que se falar em responsabilidade, sem que se aponte para a existência de um dano que deve ser reparado (DIAS, 1995, p. 713).

Vale destacar que o dano é uma lesão causada a qualquer bem jurídico, inclusive na esfera moral. Por outro lado, cumpre apontar que se refere a lesão ao patrimônio, seja ele fundado em qualquer tipo de relação jurídica (GONÇALVES, 2005, p. 70).

É certo que dentro de um ato ilícito, o dano não se mostra fundamental, visto que ele pode existir sem o outro, sendo essencial para se configurar a responsabilidade civil, juntamente com a conduta e nexo causal.

Dentro do estudo da responsabilidade civil, tem-se que o dano como o grande responsável por tal ocorrência. "Não há que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se este não estiver presente. Destacando que pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem que o dano seja comprovado (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 183)".

Diante de tais considerações, aponta-se que o dano se inicia dentro de sua própria aceitação como causa de diminuição patrimonial, até o "momento em que resta pacificada o entendimento de que os danos a serem reparados ou indenizados por meio da responsabilidade civil compreende também os lucros cessantes e os danos morais (CARVALHO, 2011).

Aponta-se ainda que os danos são compreendidos como sendo "a lesão a um interesse juridicamente tutelado, que pode ser patrimonial ou não. Causado por ação ou omissão do sujeito infrator. Completando que o prejuízo indenizável poderá ocorrer, não somente do patrimônio economicamente aferível, mas também da vulneração de direitos inatos à condição do homem, sem expressão pecuniária essencial (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO; 2010 (p.44)".

Dado ao exposto percebe-se que o dano é toda lesão causada ao bem jurídico que dispõe de proteção pelo direito e pelas normas vigentes, não se limitando apenas ao patrimônio, mas se relaciona também aos prejuízos de ordem imaterial, englobando os direitos da personalidade humana.

Nesse seara, percebe-se que no âmbito de aplicação e efetivação do direito de família, as causas de abandono afetivo se caracterizam como grande afronta danosa, e que muitas vezes cabe ao instituto da responsabilidade civil atuar, visando à reparação.

Diante de tal cenário, há que se ressaltar também acerca do chamado “dano moral”, que se define como a lesão injusta a bens tutelados e que não são de cunho patrimonial.

A fundamentação jurídica acerca do dano moral encontra-se no artigo 5º, inciso V e inciso X da Constituição Federal², e que tem como embasamento a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho.

Nessa ótica, define-se o dano moral da seguinte forma:

O dano moral consiste na lesão de direito cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente. (STOLZE E PAMPLONA, 2007, p.55)

Percebe-se que a lesão referente ao dano moral não se restringirá à dinheiro e valores econômicos. O dano moral consiste na lesão aos direitos da personalidade, de modo que sentimentos como a honra, intimidade e a imagem são lesados.

Com relação à prova do dano moral Rui Stoco diz que:

A afirmação de que o dano moral independe de prova decorre muito mais da natureza imaterial do dano do que das *quaestiones facti*. Explica-se: como o dano moral é, em verdade um ‘não dano’, não haveria como provar, quantificando, o alcance desse dano, como ressuma óbvio. Sob esse aspecto, porque o gravame no plano moral não tem expressão matemática, nem se materializa no mundo físico e, portanto, não se indeniza, mas apenas se compensa, é que não pode se falar em prova de um dano que, a rigor, não existe no plano material. (STOCO, 2007, p.1714-1715).

² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988);

Deste modo, é possível concluir que o dano moral é caracterizado pela ocorrência de uma lesão ao íntimo da personalidade, assim a prova em juízo é desnecessária.

Diante de tais considerações, percebe-se que dentro do direito de família, a lesão causada pela ausência de afeto proporcionada pelos pais é motivo ensejador para que haja reparação por danos morais.

Por outro lado, deve-se apontar que dentro da jurisprudência de direito de família, há correntes que entendem que devem ser comprovados os prejuízos do menor em razão do abandono afetivo.

Essa justificativa se deve em razão de em muitos casos os pais abandonarem os filhos, e o simples abandono não caracteriza o dano, e gerar um verdadeiro "mercado judicial", onde as pessoas entrariam de forma constante contra os genitores, postulando valores em dinheiro.

Não bastam condutas (ação ou omissão) que podem levar à responsabilização do seu autor. Ou seja, a ausência de afeto ou abandono emocional do pai para com o filho não gera, por si só, o dever de indenizar. Há que restar demonstrado o dano (ou grau de dano) que sofre ou sofreu a criança ou o adolescente em razão dessa omissão dos pais. É o nexa causal. (RIO GRANDE DO SUL, 2011).

Indo além, é possível de se perceber que nem todos os filhos que convivem com o abandono afetivo, sofrem com isso. Assim, apenas aqueles que sofrem com inúmeros abalos psicológicos é que são titulares do direito de postularem uma reparação para esse dano.

3.1.2 Culpa

No tópico em questão, passa-se a analisar a questão da culpa, em especial seus efeitos no âmbito de aplicação do Direito de Família.

A culpa está diretamente ligada a ação ou omissão, podendo existir a partir da imprudência, negligência ou até mesmo da chamada imperícia.

A culpa pode empenhar ação ou omissão e revela-se através: da imprudência (comportamento açoitado, precipitado, apressado, exagerado ou excessivo); da negligência (quando o agente se omite, deixa de agir quando deveria fazê-lo e deixa de observar regras subministradas pelo bom senso, que recomendam cuidado, atenção e zelo); da imperícia (atuação profissional sem o necessário conhecimento técnico ou científico que desqualifica o resultado e conduz ao dano) (STOCO, 2007, p.1767).

Há que se ressaltar que não há uma definição concreta dentro do ordenamento jurídico brasileiro, acerca da culpa. O código civil o caracteriza como sendo um ato ilícito.

A culpa difere também do conceito de dolo, que é aquela conduta intencional, onde o agente atua conscientemente de forma que se deseja o resultado antijurídico produzido.

Por sua vez, na culpa não existe essa intenção de lesar. “A conduta é voluntária, já o resultado alcançado não. O agente não deseja o resultado, mas acaba por atingi-lo ao agir sem o dever de cuidado. A inobservância do dever de cuidado revela-se pela imprudência, negligência ou imperícia (SANTOS, 2012)”.

Nesse aspecto, vale ressaltar:

Quando existe a intenção deliberada de ofender o direito, ou de ocasionar prejuízo a outrem, há o dolo, isto é, o pleno conhecimento do mal e o direto propósito de o praticar. Se não houvesse esse intento deliberado, proposital, mas o prejuízo veio a surgir, por imprudência ou negligência, existe a culpa (stricto sensu) (STOCO, 2007, p. 133).

A culpa é a conduta voluntária, que age de forma contrária ao dever de cuidado, atribuído pela norma jurídica. Nela há produção de um evento caracteriza pelo dano que acontece de forma involuntária, porém previsto ou previsível pelo agente que praticou (RODRIGUES, 2007, p. 147).

Em relação ao Direito de Família, tem-se percebido que a legislação civil prevê os casos de responsabilidade dos pais diante dos filhos, conforme discorre o artigo 932, incisos I e II, do Código Civil³ atual, e condutas contrárias, muitas vezes pode incidir na culpa do genitor.

Entretanto, diante de tal cenário, muitas vezes é possível perceber que a ausência de afeto praticada pelos pais pode ocorrer tanto por dolo ou como também por culpa, dentre várias circunstâncias.

Um exemplo clássico de dolo é quando o pai está brigado com a mãe, e de modo a afetar a genitora detentora da guarda, abandona o seu filho, não dando mais a atenção e carinho que merece.

Por sua vez, um caso de culpa que se pode destacar, é nas situações onde um pai, dotado de excesso de serviços e trabalhos, esquece-se de praticar os atos essenciais de carinho no filho, que reside dentro do próprio lar.

³ 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 (BRASIL, 2002);

3.1.3 Nexo de Causalidade

No que diz respeito ao nexos de causalidade, foi possível de se observar primeiramente, que para se configurar a responsabilidade civil, é necessária a existência de uma ofensa e do dano.

Não se limita apenas a prática de conduta contrária ao direito, mas que essa conduta resulte em grave prejuízo, e que haja uma relação de causalidade entre o ato e o mal então causado.

O conceito de nexos causal não é jurídico; decorre das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado. A relação causal, portanto, estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano. Determina se o resultado surge como consequência natural da voluntária conduta do agente. Em suma, o nexos causal é um elemento referencial entre a conduta e o resultado. É através dele que poderemos concluir quem foi o causador do dano (LEITE, 2007).

De acordo com o mencionado, não há uma norma jurídica que conceitua o que é nexos causal, ou também chamado de nexos de causalidade.

Trata-se de um vínculo que se cria a partir da causa e o seu efeito, ou também chamado de conduta e resultado.

Há que se apontar que quando acontece um fato simples, é fácil de relacioná-lo com um dano. Por exemplo: Se acontece um acidente de carro e esse fica destruído, a destruição está diretamente ligada ao acidente, e o causador deste evento deve repará-lo. Eis aí o nexos de causalidade.

Mas nos casos em que acontecem várias causas, há maiores dificuldades de se estabelecer qual o nexos causal.

Nesse aspecto, o filho que perde a mãe no parto não poderá demandar contra o hospital, se a doença que gerou a morte da genitora não tiver relação com possível omissão do corpo clínico.

Diante de tal cenário, há que se apontar que havendo abandono afetivo, a culpa do pai deve ser caracterizada, de modo que seu ato negativo se assume como uma verdadeira conduta omissiva. Nessa situação, o abandono dos filhos, assim como os danos que geram nesses menores referem-se a motivo de nexos de causalidade.

Nesses casos, fala-se na necessidade de laudo pericial, para que se ateste os motivos que ensejaram a doença da criança. Deve-se aferir se há ou não relação direta com a conduta

do pai, já que não se pode responsabilizar o pai, por exemplo, um dano que tenha se manifestado no menor em período anterior ao abandono, visto assim a ausência de causalidade (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 49).

Após apresentado estes elementos, passa a discorrer sobre a paternidade e a sua indisponibilidade.

3.2 A paternidade e sua indisponibilidade

O convívio familiar se apresenta extremamente necessário para o desenvolvimento da pessoa humana. A troca de experiências, sentimentos e principalmente de afeto são importantes elementos para a evolução e educação da pessoa dentro do ambiente social, assim como nos relacionamentos.

As relações afetivas não se limitam apenas ao dever imposto ao pai em relação ao sua prole. Os filhos possuem o dever de se relacionar com o pai, mãe, irmãos, e todos os membros da residência.

Percebe-se que até mesmo tentar definir a importância da família, se mostra confuso, ora que essa parte de um sentimento subjetivo.

Desse modo, os vínculos afetivos têm papel fundamental para a estrutura familiar, a qual os sentimentos de amor, solidariedade, respeito e confiança devem ser práticas e cultivadas diariamente, sendo consideradas como pilares norteadores para a solução de lide judicial. (COIMBRA, 2013)

A família contribui para o surgimento e evolução constante dos valores e sentimentos essenciais das pessoas, onde a ausência dos pais na vida da criança pode acarretar em diversos sentimentos negativos, e até mesmo em inúmeros problemas psicológicos.

Difere o sentimento de abandono, das situações onde o pai é falecido ou até mesmo desconhecido. Quando o menor sabe da existência do genitor, e esse mesmo assim o abandona, cria-se no imaginário o sentimento de rejeição.

Por sua vez, nessas mesmas situações onde o genitor é falecido ou desconhecido, o outro genitor responsável pela prole, muitas vezes tenta suprir essa ausência, e consecutivamente a carência nutrida.

A sua ausência dos pais acarretam em "baixa autoestima, problemas escolares, de relacionamento social e sensação de perda de uma chance, mesmo que ilusória, de ser completo e mais feliz (SOUZA, 2010, p. 119)".

Diante do que amplamente foi discorrido, urge-se que demonstrada de forma imotivada a ausência de um dos genitores no desenvolvimento dos filhos, e que isso desencadeou inúmeros danos, não apenas materiais, mas também moral, cria-se a possibilidade de ressarcimento moral, através da via judicial.

Estando caracterizado os requisitos que ensejam o dano moral, que conforme já mencionado, são a omissão, dano, culpa e nexo de causalidade, é possível a reparação por danos morais.

O abandono afetivo praticado pelo pai, ou até mesmo pela mãe, sem dúvida alguma é fator que viola a lei, sendo motivo para medidas mais graves, tais como a possibilidade de destituição do poder familiar, conforme previsto na redação do artigo 1638 do Código Civil Brasileiro⁴, sendo inclusive o reconhecimento da postura já adotada, de abandono do genitor em face da prole.

Assim, a simples destituição do poder familiar, poderia não gerar um efeito educativo necessário, ora que acaba se tornando uma premiação ao pai omissor. Por isso, cria-se a faculdade de indenizar moralmente, mexendo diretamente com a economia daquele que praticou o abandono.

Nesse sentido, menciona-se o REsp nº 1.159.242-SP, Ministra Relatora Nancy Andrighi, julgado recentemente pelo STJ, e que teve grande repercussão nas mídias e imprensa em geral.

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 parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à

⁴ Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente (BRASIL, 2002).

afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido (BRASIL, 2012).

Destacam-se os motivos que refletiram na condenação, sendo que não há regra que proíba a condenação por abandono afetivo, além de se entender que o cuidado é um valor jurídico valorativo. Uma vez descumprido o dever de cuidado da prole, há efetivamente a caracterização de um ilícito.

Portanto, percebe-se que o abandono afetivo é um ilícito que merece a justa reparação.

O amor não é um sentimento que se pode buscar através do Poder Judiciário, mas o afeto se aplica como um dever, dever este de amor, proteção e cuidado, muito embora entenda-se ser subjetivo.

CONCLUSÃO

Em razão do que foi apresentado, foi possível perceber a importância do afeto e da afetividade nas relações familiares, assim como os reflexos que reproduzem no âmbito indenizatório, a partir da análise jurisprudencial.

As famílias se iniciavam por meio de casamento religioso, onde mais se pareciam com contratos particulares entre as famílias dos cônjuges, pois, na maioria das vezes o casamento era “arranjado”, sem considerar a vontade do casal. Os pais da noiva e do noivo acordavam entre si, fortalecendo a figura do homem, e enfraquecendo a figura feminina, assim como dos filhos, que era tido como menos importante.

Tais afirmações históricas podem ser observadas através do Código Civil de 1916, que fortalecia o instituto do pátrio poder, diferentemente do Código Civil de 2002, que refletiu o novo contexto social e histórico, em face da realidade social existente, e equiparou todos os membros da entidade familiar em igualdade.

Há que se falar que o impulso no novo Código Civil, que alterou as normas de direito de Família, só foram possíveis com as mudanças advindas da promulgação da Constituição Federal de 1988, onde houve a consagração da realidade social readequada na norma jurídica.

Sabendo que a família passou a ter condição de igualdade, esta se define como sendo o complexo dos princípios que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela, curatela e da ausência, sendo o seu objetivo a proteção jurídica. Sua importância ocorre em razão de regular as relações existentes diversos membros e as influências que exercem sobre as pessoas e bens.

Há que se perceber que a família se funde dentro de uma realidade sociológica e, constitui a base do Estado, assim como o núcleo fundamental em que plasma toda a organização social.

A partir dessas considerações, importante ainda mencionar os princípios que regem essa relação, ora que são normas jurídicas que se diferenciam da regra quanto a sua imperatividade.

Assim, fala-se que o princípio da dignidade da pessoa humana visa consagrar a pessoa e todos os direitos, sendo a base para o desenvolvimento da família de forma digna. O princípio da liberdade representa a autonomia familiar, não sendo necessário que nos dias

atuais, ela seja constituída obrigatoriamente pelo pai, mãe e filhos, assim como no regime de bens. O princípio da igualdade consagra o término do pátrio poder, onde todas as decisões familiares devem ocorrer de forma conjunta. O princípio da afetividade, um dos mais importantes quanto o objeto desse estudo, se refere aos vínculos de afetos no ventre familiar, sendo o elemento essencial nas relações. Quanto ao pluralismo das entidades familiares, entende-se que todos os tipos de formação familiar devem possuir sua relevância jurídica. O princípio da consagração do poder familiar entende que esse poder só se encerra através dos dispostos no artigo 1635 do Código Civil. Já a afetividade familiar é tida como pressuposto das relações humanas. Por fim, o princípio da solidariedade traz a ideia de solidariedade ao próximo dentro do âmbito familiar.

Diante da análise principiológica, notou-se ainda que o direito de família possui um caráter de humanização, que por sua vez é entendido como o elemento essencial para o desenvolvimento da pessoa humana, sendo que dele emana a ordem comportamental e organizacional que reflete em toda a sociedade.

Feita essas considerações, há ainda que se apontar para a questão do afeto e a função parental, essencial no Direito de Família. Assim, é possível de perceber que o conceito de afetividade esta diretamente ligada a interação humana. O relacionamento é o causador expresso de qualquer forma de criação de afeto que possa existir.

A afetividade é de tamanha importância, que no estudo do direito de família acarretou na recepção valorativa por meio de uma norma privilegiada na existência de um próprio princípio. Desse modo, o afeto passa a se tornar o meio essencial para a vida, e fundamental para que haja a família como uma instituição.

No direito de família, o afeto é um elemento essencial de constituição da família, previsto inclusive na redação do artigo 226 da CF/88.

O Poder Constituinte Brasileiro atribuiu a necessidade de afeto no âmbito familiar. Ocorre que com o término das relações entre os genitores, muitas vezes o que fica ausente em relação a prole, acaba por se distanciando dos filhos, acarretando em inúmeros problemas. É certo, todavia, que o rompimento da relação conjugal entre os pais não deve se refletir na relação existente destes com os filhos, e sim se limitar nos contornos conjugais.

Porém, quando o término da relação ocorre de forma conturbada, reflexos diretos são trazidos na vida do menor, sendo ele utilizado como elemento de disputa entre pais, quando não ocorre o chamado "abandono afetivo", que em suma, refere-se ao rompimento do genitor com sua prole.

Esse distanciamento gerado, na maioria das vezes ocasiona males imensuráveis na vida do menor, que diferente do abandono financeiro que se pode reparar com uma indenização pecuniária, o dinheiro embora tenha a intenção de reparar um dano, não substituirá o ocasionado.

Aponta-se para as situações onde muitas vezes a genitora esconde do pai da existência do filho. Muito embora ele tenha participado da concepção da criança, a informação da existência do descendente nunca existiu.

Diante dessas situações, não há que se falar em abandono afetivo cometido por ele, muito embora se aponta como indevido qualquer tipo de pedido de reparação. É certo que diante desta hipótese, cabe inclusive o direito do pai, que desconhecia tal situação, ser indenizado pela manhã, que o privou do direito de conviver com seu filho. Se por outro lado ele souber dessa existência, e se manter omissivo, aí sim ele será o causador do dano em razão do abandono afetivo em face do menor.

O instituto de direito da Responsabilidade Civil que contribui para a verificação da ocorrência do dano na caracterização do abandono afetivo. Uma vez caracterizado o dano na vida do menor advindo de ato ilícito, ou da culpa, em razão da ação ou omissão, e principalmente o nexo de causalidade, que é a ligação de tudo isso, não se restam dúvidas que a indenização se materializa.

Há que se perceber, que o convívio familiar se apresenta extremamente necessário para o desenvolvimento da pessoa humana. A troca de experiências, sentimentos e principalmente de afeto são importantes elementos para a evolução e educação da pessoa dentro do ambiente social, assim como nos relacionamentos. As relações afetivas não se limitam apenas ao dever imposto ao pai em relação ao sua prole. Os filhos possuem o dever de se relacionar com o pai, mãe, irmãos, e todos os membros da residência. Assim, essa inércia dos genitores em face do dever de afetividade da prole, deve ser reparada, mesmo que de forma indenizatória, ora que o amor não é algo que se compra ou vende.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme Weber Gomes de. **Evolução Histórica do direito de família no ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em: <www.conteudojuridico.com.br/artigo,evolucao-historica-do-direito-de--no-ordenamento-juridico-brasileiro,44723.html>. Acesso em: 21 set. 2014.

ANGELUCI, Cleber Affonso. **Abandono afetivo:** considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana. Boletim Jurídico, Uberaba, MG, a. 4, nº 165. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1066>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

AZEVEDO, Solange; Machado, Juliano. **O quebra-cabeça se fecha.** Revista Época, São Paulo: Globo, n. 517, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido:** sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

BÍBLIA. Lucas. Português. **Bíblia Sagrada.** Reed. Versão Clarentiana. São Paulo: Ave Maria, 2006. Cap. 16, vers. 18.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 set .2014.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 set. 2014.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estatística de Registro Civil 2012.** Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2011/default.shtm>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

_____. Tribunal de Alçada de Minas Gerais, 7ª Câmara de Direito Privado, **Apelação Cível 408.555-5.** Decisão de 01/04/2004. Relator Unias Silva. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Disponível em: 30 set. 2014.

_____; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **AC 70036776078.** 7ª Câmara Cível, j. 26.01.2011. Rel. Des. Robero Carvalho Fraga. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 10 ago. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **PL: 780843120098070001 DF 0078084-31.2009.807.0001**. 2ª Turma Cível. j. 13.04.2011. Relator: Costa Carvalho. Disponível em: <www.tjdf.jus.br>. Acesso em: 19 set. 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CARVALHO, Daniela Pinto de. **Os novos contornos do dano: o dano decorrente da perda de uma chance**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10771>. Acesso em set 2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8ª.ed. Rev. E Ampl. São Paulo: Atlas, 2008

COIMBRA, Marta de Aguiar. **Família socioafetiva e a importância do princípio constitucional da afetividade**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 117, out 2013. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13375&revista_caderno=14>. Acesso em: 01 out 2014.

COSTA, Walkyria Carvalho Nunes. **Abandono afetivo parental**. A traição do dever do apoio moral. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2017, 8 jan. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12159>>. Acesso em: 28 set. 2014.

COLTRO, Antonio Carlos Mathias (Org.). **Aspectos psicológicos na prática jurídica**. 3. ed. Campinas, Millennium, 2010.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. **Evolução histórica e legislativa da família e da filiação**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019>. Acesso em: 19 set. 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. Vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROS, Sergio Resende de. **A ideologia do afeto**. Revista Brasileira de direito de família.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Síndrome da alienação parental, o que é isso?**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1119, 25 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8690>>. Acesso em: 19 set. 2014.

ELIAS, Carmem Silva. **O Conceito de humanização**. Disponível em: <www.revistaacademica.net/trabalho/14070505.html>. Disponível em: 19 set. 2014.

FRAGA, Thelma. **A guarda e o direito à visitação sob o prisma do afeto**. Niterói, RJ: Impetus, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Responsabilidade Civil. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEITE, Gisele Pereira Jorge. **Apontamentos sobre o nexo causal**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 47, nov 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2353>. Acesso em: 01 set. 2014.

LOUZADA, Ana Maria Gongalves. **Evolução do conceito de família**. Disponível em: <www.amagis.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=191%3Aevolucao-do-conceito-de-familia-juiza-ana-maria-goncalves-louzada&catid=11&Itemid=30>. Acesso em: 01 set. 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: RT, 2006.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. v. 6. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MONTEIRO, Wesley. **O rompimento conjugal e suas consequências jurídicas**: ensaio sobre alienação parental. *Âmbito Jurídico*, v. 93, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Deveres Parentais e Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento jurídico do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p. 86.

NOGUEIRA, Mariana Brasil. **A Família: Conceito E Evolução Histórica E Sua Importância**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18496-18497-1-PB.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2014.

PEREIRA, Valéria Fernandes. **Introdução ao estudo do Direito e da Hermenêutica Jurídica**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7654>. Acesso em: 02 set. 2014.

OLIVEIRA, Euclides de. **Do direito de família**. Disponível em: <www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Euclides/Direitofamilia.pdf>. Acesso em: 14 out. 2014.

PODEVYN, François. **Síndrome da Alienação Parental**. Traduzido para o espanhol: Paul Wilekens (09/06/2001). Tradução para o português: Apase Brasil – Associação de Pais Separados do Brasil (08/08/2001). Disponível em: <www.apase.org.br>. Acesso em: 15 jun. 2014.

RODRIGUES, João Gaspar. **O princípio jurídico da afetividade no direito de família**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3730, 17 set. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25303>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

RODRIGUES, Silvio. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTIAGO, Emerson. **Teoria Geral do Direito**. Disponível em: <www.infoescola.com/direito/teoria-geral-do-direito/>. Acesso em: 19 set. 2014.

SANTOS, Pablo de Paula Saul. **Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <<http://www.ambito->

juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875>. Acesso em: 17 set. 2014.

SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. **Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido**, 2006.

SOUZA, Ionete de Magalhães. **Responsabilidade Civil e Paternidade Responsável: Análise do Abandono Afetivo de Filho no Brasil e na Argentina**. In: Revista IOB de Direito de Família. Porto Alegre, v. 11, n. 58, 2010.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7 ed.. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio. **O princípio da afetividade no direito de família**. Disponível em: <atualidadesdodireito.com.br/flaviotartuce/2012/11/14/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia/>. Acesso em: 18 ago. 2014.

_____. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1069, 5 jun. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8468>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2012.

TELLES, Bolivar da Silva. **O direito de família no ordenamento jurídico na visão codificada e constitucionalizada**. Publicado em: 09 jun. 2011. Disponível em: <www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/bolivar_telles.pdf>. Acesso em: 19 set. 2014.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MATO GROSSO DO SUL (UFMS). **Afetividade**. Disponível em: <coral.ufsm.br/tielletcab/objetoap/txt/txthtml1.htm>. Acesso em: 18 ago. 2014.

VALE, Natália do. **Ausência Dos Pais Pode Comprometer Saúde Emocional Dos Filhos**. Disponível em: <www.pediatriaemfoco.com.br/posts.php?cod=326&cat=8>. Acesso em: 20 set. 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VITORELLO, Márcia Aparecida. Família contemporânea e as funções parentais: há nela um ato amor?. **Psicol. educ.**, São Paulo , n. 32, jun. 2011 . Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141469752011000100002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 29 ago. 2014.